

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XIV, N° 30 – Julio 2014



Universidad del Desarrollo

Facultades de Derecho

Consejo Editorial

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*

Hugo Rosende A.

Cecily Halpern M.

Jorge Ogalde M.

Bruno Caprile B.

Ignacio Covarrubias C.

Julio Alvear T.

Director

Pablo Rodríguez G.

Editor

Hugo Fábrega V.

Representante Legal

Federico Valdés L.

ISSN N° 0717-5914 – Santiago de Chile

Ediciones Universidad del Desarrollo

La Revista **ACTUALIDAD JURÍDICA** es una publicación semestral de las Facultades de Derecho (Santiago y Concepción) de **Universidad del Desarrollo**

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

Impresión: Versión, Producciones Gráficas Limitada.

Índice de contenidos

• Presentación	5
I. Tema Central I: Reforma tributaria: Luces y sombras	
• Resumen ejecutivo Bachelet - Arenas. C. Aste L.....	11
• Análisis de algunos aspectos de una rabiosa reforma stalinista: la cláusula general antielusiva y la sanción que propone el artículo 100 bis del Código Tributario. J. García E. - C. Alvarez M.	49
• Notas sobre el procedimiento para declarar la existencia de abuso o simulación en el proyecto de reforma tributaria (Boletín 9290-05). J. González O.	79
• La actual reforma tributaria es perjudicial para la juventud. J. Riquelme C.	109
II. Ensayos y estudios	
• ¿Puede hablarse de un derecho del consumidor? Segunda parte. P. Rodríguez G.	125
• Algunos principios que informan la teoría de la ley (Título preliminar del Código Civil). H. Rosende A.	175
• Las nocivas tendencias del neocapitalismo: ¿economía liberal o economía social de mercado? J. Alvear T.	215
• Análisis crítico de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. J.M. Díaz de Valdés J.	251
• Las leyes orgánicas constitucionales en el régimen presidencial. Lo que el debate constituyente está olvidando. S. Verdugo R.	273
• Sobre el estatuto penal aplicable a las sanciones administrativas en Chile. N. Enteiche R.	293
• Régimen jurídico de la naturaleza en la Constitución de Ecuador R.F. Campusano - T. Rodríguez M.	305
• Marco jurídico chileno sobre protección de variedades vegetales P. Moroni V.	327
• Naturaleza jurídica y potestades del Comité de Ministros en conformidad a la Ley N° 19.300. R. Benítez U. - E. Carrasco Q. - J. Herrera V.	347
• Investigación criminalística militar. R. Vera L.	373
• La fuerza mayor y sus interrogantes conceptuales. Un análisis desde la perspectiva del derecho francés de la responsabilidad civil. R. Munita M.	393
• Situación actual del mobbing en Chile: regulación legal y jurisprudencial A. Fraga Y.	443

- **Comentario al Mensaje Presidencial que “formula indicaciones al proyecto de ley sobre modificación del concepto de empresa”.** F. Navarrete P..... 473
- **Servicio Nacional del Consumidor y mediación colectiva.** C. Román C..... 481
- **La *exceptio pluris consortium*.** H. Oberg Y. - C. Robles M. 497
- **Hacia una caracterización teórica del docente universitario en la carrera de Derecho.** C. Devoto B..... 507
- **Liquidación de una sociedad mercantil.** M. F. Juppet E. 519

III. Análisis jurisprudencial

- **La acción por interés general derivada de la Ley 19.496.** E. Isler S. 545
- **Análisis sobre el Fallo Tributario de Coca Cola Embonor contra el Servicio de Impuestos Internos.** E. Iribarra S. 559

IV. Libros, resúmenes y reseñas

- **Índice Revista de Derecho Público Iberoamericano – UDD N°4, abril de 2014.**..... 591
- **Índice *Ius Publicum* N°32/2014** 593

Presentación

Con la presente edición, *Actualidad Jurídica* cumple 15 años de vida y 30 números publicados semestralmente con estricta regularidad. A lo largo de este tiempo hemos atravesado por diversos períodos de mayor o menor conflictividad en el ámbito jurídico, fruto de la necesaria evolución de nuestras instituciones y de las renovadas inquietudes ciudadanas, muchas de las cuales desbordan los cauces de participación desafiando la estabilidad del sistema legal. Sin embargo, parece ser esta la etapa más difícil en lo relacionado con el desarrollo y adaptación de las leyes a los nuevos requerimientos políticos, sociales y económicos que demanda la comunidad civil. Súbitamente, hemos visto resquebrajarse la confianza de las autoridades y de la población en los principales pilares del orden establecido (el modelo económico, el andamiaje constitucional, los centros de enseñanza superior, los establecimientos educacionales, etcétera). Aun cuando las circunstancias son radicalmente distintas, parece que volvemos a lo que en los primeros meses del siglo XX se denominó *“la crisis moral”*, denunciada con extrema sensibilidad por un político de fuste: don Enrique Mac Iver. En una notable conferencia en el Ateneo santiaguino, aquel insigne orador dijo: *“Me parece que no somos felices: se nota un malestar que no es el de cierta clase de personas ni de ciertas regiones del país, sino de todo el país y de la generalidad de los que lo habitan”*. Más adelante sostenía: *“El presente no es satisfactorio y el porvenir aparece entre sombras que producen intranquilidad”*. Concluía estas sombrías reflexiones preguntándose: *“¿Por qué nos detenemos? ¿Qué ataja el poderoso vuelo que había tomado la República y que había conducido a la más atrasada de las colonias españolas a la altura de la primera de las naciones hispanoamericanas?”*

Ciertamente, los ciclos históricos no se repiten, cada uno de ellos tiene sus causas y dinámica propia, pero es innegable que hay coincidencias e identidades que merecen examinarse, porque, a fin de cuentas, los chilenos que formamos las diversas generaciones no somos tan distintos. Lo dicho puede permitirnos explicar por qué, en un momento determinado, se desata una insatisfacción mayoritaria, no sólo con el sistema educacional, como ocurre actualmente entre nosotros, sino con los cimientos en que se sustentan las estructuras más profundas del Estado. Vivimos, en consecuencia, una etapa que pone en peligro la subsistencia de muchos valores que, hasta hace muy poco tiempo, parecían consolidados e inamovibles.

Los analistas del acontecer cotidiano pueden intentar muchas explicaciones, prácticas y teóricas, para comprender lo que ocurre. Comencemos por reco-

nocer que las generaciones que comienzan a acceder al poder no vivieron el descalabro institucional que desencadenó la ruptura del sistema democrático, entonces severamente vilipendiado, razón por la cual no consiguen descubrir y sopesar qué factores provocan la erosión de la sana convivencia ciudadana y qué costo tiene su eventual reconstrucción. Desde otra perspectiva, el desarrollo económico logrado en los últimos treinta años, con todas sus debilidades e inconsistencias, unido a la multiplicidad de recursos tecnológicos de que dispone la población, fruto de la apertura de Chile al comercio mundial, ha hecho emerger una realidad absolutamente desconocida que se expresa a través de movimientos sociales con capacidad de compromiso y movilización, cuyo destino definitivo es muy difícil prever con algún grado de certeza. En fin, nuestro mundo ha cambiado y ello obliga a los hombres y mujeres de derecho a buscar una interpretación coherente que quede plasmada en los cambios jurídicos, hoy ineludibles y en cierto sentido necesarios.

Tanto en esta como en futuras ediciones nos proponemos analizar, desde los ángulos más variados, los numerosos proyectos en que se encuentra empeñada la actual Administración, proyectos que, no sin razón, han sido caracterizados como un “frenesí legislativo”, con todas las incidencias políticas que ello implica.

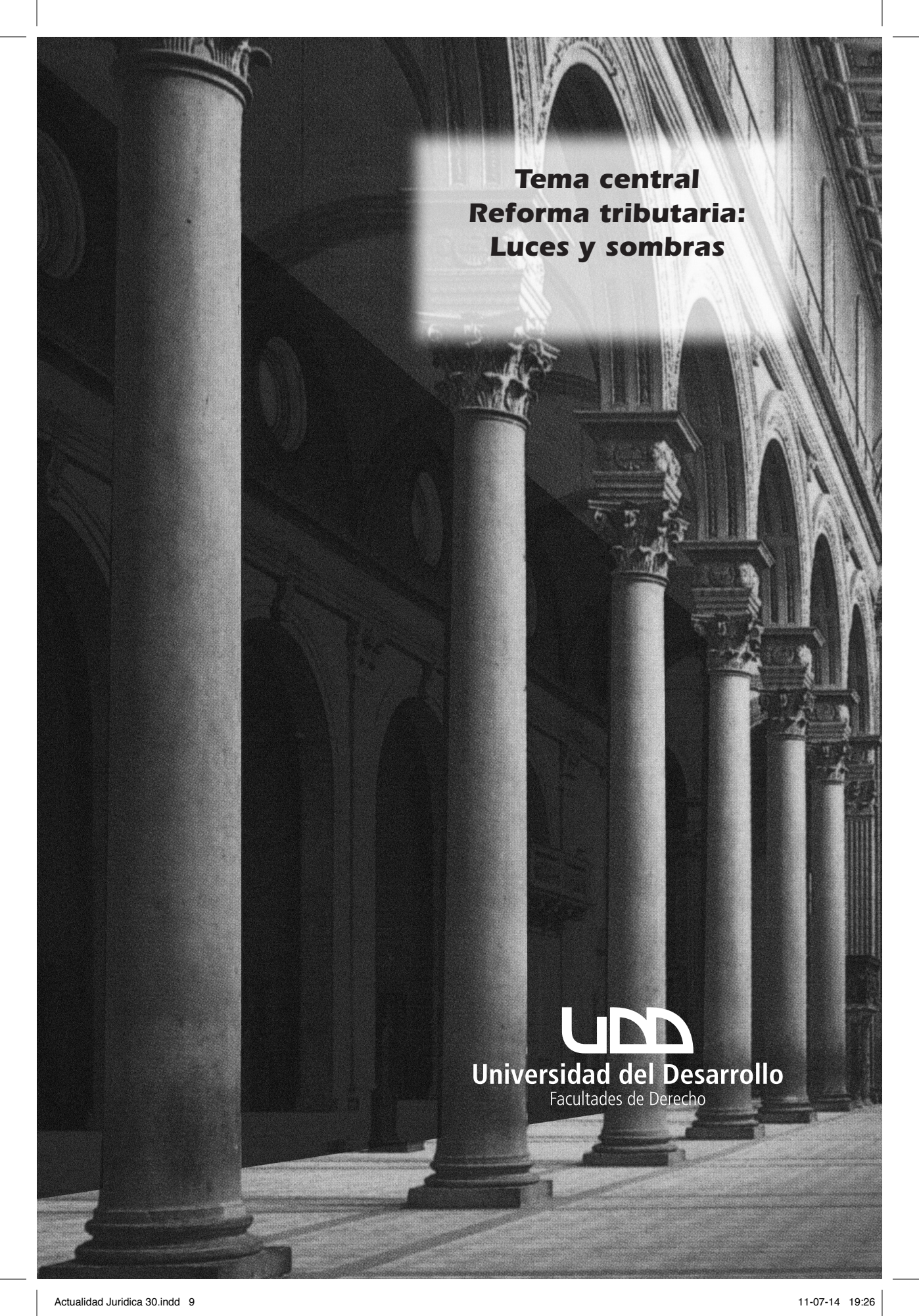
El tema central de esta publicación está dedicado al estudio, comentario y divulgación de las modificaciones tributarias propuestas, las mismas que una mayoría parlamentaria amenaza imponer a todo trance. Como se ha afirmado por los expertos, no se trata de una simple modificación impositiva, sino de una reestructuración profunda del sistema tributario que tendrá efecto en todas las actividades e instituciones. Tras el sano propósito de generar las condiciones para promover la igualdad, erradicando los factores que la obstruyen, puede instalarse un debilitamiento de nuestra economía, abandonando, quizás si definitivamente, toda posibilidad de ingresar de llenos en el club de las naciones desarrolladas. Por ende, debe procederse con cautela sin destruir lo que costosamente hemos conseguido edificar. Lo que más preocupa a este respecto es la falta de coherencia entre las disposiciones del proyecto y las garantías constitucionales (particularmente el “debido proceso legal”), unido a facultades omnímodas, propias del ejercicio de la jurisdicción, que se otorgan a la autoridad administrativa. Sobre esta materia el Colegio de Abogados ha emitido un claro pronunciamiento en que se advierte el grave menoscabo a las tareas propias del abogado en lo que concierne a la planificación tributaria y la calificación de ciertos actos jurídicos.

Hallará el lector en nuestra Revista varios trabajos sobre la reforma tributaria que se tramita en el Congreso Nacional, destacándose sus puntos más conflictivos y las consecuencias que pueden seguirse de ella. Esperamos que para los especialistas en derecho tributario y para los abogados, en general, estos trabajos constituyan un aporte valioso. Destacamos, además, estudios sobre “la

liquidación de una sociedad mercantil”, sobre “algunos principios que informan la teoría de la ley”, sobre “la exceptio pluris consortium”, sobre “el estatuto penal aplicable a las sanciones administrativas en Chile”, sobre “situación actual del mobbing en Chile”, sobre el “análisis crítico de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”, y varias otras materias de interés.

Creemos, más necesario que nunca, estimular a docentes, investigadores y todos quienes forman parte del mundo jurídico, a profundizar sus estudios y reflexiones en una hora de innovaciones y reformas que afectarán sustancialmente nuestro sistema normativo. *Actualidad Jurídica* estará abierta a todos quienes puedan realizar un aporte al debate público, más allá de las legítimas diferencias que puedan separarnos. De esa manera creemos dar cumplimiento a los propósitos que inspiraron su fundación.

EL DIRECTOR



Tema central
Reforma tributaria:
Luces y sombras



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Resumen ejecutivo Bachelet-Arenas

CHRISTIAN ASTE

Abogado, Magister Derecho Económico

UNIVERSIDAD DE CHILE.

Presidente Comisión Tributaria CNC

Profesor Postgrado UDD

Con fecha 1 de abril del corriente, la señora Presidenta de la República, doña Michelle Bachelet Jeria, remitió a la Honorable Cámara de Diputados el Mensaje Número 24-362, que contiene el proyecto de ley sobre Reforma Tributaria, el cual pretende introducir a nuestra legislación vigente las modificaciones que en el presente informe nos permitimos resumir y detallar, con los correspondientes comentarios:

Origen y fundamento del proyecto

En el capítulo referido a su motivación, el proyecto señala que “La necesidad de resolver las brechas de desigualdad” que existen “exige realizar cambios profundos y estructurales”. Agrega que la más importante de estas transformaciones es aquella que nos permitirá avanzar hacia una educación más equitativa y de calidad en todos sus niveles. Esto, señala el mensaje, no sólo producirá una mayor inclusión social, beneficiando a los miles de niños y niñas, jóvenes y sus familias que quieren mejorar su bienestar. También permitirá que numerosos profesionales y técnicos con grados crecientes de calificación den el impulso que necesita nuestra economía.

Contenido del proyecto

Para alcanzar estos objetivos, el proyecto propone los siguientes cambios a la legislación tributaria hoy vigente:

I.- Impuesto a la Renta

1.- Aumento de la tasa del Impuesto de Primera Categoría

Propone elevar, en forma gradual, la tasa del impuesto a las empresas del actual 20%, a un 25% (21% el 2014; 22,5% el 2015; 24% el 2016 y 25% a partir del 2017). Este impuesto seguirá operando como un anticipo de los impuestos personales.

2.- Tributación sobre base devengada y término del Fondo de Utilidades Tributables (FUT)

A partir de la operación renta 2018, el sistema operará en base devengada. Esto significa que los dueños de las empresas deberán tributar por la totalidad de las utilidades de sus empresas y no sólo sobre aquellas utilidades que retiren. De esta forma se termina con el actual mecanismo del Fondo de Utilidades Tributables (FUT).

Para determinar la participación que los contribuyentes tienen en la renta devengada por sus empresas, se introduce el concepto de renta atribuida, estableciéndose que los contribuyentes deben llevar los siguientes registros: 1.1.- Registro de las rentas atribuidas que se reciben; 1.2.- Registro de las rentas que se atribuyan a otras sociedades; 1.3.- Registro que contenga la retención que debe acreditarse; y 1.4.- Registro que incluya las diferencias temporales por depreciación o por diferencias contables, que sean consecuencia de ajustes, provenientes de imputaciones anticipadas o por reconocimiento diferido de ingresos.

El SII puede objetar la renta que se atribuye, aunque la atribución de las rentas a socios, comuneros o accionistas se realice en función a lo acordado en el contrato social, generándose como consecuencia de ella ajustes en los registros, y aumentando la judicialización de los casos. La ley impide el desarrollo de las empresas familiares, al asumir que la inclusión de los parientes en las sociedades se hace con el fin de eludir los impuestos. En efecto, se faculta al Servicio para que pueda impugnar las atribuciones realizadas si no conservan condiciones normales de mercado y cuando se incorpore la cónyuge u otros parientes si ello se ha realizado con motivos de reducir la renta atribuida a la persona que le hubiese correspondido. Se agrega una norma de control para evitar que contribuyentes eludan el pago del impuesto a través de la enajenación de su inversión antes del cierre del año en que le deban ser atribuidas las rentas afectas a impuesto.

Cabe subrayar que este nuevo sistema de tributación implicará que las utilidades tributarias generadas a nivel corporativo se atribuyan a los socios, accionistas o las personas naturales sin domicilio o residencia en Chile o personas jurídicas constituidas en el extranjero que hayan constituido cualquier clase establecimiento permanente en Chile, para pagar los impuestos finales (Global Complementario o Adicional), independiente de si éstas han sido retiradas o distribuidas.

Las entidades que participen en otras sociedades deberán atribuir a sus propietarios las rentas que a su vez les sean atribuidas de esas compañías, y así sucesivamente, hasta que estas utilidades alcancen a un contribuyente final de Global Complementario o Adicional (utilidades atribuidas de terceros).

Las pérdidas tributarias del ejercicio y de ejercicios anteriores de una entidad podrán ser absorbidas por las utilidades tributarias que le sean asignadas de otras

entidades que tributen con contabilidad completa y con el régimen del artículo 14 ter, pudiendo inclusive recuperar los impuestos pagados por esas utilidades.

Las utilidades atribuidas de terceros sólo serán a su vez atribuidas a los propietarios de una entidad, si ellas no resultan absorbidas por la pérdida tributaria de la compañía.

3.- Retención del 10%

El Proyecto de Reforma Tributaria establece que los contribuyentes que deban atribuir las utilidades, deban practicar al término del ejercicio una retención del 10% sobre el total de la renta a atribuir.

Los contribuyentes que no sean sociedades anónimas y que sólo tengan propietarios, socios, accionistas o comuneros que sean personas naturales domiciliadas o residentes en Chile no estarán sujetos a la obligación de retener.

Tratándose de atribuciones realizadas a contribuyentes no domiciliados ni residentes en Chile, la tasa de retención será equivalente a la tasa del 35% menos la tasa de crédito por Impuesto de Primera Categoría a que tengan derecho las cantidades que serán atribuidas.

4.- Ajustes en el FUT por aplicación de normas transitorias

Las disposiciones transitorias del Proyecto de Ley fijan una serie de normas que operan entre los años comerciales 2015 y 2016, entre las que se pueden destacar: Se iguala la tributación de los socios de sociedades de personas a la tributación de los accionistas, debiendo tributarse con los impuestos finales sin considerar el saldo FUT disponible. A raíz de ello, el FUT de las sociedades de personas pasa a ser un registro que tiene como objetivo la asignación de créditos de las cantidades retiradas, tal como es en el caso de las sociedades anónimas.

Con el cambio desaparece el concepto de retiro en exceso en las sociedades de personas. Los derechos sociales enajenados se considerarán como retiro del enajenante hasta la cantidad invertida en la adquisición de esos derechos, tal como en el caso de las acciones de pago. El monto factible de reinvertir en la enajenación de derechos sociales será equivalente al valor de adquisición, tal como en el caso de las acciones de pago.

Deberán anotarse en el FUT, en forma separada, las reinversiones en acciones de pago y derechos sociales, debiendo deducirse las disminuciones de capital en favor del inversionista con cargo a dichas cantidades o las sumas que deban entenderse retiradas por haberse enajenado las acciones o derechos sociales.

5.- Retiros en exceso

Los retiros en excesos pendientes de tributación que existan al 31 de diciembre de 2014 deberán sujetarse a las normas del artículo 14 de la Ley sobre Impuesto a la Renta que entre en vigencia a contar del 1 de enero de 2017, debiendo anotarse en registro de diferencias temporales. A contar del 1 de enero de 2015, los retiros en exceso existentes en las sociedades que resulten absorbidas se mantendrán pendiente de tributación en las empresas que se crean o subsistan. En el caso de divisiones, los retiros en exceso se asignarán en función del capital propio tributario de la sociedad que se divide. En el caso de la conversión los retiros en exceso se mantendrán en la empresa que nace.

6.- FUT acumulado

Los contribuyentes que mantengan utilidades acumuladas en el FUT al 31 de diciembre de 2017 deberán aplicar las siguientes reglas respecto de los retiros, remesas o distribuciones que se efectúen a partir del año comercial 2017:

Los retiros, remesas o distribuciones deberán imputarse en primer término a las rentas atribuidas propias y en segundo término a las rentas exentas e ingresos no renta. Si los retiros, remesas o distribuciones exceden estas cantidades indicadas deberán imputarse al saldo del FUT acumulado al 31 de diciembre de 2016, gravándose con los impuestos Global Complementario o Adicional hasta agotar el saldo acumulado, considerando las normas vigentes al 31 de diciembre de 2016.

Si los retiros, remesas o distribuciones son efectuados por contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría con contabilidad completa, deberán anotarse en el FUT o FUNT considerando las mismas reglas antes indicadas.

El saldo de las diferencias entre la depreciación acelerada y la normal que se mantengan al 31 de diciembre de 2016 deberán incorporarse al Registro de Diferencias Temporales incorporado en el nuevo artículo 14.

7.- Registro especial

Para el control de las reinversiones de utilidades efectuadas a través de aportes de capital a partir del año comercial 2015 y las efectuadas mediante adquisición de acciones de pago independiente de la fecha de adquisición, cuando no se hubiesen enajenado o no se hubiere efectuado una devolución de capital con cargo a esas cantidades al 31 de diciembre de 2016, la sociedad deberá mantener un registro especial de dichas reinversiones, las que solamente se gravarán conforme al texto vigente al 31 de diciembre de 2016 del artículo 14 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

8.- Otras modificaciones

8.1.- Ajustes a la tasa máxima marginal del impuesto de las personas

Se reduce la tasa máxima de los impuestos personales, del 40% actual a un 35%, a partir del año calendario 2017, es decir simultáneamente con la entrada en vigencia el nuevo sistema sobre base devengada.

8.2.- Ajustes a la tributación sobre las ganancias de capital

En el proyecto se introduce una serie de modificaciones en el ámbito de las ganancias de capital:

a.- En primer lugar, se establece que toda ganancia de capital debe quedar gravada con el impuesto a la renta, sin perjuicio de mantenerse el ingreso no renta a las ganancias de capital de acciones. Se deroga el Impuesto de Primera Categoría en carácter de Único por el Mayor Valor en la venta de acciones y derechos sociales. Para los contribuyentes que deban declarar el Impuesto de Primera Categoría en base a rentas efectivas, el mayor valor quedará sujeto a régimen general.

b.- Se elimina la exención a las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de bienes raíces, las cuales deberán tributar, pero reconociéndose el costo de las mejoras que se hayan incorporado al bien raíz. Sin embargo, no se considerará renta la ganancia de capital de la venta de la vivienda propia destinada a la habitación del enajenante o su familia, a la fecha de la enajenación. En todo caso, no constituirá renta sólo aquella parte del mayor valor que no exceda de 8.000 unidades de fomento según su valor a la fecha de enajenación

Artículo 17 N° 8 letra e) Venta de inmueble

Antecedentes

Persona natural	
Rentas anuales por concepto de sueldo	27.074.595
Impuesto único de segunda categoría	1.947.344
Intereses por crédito hipotecario	3.471.012
Venta segundo inmueble de su propiedad con fecha 31 de diciembre de 2013	
Precio de venta	2.650 UF
Costo según escritura	1.990 UF
Mayor valor generado	660
Inmueble adquirido mediante crédito hipotecario	

UF al 31 de diciembre de 2013	23.309,56
-------------------------------	-----------

Declaración anual de impuesto

Línea 9	Sueldos	27.074.595
Línea 15	Intereses por crédito hipotecario	-3.471.012
Línea 17	Base Imponible	23.603.583
Línea 18	Impuesto G.C (tasa 0,08)	1.036.967
Línea 31	Crédito por impuesto único	-1.947.344
Línea 36	Impuesto G.C	-910.377
Línea 63	Resultado liquidación anual impuesto	-910.377

Ingreso no renta por venta de inmueble

Artículo 17 N° 8 letra e) Venta de inmueble (Propuesta reforma)**Declaración anual de impuesto**

Línea 9	Sueldos		27.074.595
Línea 5	Otras rentas		15.384.310
Línea 15	Intereses por crédito hipotecario		-3.471.012
Línea 17	Base imponible		38.987.893
Línea 18	Impuesto G.C (tasa 0,23)		3.516.814
Línea 31	Crédito por impuesto único		-1.947.344
Línea 33	Crédito con derecho a devolución		-3.846.078
Línea 36	Impuesto G.C		-2.276.608
Línea 38	Base imponible	15.384.310	
Línea 38	Impuesto de 1era categoría tasa 25%		3.846.078
			-2.276.608
Línea 63	Resultado liquidación anual impuesto		1.569.470

En el ejemplo transcrito puede constatarse que de obtenerse una devolución de \$910.377 el contribuyente pasará a tener que pagar \$1.569.470.

c.- En el caso de las acciones y derechos sociales, se reconocen como parte del costo del activo las utilidades retenidas en la empresa entre la fecha de adquisición y la fecha de venta de los títulos, en concordancia con el nuevo esquema de tributación en base devengada.

d.- Se modifica la actual forma de tributación de las ganancias de capital, en cuanto distingue entre ganancias habituales y no habituales, tratando a las primeras como renta ordinaria y aplicando a las segundas un impuesto único igual a la tasa de primera categoría. En vez de ello, el proyecto establece un tratamiento diferenciado en función del plazo en que se mantiene la propiedad del activo. Si ese plazo es inferior o igual a un año, las ganancias de capital tributarán como renta ordinaria. Si el plazo es superior a un año, se aplicará sobre la ganancia de capital la tasa marginal promedio que resulte de incorporar la ganancia anualizada a la base imponible del Impuesto Global Complementario de los años anteriores, con tope de 6 años.

e.- Se autoriza deducir como parte del costo de enajenación la proporción que corresponda de las utilidades que no hayan sido retiradas, remesadas o distribuidas. Para los contribuyentes afectos a Global Complementario o Impuesto Adicional, si la enajenación de las acciones o derechos sociales es realizada antes de un año desde la adquisición, el mayor valor queda afecto a Impuesto de Primera Categoría y Global Complementario o Adicional. En caso que la enajenación de las acciones o derechos sociales se realice a lo menos un año después de la adquisición, el mayor valor tributará sólo con Global Complementario o Adicional.

Vigencia de los puntos anteriores: a partir del 1 de enero de 2017.

f.- Se incorpora un nuevo inciso cuarto del artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, el que dispone que los intereses y demás gastos financieros que

provenzan de créditos destinados directa o indirectamente a la adquisición de derechos sociales, acciones, bonos y en general cualquier tipo de capital mobiliario, no podrán ser deducidos como gasto, pasando a formar parte del costo de dichos activos, en la proporción que corresponda. **Esta norma entrará en vigencia a partir del primer día del mes posterior al de la publicación de la Ley.**

8.3.- Ajustes a la tributación de los fondos

La reforma presenta una serie de modificaciones para ajustar la tributación de los vehículos de inversión (fondos mutuos y fondos de inversión públicos) al sistema sobre base devengada. Las modificaciones buscan establecer total transparencia en el traspaso de los flujos de utilidad a los tenedores de cuotas de los vehículos de inversión. Esto es, que las utilidades devengadas de los instrumentos subyacentes (acciones, instrumentos de renta fija, entre otros) pasen en forma directa a los tenedores de cuotas. Para esto, se emula el funcionamiento del traspaso de flujos (dividendos e intereses) a los tenedores de cuotas que actualmente rige para los fondos mutuos.

8.4.- Objeciones a ciertos gastos

A contar del año comercial 2017, el artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta dispondrá algunas modificaciones.

Se aumenta la tasa que aplica los gastos rechazados pagados, de un 35% a un 40%. Este concepto se pretende aplicar también a las diferencias determinadas por tasaciones y ajustes por precios de transferencias. Se mantiene el incremento del 10% incluido en la reforma tributaria del año 2012, cuando los mencionados gastos rechazados beneficien directamente a los propietarios, socios, comuneros o accionistas de la empresa, comunidad o sociedad. Se elimina del artículo 21 la disposición que consideraba como gastos en beneficios de las personas antes mencionadas, aquellas partidas que benefician a los cónyuges, hijos no emancipados legalmente o cualquier otra persona relacionada con los propietarios, socios, comuneros o accionistas de la empresa, comunidad o sociedad, en los términos del artículo 100 de la Ley sobre Mercado de Valores. Se establece que la presunción de beneficio por el uso o goce de los bienes de los activos de la empresa afecta con este impuesto no podrá ser menor al monto equivalente a la depreciación anual, cualquiera sea el período en que se hayan utilizado los bienes en el ejercicio o en la proporción que justifique fehacientemente el contribuyente.

Se rechazan como gasto y como crédito fiscal las facturas de supermercados y negocios afines, que excedan de 1 UTM, salvo que dichos gastos sean autorizados por el SII.

8.5.- Se limita el régimen de renta presunta a microempresas

La Ley de Impuesto a la Renta establece presunciones de renta para determinados segmentos de algunos sectores (agricultura, transporte, minería y explotación de bienes raíces). El proyecto propone derogar estos regímenes a partir del año 2015.

A contar del año comercial 2015, se establece un nuevo sistema de renta presunta opcional para las microempresas, es decir, aquellas con ventas menores a 2.400 UF, donde dichos contribuyentes podrán optar entre el mínimo pago derivado de tributar conforme al régimen de renta presunta actualmente establecida en la ley o el sistema simplificado del artículo 14 ter, lo que contribuirá a su formalización.

Sólo podrán acogerse a esta nueva norma las personas naturales que actúen como empresarios individuales, las empresas individuales de responsabilidad limitada, las comunidades cuyo origen sea la sucesión por causa de muerte formadas exclusivamente por personas naturales.

Para establecer si el contribuyente cumple con el límite de ingresos para calificar como microempresa, deberá sumar a sus ingresos por ventas y servicios el total de los ingresos por ventas y servicios obtenidos por relacionados

Artículo 34 bis Renta presunta transporte de pasajeros

Antecedentes

-

1 Sociedad de personas

	Participación
Socio A	30%
Socio B	70%

2 Activos

5 Minibuses	Año 2012	
Valor corriente en plaza		9.900.000 C/U

3 Ingresos anuales en UTM	2.700	UTM 31.12.2013	40.772
Ingresos anuales en \$	110.084.400		
Ingresos mensuales	9.173.700		

4 Tributación impuesto 1era categoría año tributario 2014

Valor corriente en plaza	Cantidad	Valor total	Presunción de renta	Renta presunta
9.900.000	5	49.500.000	10%	4.950.000

Base imponible	10%	4.950.000
Impuesto 1era Cat.	20%	990.000

5 Tributación Impuesto Global Complementario

	Monto	Crédito	IGC / Dev.
Socio A	1.485.000	297.000	-297.000
Socio B	3.465.000	693.000	-693.000
Total	4.950.000	990.000	-990.000

	1era categ.	IGC	Total
Carga tributaria total	990.000	-990.000	0

Propuesta reforma

Antecedentes

Sociedad de personas

	Participación
Socio A	30%
Socio B	70%

Ingresos	110.084.400		
Costos	44.410.000	Supuesto	
Utilidad del ejercicio	65.674.400	Remuneraciones	21.600.000
		Depreciación	4.950.000
		Mantenciones	3.360.000
		Combustible	12.000.000
		Otros gastos	2.500.000

Tributación impuesto de primera categoría

Base imponible	65.674.400
Tasa 25%	16.418.600

Tributación impuesto Global Complementario

	Monto	Crédito	IGC / Dev.
Socio A	19.702.320	4.925.580	-4.200.714
Socio B	45.972.080	11.493.020	-6.226.407
Total	65.674.400	16.418.600	-10.427.121

	1era categ.	IGC	Total
Carga tributaria total	16.418.600	-10.427.121	5.991.479

8.6.- Normas internacionales

a.- Se establece una norma de control internacional sobre rentas pasivas de empresas chilenas en el exterior. Esta norma combate el diferimiento de impuestos sobre rentas pasivas de fuente extranjera. Se incorpora la letra G artículo 41 a la Ley sobre Impuesto a la Renta que dispone que los contribuyentes o patrimonio de afectación con domicilio, residencia o constituidos en Chile, que directa o indirectamente controlen entidades sin domicilio ni residencia en el país, deberán considerar como devengadas o percibidas las rentas pasivas percibidas o devengadas por dichas entidades controladas, conforme a las normas establecidas en dicho precepto legal.

No obstante las definiciones dadas por la reforma de entidad controlada, se presumirá que se trata de una entidad controlada cuando la empresa en que se tenga participación directa o indirecta se encuentre constituida, domiciliada o residente en un país o territorio de baja o nula tributación.

Para estos efectos se consideran rentas pasivas, entre otras, los dividendos, retiros de utilidades, intereses, ganancias de capitales, regalías. Vigencia a partir del 1 de enero de 2017.

b.- Se establece que los pagos al exterior efectuados a partes directa o indirectamente relacionadas con la entidad local, sólo serán deducidos como gasto en el año calendario o comercial de su pago, abono en cuenta o puesta a disposición, siempre y cuando se haya declarado y pagado el respectivo Impuesto Adicional, salvo que tales pagos estén liberados de este tributo con motivo de la ley o de un convenio tributario.

La vigencia de esta modificación no es clara

c.- Se eliminan del inciso cuarto del artículo 59 de la Ley sobre Impuesto a la Renta las normas relativas al exceso de endeudamiento y se establecen nuevas normas respecto de esta materia en el artículo 41 letra F).

La nueva norma afecta, además de los intereses, a cualesquier otros gastos asociados al financiamiento tales como comisiones, remuneraciones, u otros. Adicionalmente, si bien se mantiene la relación 3:1 para determinar si existe exceso de endeudamiento, también se considerará que existe dicho exceso si los gastos de financiamiento exceden del 50% de la Renta Líquida Imponible del ejercicio antes de deducir dichos gastos. Para estos efectos se establecen ciertos ajustes que deben realizarse a la Renta Líquida Imponible.

Finalmente la norma establece que para efectos de calcular el exceso de endeudamiento no sólo deben considerarse las deudas contraídas con el extranjero, sino también las deudas contraídas con partes domiciliadas o constituidas en el país.

Vigencia a partir del 1 de enero de 2017.

8.7.- Modificaciones en los mecanismos de depreciación

La principal medida pro inversión que impulsa esta reforma está referida a los mecanismos de depreciación de que disponen las empresas, con un especial énfasis en las empresas de menor tamaño. Así, se introduce para micro y pequeñas empresas un mecanismo de depreciación instantánea que les permitirá rebajar de sus utilidades de un año la totalidad de la inversión y que, en su caso, alcanzará a las inversiones en bienes usados.

En el caso de las empresas medianas el mecanismo de depreciación instantánea se introduce con una fórmula lineal que lo va reduciendo en la medida que una empresa se acerca al nivel de una grande.

De manera transitoria, para las medianas y grandes empresas se ha contemplado un mecanismo que les permitirá, hasta doce meses después de la entrada en vigencia de la ley, aplicar a sus inversiones el mecanismo de la depreciación instantánea.

Por su parte, con la reforma tributaria en régimen y bajo el sistema de base devengada, la depreciación acelerada se extenderá para el cálculo de los impuestos terminales que deban pagar sus propietarios.

8.8.- Suprime los regímenes especiales contenidos en el artículo 14 bis, ter y quáter, incorporando bajo un nuevo 14 ter, un sistema especial orientado a favorecer a contribuyentes que tienen ingresos menores a 25000 UF

El régimen del artículo 14 bis permite tributar en base a renta retirada con los impuestos de la Ley sobre Impuesto a la Renta, en vez de devengada, eximiéndose de llevar el detalle de las utilidades tributarias, Renta Líquida Imponible de Primera Categoría y Utilidades Acumuladas, practicar inventarios, aplicar la corrección monetaria, efectuar depreciaciones, confeccionar el balance general anual¹. El régimen del artículo 14 quáter permite considerar como renta exenta de Impuesto de Primera Categoría el monto de 1.440 unidades tributarias mensuales, obtenida por contribuyentes obligados a declarar sus rentas efectivas de Primera Categoría según contabilidad completa, a aque-

¹ Este régimen es aplicable a contribuyentes obligados a declarar renta efectiva según contabilidad completa y cuyos ingresos anuales por ventas, servicios u otras actividades de su giro no hayan excedido un promedio anual de 3.000 UTM en los tres últimos ejercicios, o en el caso de los que inician actividades, los que determinen un capital propio inicial igual o inferior al equivalente de 200 UTM del mes en que ingresen.

llos contribuyentes que sus ingresos totales del giro no superen en cada año calendario un monto equivalente a 28.000 UTM, que no posean ni exploten, a cualquier título, derechos sociales o acciones de sociedades, ni formen parte de contratos de asociación o cuentas en participación y que en todo momento el capital propio no debe superar el equivalente a 14.000 UTM.

Los beneficios que reemplazan los regímenes que se derogan son: 1.- No llevar contabilidad; 2.- Presunción de gastos para desembolsos no respaldados de 0,5% de los ingresos; y 3.- Depreciación acelerada.

8.9.- Se elimina el crédito por contribuciones a los inmuebles entregados en arriendo, a contar del año comercial 2015

8.10.- Crédito por compra de activo fijo

La Ley sobre Impuesto a la Renta establece un crédito para la inversión en activo fijo de un 4% de lo invertido, con tope de 500 UTM. La reforma mejora este mecanismo para las PYMES, ampliando el crédito a un 6% para MIPES y medianas empresas; respecto de estas últimas dicho beneficio decrecerá linealmente, a medida que se van acercando al tamaño de una grande. Las empresas grandes mantienen su actual beneficio.

Durante la transición la tasa del crédito será de un 8% por doce meses contados desde la entrada en vigencia de la ley para todas las PYMES.

8.11.- Reemplazo de beneficios a la inversión

a.- A contar del año comercial 2017, se deroga el beneficio al ahorro establecido en el artículo 57 bis de la actual Ley sobre Impuesto a la Renta, el que da derecho a invocar un crédito fiscal por el Ahorro Neto Positivo como crédito contra el Impuesto Global Complementario o el Impuesto Único de Segunda Categoría por instrumentos o valores emitidos o tomados por bancos, sociedades financieras, compañías de seguros de vida, fondos mutuos, fondos de inversión y administradoras de fondos de pensiones.

Contribuyentes acogidos al artículo 57 bis antes del año comercial 2015

- A partir del 1 de enero de 2017, sólo tendrán derecho al crédito por la parte que corresponda al remanente de ahorro neto positivo no utilizado al 31 de diciembre de 2016, cuyo monto anual no exceda de la cantidad menor entre el 30% de la renta imponible de la persona o 65 unidades tributarias anuales. El saldo de ahorro neto que exceda la cantidad señalada constituirá remanente para ejercicios siguientes, que podrá ser utilizado hasta su total extinción, debidamente reajustado.

- Los retiros que se efectúen a partir del 1 de enero de 2017 se sujetarán en todo lo dispuesto al artículo 57 bis, según su texto vigente al 31 de diciembre de 2016.
- Las inversiones o depósitos que se hagan a partir del 1 de enero de 2017 deberán ser registrados en forma separada por las instituciones receptoras y en ningún caso serán considerados para la determinación del ahorro neto.

Contribuyentes acogidos al artículo 57 bis a partir del año comercial 2015.

Por aquellas inversiones efectuadas a partir del año 2015, se deberá aplicar lo dispuesto en el actual 57 bis, con las siguientes excepciones:

- En la determinación del ahorro neto del año, los giros o retiros efectuados, sólo se considerarán por el monto del capital girado o retirado, excluyendo las ganancias de capital o rentabilidad asociadas a cada retiro.
- La ganancia de capital o rentabilidad que se haya obtenido en el año respectivo, correspondiente a los giros o retiros efectuados por el contribuyente, se gravará con el impuesto Global Complementario.
- Cumplido el período a que se refiere el número 5 del artículo 57 bis (cuatro años consecutivos con ahorro neto positivo), los retiros efectuados a contar de dicho período se sujetarán a lo dispuesto en el citado número, considerando tanto el capital como la rentabilidad obtenida en el monto girado o retirado.

b.- En reemplazo del sistema de incentivo tributario derogado, se establece un incentivo que consiste en que los intereses provenientes de depósitos a plazo y cuentas de ahorro, así como los demás instrumentos que se determine mediante Decreto Supremo del Ministerio de Hacienda, emitidos por las entidades sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de la Superintendencia de Valores y Seguros, de la Superintendencia de Seguridad Social y de la Superintendencia de Pensiones, que se encuentren facultadas para ofrecer al público tales productos financieros, extendidos a nombre del contribuyente, en forma unipersonal y nominativa, no se considerarán percibidos para los efectos de gravarlos con el Impuesto Global Complementario, en tanto no sean retirados por el contribuyente y permanezcan ahorrados en instrumentos del mismo tipo emitidos por la misma institución.

Para gozar del beneficio referido, el monto total destinado anualmente al ahorro en el conjunto de los instrumentos acogidos a este sistema, no podrá exceder del equivalente a 100 unidades tributarias anuales.

En consonancia con la medida propuesta, se deroga, como ya advertimos, a partir del año 2017, el beneficio vigente del artículo 57 bis de la Ley sobre Impuesto a la Renta, por estimarse que se concentra en personas de altos ingresos.

Comentarios

1.- Al incorporar el concepto de renta atribuida, introduce variables distorsionadoras, que además atentan contra la garantía constitucional de la libertad contractual, y autonomía de la voluntad.

Lo anterior, por las siguientes razones:

- 1.1. Para determinar la renta atribuida, los contribuyentes deberán llevar los siguientes registros: a.- Registro de las rentas atribuidas que se reciben; b.- Registro de las rentas que se atribuyan a otras sociedades; c.- Registro que contenga la retención que debe acreditarse; y d.- Registro que incluya las diferencias temporales por depreciación o por diferencias contables, que sean consecuencia de ajustes, provenientes de imputaciones anticipadas o por reconocimiento diferido de ingresos.
- 1.2. El SII puede objetar la renta que se atribuye, generando ajustes en los registros, y aumentando la judicialización de los casos.
- 1.3. La ley impide el desarrollo de las empresas familiares, al asumir que la inclusión de los parientes en las sociedades, se hace con el fin de eludir los impuestos.

Los números 2 y 3 que hemos referido vulneran las garantías de libertad y de propiedad que la Constitución reconoce. El número 1 incrementará los costos de administración del sistema, tanto para los contribuyentes como para el SII. Incrementará además la judicialización de los casos.

I. ÉJEMPLO PRÁCTICO DE EFECTO DE REFORMA TRIBUTARIA

- A. Antecedentes sociales
- B. Antecedentes generales
- C. Renta Líquida Imponible
- D. FUT
- E. Global Complementario Socios
 - Régimen actual
 - Régimen según reforma
 - Distribución de utilidades atribuidas de terceros según participación en capital
 - Distribución de utilidades atribuidas de terceros según participación sobre las utilidades

II. CONCLUSIONES

A. ANTECEDENTES SOCIALES

1. Razón Social: Inversiones Las Cuatro Letras Ltda.
2. Giro: Asesorías e Inversiones
3. Capital:

Socios	Participación		Capital
	Capital	Utilidades	
Socio A	50%	25%	50.000.000
Socio B (Cónyuge)	30%	25%	30.000.000
Socio C (Hija)	10%	25%	10.000.000
Socio D (Hijo)	10%	25%	10.000.000
Total			100.000.000

B. ANTECEDENTES GENERALES

1. Los retiros del año corresponden a:

Socios	Retiros
Socio C (Hija)	20.000.000
Socio D (Hijo)	20.000.000
Total	40.000.000

2. Participaciones en otras sociedades

	% Participación	N° Acciones	Div. Percibidos	Rtdo. Financiero	Rtdo. tributario
S.A. Cerrada	16,875%	Sin Ant.	79.312.500	Sin Ant.	211.444.148
S.A. Abierta	0,013%	799.000	12.784.000	116.675.534.488	122.840.075.801

C. RENTA LÍQUIDA IMPONIBLE

INVERSIONES LAS CUATRO LETRAS LTDA.

Utilidad según balance al 31.12.2013		\$	120.381.373
Se agrega:			82.002.136
VPP inversiones empresa relacionadas	43.490.046		
Corrección monetaria inversiones a valor tributario	27.220.327		
Impuesto a la renta	635.360		
Corrección Monetaria patrimonio financiero	10.656.403		
Se deduce:			(87.755.635)
Dividendos percibidos	(79.312.500)		
Corrección monetaria inversiones a valor tributario	(609.712)		
Corrección Monetaria capital propio tributario	(7.833.423)		

Renta líquida imponible al 31 de diciembre de 2013		114.627.874
Impuesto de Primera Categoría sobre rentas efectivas	20%	22.925.575
Menos:		
PPM pagado actualizado		(1.014.275)
Saldo a favor		22.925.575
Más:		
Reajuste artículo 72 LIR	0,7%	13.379
Total a pagar		1.924.679

D. FONDO DE UTILIDADES TRIBUTABLES

	FUT	Créditos
Saldo Inicial	437.702.255	62.905.410
Más		
Dividendos perdidos		
Soc. Anónima cerrada	79.312.500	16.573.138
Soc. Anónima Abierta	12.784.000	2.618.119
Más		
Renta Líquida Imponible	114.627.874	22.925.575
Menos		
Retiros		
Socio C (Hijo)	(20.000.000)	(3.529.400)
Socio D (Hija)	(20.000.000)	(3.529.400)
Saldo al 31.12.2013	604.426.629	97.963.442

Nota: Los retiros Fueron imputados a Créditos con tasa de 15%

E. IMPUESTO GLOBAL COMPLMENTARIO SOCIO A: No efectuó retiros

Socio A

	Régimen		
	Actual Tasa 23%	Reforma* Tasa 40%	Reforma** 40%
Dividendos Recibidos	7.808.000	7.808.000	7.808.000
Crédito 1era categoría dividendos	1.599.140	1.599.140	1.599.140
Utilidades atribuidas de terceros	0	51.681.094	83.362.187
Sueldos	36.196.857	36.196.857	36.196.857
Impuesto único de 2° categoría	2.860.120	2.860.120	2.860.120
Base Imponible	48.464.117	100.145.211	131.826.304
Tasa de impuesto	14.733.092	40.058.084	52.730.522
Menos:			
Rebaja	(8.708.899)	(15.005.727)	(15.005.727)
Impuesto Global	6.024.192	25.052.357	37.724.795
Menos:			
Impuesto único de 2° categoría	(2.860.120)	(2.860.120)	(2.860.120)
Crédito 1° categoría dividendos	(1.599.140)	(1.599.140)	(1.599.140)
Crédito 1° categoría utilidades atribuidas		(10.529.208)	(17.529.016)
IGC a pagar	1.564.932	10.063.889	15.736.519

* Distribución según utilidades

** Distribución Según capital

B. IMPUESTO GLOBAL COMPLEMENTARIO SOCIO B: No efectuó retiros

	Régimen		
	Actual Tasa 23%	Reforma* Tasa 40%	Reforma** 40%
Utilidades atribuidas de terceros	0	51.681.094	50.017.312
Sueldos	36.196.857	36.196.857	36.196.857
Impuesto único de 2° categoría	2.860.120	2.860.120	2.860.120
Base Imponible	39.056.977	90.738.071	89.074.289
Tasa de impuesto	8.983.105	36.295.228	35.629.716
Menos:			
Rebaja	(5.450.401)	(15.005.727)	(15.005.727)
Impuesto Global	3.532.704	21.289.501	20.623.989
Menos:			
Impuesto único de 2° categoría	(2.860.120)	(2.860.120)	(2.860.120)
Crédito 1° categoría utilidades atribuidas	0	(10.529.208)	(10.517.410)
ICG a pagar	672.584	7.900.173	7.246.460

* Distribución según utilidades

** Distribución Según capital

C. IMPUESTO GLOBAL COMPLEMENTARIO SOCIO C: Efectuó retiros

	Régimen		
	Actual	Reforma*	Reforma**
	Tasa 8%	Tasa 30,4%	23%
Retiros	20.000.000	20.000.000	20.000.000
Crédito 1° categoría retiros	3.529.400	3.529.400	3.529.400
Utilidades atribuidas de terceros	0	31.681.094	16.672.437
Base Imponible	23.529.400	55.210.494	40.201.837
Tasa de impuesto	1.882.352	16.783.990	9.246.423
Menos:			
Rebaja	(851.319)	(8.708.899)	(5.450.401)
Impuesto Global	1.031.033	8.075.091	3.796.022
Menos:			
Crédito 1° categoría retiros	(3.529.400)	(3.529.400)	(3.529.400)
Crédito 1° categoría dividendos	0	0	0
Crédito 1° categoría utilidades atribuidas	0	(14.058.608)	(3.505.803)
Devolución a solicitar	(2.498.367)	(9.512.917)	(3.239.181)

* Distribución según utilidades

** Distribución Según capital

A. IMPUESTO GLOBAL COMPLEMENTARIO SOCIO D: Efectuó retiros

	Régimen		
	Actual	Reforma*	Reforma**
	Tasa 8%	Tasa 30,4%	23%
Retiros	20.000.000	20.000.000	20.000.000
Crédito 1° categoría retiros	3.529.400	3.529.400	3.529.400
Utilidades atribuidas de terceros	0	31.681.094	16.672.437
Base Imponible	23.529.400	55.210.494	40.201.838
Tasa de impuesto	1.882.352	16.783.990	9.246.423
Menos:			
Rebaja	(851.319)	(8.708.899)	(5.450.401)
Impuesto Global	1.031.033	8.075.091	3.796.022
Menos:			
Crédito 1° categoría retiros	(3.529.400)	(3.529.400)	(3.529.400)
Crédito 1° categoría utilidades atribuidas	0	(14.058.608)	(3.505.803)
Devolución a solicitar	(2.498.367)	(9.512.917)	(3.239.181)

* Distribución según utilidades

** Distribución Según capital

CONCLUSIONES

Total Impuesto a nivel familiar según régimen actual	(2.759.219)
Total Impuesto a nivel familiar según reforma con distribución según utilidad	(1.061.772)
Menor devolución por reforma	1.697.447

Total Impuesto a nivel familiar según régimen actual	(2.759.219)
Total Impuesto a nivel familiar según reforma con distribución según participan sobre capital	16.504.616
Mayor impuesto por reforma	19.263.835

II. Ejemplo

Inmobiliaria		situacion actual	Contabilidad Completa
Sociedad de Personas			
Socia A	50%		
Socia B	50%		
Renta Anual Arrendamiento Oficinas (Incluye Contrib)			25.000.000
Contribuciones			2.200.000
Impuesto 1ra. Cat	20%		5.000.000
	Rebaja Contribuciones		(2.200.000)
	Impuesto 1ra. a Pagar		2.800.000
Impuesto Global Complementario			
Socio A	Base	12.500.000	235.798
	Credito Por Impto 1ra. Cat		(2.500.000)
	Devolucion Solicitada		(2.264.202)
Socio A	Base	12.500.000	235.798
	Credito Por Impto 1ra. Cat		(2.500.000)
	Devolucion Solicitada		(2.264.202)
Inmobiliaria		con reforma	Contabilidad Completa
Sociedad de Personas			
Socia A	50%		
Socia B	50%		
Renta Anual Arrendamiento Oficinas (rebajadas Contrib)			22.800.000
Contribuciones			2.200.000
Impuesto 1ra. Cat	25%		5.700.000
	Rebaja Contribuciones		(2.900.000)
	Impuesto 1ra. a Pagar		2.800.000
Impuesto Global Complementario			
Socio A	Base	11.400.000	191.798
	Credito Por Impto 1ra. Cat		(2.850.000)
	Devolucion Solicitada		(2.658.202)
Socio A	Base	11.400.000	191.798
	Credito Por Impto 1ra. Cat		(2.850.000)
	Devolucion Solicitada		(2.658.202)
Impuesto real a favor del FISCO situación actual			Impuesto real a favor del Fisco con reforma
Impto. 1Ra Categoría	2.800.000	Impto. 1Ra Categoría	5.700.000
Devolucion Soc. A	(2.264.202)	Devolucion Soc. A	(2.658.202)
Devolucion Soc. B	(2.264.202)	Devolucion Soc. B	(2.658.202)
Impuesto Territorial Pagado	2.200.000	Impuesto Territorial Pagado	2.200.000
Carga tributaria total	471.596	Carga tributaria total	2.583.596

Cómo se puede visualizar por medio de ambos ejemplos, el sistema de renta atribuida implicará una mayor carga tributaria, que tratándose de empresas individuales puede resultar igual a cinco veces lo que se pagaba por impuesto, y en sociedades, el impuesto a pagar va a depender del sistema que se utilice. Pues no dará lo mismo utilizar como factor de atribución la utilidad o el capital. Lo demostrado con estos ejemplos conllevará a que los contribuyentes, que

sean socios de sociedades de personas, y el SII se sometan permanentemente al escrutinio judicial, por el factor de atribución que usaron.

2.- NO CONCORDAMOS con la retención del 10% que se impone a las sociedades anónimas abiertas, y a las sociedades cuyos dueños no sean personas naturales.

No parece razonable que se atribuya una utilidad, que puede no traducirse en un incremento patrimonial, y por lo tanto en un hecho gravado, puesto que es posible que el accionista que recibió el dividendo menos la retención no haya recibido el 100% de la utilidad y por lo tanto termine pagando impuesto, si vende su acción, por una utilidad que no ha recibido, y que además forma parte del precio, el que de acuerdo a la propia ley está afecto a impuesto.

Más grave resulta lo anterior si consideramos que parte significativa de las acciones de las S.A. abiertas pertenece a los Fondos que administran las AFP, las que no sólo no hacen uso del crédito de Primera Categoría, sino que además con la Reforma, recibirán menos dividendo (producto de la retención). El proyecto no regula lo que ocurre con el monto retenido. No dice si se acredita o devuelve a los Fondos de Previsión.

En concreto, esta retención vulnera el derecho de propiedad, pues incrementa el crédito sin interés que uno le paga al Fisco (PPM) en un 1000 por ciento. (La tasa primitiva del 1% la aumenta al 10%)

Esta propuesta en esta parte, comprometerá el ahorro de las empresas. Generará mayor endeudamiento, como se demuestra con el siguiente ejercicio (muy simple).

HOY

S.A. Abierta	
Utilidad	= 100.000.000
Impuesto Primera Categoría: 20%	= 20.000.000
Utilidad disponible para dividendos	= 80.000.000
Dividendo 30%	= 24.000.000
Dividendo 24.000.000 + crédito de Primera Categoría	\$6.000.000

Dividendo	24.000.000	Utilidad 80.000.000 * 30%
Incremento	6.000.000	24.000.000 * 0.25
Renta afecta a IGC	30.000.000	
IGC de acuerdo a Tramo 13.5% menos rebaja	1.853.205	Incluye rebaja tabla IGC
Rebaja crédito	6.000.000	(21.000.000+ 5.250.000) * 20%
Devolución	4.146.795	

DEVOLUCIÓN: \$4.146.795
 TOTAL RECIBIDO POR EL ACCIONISTA \$34.146.795
 (Dividendos 30.000.000 + devolución 4.146.795)

Con Reforma

Utilidad	= 100.000.000
Impuestos 25%	= 25.000.000
Utilidad disponible para dividendos	= 75.000.000
Dividendo 30%	= 22.500.000
Retención 10%	= 10.000.000

Renta afecta a IGC	100.000.000	Utilidad generada por la sociedad
IGC de acuerdo a Tramo 35% menos rebaja	23.590.364	Se considera rebaja incluida en tabla de IGC, estimada para la nueva tasa 35%
Rebaja crédito	25.000.000	70% de \$25.000.000
Rebaja retención	10.000.000	70% de \$10.000.000 retención total establecida por reforma (10% de 100.000.000)
Devolución	11.409.636	

Monto recibido por el accionista \$23.909.636
 (\$11.409.636 + dividendo 22.500.000 – retención 10.000.000)

Efectos

Si la sociedad quiere que el accionista reciba lo mismo que antes, debe distribuir más dividendo, lo que va encarecer su crédito, ya que no va tener caja propia.

NUUESTRA propuesta es que subsista el sistema actual, o que en defecto, esto es, si se quieren hacer cambios que la renta que deba incluir el socio persona natural en su impuesto terminal, considere aquella parte de la renta devengada, que los socios acuerden para el año siguiente, en función de una declaración jurada del administrador.

Nos parece que vulnera la garantía de la libertad y el derecho de propiedad que nuestra Constitución reconoce, el que el SII pueda objetar la atribución. Consideramos además que afecta el desarrollo de las empresas familiares, propio de los comerciantes pequeños y medianos que representamos, el que se impida las sociedades con familiares, y que se objete el factor de atribución que al efecto se considere.

3.- Resulta absurdo que se niegue el gasto de compras realizadas en Supermercados y comercios afines, cuando son superiores a 1 UTM, y que se exija autorización previa del SII. Más todavía que se le grave con tasa de un 40% y se niegue derecho a crédito fiscal.

Consideramos que esta norma asume que el contribuyente es un evasor, y que utiliza la empresa para rebajar gastos personales, en circunstancia de

que según la normativa actualmente vigente, si el SII tras una fiscalización detecta que un contribuyente está rebajando un gasto improcedente, existen las herramientas legales para rechazar el gasto, el crédito fiscal y además para sancionar al contribuyente.

Una norma como esta, además de burocratizar el sistema, lo que hace es presumir la mala fe, contrariando los principios generales del Derecho que lo que hacen es precisamente lo contrario.

4.- Contradice el principio de libertad el que el legislador restrinja los sistemas de tributación alternativos, y los reduzca a uno, que no sólo no presenta ningún beneficio significativo, sino que además discrimina a los contribuyentes que no son intensivos en capital.

En efecto, mientras los regímenes que se cambian establecían beneficios reales, el que lo reemplaza establece beneficios menores. De partida no libera al contribuyente del sistema de atribución de renta. La única ventaja, y que estimamos como equivocada, es liberarlo de contabilidad, pues la requieren para acceder al sistema crediticio. El beneficio de presumir el gasto para los documentos sin respaldo es muy menor, pues equivale a un 0,5% de los ingresos. El sistema de depreciación instantánea, que se propone como gran beneficio, sólo favorece a los contribuyentes que son dueños de bienes de capital, nuevos o usados. No favorece a las empresas de servicio, ni tampoco a las empresas que registran sus activos en *leasing*.

5.- NO parece razonable ni equitativo eliminar ahora el beneficio contenido en el artículo 17 número 8 de la LIR, en tanto muchos contribuyentes ya se han beneficiado con él. Además debe haber una coherencia en las políticas del Estado. Este artículo fue modificado bajo la administración PIÑERA, señalándose como razón de su cambio el evitar la elusión tributaria. Restringiendo el beneficio sólo a ciertos y determinados contribuyentes. Ahora se reducirá aun más, pues sólo tendrán derecho a este beneficio y por el mayor valor que no exceda de 8000 UF, las personas naturales que vendan el inmueble que habitan con su familia. Esto perjudicará a los divorciados con más de una casa, y perjudicará a los dueños de más de una vivienda, quienes hasta ahora, podían no pagar impuesto por el mayor valor. De este modo un empleado con un sueldo MENSUAL de \$1.000.000 que tiene propiedades en Cartagena y en Santiago, y que venda la propiedad de Cartagena, que le costó \$15.000.000 en \$30.000.000, deberá pagar el equivalente a un sueldo por concepto de impuesto. Me parece, por decir lo menos, absolutamente regresivo.

6.- La eliminación del beneficio de renta presunta a los contribuyentes que siendo dueños de vehículos de carga tengan participación en sociedades,

afectará en forma directa a un número significativo de contribuyentes que están organizados con una empresa de camiones, que arriendan a sus propias empresas. Ejemplo: panaderías, empresas de abarrotes, etc. De hecho un empresario dueño de 8 camionetas, con un avalúo fiscal de 48.000.000 y que tenía una utilidad de \$35.000.000, por efecto de este cambio, pasará a pagar tres veces lo que antes pagaba.

7.- La eliminación del crédito por contribuciones a las sociedades inmobiliarias, se traducirá en una mayor renta para los locatarios, y se trasladará a precio para los consumidores y a los arrendatarios, que son los que no tienen para comprar inmuebles.

II.- Código Tributario

1.- Incorpora una cláusula antielusiva, otorga facultades al SII y sanciona a los asesores y al directorio de las empresas.

Transcurrido un año contado desde la publicación de la ley, rigen los siguientes cambios al Código Tributario:

1.1.- Se establece que las obligaciones tributarias deben nacer y exigirse con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados. Se agrega que lo anterior aplica, cualquiera sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles.

Se precisa que las leyes tributarias no pueden ser eludidas mediante el abuso de las posibilidades de configuración jurídica, y que en caso de abuso nace la obligación tributaria correspondiente a la configuración jurídica adecuada a los hechos económicos. Se establece que existe abuso cuando se evita total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuye la base imponible o la obligación tributaria, o se posterga o difiere el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios, incluyendo fusiones, divisiones, transformaciones y otras formas de reorganización empresarial o de negocios, en los que concurran las siguientes circunstancias copulativas: a) Que, individualmente considerados o en su conjunto sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso, y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

En los actos o negocios en los que exista simulación el hecho gravado con los impuestos será el efectivamente realizado por las partes, con independencia de

los actos o negocios simulados. Se establece que el Servicio desestimaré y no le serán oponible los actos y negocios jurídicos practicados con la finalidad de disimular la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento.

El Servicio sólo puede declarar la existencia del abuso de las formas jurídicas si el monto de las diferencias de impuestos que conforme a ella puedan determinarse al contribuyente excedan la cantidad equivalente a 250 UTM a la fecha de la emisión del informe de fiscalización; y así lo declara el Director Nacional del Servicio. Esta última exigencia también aplica para la simulación. En ambos casos, se exige además que exista un informe previo, de consuno y favorable, de los Subdirectores Jurídico, Normativo y de Fiscalización según corresponda².

Transcurrido el plazo y su prórroga para realizar este informe, sin que se haya comunicado una decisión, se entiende denegada la solicitud, reanudándose el cómputo del plazo para efectuar las actuaciones de fiscalización o dictar las resoluciones que correspondan, según las reglas generales. Durante el tiempo transcurrido desde que se solicite el informe hasta su emisión o hasta el vencimiento del término para emitirlo sin que se haya efectuado, se suspenderá el cómputo del plazo para liquidar, girar o resolver. El contribuyente siempre tiene derecho a reclamar conforme el Procedimiento General de reclamo.

1.2.- Se sanciona a la persona natural o jurídica respecto de quien se acredite haber diseñado o planificado los actos, contratos o negocios, constitutivos de abuso o simulación. En caso que la infracción haya sido cometida por una persona jurídica, la sanción señalada podrá, además, ser aplicada a sus directores, o representantes legales, si hubieren infringido sus deberes de dirección y supervisión.

La multa es igual al 100% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales de no mediar dichas conductas indebidas, y que se determinen al contribuyente, y se aplica cuando, en el caso de haberse deducido reclamación en contra de la respectiva liquidación, giro o resolución, ella se encuentre resuelta por sentencia firme y ejecutoriada o cuando no se haya deducido reclamo y los plazos para hacerlo se encuentren vencidos. La prescripción de la acción para perseguir esta sanción pecuniaria será de 6 años contados desde el vencimiento del plazo para declarar y pagar los impuestos eludidos.

² El plazo para emitir el informe autorización será de dos meses contados desde la recepción de la solicitud y el expediente completo por los Subdirectores indicados, circunstancia esta última de la cual se deberá dejar constancia en dicho expediente. Este plazo puede ser ampliado fundadamente por dichas autoridades, hasta por un mes.

2.- Facultades de información

Con el objeto de verificar la exactitud de las declaraciones o de obtener información, se faculta al Servicio para que pueda:

2.1.- Examinar los inventarios, balances, libros de contabilidad, o sistemas tecnológicos que los sustituyan en conformidad al inciso final del artículo 17, y documentos del contribuyente, en todo lo que se relacione con los elementos que deban servir de base para la determinación del impuesto o con otros puntos que figuren o debieran figurar en la declaración.

2.2. Examinar los libros y documentos, o sistemas tecnológicos que los sustituyan, de las personas obligadas a retener un impuesto.

2.3. Requerir telefónicamente o por la vía más expedita posible, sin perjuicio de notificar, conforme a las reglas generales, la petición de antecedentes al contribuyente o su representante, indicando las materias consultadas y el plazo otorgado para aportar la información requerida, el que no podrá exceder de un mes contado desde el envío de la notificación electrónica.

2.4. Requerir a los contribuyentes la información que estime necesaria para la realización de estudios sobre recaudación de los impuestos, el comportamiento tributario de determinados sectores económicos, como asimismo realizar encuestas con el fin de diseñar, implementar o mejorar las medidas que disponga para facilitar el cumplimiento tributario y sus procedimientos de fiscalización y aplicación de los impuestos³.

2.5. En los casos a que se refiere el inciso final del artículo 17, el Servicio podrá efectuar por medios tecnológicos el examen de la contabilidad, libros y documentos que el contribuyente lleve por dichos medios.

2.6. El Director Regional puede disponer que los contribuyentes presenten, en los casos que así lo determine, un estado de situación. Podrá exigirse, además, que este estado de situación incluya el valor de costo y fecha de adquisición de los bienes que especifique el Director Regional⁴, incluyéndose los vehículos terrestres, marítimos y aéreos de uso personal.

2.7. Puede requerir la confección o modificación de inventarios, los que pueden ser presenciados por los funcionarios del Servicio autorizados, quienes, además, podrán confeccionar inventarios o confrontar en cualquier momento los inven-

³ Debe velar sí para que los requerimientos de información que imponga sean a los menores costos de cumplimiento posibles, privilegiando el uso de las tecnologías de la información por sobre otros medios.

⁴ No se incluirán en este estado de situación los bienes muebles de uso personal del contribuyente ni los objetos que forman parte del mobiliario de su casa habitación.

tarios de contribuyentes con las existencias reales, pero sin interferir el normal desenvolvimiento de la actividad correspondiente⁵. El Director, o el Director Regional según el caso, podrá ordenar que el inventario se confronte con el auxilio de la fuerza pública, cuando exista oposición de parte del contribuyente. Con el fin de llevar a efecto esta medida, el funcionario encargado de la diligencia puede recurrir al auxilio de la fuerza pública, la que le será concedida por el Jefe de Carabineros más inmediato sin más trámite que la exhibición de la resolución que ordena dicha medida, pudiendo procederse con allanamiento y descerrajamiento si fuere necesario.

2.8. En los casos a que se refiere el inciso final del artículo 17, el Servicio podrá efectuar por medios tecnológicos, el examen de la contabilidad, libros y documentos que el contribuyente lleve por dichos medios.

2.9. Puede pedir declaración jurada por escrito o citar a toda persona domiciliada dentro de la jurisdicción de la oficina que la cite, para que concurra a declarar, bajo juramento, sobre hechos, datos o antecedentes de cualquiera naturaleza relacionados con terceras personas⁶.

2.10. En el caso de contribuyentes autorizados a sustituir sus libros de contabilidad por hojas sueltas llevadas en forma computacional y en los casos del inciso final del artículo 17, el Servicio podrá realizar los exámenes correspondientes, accediendo o conectándose directamente a las referidas aplicaciones informáticas, medios electrónicos, o cualquier otro sistema tecnológico, incluyendo los que permiten la generación de libros o registros auxiliares impresos en hojas sueltas.

2.11. Podrá ejercer esta facultad con el objeto de verificar, para fines exclusivamente tributarios, el correcto funcionamiento de dichos sistemas tecnológicos, a fin de evitar la manipulación o destrucción de datos necesarios para comprobar la correcta determinación de bases imponibles, rebajas, créditos e impuestos.

2.12. Puede requerir al contribuyente, su representante o al administrador de dichos sistemas tecnológicos, los perfiles de acceso o privilegios necesarios para acceder o conectarse a ellos. Una vez que acceda o se conecte, el funcionario a cargo de la fiscalización puede examinar la información, realizar validaciones y

⁵ Este examen, confección o confrontación deberá efectuarse con las limitaciones de tiempo y forma que determine el Servicio y en cualquier lugar en que el interesado mantenga los libros, documentos, antecedentes o bienes o en otros que el Servicio señale de acuerdo con él.

⁶ Estarán exceptuados de estas obligaciones, salvo en los casos de sucesión por causa de muerte o comunidades en que sean comuneros los parientes, el cónyuge, los parientes por consanguinidad en la línea recta o dentro del cuarto grado de la colateral, el adoptante, el adoptado, los parientes por afinidad en la línea recta o dentro del segundo grado de la colateral de dichos terceros. Además, estarán exceptuadas de estas obligaciones las personas obligadas a guardar secreto profesional.

ejecutar cualquier otra operación lógica o aritmética necesaria para los fines de la fiscalización⁷. En caso que el contribuyente, su representante o el administrador de las aplicaciones informáticas o medios electrónicos impida, entrase o de cualquier modo interfiera en la fiscalización, el Servicio podrá, mediante resolución fundada y con el mérito de los antecedentes que obren en su poder, declarar que la información requerida es sustancial y pertinente para la fiscalización, de suerte que dicha información no será admisible en un posterior procedimiento de reclamo que incida en la misma acción de fiscalización que dio origen al requerimiento, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 132 de este Código. La determinación efectuada por el Servicio podrá impugnarse junto con la reclamación de la citación, liquidación, giro o resolución respectiva.

2.13. El Servicio puede autorizar o **exigir** la utilización de sistemas tecnológicos de información que permitan el debido control tributario de ciertos sectores de contribuyentes⁸ o actividades tales como juegos y apuestas electrónicas, comercio digital de todo tipo, aplicaciones y servicios digitales, las que podrán llevar, a juicio del Servicio, una identificación digital en papel o en medios electrónicos, según proceda⁹.

En ningún caso se ejercerá esta facultad respecto de los contribuyentes a que se refieren los artículos 18 ter y 22 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

2.14. El Director Regional puede ordenar el diseño y ejecución de cualquier tipo de actividad o técnica de auditoría de entre aquellas generalmente aceptadas, sin afectar el normal desarrollo de las operaciones del contribuyente. En el ejercicio de esta facultad el Servicio podrá, en especial, realizar actividades de muestreo y puntos fijos.

⁷ Los resultados del procesamiento y fiscalización informáticos constarán en un informe foliado suscrito por los funcionarios que participaron en la acción de fiscalización, el que formará parte del expediente que se abra al efecto. Se entregará al contribuyente un acta detallada donde conste la información accedida o copiada o sistemas fiscalizados computacionalmente. La información copiada será desechada al término de la revisión, sin perjuicio que en el expediente se incluirá un resumen de la información procesada. Se comunicará al contribuyente la circunstancia de haberse desechado la información electrónica en el plazo que se establezca en la resolución referida en el inciso siguiente. El resultado de estas actividades de fiscalización informática se notificará sólo en forma de citación, liquidación, giro o resolución, según proceda.

⁸ Para estos efectos, el Ministerio de Hacienda, mediante norma general contenida en un Decreto Supremo, establecerá el tipo de actividades o sectores de contribuyentes sujetos a la exigencia de implementar y utilizar los referidos sistemas, lo que en ningún caso podrá afectar el normal desarrollo de las operaciones del contribuyente. El Servicio, a su juicio exclusivo y de manera individualizada, establecerá mediante resolución fundada los contribuyentes sujetos a éstas exigencias y las especificaciones tecnológicas respectivas. Para tales efectos, el Servicio deberá notificar al contribuyente sobre el inicio de un procedimiento destinado a exigir la utilización de sistemas de control informático con al menos 2 meses de anticipación a la notificación de la citada resolución. Los contribuyentes dispondrán del plazo de 6 meses contados desde la notificación de la resolución para implementar y utilizar el sistema respectivo. El Servicio podrá, a petición del contribuyente, prorrogar el plazo hasta por seis meses más en casos calificados.

⁹ El incumplimiento de la obligación de utilizar estos sistemas o impedir o entorpecer la revisión de su correcto uso será sancionado de conformidad al artículo 97 número 6, de este Código.

2.15. El Servicio puede utilizar los resultados obtenidos para efectuar las actuaciones de fiscalización que correspondan, siempre que las actividades de auditoría, de muestreo o punto fijo, según el caso, cumplan los siguientes requisitos: a) Haberse repetido, en forma continua o discontinua, dentro de un periodo máximo de seis años calendarios contados desde que se realice la primera actividad de auditoría, muestreo o punto fijo, según corresponda; b) Recoger las estacionalidades e hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito que puedan afectar los resultados; c) Guardar relación con el ciclo económico o con el sector económico respectivo, y d) Los resultados obtenidos deben ser consistentes con los resultados obtenidos en otras actividades o técnicas de auditoría, aplicados durante la misma revisión, incluyendo chequeos de consumos eléctricos, insumos, servicios, contribuyentes o entidades comparables o de la plaza, o certificaciones emitidas por entidades técnicas reconocidas por el Estado. Se establece que la metodología empleada así como los resultados de las actividades o técnicas de auditoría, no serán reclamables ni susceptibles de recurso alguno, sin perjuicio del derecho del contribuyente de impugnar, conforme a las reglas generales, la liquidación, resolución o giro que el Servicio practique en base a ellas.

2.16. En caso de detectar diferencias relevantes respecto de lo registrado, informado o declarado por el contribuyente, el Servicio, sobre la base de los resultados que arrojen las actividades o técnicas de auditoría, podrá tasar la base imponible de los impuestos que corresponda, tasar el monto de los ingresos y, en general, ejercer todas las facultades de fiscalización dispuestas por la ley. Cumpliendo los requisitos señalados en el punto 8.15, la muestra o resultado obtenido servirá de antecedente para liquidar y girar los impuestos que correspondan, conforme las reglas generales.

2.17. Al SII debe informársele en el caso de las disminuciones de capital o cuotas de fondos de inversión o en general patrimonios de afectación.

2.18. Se establece que la Superintendencia de Valores y Seguros y la de Bancos e Instituciones Financieras remitirán por medios electrónicos u otros sistemas tecnológicos, al Servicio, en mayo de cada año, la información que indique de los estados financieros que les haya sido entregada por las entidades sujetas a fiscalización o sujetas al deber de entregar información.

2.19. Las entidades arriba referidas deben enviar también aquellos estados financieros que hayan sido modificados con posterioridad o los producidos con motivo del cese de actividades de la empresa o entidad respectiva. A la misma obligación quedarán sujetas las demás entidades fiscalizadoras que conozcan de dichos estados financieros.

2.20. La Comisión Chilena del Cobre, el Servicio Nacional de Geología y Minería y los Conservadores de Minas están obligados a remitir en la forma y plazo

que señale el Servicio, la información sobre la constitución, traspaso y cierre de pertenencias, sobre obras de desarrollo y construcción, ingresos y costos mineros, entre otros antecedentes. Igualmente estarán obligados a remitir la información que el Servicio les solicite, los conservadores o entidades registrales que reciban o registren antecedentes sobre derechos de agua, derechos o permisos de pesca, de explotación de bosques y pozos petroleros. En estos casos el Servicio pondrá a disposición de quienes deban informar un procedimiento electrónico que deberán utilizar para el envío de la información.

2.21. El Banco del Estado, las cajas de previsión y las instituciones bancarias y de crédito en general están obligadas a remitirle al Servicio, en la forma que el Director Regional determine, las copias de las tasaciones de bienes raíces que hubieren practicado. Los Bancos e Instituciones Financieras deberán proporcionar todos los datos que se les soliciten relativos a las operaciones de crédito de dinero que hayan celebrado y de las garantías constituidas para su otorgamiento, así como también de las transacciones pagadas o cobradas mediante sistemas tecnológicos, tales como tarjetas de crédito y de débito, en la oportunidad, forma y cantidad que el Servicio establezca, con excepción de aquellas operaciones de crédito de dinero otorgadas para el uso de tarjetas de crédito que se produce entre el usuario de la tarjeta y el banco emisor, cuyos titulares no sean contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría de la Ley de la Renta y se trate de tarjetas de crédito destinadas exclusivamente al uso particular de una persona natural y no para el desarrollo de una actividad clasificada en dicha Categoría¹⁰.

2.22. La Dirección puede exigir la emisión de facturas especiales o boletas especiales en medios distintos al papel, en la forma que establezca mediante resolución.

3.- Fianza y término de giro

Si el Servicio cuenta con antecedentes que permitan establecer que una persona, entidad o agrupación sin personalidad jurídica, ha terminado su giro o cesado en sus actividades sin que haya dado el aviso respectivo, previa citación efectuada conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Tributario, podrá liquidar y girar los impuestos correspondientes, en la misma forma que hubiera procedido si dicha persona, entidad o agrupación hubiere terminado su giro comercial o industrial, o sus actividades. En tales casos, los plazos de prescripción del artículo 200 se entenderán aumentados en un año contado desde que se notifique legalmente la citación referida, respecto de la empresa, comunidad, patrimonio de afectación o sociedad respectiva, así como de sus propietarios, comuneros, aportantes, socios o accionistas.

¹⁰ Lo dispuesto anteriormente no será aplicable a las operaciones de crédito celebradas y garantías constituidas por los contribuyentes del artículo 20, número 2, de la Ley de la Renta, ni a las operaciones celebradas y garantías constituidas que correspondan a un período superior al plazo de tres años.

El ejercicio de esta facultad procederá especialmente en los casos en que las personas y entidades o agrupaciones referidas, que estando obligadas al término de giro considerando los antecedentes que obren en su poder, se presume legalmente que el contribuyente o patrimonio de afectación, según corresponda, ha cesado en sus actividades cuando, estando obligado a presentar declaraciones mensuales o anuales de impuesto u otra declaración obligatoria ante el Servicio, no cumpla con dicha obligación o, cumpliendo con ella, no declare rentas, operaciones afectas, exentas o no gravadas con impuestos durante un período de 18 meses seguidos, o 2 años tributarios consecutivos, respectivamente. Asimismo, esta norma se aplicará en caso que, en el referido período o años tributarios consecutivos, no existan otros elementos o antecedentes que permitan concluir que continúa con el desarrollo del giro de sus actividades.

Se establece que los propietarios, comuneros, aportantes, socios o accionistas que participen en más del 50% de las utilidades o ingresos de la sociedad o a cualquier título posean más del 50% de las acciones, del capital social, de los derechos sociales o cuotas de participación, según corresponda tendrán el carácter de fiadores de las obligaciones tributarias de la empresa, comunidad, patrimonio de afectación o sociedad respectiva, en la proporción que corresponda de acuerdo al número 4 del artículo 38 bis de la Ley sobre Impuesto a la Renta. La citación, liquidación y giro correspondientes a las diferencias de impuestos que se determinen deberán notificarse a la empresa o sociedad y a los propietarios, comuneros, aportantes socios o accionistas. Tratándose de la comunidad operarán las mismas reglas anteriores, pero los comuneros responderán solidariamente.

4.- Se sancionará con multa: 4.1. A quien incumpla o entrase la obligación de implementar y utilizar sistemas tecnológicos de información conforme al artículo 60 ter, con una multa de diez unidades tributarias anuales a cien unidades tributarias anuales, con un límite equivalente al 10% del capital propio tributario o el 15% del capital efectivo; 4.2. A los contribuyentes autorizados a sustituir sus libros de contabilidad por hojas sueltas llevadas en forma computacional y aquellos autorizados a llevar sus inventarios, balances, libros o registros contables o auxiliares y todo otro documento de carácter tributario mediante aplicaciones informáticas, medios electrónicos u otros sistemas tecnológicos, que entraben, impidan o interfieran de cualquiera forma la fiscalización ejercida conforme la ley, con una multa equivalente de una unidad tributaria anual a cien unidades tributarias anuales, con un límite equivalente al 5% del capital propio tributario o el 10% del capital efectivo; 4.3. Con multa de hasta el 200% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales, de no mediar la deducción indebida, a quienes hayan deducido los gastos o hecho uso del crédito fiscal, respecto de los vehículos y aquellos incurridos en supermercados y comercios similares, a que se refiere el artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, sin cumplir con los requisitos que la ley establece.

Comentarios

Las cláusulas antielusivas que se incluyen, la sanción que se establece al contador y al asesor, a los directores y representantes legales y el aumento de las facultades del SII aumentará la judicialización de los casos, privará a las empresas pequeñas y medianas de una asesoría, puesto que ésta por los riesgos que se agregan se hará más cara, favoreciéndose con todo ello a las grandes compañías, que sí tendrán los recursos para pagar, y asumir la eventual responsabilidad civil (prima por responsabilidad).

La discrecionalidad del SII aumentará la burocracia, el número de juicios, y afectará el principio de igualdad, tal como ocurrió con el caso Johnsons.

Aunque entendemos que el Servicio para cumplir la función que le asigna la ley, en orden a examinar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, debe diseñar estrategias de fiscalización focalizadas en las áreas de mayor evasión, incorporando mayores niveles de tecnologías de la información, preparando continuamente sus equipos de trabajo y fortaleciendo los conductos de coordinación entre las distintas unidades inspectivas, estamos en desacuerdo que se asimile la evasión con la elusión y ésta con la planificación tributaria.

Evasión y elusión no son lo mismo, pues es propio de los agentes económicos y de sus asesores cuando se deben tomar decisiones respecto de las formas de organizar legítimamente un negocio u operación, poder elegir entre dos o más alternativas legales, de las cuales la aplicación de algunas de ellas, entre otros factores a considerar, pueden significar un menor costo impositivo, para la empresa o sus propietarios.

Según las prácticas usuales, se evade cuando se opta por una alternativa que no es legal, o que siendo legal, se accede a ella bajo la forma de un acto o un contrato que carece de causa o de objeto.

Así mientras la correcta planificación tributaria de un acto económico que genera elusión del mayor impuesto constituye un derecho que se fundamenta en la libertad de elegir entre diversas alternativas legítimas y que reconoce como límite el orden jurídico, la evasión implica una transgresión que debe sancionarse.

Así un empresario que requiere una maquinaria para realizar una faena, tiene muchas alternativas para acceder a ella, pero todas con distintos efectos en compromisos y costos tributarios, laborales, financieros, etc.

La maquinaria podría ser comprada al contado o a crédito, o arrendada, o arrendada con compromiso de compra, o simplemente se podría contratar el servicio que presta la máquina a un tercero. Incluso, si no tiene el capital y no

desea endeudarse y nadie presta el servicio, puede formar una sociedad –de distinto tipo– con alguien que aporte el capital y entonces realizar el servicio que prestaría la maquinaria. Hay plena legitimidad en elegir una de esas alternativas, incluyendo la que pueda significar un menor costo tributario.

Es cierto que si la realidad fuese totalmente homogénea las leyes serían perfectas y todas las alternativas deberían tener los mismos costos impositivos. Pero la realidad es diversa y las regulaciones tienen diferencias, que los concedores de la ley dominan y pueden legítimamente recomendar la menos onerosa tributariamente. No se trata de actuar dentro de la ley en el papel, pero fuera de su espíritu, sino simplemente de seleccionar la mejor alternativa legítima.

Nos parece grave que se faculte al Servicio para calificar por sí y ante sí el abuso, y la simulación, y que se le reste valor jurídico a los actos o contratos válidamente celebrados, asumiendo que son abusivos. Nos oponemos que se vulnere el principio de tipicidad, y se sancione bajo la forma de una ley penal en blanco. Lo correcto es que las conductas abusivas estén suficientemente descritas.

Lo bueno, sí, de la reforma es que transparenta algo que el SII hasta ahora no había asimilado, y que es que en la actualidad carece de atribuciones para objetar la validez de los actos o contratos celebrados por los privados. También carece de la facultad, que a veces cree tener, de cuestionar la naturaleza de ciertos actos e instrumentos.

III.- PPM e IVA

1.- Se incluye como nuevo hecho gravado básico la venta habitual de inmuebles. No importa si quien vende lo construyó total o parcialmente, y si era o no dueño de dicho inmueble.

2.- También incluye como hecho gravado, pero especial: 2.1. Los retiros de inmuebles, cuando dichos inmuebles forman parte del activo realizable de una empresa cuyo giro es la venta de inmuebles; y 2.2. Las promesas de venta y los contratos de arriendo con opción de compra que recaigan sobre bienes corporales inmuebles realizadas por un vendedor.

3.- Se estableció que la venta de bienes corporales muebles e inmuebles que formen parte del activo inmovilizado de la empresa, efectuada dentro del plazo de 36 meses contados desde su adquisición, fabricación o término de construcción, según proceda, se grava con IVA, cuando el que vende, haya tenido derecho a crédito fiscal por su adquisición, importación, fabricación o construcción.

4.- Los cambios anteriores justifican los cambios en el devengamiento, en el sujeto del impuesto, y en la base imponible.

5.- Se agrega que a contar del 1 de enero de 2015 no darán derecho a crédito fiscal los gastos incurridos en supermercados y comercios similares que no cumplan con los requisitos que establece el inciso primero del artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

6.- Se establece que el impuesto adicional que grava la venta de bebidas analcohólicas naturales o artificiales, energizantes o hipertónicas, jarabes y en general cualquier otro producto que las sustituya o que sirva para preparar bebidas similares, y aguas minerales o termales, será de un 18% si presenta la composición nutricional a que se refiere el artículo 5° de la Ley N° 20.606.

7.- Se establece una base de un 18% para las bebidas alcohólicas, que aumenta en un 0,5% por cada grado alcohólico, más una sobretasa de beneficio fiscal de 0,03 Unidades Tributarias Mensuales por cada litro de alcohol puro que contengan dichas especies o la proporción correspondiente.

8.- A contar de los 30 días siguientes al de su publicación en el Diario Oficial, se establece un impuesto adicional expresado en UTM a la importación, sea habitual o no, de vehículos diseñados o adaptados para poder emplear petróleo diesel. La tasa se calcula en función del rendimiento urbano.

9.- Las modificaciones introducidas al Decreto Ley N° 825, de 1974, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, no se aplicarán a las ventas y otras transferencias de dominio de inmuebles, que se efectúen en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere válidamente prometido con anterioridad al 01 de enero del año 2006, en un contrato celebrado por escritura pública o por instrumento privado protocolizado. Del mismo modo, no se aplicarán dichas disposiciones a las transferencias de inmuebles que se efectúen en virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra celebrado con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia señalada, siempre que dicho contrato se haya celebrado por escritura pública o instrumento privado protocolizado.

10.- Se establecen reglas especiales para las empresas acogidas al artículo 14 ter en el pago de sus PPM. Se les da la opción de elegir si pagan considerando la tasa efectiva de IGC o la tasa normal. Se establece una rebaja transitoria de 15% en el pago de los PPM de las empresas pequeñas y medianas por 12 meses contados desde la entrada en vigencia de la ley.

11.- Se establece una modificación en el artículo 3° de la Ley del IVA, para que en el ejercicio de sus facultades el SII pueda considerar, entre otras circunstancias, el volumen de ventas y servicios o ingresos registrados, por los vendedores y prestadores de servicios y/o los adquirentes y beneficiarios o personas que deban soportar el recargo o inclusión del impuesto.

12.- Por otra parte, se restringe el crédito especial de IVA para empresas constructoras sólo para viviendas con precio menor o igual a 2.000 UF, a través de la correspondiente modificación del artículo 21 del Decreto Ley N° 910, de 1975, contenida en el artículo 3° del proyecto.

Restricción del crédito por construcción de propiedades.

Se restringe el crédito sólo a viviendas con precio menor o igual a 2.000 UF.

Crédito especial empresas constructoras

Antecedentes

Una empresa vende una casa afectaa a IVA de acuerdo a lo siguiente:

	\$	UF	Tope
Valor de venta neto	94.000.000	3.953	4.500
Valor del terreno (de acuerdo a topes)	-32.800.000		
Valor construcción afecta a IVA	61.200.000		
Más IVA 19%	11.628.000		
<u>Menos crédito artículo 21 D.L. 910</u>			
65% IVA	11.628.000	7.558.200	
Tope 225 UF	23.779,73	5.350.439	
Rebaja máxima		-5.350.439	
Más Valor del terreno	32.800.000		
Total venta			
Valor construcción	61.200.000		
Valor terreno	32.800.000		
IVA 19%	11.628.000		
Rebaja 65%	-5.350.439		
		100.277.561	

Restricción del crédito por construcción de propiedades.

Se restringe el crédito sólo a viviendas con precio menor o igual a 2.000 UF.

Crédito especial empresas constructoras (Propuesta reforma)

Antecedentes

Una empresa vende una casa afectaa a IVA de acuerdo a lo siguiente:

	\$	UF	Tope
Valor de venta neto	94.000.000	3.953	2.000
Valor del terreno (de acuerdo a topes)	-32.800.000		
Valor construcción afecta a IVA	61.200.000		
Más IVA 19%	11.628.000		
<u>Menos crédito artículo 21 D.L. 910</u>			
65% IVA	11.628.000	0	
	23.779,73		
Rebaja máxima		0	
Más Valor del terreno	32.800.000		
Total venta			
Valor construcción	61.200.000		
Valor terreno	32.800.000		
IVA 19%	11.628.000		
Rebaja 65%	0		
		105.628.000	

Comentarios

1.- Introduce una variable discriminatoria, pues en el mercado se producirá el hecho de que un mismo bien tenga precios distintos, dependiendo de quien venda, y no del uso del activo. En efecto, si quien vende es alguien que es habitual, el precio de venta aumenta con el IVA. En caso contrario no tiene IVA. Esa variable distorsiona el mercado, y afecta a las empresas que operan en este mercado.

2.- El beneficio que antes había y que ahora se restringe llevará a que las personas privilegien los bienes raíces baratos, pues son los que llevan el beneficio. Eso junto con afectar el desarrollo estético de la ciudad, perjudica a la clase media, que aspira siempre a mejorar. Es una nivelación hacia abajo.

3.- Los cambios introducidos por el gobierno, en indicaciones, apuntan por una parte a reconocer que parte de los inmuebles que se venderán y que en el futuro se gravarán con IVA, no tuvieron derecho a crédito fiscal. Por eso permite rebajar de la base imponible el valor de compra. No incluye las mejoras. Debíó incluirlas, por una cuestión de justicia. Para evitar que se use IVA en la compra de inmuebles, se esperen 36 meses y se venda sin IVA, se estableció que la venta de inmuebles siempre se hará con IVA. Lo que puede ir sin IVA es la venta de muebles, siempre que el vendedor o el comprador esté sujeto al artículo 14 ter, y hayan transcurrido 36 meses desde la fecha de la compra.

4.- Se aumentó el impuesto a los tabacos, en un 11%, para compensar la eliminación de la sobre tasa que se había establecido por cada litro de alcohol puro. Se precisó que la tasa a las bebidas analcohólicas y energizantes sería un 18% cuando tengan un elevado contenido de azúcares, el que se entiende existe, cuando tienen más de 15(g) por cada 240 mililitros. Se estableció una aplicación gradual para el cambio del crédito contenido en el artículo 21 del DL 910. El año 2015 dicho crédito aplica a las ventas cuyo valor no exceda de 4000 UF. El 2016 disminuye a 3000 UF y el 2017 a 2000 UF y con un tope de 100 viviendas.

Incluye impuestos correctivos, sin paliar el efecto que tiene el comercio clandestino y el contrabando en el negocio del tabaco.

IV.- Impuestos ligados al cuidado del medio ambiente

1.- Impuesto a las emisiones de fuentes fijas. En el artículo 5° del proyecto se propone establecer un impuesto a la emisión de fuentes fijas. Se consideran para esto dos categorías de externalidades: i) daño local en salud: emisiones al aire de Material Particulado (MP), Óxidos de Nitrógeno (NOx) y Dióxido de Azufre (SO₂), y; ii) daño global por el cambio climático: emisiones de Dióxido de Carbono (CO₂).

Este impuesto grava las emisiones producidas por fuentes conformadas por calderas o turbinas con una potencia térmica mayor o igual a 50 MWt (megavatios térmicos), por lo que, se estima, no se verán afectadas las pequeñas y medianas empresas.

El componente del impuesto por daño local en salud se establecerá conforme a la valoración de dicho daño, partiendo de un piso fijado en la ley. En el caso de las emisiones por CO₂, se gravará cada tonelada emitida con 5 dólares de Estados Unidos de Norteamérica.

Por último, para los efectos de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 149 de la Ley General de Servicios Eléctricos, el proyecto señala que este impuesto no deberá ser considerado en la determinación del costo marginal instantáneo de energía, cuando éste afecte a la unidad de generación marginal del sistema.

No obstante, el costo asociado a dicho impuesto para la unidad de generación marginal deberá ser pagado por todas las empresas eléctricas que efectúen retiros de energía del sistema, a prorrata de sus retiros, debiendo el Centro de Despacho Económico de Carga (CDEC) respectivo adoptar todas las medidas pertinentes para realizar la reliquidación correspondiente.

2.- Impuesto a vehículos livianos más contaminantes. Se introduce un impuesto adicional a la importación de vehículos livianos que utilicen diésel como combustible.

V.- Impuestos correctivos

En la ley sobre IVA se aumenta el impuesto específico a las bebidas alcohólicas y a las bebidas no alcohólicas que presenten la composición nutricional a que se refiere el artículo 5° de la Ley N° 20.606 (por ejemplo, elevados contenidos de azúcares). El impuesto tendrá tanto un componente *ad valorem*, como un componente en proporción al alcohol incluido en cada tipo de bebida, operando de la siguiente forma:

- a. Se aplica una tasa adicional a la actual de 5%, para las bebidas no alcohólicas que presenten la composición nutricional a que se refiere el artículo 5° de la Ley N° 20.606.
- b. Se aplica una tasa de 18% por el hecho de que una bebida contenga alcohol.
- c. Se incrementa la tasa *ad valorem* de acuerdo al contenido de alcohol a razón de un 0,5% por cada grado de alcohol.

VI.- Aumento de la tasa del impuesto de timbres y estampillas

Se incrementa la tasa de este impuesto, de un 0,4% a un 0,8%.

Comentario

Aunque se indica que esta medida en caso alguno afectará a las empresas de menor tamaño, las que pueden, de conformidad al artículo 3° de la Ley N° 20.259, descontar lo que paguen o devenguen con cargo a este impuestos de sus pagos tributarios de IVA, permitiéndoles reducir considerablemente el costo de sus operaciones de financiamiento, lo cierto es que sí afectará el endeudamiento, pues lo encarecerá en un 100%.

VII.- Derogación del Decreto Ley N° 600, Estatuto de la Inversión Extranjera

Para los nuevos proyectos de inversión se propone dejar de aplicar el DL 600, que ampara al Estatuto de la Inversión Extranjera. Para tal efecto, el proyecto dispone su derogación a partir del 1° de enero de 2016. Por ende, el Comité de Inversiones Extranjeras dejará de celebrar nuevos contratos de inversión extranjera sujetos a las reglas del referido Estatuto.

Con todo, es importante señalar que los titulares de contratos de inversión ya suscritos continuarán rigiéndose por las normas legales vigentes aplicables a sus contratos, razón por la cual se mantiene inalterado para ellos el contenido de esta norma.

Comentario

Resulta a lo menos curioso que el país se reste competitividad, con un cambio que aparentemente no le genera ningún ingreso. Más curioso resulta que su derogación vaya incluida en una reforma que, como hemos visto, es radical. El mensaje que se da es a lo menos perturbador.

El DL 600 lo único que hace y que es del todo positivo es garantizarle al inversionista que no será discriminado, y que podrá acceder la mercado cambiario formal, para repatriar su capitales y sus utilidades. Esto último constituye un beneficio no menor, considerando el barrio en que estamos alocados.

VIII.- Fortalecimiento de la Institucionalidad Tributaria

Se considera aumentar la dotación del SII durante este año en 123 funcionarios, para abordar las tareas inmediatas. Pero también, y de manera adicional a lo contemplado en el proyecto, se deberá realizar un aumento gradual de la dotación, para alcanzar un incremento total de unos 500 funcionarios hacia el año 2017, lo que permitirá volver a la relación de número de contribuyentes por funcionario que existía en 2006. Complementariamente, la implementación de la Reforma Tributaria implicará también un mayor gasto de operación, e inversión en sistemas informáticos y capacitación.

En la misma línea, se contempla un aumento de dotación para este año de 15 funcionarios en el Servicio Nacional de Aduanas, con el consecuente aumento de recursos y mejoras en su regulación referidas a tipos penales, procedimientos, procesos de trabajo y fiscalización.

Finalmente, la Tesorería General de la República verá fortalecidas sus atribuciones junto a una mejora de la regulación legal de los procesos de cobranza de tributos adeudados.

IX.- Normas transitorias

Finalmente, el proyecto de ley contempla dieciséis artículos transitorios que se hacen cargo de detallar la entrada en vigencia de las distintas medidas que comprende la reforma.

X.- Vigencia del nuevo sistema de tributación de la renta

La entrada en vigencia del nuevo sistema de tributación de la renta sobre base devengada distingue tres periodos a considerar:

- a) **Régimen permanente:** El régimen permanente se regula en el artículo 1° del proyecto, y entra a regir en el año comercial 2017, para aplicarse en propiedad durante el año tributario 2018. No obstante hay una serie de modificaciones que entran a regir el primer día del mes siguiente al de publicación de la ley y otras que rigen desde el 1° de enero de 2015.
- b) **Transición hasta el 31 de diciembre de 2016:** Entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2016 regirá una serie de artículos de la Ley sobre Impuesto a la Renta con modificaciones (artículo 2° transitorio).

Análisis de algunos aspectos de una rabiosa reforma stalinista: la cláusula general antielusiva y la sanción que propone el artículo 100 bis del Código Tributario

JAIME GARCÍA ESCOBAR

Profesor de Derecho Tributario¹

CAROLINA ÁLVAREZ MAYA

Abogada de la Universidad del Desarrollo²

El presente artículo tiene por objeto analizar la problemática del establecimiento de una cláusula general antielusiva en el Código Tributario, así como la posibilidad de sancionar pecuniariamente a quienes participan en planificaciones tributarias declaradas por sí y ante sí, por el Servicio de Impuestos Internos, como abusivas o simuladas, todo ello en el marco del Proyecto de Reforma Tributaria enviado por la Presidenta Bachelet a la Cámara de Diputados en abril del presente año

El día 3 de abril del presente año un grupo de abogados y auditores nos reunimos al alero del Instituto Chileno de Derecho Tributario, a esbozar algunas ideas sobre el proyecto de Reforma Tributaria recientemente enviado a la Cámara de Diputados por la Presidenta de la República. Como sabemos, éste propone modificaciones a diversos cuerpos legales, entre otros: a la Ley de Impuesto a la Renta, a la Ley de Impuesto al Valor Agregado, al Código Tributario, a la Ley de Timbres y Estampillas. Uno de los miembros presentes en aquella ocasión lanzó a la mesa el apelativo que sirve de título al presente artículo, al señalar que: "Se trata de una rabiosa reforma stalinista", procediendo de inmediato a

¹ Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica de Chile; trabajó en el SII y en el Consejo de Defensa del Estado. Actualmente ejerce libremente la profesión, preferentemente asesoría y defensa tributaria. Profesor de Pre Grado de Derecho Tributario en la Universidad Nacional Andrés Bello y del Desarrollo; Profesor de Post Grado del Magíster en Derecho Tributario y Diplomado en Tributación y Planificación Tributaria en la Escuela de Ciencias Empresariales de la Universidad de Chile; Profesor del Magíster en Tributación de la Universidad Finis Terrae; y, del Diplomado en Tributación de la Universidad del Desarrollo; Profesor de la Academia Judicial. Jefe del Departamento de Derecho Tributario de la Escuela de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Ex Director del Instituto Chileno de Derecho Tributario. Miembro de las comisiones tributarias de la Cámara Nacional de Comercio y del Colegio de Abogados.

² Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Desarrollo.

dar razón de sus dichos: “rabiosa”, pues sus redactores pareciera que estiman que todos los empresarios de este país son contumaces evasores de la norma tributaria, y por ende deben ser sancionados “rabiosamente”; y, “stalinista”, pues se otorgan a uno de los brazos armados del Estado –el Servicio de Impuestos Internos– facultades absolutamente exorbitantes, que le permiten pasar por sobre contratos válidamente celebrados por las partes, declarando por sí y ante sí presuntos actos como simulados o directamente en abuso del Derecho: este es el escenario ideal para José Stalin.

En el presente artículo analizaremos los efectos de la denominada cláusula general antielusiva, así como la sanción que se pretende establecer a través del nuevo artículo 100 bis del Código Tributario, a los asesores tributarios.

I.- Proyecto de cláusula general antielusiva

1.- Contenido de la norma propuesta por el Ejecutivo

La norma en estudio –establecida en el artículo 7° del proyecto– señala:

1. Incorpórese el artículo 4 bis nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 4 bis. Las obligaciones tributarias nacerán y exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, cualquiera sea la forma o denominación que los interesados le hubieren dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles”.

2. Incorpórese el artículo 4 ter nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 4 ter. Las leyes tributarias no podrán ser eludidas mediante el abuso de las posibilidades de configuración jurídica. En caso de abuso nacerá la obligación tributaria correspondiente a la configuración jurídica adecuada a los hechos económicos.

Para estos efectos, se entenderá que existe abuso cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios, incluyendo fusiones, divisiones, transformaciones y otras formas de reorganización empresarial o de negocios, en los que concurran las siguientes circunstancias copulativas:

- a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y,

- b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso, y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

El Servicio podrá declarar la existencia del abuso de las formas jurídicas a que se refiere este artículo, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 quinquies.

El ejercicio de la facultad a que se refiere el inciso anterior, sólo será procedente si el monto de las diferencias de impuestos que conforme a ella puedan determinarse al contribuyente, exceden de la cantidad equivalente a 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la emisión del informe de fiscalización en que se proponga la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo”.

3. Incorpórese el artículo 4 quáter nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 4 quáter. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho gravado con los impuestos será el efectivamente realizado por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados.

El Servicio desestimaré y no le serán oponibles los actos y negocios jurídicos practicados con la finalidad de disimular la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento, con arreglo al artículo siguiente”.

4. Incorpórese el artículo 4 quinquies nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 4 quinquies. La existencia del abuso o de la simulación a que se refieren los artículos 4 ter y 4 quáter, precedentes, será declarada administrativamente por el Director del Servicio en la correspondiente liquidación, giro o resolución, previo informe favorable de los Subdirectores Jurídico, Normativo y de Fiscalización, conforme a lo dispuesto en los incisos siguientes, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente relativos a las materias de tributación fiscal interna que sean, según ley, de la competencia del Servicio de Impuestos Internos.

El informe a que se refiere este artículo, será emitido por los funcionarios indicados en el inciso precedente, quienes deberán actuar de consuno para estos efectos, a requerimiento de la unidad del Servicio que esté conociendo los antecedentes o efectuando la fiscalización respectiva. La solicitud deberá fundarse en la concurrencia de las circunstancias previstas en los artículos 4 ter y/o 4 quáter, y efectuarse antes de emitirse la liquidación, giro o resolución, según corresponda.

El plazo para emitir el informe será de dos meses contados desde la recepción de la solicitud y el expediente completo por los subdirectores indicados, circunstancia esta última de la cual se deberá dejar constancia en dicho expediente. Este plazo podrá ser ampliado fundadamente por dichas autoridades, hasta por un mes.

Transcurrido el plazo a que se refiere el inciso anterior, y la prórroga en su caso, sin que se haya comunicado una decisión, se entenderá denegada la solicitud, reanudándose el cómputo del plazo para efectuar las actuaciones de fiscalización o dictar las resoluciones que correspondan, según las reglas generales.

Durante el tiempo transcurrido desde que se solicite el informe hasta su emisión, o hasta el vencimiento del término para emitirlo sin que se haya efectuado, se suspenderá el cómputo del plazo para liquidar, girar o resolver.

El contribuyente siempre tendrá derecho a reclamar conforme a las normas del Libro III de este Código de la liquidación, giro o resolución que se haya practicado o dictado en virtud de la declaración administrativa que constate la existencia de abuso o simulación a que se refiere el inciso primero.

En todos los casos en que, conforme a este artículo, se declare la existencia de abuso o simulación, sus fundamentos de hecho y de derecho deberán constar expresamente en la resolución del Director, acompañada del informe favorable a que se refiere el inciso primero, quedando de ello constancia en la respectiva liquidación, giro o resolución.

Con el informe favorable a que se refiere este artículo, el Servicio determinará los impuestos que correspondan conforme a los antecedentes de que disponga, aplicando además los intereses penales y multas respectivos.

2.- Origen antecedente de las normas o cláusulas antielusivas

Las normas o cláusulas antielusivas que se pretenden incorporar a nuestra legislación constituyen réplicas casi exactas de las cláusulas generales antielusivas denominadas "Conflictos en la aplicación de la Ley Tributaria", contenidas en los artículos 15 y siguientes de la Ley General Tributaria Española. Para efectos de graficar lo anterior, presentamos el siguiente cuadro comparativo entre ambas normas:

<p>Artículo 4 Ter Reforma Tributaria chilena</p>	<p>Artículo 15 Ley General Tributaria española</p>
<p>Las leyes tributarias no podrán ser eludidas mediante el abuso de las posibilidades de configuración jurídica. En caso de abuso nacerá la obligación tributaria correspondiente a la configuración jurídica adecuada a los hechos económicos. Para estos efectos, se entenderá que existe abuso cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios, incluyendo fusiones, divisiones, transformaciones y otras formas de reorganización empresarial o de negocios, en los que concurran las siguientes circunstancias:</p> <p>a.- Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean <i>artificiosos impropios para la consecución del resultado obtenido</i>.</p> <p>b.- Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso, y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.</p> <p>El Servicio podrá declarar la existencia del abuso de las formas jurídicas a que se refiere este artículo, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 quinquies.</p>	<p>1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:</p> <p>a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean <i>notoriamente artificiosos impropios para la consecución del resultado obtenido</i>.</p> <p>b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.</p> <p>2. Para que la Administración Tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.</p> <p>3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.</p>

En cuanto a esta comparación, quisiéramos realizar dos reflexiones:

- 1.- En ambos casos, la legislación se remite a determinadas normas para efectos de establecer el procedimiento que corresponda a la declaratoria de abuso. No obstante lo anterior, la gran diferencia radica en que la Ley General Tributaria Española no establece más sanción al abuso que: **“exigir el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas”**³⁴ en la liquidación correspondiente. Por el contrario, la inclusión de las normas antielusivas incorporadas el Proyecto de Reforma Tributaria establecen claramente una sanción al remitirse al citado artículo 4 quinquies en su inciso sexto: **“Con la autorización a que se refiere este artículo, el Servicio determinará los impuestos que correspondan conforme a los antecedentes de que disponga, aplicando además los intereses penales y multas respectivos”**, ergo, no sólo se liquidará el impuesto que corresponda, sino que además, se aplicarán intereses y multas.
- 2.- Es menester indicar que la conducta que sanciona la Ley General Tributaria Española es la **SIMULACIÓN**, y así se encarga de prescribir el artículo 16 de la citada norma, la cual establece que: “1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes. 2. La existencia de simulación será declarada por la administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios. 3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, **la sanción pertinente”**.

3.- Análisis de las normas antielusivas que se pretenden establecer en el Código Tributario

Tal cual como hoy se dibuja el proyecto de ley, las cláusulas antielusivas nos presentan una serie de interrogantes:

- 1.- Se observa una deficiente redacción, cacofonía y uso de terminología ajena a la realidad nacional.

³ CALATAYANO PRATS, IGNACIO, (sine data) “Comentarios al artículo 15 de la nueva Ley General Tributaria. Conflictos en la aplicación de la norma tributaria”, p. 21.

⁴ Constituye una especie de aplicación analógica del tributo que corresponda; cuestión también reprochable y discutida en la doctrina española. Ahora bien, el proyecto que nos convoca es doblemente reprochable, pues no sólo contiene una aplicación del tributo por analogía, sino además establece una sanción; sanción, por lo demás totalmente incierta, pues no se hace precisión de la cuantía de la multa o bien de cual será efectivamente la sanción aplicable.

En esta materia, el artículo utiliza la expresión “abuso de las posibilidades de configuración jurídica”, que es una expresión totalmente vacía de contenido en nuestro Derecho.

Se trata de una copia de normas alemanas y españolas, insertas en otros sistemas jurídicos y, especialmente, en lo que más interesa, inmersos en sistemas de fiscalización y entes fiscalizadores distintos al nuestro, que dan cuenta de otras necesidades y disímiles instrumentos de fiscalización.

El artículo se presenta fuera de la axiología del Código Tributario.

- 2.- En el inciso primero del artículo proyectado se señala: “Leyes tributarias no podrán ser eludidas mediante el abuso”. Se verifica un error, pues no son las leyes las que se eluden, éstas se cumplen o no se cumplen, lo que se “elude” es el tributo.
- 3.- El artículo no define un concepto básico: el de ABUSO, ello es fundamental, pues toda la disposición gira en torno a él.
- 4.- Posteriormente, la disposición tampoco precisa otra idea fundamental, al señalar: “En caso de abuso nacerá la obligación tributaria correspondiente a la configuración jurídica **adecuada** a los hechos económicos”.

¿Cuál es la configuración ADECUADA a los hechos económicos? ¿Cuál es la NO ADECUADA?

- 5.- El inciso segundo del artículo 4 ter resulta ser tan amplio, que conductas evidentemente lícitas podrían caer dentro de la órbita de lo ilícito. En efecto, dicha disposición entiende que existe abuso cuando, por ejemplo, “se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado”. Un agricultor que tributa con renta presunta podría, legítimamente, decidir vender sus productos hasta 7999 UTM, para así no tener que tributar con renta efectiva. Decisión adoptada dentro de los principios de la autonomía de la voluntad, de la libertad de contratación, y en definitiva, a la luz de la garantía constitucional regulada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, esto es, la libertad para desarrollar actividades económicas. Pues bien, de acuerdo al proyecto, esta conducta lícita podría constituir abuso, ya que tendría como efecto evitar total o parcialmente la realización del hecho gravado.

Al efecto, en la celebración de una promesa de venta de un inmueble, nuevamente, manifestación de voluntad totalmente lícita enmarcada en los principios antes referidos, el Servicio de Impuestos Internos, gozaría de facultades para estimar que se está frente a un abuso, ya que podría

pensarse que se está intentando “diferir” el nacimiento de la obligación tributaria.

El proyecto utiliza términos tan amplios que, insistimos, pueden afectar la celebración de contratos establecidos al amparo de nuestra normativa. En efecto, se pretende establecer que se entiende que existe abuso “... incluyendo fusiones, divisiones, transformaciones y otras formas de reorganización empresarial o de negocios...”, vale decir, una asociación o cuentas en participación (contrato regulado en el Código de Comercio), podría quedar afectada de acuerdo a la norma en estudio.

- 6.- En las letras a) y b) del inciso segundo del artículo 4 ter se utilizan expresiones tan abstractas, poco claras, e indefinidas que necesariamente generan falta de certeza y seguridad jurídica. En efecto, los términos: “artificiosos”(Cuándo lo son), “impropios” (¿Cuáles son los propios?), “relevantes” (¿Para quién? ¿Para el Servicio? ¿Para las partes?), “usuales” (¿Cuáles son los no usuales?), “propios” (¿Cuáles son los impropios?), evidentemente resultan ser tan poco claros, que la determinación de la existencia de un abuso se hace imposible de definir de antemano.
- 7.- De otro lado, todos estos conceptos lógicamente debieran ser declarados por la autoridad jurisdiccional, en el caso, los Tribunales Tributarios y Aduaneros, por la sencilla razón que generan efectos jurídicos que se encuentran en la órbita de lo jurisdiccional.

Esta misma problemática se verifica en el inciso segundo del artículo 4 quáter, al disponer esta norma que: “El Servicio desestimaré y no le serán oponibles los actos y negocios jurídicos practicados...”. La inoponibilidad es una sanción establecida en nuestro Derecho Civil, y como tal, necesariamente debe ser declarada por un Juez. Evidentemente, cuando se le entregan facultades jurisdiccionales al Servicio, se agrede el imperio de los jueces.

En el inciso segundo del artículo 4 quinquies se hace referencia a un informe que emitirían diversas autoridades del Servicio, respecto a la existencia del abuso o de la simulación, pues bien, este “informe”, en los hechos, pasa a ser una “resolución jurisdiccional” que autoriza a declarar el abuso

- 8.- Finalmente, la amplísima y difusa redacción de la norma obliga a analizar la constitucionalidad de la misma, pues, como se ha señalado, se está entregado al Servicio de Impuestos Internos facultades jurisdiccionales y, por otro lado, se vulnera el debido proceso.

4.- Análisis constitucional de las cláusulas o normas antielusivas

A.- Vulneración del debido proceso

Ahora bien, es de público conocimiento que el establecimiento de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, como garantes de la imparcialidad, y la calidad de parte que ostenta el órgano impositivo en los procedimientos tributarios han venido a subsanar la sistemática vulneración en materia tributaria de los principios que inspiran las garantías del debido proceso. No obstante lo anterior y, a pesar de las notorias diferencias y escenarios diversos, y aun cuando creímos –erradamente– que nuestros legisladores JAMÁS incurrirían en una arbitrariedad similar, no dejan de causar asombro y resquemor los términos siniestros en que han sido redactados los artículos 4 ter y 4 quinquies, pues nos han llevado a remontarnos a aquellos tiempos de la monarquía absoluta del Servicio de Impuestos Internos como juez y parte y, frente a él, un contribuyente en evidente estado de indefensión ante la maquinaria impositiva. Tanto es así, que del cotejo de los incisos de ambos artículos es posible visualizar un panorama jurídico que vulnera las garantías de un debido y justo proceso y de una investigación racional y justa, en los términos y forma establecidos en la Constitución Política de la República.

Es así que el inciso final del artículo en cuestión prescribe: “El Servicio podrá **DECLARAR LA EXISTENCIA DEL ABUSO** de las formas jurídicas a que se refiere este artículo, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 quinquies”. Ahora bien, el mencionado artículo 4 quinquies planteado en el proyecto, en su inciso primero, establece que “La existencia del abuso o de la simulación será **DECLARADA ADMINISTRATIVAMENTE POR EL DIRECTOR DEL SERVICIO EN LA CORRESPONDIENTE LIQUIDACIÓN, GIRO O RESOLUCIÓN**, previo informe favorable de los Subdirectores Jurídico, Normativo y de Fiscalización”.

De esta forma, nos encontramos con la facultad del Servicio de determinar discrecionalmente las conductas ABUSIVAS y declararlas sin más, en las liquidaciones, giros o resoluciones. Entonces, cabe preguntarse si dicha declaración en las liquidaciones, giros o resoluciones, vale decir, el acto administrativo en sí mismo ¿tiene la calidad de sentencia en los términos señalados en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República? ¿Es una actividad jurisdiccional la ejercida por el Servicio de Impuestos Internos? Toda duda queda despejada mediante la historia fidedigna de dicho artículo: El comisionista señor Diez señaló que todo órgano que tenga la facultad de dictar una resolución o fallo, llámese como se llame, que afecte la situación de una persona, debe entenderse como un órgano que ejerce jurisdicción⁵. Asimismo, el profesor José Luis Cea, en su tratado de la Constitución de 1980 (pág. 275) señala que sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción es aquella

⁵ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesiones 102 y 103, p. 555

“que abarca todas las resoluciones que, por cualquier motivo o circunstancia un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicta afectando la persona o bienes ajenos”⁶. En el mismo sentido, Miguel Ángel Fernández señala que “el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución se aplica a cualquier órgano que ejerza jurisdicción, sea o no integrante del Poder Judicial”⁷.

Frente a esta somera descripción, resulta de toda lógica preguntarse: ¿en qué oportunidad el contribuyente ejercerá las garantías que la Constitución establece? y más aún, ¿el legislador tributario ha asegurado efectivamente, conforme a los artículos 6° y 7° de la Constitución, la garantía de un procedimiento y una investigación racional y justa? ¿Se consideran dentro del procedimiento administrativo de declaración de conducta abusiva presupuestos tales como: derecho a la acción, la bilateralidad de la audiencia, examen y objeción de pruebas rendidas, emplazamiento? Para nuestro pesar, la respuesta es negativa. El contribuyente, sin lugar a dudas, se encuentra en una situación de indefensión total frente a la declaración de conductas abusivas decretada por el Servicio. El único mecanismo de consuelo que franquea la ley es la posibilidad del contribuyente de reclamar la liquidación, giro o resolución, conforme a las reglas generales. Sobre este punto, el contribuyente podrá reclamar la liquidación, pero ¿y respecto de la declaración de conducta abusiva? La respuesta es una vez más negativa.

Desde la óptica del derecho constitucional, no existe duda que nos encontramos con un procedimiento inconstitucional. Independiente que el legislador prevea mecanismos de impugnación de las partidas de las liquidaciones, giros o resoluciones, dicha situación no altera en lo absoluto los vicios de inconstitucionalidad contenidos en el procedimiento contemplado en el artículo que nos convoca. Así también lo ha estimado el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol 389, del año 2003, cuyo considerando TRIGÉSIMO SEXTO señala: “Que, no obsta a lo anteriormente expuesto, el que el propio artículo 8°, en su inciso tercero, señale que el afectado puede deducir recurso de reposición ante el Director de la Unidad y que, en caso que dicho recurso sea denegado, tiene la facultad de reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva. Ello no altera la inconstitucionalidad de las normas en estudio, en atención a que no subsana el hecho de que antes de la aplicación de la sanción por la autoridad administrativa, el afectado carece del derecho a defensa jurídica que el artículo 19, N° 3°, inciso segundo contempla...” agrega que, “...el derecho a defenderse debe poder ejercerse en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, a través de los cuales se pueden ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles”.

Ahora bien, lo prescrito en el inciso primero del artículo 4 quinquies, relativo al “previo informe” favorable de los Subdirectores Jurídico, Normativo y de Fiscali-

⁶ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, (sine data) “Derecho a la Jurisdicción y al Debido Proceso”. *Revista de centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca p. 15.

⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, (sine data), pág. 10.

zación, creemos que el hecho de que se hable de “informe” y no de autorización (como señalaba el Proyecto en un inicio), es una cuestión más bien semántica, que en nada altera los vicios de constitucionalidad detectados, así como, la conculcación manifiesta de las garantías constitucionales del debido proceso.

Asimismo, que sean autoridades de mayor entidad del Servicio, las que adopten las resoluciones que declaran los actos abusivos o simulados, en nada modifican la indefensión en que se encuentran los contribuyentes, pues no constituye ninguna garantía como tampoco asegura el derecho a la acción, la bilateralidad de la audiencia, examen y objeción de pruebas rendidas, emplazamiento o legítima defensa.

La gran problemática de la norma, permanece inalterada: La facultad que posee el Servicio de decretar el abuso o simulación, sin que el contribuyente pueda interponer un reclamo tributario en contra de dichos actos administrativos, mas sólo podrá reclamar de la liquidación, giro o resolución que nacen como consecuencia del abuso o de la simulación. Resulta, entonces, evidente, que la norma no resguarda el debido proceso ni los principios rectores contemplados en la Constitución.

B.-Vulneración del principio de legalidad y tipicidad

Sobre este punto, nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N° 3 inciso 8°, garantiza a todas las personas que: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona ESTÉ EXPRESAMENTE DESCRITA EN ELLA”. Se entiende por expreso, según la Real Academia Española: “CLARO, PATENTE, ESPECIFICADO”.

Así, por mandato de la Constitución y, en virtud del principio de legalidad y juridicidad, los procedimientos judiciales y los administrativos que tengan por objeto establecer multas, como el caso de la norma que nos convoca, que se encuadren dentro de las facultades sancionadoras del Estado, se encuentran compelidos constitucionalmente a observar en su ejercicio tres requisitos:

- I. Tipificación previa de una infracción administrativa.
- II. Tipificación previa de una sanción administrativa.
- III. Existencia de un procedimiento administrativo sancionador.

El Tribunal Constitucional⁸ señala que los órganos del Estado en ejercicio de la actividad sancionadora deben observar los principios orientadores de orden penal. Así, en su considerando décimo señala: “Que, entre ellos, es necesario destacar los **PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE TIPICIDAD...**” “...La legalidad

⁸ STC Rol 244 de 1996.

no se cumple sólo con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, sino que requiere de algo más, que es la PRECISA DEFINICIÓN DE LA CONDUCTA que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y, haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”.

El mismo Tribunal Constitucional entiende que “...corresponde a la ley y solo a ella establecer al menos el NÚCLEO ESENCIAL de las conductas que se sancionan, materia que es así de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, en conformidad con lo que dispone el artículo 61⁹, inciso segundo, de la Constitución Política”.

Siguiendo la misma línea, es dable preguntarse: ¿Se cumplen efectivamente estas condiciones según los términos en que se encuentra redactada la norma? ¿Puede una descripción general, amplia y difusa considerarse como núcleo esencial en los términos descritos por el Tribunal Constitucional? Si se estima que no –es lo que creemos–, nace una interrogante más importante aún: ¿quién será el encargado de PRECISAR la descripción amplísima de la conducta que se sanciona en los artículos 4 ter y 100 bis y aplicar sus respectivas sanciones?... artificiosos, impropios o diseño, planificación o implementación de actos, contratos o negocios, constitutivos de abuso o simulación, ¿qué conductas son artificiosas? ¿Cuáles impropias? ¿qué conductas son abusivas? ¿cuáles simuladas? Sin lugar a dudas, quien será el encargado de precisar la conducta que se reprocha será el DIRECTOR DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, quien mediante instrucciones o circulares, discrecionalmente, tendrá la honorable facultad de precisar, describir y complementar dicha norma, irrogándose facultades legislativas bajo el alero de la nebulosa prerrogativa de “interpretar” la ley tributaria

Con todo, nos parece tremendamente reprochable que la ambigüedad de la ley no sólo conduzca a que el Director interprete de un modo general y obligatorio la norma, sino que además se convierta en un verdadero legislador debiendo no sólo complementarla, sino también precisarla y describirla, atentando no sólo contra la seguridad y certeza jurídica, sino también perpetrando una GRAVE AFECTACION a las garantías que nuestra Constitución establece y asegura a todas las personas, pues entrega, en forma íntegra, la TIPICIDAD de la conducta generadora de una infracción a un órgano que carece de facultades para ello y que además materializa dicha descripción mediante una norma de RANGO INFERIOR A LA LEY, cuales son “instrucciones” o “circulares”, cuestión ABIERTA Y EVIDENTEMENTE INCONSTITUCIONAL, conforme los términos establecidos en los artículos 63 N° 14 y 65 inciso 4° de nuestra Constitución.

⁹ Tras la Reforma Constitucional de 2005, el artículo 61 ha pasado a ser el artículo 64.

Al efecto, las prerrogativas otorgadas al Servicio de Impuestos Internos le irrogan la calidad de verdadero legislador, pues, a través de la vía administrativa y en forma discrecional, decidirá si un determinado negocio jurídico corresponde efectivamente a lo convenido por las partes o no, determinará la existencia de un hecho gravado y la tasa a aplicar; cuestión que conculca el principio de legalidad tributaria consagrado en el artículo 19 N° 20 y en el artículo 63 N° 14 de la Constitución Política.

En el ámbito sancionatorio, la garantía de legalidad se expresa en un mandato al legislador de taxatividad o certeza, que se traduce en la necesaria predeterminación normativa de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones¹⁰. En el mismo sentido, la aplicación extensiva *in malam partem* es vulneradora del principio de legalidad cuando dicha aplicación resulta imprevisible para sus destinatarios por la razón que fuere¹¹. De esta suerte, tenemos que el principio de tipicidad impone al legislador la necesidad de una regulación precisa de la conducta sancionada, así como de la sanción misma.

La redacción omnicomprensiva de las nuevas normas de poder exorbitante de los artículos 4 ter y 4 quáter y su aplicación entregada a la discrecionalidad, no hace sino generar incertidumbre, inseguridad jurídica, el camino contrario al que deberíamos esperar de un legislador democrático. En efecto, ¿es posible prever con suficiente grado de certeza cómo calificará el Servicio de Impuestos Internos una reorganización o un simple contrato? La respuesta es no.

La utilización de conceptos vagos e imprecisos sólo puede tener por objeto abrir las posibilidades a la discrecionalidad fiscal, que, como ninguna autoridad en Chile, podrá desconocer y recalificar la naturaleza jurídica de los actos que seleccione a fin de allegar recursos al Estado, para una mayor burocracia y una menor libertad ciudadana.

II.- Análisis del artículo 100 bis que sanciona al asesor tributario¹²

1.- Descripción del contenido del proyecto

A continuación se detalla el contenido de la norma en cuestión, en una presentación comparativa entre el proyecto original y la redacción resultante de las indicaciones enviadas con posterioridad:

¹⁰ STC Español 133/1987

¹¹ STC Español 137/1997

¹² En el análisis que se presenta del artículo 100 bis se tuvo fundamentalmente en vista un estudio que se realizó al alero del Instituto Chileno de Derecho Tributario, en que participaron los abogados, señores Guido Aguirre, Rodolfo Porte, Patricio Silva-Riesco y Jaime García.

TEXTO ORIGINAL PROYECTO DE 01.04.2014	TEXTO MODIFICADO POR INDICACIONES DEL 14.04.2014
<p>“Artículo 100 bis. El asesor, abogado, contador, auditor, sociedad o empresa, que participe en el diseño, planificación o implementación de los actos, contratos o negocios, constitutivos de abuso o simulación, según lo dispuesto en los artículos 4 ter y 4 quáter de este Código, será sancionado con multa de hasta el 100% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales, de no mediar dichas conductas indebidas, y que se determinen al contribuyente.</p> <p>Para estos efectos, en caso que la infracción haya sido cometida por una persona jurídica, la sanción señalada podrá, además, ser aplicada a sus directores, o representantes legales”.</p>	<p>“Artículo 100 bis. La persona natural o jurídica respecto de quien se acredite haber diseñado o planificado los actos, contratos o negocios, constitutivos de abuso o simulación, según lo dispuesto en los artículos 4 ter y 4 quáter de este Código, será sancionado con multa de hasta el 100% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales, de no mediar dichas conductas indebidas, y que se determinen al contribuyente. Con todo, dicha multa no podrá superar las 100 unidades tributarias anuales.</p> <p>Para estos efectos, en caso que la infracción haya sido cometida por una persona jurídica, la sanción señalada será aplicada a sus directores o representantes legales si hubieren infringido sus deberes de dirección y supervisión.”</p> <p>Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, el Servicio sólo podrá aplicar la multa a que se refieren los incisos precedentes, cuando, en el caso de haberse deducido reclamación en contra de la respectiva liquidación, giro o resolución, ella se encuentre resuelta por sentencia firme y ejecutoriada, o, cuando no se haya deducido reclamo y los plazos para hacerlo se encuentren vencidos. La prescripción de la acción para perseguir esta sanción pecuniaria será de 6 años contados desde el vencimiento del plazo para declarar y pagar los impuestos eludidos”.</p>

Como puede apreciarse, a pesar que con las indicaciones efectuadas al proyecto se ha pretendido atenuar el efecto de la norma sancionatoria que se propone –pues al menos se colocó un límite en lo pecuniario–, resulta evidente que en lo substancial, este cambio es meramente nominal o cosmético y la finalidad de la autoridad fiscal ya ha quedado inequívocamente declarada.

Precisamente esa intencionalidad, sesgo e impronta ya expresados, generan incertidumbres serias y graves sobre una eventual “ultra” valoración y preeminencia de ciertos bienes jurídicos que resultan puramente “tributarios”, por así llamarlos, tales como la recaudación fiscal, el financiamiento del gasto público, la integridad del patrimonio fiscal, etc., en desmedro y sin contrapeso, garantías o equilibrios adecuados, de otros bienes jurídicos de igual o mayor relevancia, tales como, el debido proceso y derecho a defensa, el libre ejercicio de una actividad económica o el principio de legalidad en materia impositiva.

La enorme extensión de las facultades del Servicio de Impuestos Internos, sumado a la mecánica de la acreditación procesal de la infracción y de la aplicación de su sanción, aún en sus nuevas versiones atenuadas post indicaciones, es de tal magnitud y poderío que resulta imposible su lectura y comprensión, sin llamar de inmediato la atención sobre la problemática de su juridicidad y validez de sus fundamentos, más aún, nos lleva directamente al cuestionamiento del derecho y protección efectiva de la economía de opción y de la planificación tributaria, como lo que verdaderamente son, esto es, una derivación legítima y una especie del derecho constitucional a desarrollar libremente una actividad económica.

La norma en su configuración continúa siendo la misma en su concepción de fondo (aunque llama fuertemente la atención la entidad del cambio implícito en las indicaciones efectuadas, como si hubiere una especie de reconocimiento tácito a una suerte de impropiedad de la norma originalmente propuesta, cuyo solo planteamiento ya resulta preocupante), al mismo tiempo que notoriamente flexible para con el accionar de la administración tributaria, incluso para los estándares internacionales, de tal suerte que el desafío que presenta a los fundamentos de las cuestiones esenciales antes indicadas, va desde los aspectos más objetivos, como la efectividad y acreditación de una conducta abusiva, artificial, simulatoria y elusiva, como aquellas puramente subjetivas relativas a la imputación de responsabilidad a personas muy determinadas de un área de actividad profesional y su posición respecto de las supuestas conductas atentatorias de la legalidad, su relación con el accionar de terceros y/o frente a los deberes jurídicos supuestamente infringidos.

Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que las consecuencias de un mal diseño y/o aplicación práctica de una norma de esta naturaleza puede generar efectos indeseados, incluso contraproducentes a los objetivos de la reforma.

De esta forma, la pregunta de fondo es: ¿cuál es la justificación, necesidad y la finalidad última de una norma de estas especialísimas características? Lo anterior, dado que en los extremos de los análisis técnicos, se encuentran opiniones de suyo divergentes. En un extremo, una posición completamente pro-fiscum consideran que esta norma sería una suerte de herramienta definitiva y acorde a los más modernos y estrictos estándares de fiscalización de países desarrollados, la solución final para la eliminación de la elusión en su génesis, aun cuando se pudieran lesionar otros bienes jurídicos que no sea la pura recaudación fiscal; hasta el extremo contrario, que advierte que estaríamos en presencia de una riesgosa propuesta de incrementar las facultades del organismo fiscalizador.

2.- Origen, fundamento, aplicación y eficacia de normas análogas en el derecho comparado

La norma contenida en el proyecto de reforma tributaria enviada por el Ejecutivo al Congreso aparece como una reacción desmesurada en contra de los asesores tributarios bajo la justificación de sancionar e impedir la elusión, que no tiene símil en actual vigencia en el derecho comparado, especialmente en los sistemas de raigambre romana como el nuestro, con excepción de un proyecto de ley en México que analizaremos más adelante. El aserto anterior, no es menor: NO HAY UN ESTADO que posea una sanción como la que se pretende establecer.

A nivel nacional, existiría un precedente en nuestra legislación tributaria en dos normas concretas: La primera y más obvia sería en el artículo 100 del Código Tributario¹³, mediante el cual se sanciona al contador que incurriere en falsedad o actos dolosos en el desarrollo de su asesoría profesional. La segunda, sería el artículo 64¹⁴ de la Ley N° 16.271, de 1965, sobre Impuesto a las Herencias

¹³ Art. 100 del CT.: "El contador que al confeccionar o firmar cualquier declaración o balance o que como encargado de la contabilidad de un contribuyente incurriere en falsedad o actos dolosos, será sancionado con multa de una a diez unidades tributarias anuales y podrá ser castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo, según la gravedad de la infracción, a menos que le correspondiere una pena mayor como copartícipe del delito del contribuyente, en cuyo caso se aplicará esta última. Además, se oficiará al Colegio de Contadores para los efectos de las sanciones que procedan.

Salvo prueba en contrario, no se considerará dolosa o maliciosa la intervención del contador, si existe en los libros de contabilidad, o al término de cada ejercicio, la declaración firmada del contribuyente, dejando constancia de que los asientos corresponden a datos que éste ha proporcionado como fidedignos".

¹⁴ Art. 64, Ley 16.271: "Las personas que figuren como partes en los actos o contratos a que se refieren los artículos precedentes de este capítulo, a quienes se les compruebe una actuación dolosa encaminada a burlar el impuesto y aquellas que, a sabiendas, se aprovechen del dolo, serán sancionadas de acuerdo con el N.º 4º del artículo 97 del Código Tributario.

Serán solidariamente responsables del pago del impuesto y de las sanciones pecuniarias que correspondan, todas las personas que hayan intervenido dolosamente como partes en el respectivo acto o contrato.

Si con motivo de las investigaciones que el Servicio practique en cumplimiento de las disposiciones precedentes, se probare la intervención dolosa de algún profesional, será sancionado con las mismas penas, sean ellas pecuniarias o corporales, que procedan en contra de las partes del respectivo acto".

Asignaciones y Donaciones, mediante el cual se sanciona a cualquier “profesional” que participe en la comisión de las actuaciones dolosas que configuran el delito establecido en dicha disposición, remitiéndose expresamente a las penas establecidas en el numeral 4° del artículo 97 del Código Tributario, en donde, como sabemos, no se contemplan figuras meramente infraccionales.

Frente a estos criterios y precedentes locales que justificarían una norma de esta naturaleza, nuevamente se puede apreciar que las disposiciones legales aludidas son constitutivas de tipos penales y las actuaciones de los asesores o profesionales a que ellas se refieren, aun sin mención expresa, habrían sido constitutivas de coautoría, no por la calidad de profesional, sino por ser copartícipes de las conductas dolosas y fraudulentas que generan una acción típica, en aras de la consecución de un resultado también, típico.

A partir del trabajo permanente de la OECD o desde la creación del Foro de Administración Tributaria, el año 2002, se constata que la idea de sancionar a los asesores fiscales en una dimensión distinta a la de las tradicionales figuras de fraude o constitutivas de delito, toma una materialización concreta en las discusiones y propuestas generadas en dicho foro en Ciudad del Cabo el año 2008. A consecuencia de las problemáticas de la elusión en el ámbito de la tributación internacional, en el que empieza a cuestionar la implementación sistemática y creciente de estructuras transfronterizas por parte de compañías multinacionales, buscando el aprovechamiento de las diversas normativas nacionales y/o el aprovechamiento indebido de los beneficios concedidos por los convenios de doble imposición, como asimismo el rol de empresas también multinacionales de servicios profesionales que tienen la capacidad de dar el soporte, cobertura e implementación de estas estructuras.

En este contexto, el fundamento de este tipo de disposiciones es claro, se pretende atacar y acabar con la elusión tributaria desde lo que se considera su origen, se pretende sancionar la promoción, el diseño, asesoramiento e implementación de lo que las autoridades fiscales consideren planificación tributaria agresiva, que se concentra especialmente en el segmento de grandes contribuyentes, aunque dicha planificación no resulte contraria a la ley, sino por el supuesto efecto económico pernicioso en la recaudación tributaria, su falta de legitimidad y por la presión o carga que imponen a las administraciones tributarias. En definitiva, se pretende eliminar toda posibilidad de un eventual perjuicio fiscal, determinado como tal a nivel meramente administrativo.

Asimismo, una de las cuestiones que más causa preocupación en relación con la certeza jurídica y con la debida garantía de los derechos de los contribuyentes, es la permanente tendencia de las administraciones tributarias a asimilar el concepto de evasión con el de elusión, sea por un natural y bien intencionado exceso de celo en el cumplimiento de sus funciones, pero también con un ses-

go de conveniencia para incrementar los presuntos efectos disuasivos frente a una visión completamente negativa del contribuyente y de los intermediarios o asesores tributarios.

Por otro lado, si bien las cláusulas generales antielusivas, denominadas en su sigla en inglés: GAAR (General Anti Avoidance Rules), se han aplicado en legislaciones escritas a lo largo de Latinoamérica y España, éstas tienen su base en el Derecho Consuetudinario norteamericano, los cuales se fundan en principios tales como: Prevalencia de la sustancia sobre la forma ("*substance over form*"), Propósito de negocios y sustancia económica ("*business purpose and economic substance*"), entre otros. En atención a lo anterior, no cabe duda que en la aplicación de la norma existirá un conflicto práctico de trascendencia, pues el alcance de la precisión de la conducta abusiva a las cuales se encontrarían eventualmente sometidos los asesores, en caso de participación en los términos redactados en el actual artículo 100 bis, se entregaría al órgano administrativo.

Como ya se ha mencionado, las cláusulas antielusivas contenidas en el proyecto de reforma tributaria tienen su base principal en la normativa española. No obstante, ésta no contempla expresamente una norma sancionatoria para asesores (abogados, contadores, auditores) que concurran en la realización de una o más conductas descritas en la norma de ese país, al menos no de manera expresa, como pretende hacer el proyecto chileno, pero sí de manera solidaria para quien "colabore" en la realización de una infracción tributaria.

El problema concreto que se suscita con el artículo 100 bis es que se entregaría íntegramente al órgano administrativo la determinación de la ocurrencia de un conflicto práctico de trascendencia, pues el alcance de la precisión de la conducta abusiva cuestionable a los asesores sería una nueva prerrogativa del Servicio de Impuestos Internos, en circunstancias que como conducta reprochable debería ser analizada y calificada por los Tribunales de Justicia.

Lo anterior no resulta ser menor, toda vez que este traslado de competencias claramente adolecería de vicios de constitucionalidad, al no estar tipificada la conducta que se sanciona en los términos exigidos por el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución.

Por otro lado, como se indicó, en Latinoamérica no encontramos una norma sancionatoria como la propuesta, exclusivamente respecto del asesor fiscal. La razón ha sido que en la generalidad de las legislaciones el asesor que actúa dolosamente en la defraudación fiscal se hace coautor de la infracción del contribuyente evasor, como es actualmente en nuestro país. Sin embargo, la norma común en las legislaciones americanas es la sanción del delito e infracciones contables, esto es, las falsedades dolosas manifestadas en la contabilidad de un contribuyente. No obstante lo señalado, quien sí tuvo un germen de aplicación

de sanción a los mencionados partícipes de conductas abusivas, fue la propuesta de reforma tributaria mexicana del año 2006, mediante la cual se pretendía incorporar cláusulas generales antiabusivas dentro del siguiente contexto:

Originalmente, se propuso la siguiente adición al artículo 5° del referido Código: *“Cuando se realicen actos que, en lo individual o en su conjunto, sean artificiosos o impropios para la obtención del resultado conseguido, las consecuencias fiscales aplicables a las partes que en dichos actos hayan intervenido, serán las que correspondan a los actos idóneos o apropiados para la obtención del resultado que se haya alcanzado.*

Para aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior, los actos artificiosos o impropios deberán producir los efectos siguientes:

- I.- Que dichos actos produzcan efectos económicos iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos idóneos o apropiados. Se considera que se producen efectos iguales o similares cuando los efectos económicos, distintos de los fiscales, no tengan diferencias relevantes.*
- II.- Que los efectos fiscales que se produzcan como consecuencia de los actos artificiosos o impropios, consistan en cualquiera de los siguientes:*
 - a) La disminución de la base o del pago de una contribución.*
 - b) La determinación de una pérdida fiscal o de un crédito fiscal, en cantidad mayor a la que legalmente corresponda.*
 - c) La obtención de un estímulo o de cualquier otro beneficio fiscal, presente, pasado o futuro.*

También se aplicará lo dispuesto en el tercer párrafo de este artículo a los actos artificiosos o impropios que, en lo individual o en su conjunto, sólo tengan como efecto un beneficio fiscal sin que se produzca otro tipo de beneficios económicos”¹⁵⁻¹⁶.

¹⁵ ROA JACOBO, JUAN CARLOS (2008), “Algunos acercamientos al control de la elusión fiscal en la jurisprudencia norteamericana”, pp. 8 y ss.

¹⁶ Posteriormente, la redacción de dicho artículo fue modificada, quedando de la siguiente manera: Artículo 5° [...]; todas, por supuesto, finalmente fueron intentos fallidos. En la aplicación de las disposiciones fiscales deberá prevalecer la forma, salvo que este principio lleve a una interpretación extensiva contraria a lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo. No se considerará que existe interpretación extensiva cuando la ley se aplique a hechos en los que se adopten formas jurídicas inadecuadas que únicamente tengan como efecto la eliminación o disminución de obligaciones fiscales, en cuyo caso la obligación fiscal nacerá con arreglo a la configuración jurídica adecuada a los hechos económicos. El contribuyente podrá demostrar que la forma jurídica adoptada fue elegida por motivos distintos a los meramente fiscales, en cuyo supuesto no se aplicará la consecuencia mencionada.

Entre otros casos, conforme al principio de preeminencia del fondo sobre la forma, no se privará de efectos fiscales a las operaciones que realicen los contribuyentes, siempre que las mismas estén debi-

Asimismo, en dicho mismo proyecto se incluía el artículo 26, el cual prescribía que:

“XVI. Los contadores, abogados o cualquier otro profesional, que emitan opinión que conduzca a los contribuyentes a la realización de los actos artificiosos o impropios a que se refieren los tres últimos párrafos del artículo 5° de este Código, por las contribuciones que sean determinadas por la aplicación de dichas disposiciones”¹⁷.

Finalmente, los intentos de reformas a los preceptos aludidos fueron desechados. Claramente, al no prosperar las cláusulas antielusivas contenidas en el artículo 5° del proyecto, malamente podría fructificar aquel en que se establecía la responsabilidad de los asesores por el desarrollo de las conductas descritas en la ya citada norma.

3.- Juridicidad de la propuesta

La propuesta del Ejecutivo propone sancionar a la persona natural o jurídica a la cual se le acredite haber participado en el diseño y aplicación de actos jurídicos constitutivos de abuso o elusión, conforme a la norma general antielusiva¹⁸.

El Servicio de Impuestos Internos sólo podrá aplicar la multa cuando, en el caso de haberse deducido reclamación en contra de la respectiva liquidación, giro o resolución, ella se encuentre resuelta por sentencia firme o ejecutoriada, o cuando no se haya deducido reclamo y los plazos para hacerlo se encuentren vencidos.

La prescripción de la acción para perseguir esta sanción pecuniaria será de seis años contados desde el plazo para declarar y pagar los impuestos eludidos. En relación a lo anteriormente expuesto, estimamos como totalmente reprochable que el Fisco no se sienta satisfecho con recuperar el “supuesto” impuesto eludido (a través de la correspondiente liquidación, giro o resolución), para además, establecer una sanción para los asesores de hasta un 100% de todos

damente registradas en su contabilidad, en su caso, el pago se haya realizado de conformidad con las disposiciones fiscales y en los comprobantes respectivos se contenga el monto de los impuestos que deban trasladarse, así como los datos que permitan identificar y localizar a su emisor. Lo dispuesto en este párrafo no libera a las personas que expidan el comprobante de las sanciones que correspondan por las infracciones a que haya lugar”.

“Artículo 5°.-A. Cuando se realicen actos o contratos simulados, las consecuencias fiscales aplicables a las partes que en ellos hayan intervenido, serán las que corresponda a los actos o contratos realmente realizados”.

¹⁷ ROA JACOBO, JUAN CARLOS (2008), p. 11.

¹⁸ En el caso de personas jurídicas la sanción señalada será aplicada a sus directores o representantes legales sólo si hubieren infringido sus deberes de dirección y supervisión.

La sanción será de multa de hasta el 100% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales, de no mediar dichas conductas indebidas, y que se determinen al contribuyente. Con todo, dicha multa no podrá superar las 100 unidades tributarias anuales.

los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales. La situación antes referida nos hace surgir las siguientes interrogantes:

1.- La primera pregunta dice relación con la necesidad de esta norma, aun bajo el contexto de la norma general antielusiva.

En el Código Tributario, la actuación fiscalizadora opera bajo los siguientes escenarios:

- Liquidaciones de impuestos
- Tasaciones
- Resoluciones denegatorias de devolución e imputación de impuestos
- Infracciones sancionatorias (Infracciones asociadas a pago de impuestos- Infracciones no asociadas al pago)
- Delitos tributarios

En estas actuaciones, la sanción aplicable es el pago de los impuestos adeudados según el Servicio de Impuestos Internos, con reajustes, intereses y multas. Adicionalmente, se aplican multas pecuniarias a las infracciones previstas en el artículo 97, y además penas privativas de libertad, tratándose de delitos tributarios.

Más específicamente debe tenerse presente lo ya previsto en los actuales tipos sancionatorios, que pueden considerarse aplicables a fiscalizaciones antielusivas:

- Art. 97 N° 3, en cuanto a la presentación incompleta de antecedentes (más allá de la simple omisión), en cuanto pueda inducir a un impuesto inferior al que corresponda.
- Art. 97 N° 4, por la ejecución de procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones. La ejecución de un conjunto de actos concatenados es susceptible de ser calificado como un procedimiento doloso. En la misma disposición se alude a la sanción del que simule una operación tributaria u otra maniobra fraudulenta.
- Art. 97 N°20, en cuanto a la utilización de simulaciones destinadas a desfigurar u ocultar desembolsos en favor de determinadas personas que no permiten el aprovechamiento de crédito fiscal del Impuesto al Valor Agregado o de deducciones de la renta líquida imponible para efectos de la Ley de Impuesto a la Renta.

- Art. 97 N° 24, en cuanto se simulen donaciones que no cumplen con los requisitos para acceder a beneficios tributarios.

En todas las sanciones, el responsable de las mismas es el contribuyente, sea que actúe como persona natural o persona jurídica y en este caso no hay responsabilidad patrimonial de las personas naturales que las representan, por los impuestos que se le atribuyen a aquellas.

Tratándose de las penas corporales asociadas a los delitos tributarios, se aplican las reglas generales respecto de las personas jurídicas, esto es, la sanción se aplica a las personas naturales que las representan o hubieren tenido participación culpable en los hechos. Los delitos tributarios no se encuentran incorporados en el catálogo de delitos del cual responden las personas jurídicas, conforme a la Ley N° 20.393, que establece figuras de responsabilidad penal de las empresas (sin perjuicio de la responsabilidad individual de los directores y gerentes) en los siguientes delitos: lavado de dinero, financiamiento del terrorismo y cohecho. Naturalmente pueden coexistir las figuras sancionatorias tributarias con los delitos previstos en la Ley N° 20.393.

2.- En segundo lugar, nos preguntamos sobre la suficiencia de las normas actuales sobre esta materia, pues el Artículo 63 dispone que el Servicio de Impuestos Internos podrá investigar si las obligaciones impuestas a las partes por cualquier contrato son efectivas o los precios de transacciones son reales. Si se atribuye dolo a estas actuaciones el contribuyente o terceros con que contraten, se encuentran expuestos a ser formalizados por delito tributario. Por su parte, el artículo 64 prescribe que si el Servicio de Impuestos Internos probare la intervención dolosa de algún profesional, será sancionado con las mismas penas, sean ellas pecuniarias o corporales, que procedan en contra de las partes del respectivo acto o contrato.

Con la propuesta legislativa se pretende armonizar la norma general antielusiva con los actores involucrados. Debemos entender que tanto las normas generales contenidas en los nuevos artículos, no alteran la aplicación del catálogo sancionatorio del artículo 97 del Código, ni las normas de procedimiento sancionatorio que hemos citado. Deberíamos entender que ha sido necesaria su dictación, ya que las actuales disposiciones tanto del Código Tributario, Ley de Herencia y el Código Penal ¿no serían suficientes para sancionar a los responsables de la elusión?

3.- Dicho lo anterior, es necesario evaluar la eventual eficacia de la norma propuesta. Los asesores responden a los requerimientos de sus clientes, entre los cuales puede estar evaluar el efecto tributario de ciertos actos jurídicos, pero cuya decisión de ejecutarlos corresponde exclusivamente a sus mandantes. Es por ello que no estimamos necesaria esta disposición, ya que el derecho común y el

derecho tributario ya prevén la posibilidad de que un representante de empresa y los asesores puedan ser involucrados en la comisión de un hecho delictual.

Así, la evasión simple –que admite la coautoría del asesor– se encuentra sancionada en el artículo 97 N° 4 inciso primero del Código del ramo. Dicha disposición, si bien contiene en la descripción del tipo diversas conductas, en realidad constituye un solo tipo penal, por cuanto los comportamientos enunciados son ejemplos de maniobras destinadas a la evasión tributaria, en otras palabras, se exponen las acciones que a juicio del legislador de 1960 son las más comunes, dejando abierto el tipo a otras conductas, por medio de una norma de clausura, que sanciona: “*el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto*” (norma de dudosa constitucionalidad)¹⁹. A su turno, el artículo 15 del Código Penal previene que son autores los que ejecutan el hecho y también los que inducen directamente a otro a ejecutarlo y los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho.

En el actual marco jurídico, el asesor es un autor potencial del delito tributario de evasión, entonces es oportuno preguntarse: ¿es necesaria la norma que constituye en infracción al diseño o implementación de una simulación o abuso del derecho con fines tributarios, si dicha conducta se encuentra sancionada como delito con pena corporal y pecuniaria? Claramente la respuesta es no, pero esto lo debe saber el administrador y el legislador. El problema tras estas normas intimidantes del Estado es que el Derecho ya se hizo cargo hace mucho, dando herramientas a la Administración, que se han usado de manera ineficiente, escasa y malamente.

4. Por otro lado, debiéramos entender que con esta norma existe el propósito de desincentivar las llamadas planificaciones tributarias, cuando estas puedan representar consejos susceptibles de ser calificados de abuso, pero en estas circunstancias la norma peca de ingenuidad por cuanto los asesores versados considerarán en sus propuestas y análisis estipulaciones liberatorias de responsabilidad, a través de la exposición de prevenciones en el sentido de que cualquier acto jurídico puede ser calificado por el Servicio de Impuestos Internos como elusivo.

¿Podría la Administración sancionar a un asesor que ha advertido expresamente a su cliente que sus conductas son eventualmente reprochables? Es tan absurda e ilusa la situación, como asegurar al cliente que las operaciones que realiza en orden a generar una menor tributación no van a ser controvertidas por el Servicio de Impuestos Internos, aun cuando no se trate de abusos o elusión.

¹⁹ Véase *Curso sobre Delitos e Infracciones Tributarias*, de Rodrigo Ugalde y Jaime García, Editorial LegalPublishing, Cuarta Edición, página 32.

Adicionalmente, nos parece que se limita el ejercicio de la profesión por cuanto, debido a la sanción contenida en la norma, no existirá profesional alguno dispuesto a asesorar a un contribuyente sin verse expuesto a una conducta abusiva o simulada, sobre todo considerando que estas serán calificadas al arbitrio y discreción del Servicios de Impuestos Internos.

6.- En seguida, debe establecerse que no necesariamente una sentencia condenatoria en virtud de los artículos 4 ter y 4 quáter sería vinculante para la aplicación del artículo 100 bis, sobre todo respecto de asesores, por cuanto el rol de éstos, a nivel de los contribuyentes que pudieran ser condenados por elusión, puede ser representativo de una participación estrictamente profesional, no siendo responsable de los actos de sus mandantes. Tal como está redactada la norma, supone para el asesor una presunción de la calidad de autor inductor, en el mismo sentido que lo define el Código Penal. De la misma manera, en lo que respecta a los abogados, debe tenerse presente el resguardo al secreto profesional.

7.- Con todo, la Administración del Estado, en este caso específico el Servicio de Impuestos Internos, en ejercicio de la actividad sancionadora por parte de aquél, como una manifestación de su *ius puniendi*, debe enmarcarse dentro del cumplimiento de ciertos principios penales rectores, los cuales, necesariamente deben extrapolarse al derecho administrativo, entre otros: **LEGALIDAD, TIPI-CIDAD, CULPABILIDAD, IRRETROACTIVIDAD Y UN JUSTO Y RACIONAL PROCESO**. Al desconocerse esta tesis, la aplicación de la actividad sancionadora del Estado, sin dudas, podría implicar una vulneración sistemática y grosera de las garantías constitucionales. Sobre lo mismo, el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 244 de 1996, en su considerando noveno señala:

“Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”. **VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO.**

8.- Otro problema grave de vulneración que se observa de la redacción de la norma es la inexistencia de un procedimiento que permita, a quien se le ha imputado participación en un acto abusivo o simulado, defenderse de tales imputaciones.

Para efectos de lo dispuesto en el artículo en estudio, conforme su modificación de fecha 14 de abril del presente: *“el Servicio sólo podrá aplicar la multa a que se refieren los incisos precedentes cuando, en el caso de haberse deducido reclamación en contra de la respectiva liquidación, giro o resolución, ella se encuentre resuelta por sentencia firme y ejecutoriada, o, cuando no se haya deducido reclamo y los plazos para hacerlo se encuentren vencidos. La prescripción de la acción para*

perseguir esta sanción pecuniaria será de 6 años contados desde el vencimiento del plazo para declarar y pagar los impuestos eludidos”.

En esta descripción, resulta del todo obvio cuestionarse una vez más: ¿en qué oportunidad el asesor ejercerá las garantías que la Constitución establece, cuándo podrá defenderse?

La verdad es que no tenemos respuesta. El contribuyente o, en este caso, el o los asesores, sin lugar a dudas, se encuentran en una situación de indefensión total frente a la declaración de conductas abusivas decretadas por el Servicio.

Ahora bien, respecto al asesor, éste será sancionado con la multa eludida en el evento que se haya reclamado la correspondiente liquidación, giro o resolución y se encuentre firme y ejecutoriada o cuando no se haya deducido reclamo y los plazos para hacerlo se encuentren vencidos. Sin más, al asesor, en este caso, sólo le corresponderá acatar sin el debido emplazamiento y una debida defensa, la imputación de conducta abusiva o simulada decretada por el Servicio de Impuestos Internos, sin existencia de un procedimiento expreso al cual deba someterse no sólo respecto a la aplicación de la multa, sino para la imputación de conducta abusiva o simulada. Por otro lado, y en directa relación con esta omisión, es dable cuestionarse: ¿podrá el asesor impetrar el reclamo correspondiente a las liquidaciones, giros o resoluciones que afecten al contribuyente respecto del cual prestó sus servicios? ¿Se entendería que el asesor tiene un interés actual comprometido que le permita calificarlo como sujeto activo del reclamo en los términos prescritos en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, en conformidad con los artículos 148 y 161 del Código Tributario? Sin indicación por parte del legislador, en forma expresa, quedará al arbitrio de los tribunales determinar si el asesor se encuentra habilitado para reclamar las liquidaciones, giros y resoluciones. De no ser considerada dicha situación por parte del legislador, el asesor se encontrará supeditado SIEMPRE a la diligencia y accionar del contribuyente afectado o bien de quien tenga un interés actual comprometido. Sin embargo, creemos que sin la existencia de un procedimiento para la aplicación de la sanción, deberíamos recurrir al procedimiento previsto por el artículo 161 del Código Tributario para la denuncia, conocimiento y fallo de aplicación de sanciones, que está entregado en la primera instancia al correspondiente Tribunal Tributario y Aduanero.

9.- Otra curiosidad es la siguiente: Se prevé que el Servicio de Impuestos Internos podrá aplicar la sanción, si deducida reclamación en contra de la respectiva liquidación, giro o resolución, ella se encuentre resuelta por sentencia firme y ejecutoriada, sin que la disposición indique en qué sentido deberá haberse pronunciado el Tribunal respectivo. Si entendemos que la sentencia ha ratificado la simulación o fraude de ley, entonces el mismo tribunal de primera instancia conocerá los descargos del asesor denunciado, el que en términos jurídicos y

prácticos queda absolutamente privado de la posibilidad de impugnar la calificación fijada por sentencia a firme, esto es, los hechos denunciados fueron previamente juzgados, sin que al asesor sancionado le haya cabido participación alguna en el proceso.

El artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Constitución Política establece que: *"Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"*.

A su turno, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido al respecto que: *"se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador²⁰"*.

La norma propuesta por el ministerio colegislador no repara ni se molesta en considerar dicho mandato constitucional, otorgando despreocupadamente una potestad discrecional a los inspectores de hacienda, despreciando normas del debido procedimiento, en tanto el conflicto antes de la notificación del denunciado ya fue resuelto en sede jurisdiccional, ¿qué bilateralidad o derecho a defensa tendrá el prejuzgado?

Sabemos que el inspector de impuestos en nuestro país goza de exorbitantes facultades destinadas a la determinación de impuestos y sanciones, cuyo ejercicio es objeto de incentivos pecuniarios de la más variada índole y sabemos también que lejos de objetividad e imparcialidad en el ejercicio de dichas potestades, el funcionario obra como parte interesada, entonces: ¿cómo se espera un ejercicio ponderado de la atribución?

10.- Igualmente resulta ineficaz a los propósitos de la norma establecer un plazo de prescripción contado desde la fecha de declaración de los impuestos, pero sólo puede ejercerse la acción en contra de los representantes y de los asesores una vez dictada la sentencia de término de un proceso por elusión. Seis años aun con tribunales tributarios y salas especializadas es un plazo ingenuo y que, por otro lado, revela lo absurdo de la norma propuesta, ya que se si se trata de una liquidación asociada al plazo ordinario de prescripción, resulta abusivo

²⁰ Rol N° 481, 4 de julio de 2006.

perseguir la responsabilidad personal de terceros distintos al contribuyente por un plazo mayor.

4.- Infracción a principios constitucionales

Desde la óptica del derecho constitucional, no existe duda que nos encontramos con una norma manifiesta y groseramente inconstitucional. Independiente que el legislador prevea mecanismos de impugnación de las liquidaciones, giros o resoluciones, dicha situación no altera en lo absoluto los vicios de inconstitucionalidad.

En caso de ser aprobada la norma en comento, debería formar parte del catálogo previsto en el artículo 97 del Código Tributario, para interpretar que en su eventual aplicación, aparte de los requisitos propios, le son aplicables todas las disposiciones referidas a las infracciones, tanto en cuanto a los procedimientos administrativos como jurisdiccionales, así como las normas referidas a los derechos de los contribuyentes.

Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, la legitimidad constitucional de las normas sancionadoras, exige la concurrencia de las siguientes condiciones:

- i) la sanción administrativa debe expresarse en un acto administrativo cuyo origen debe corresponder a un debido procedimiento, regido por las garantías propias y mínimas de la Ley 19.880²¹;
- ii) las sanciones administrativas deben cumplir con garantías sustantivas expresadas en la aplicación de los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución, aplicables al orden administrativo sancionador, por cuanto ambas esferas son expresión del mismo *ius puniendi* estatal²²;
- iii) deben cumplir con las garantías del debido proceso y procedimiento, en términos de permitir la defensa, producción y ponderación de pruebas, la dictación de un acto terminal motivado y el derecho de impugnar en sede judicial la infracción²³; y,
- iv) el principio de tipicidad que exige que la conducta a la que se atribuye la sanción tenga un núcleo esencial definido en la ley²⁴;

²¹ STC 124/1991, 725/2008 y 1413/2012

²² STC 294/96, 479/2006, 480/2006, 1413/2010, 1518/2010, 2381/2013

²³ STC 376/2003, 388/2003, 389/2003, 473/2006, 725/2008, 792/2007, 1413/2010, 1518/2010 y 2381/2013

²⁴ STC 479/2006, 480/2006, 747/2007; 1413/2010 y 2154/2012

A.-Infracción al principio de presunción de inocencia

Este principio se expresa en que todo sujeto debe ser tratado como inocente a lo largo del proceso sancionador hasta que recaiga sobre él una sentencia a firme que lo condene. La presunción de inocencia es la base del procedimiento sancionador en una democracia y pone la carga de la prueba de manera exclusiva en el Estado, quien no puede recurrir a mecanismos que lo releven de ella²⁵.

Si la norma sancionatoria prevé que la multa será aplicada por el Servicio de Impuestos Internos cuando el reclamo del contribuyente recaído en una liquidación de impuestos que contenga la calificación de una simulación o abuso del derecho, haya sido resuelto por sentencia firme y ejecutoriada, ¿qué vigencia e importancia tiene en Chile para el legislador la presunción de inocencia? La base constitucional del principio hace que este primer examen sea reprobado por el novel legislador.

B.- Infracción al principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad informa nuestro ordenamiento jurídico en términos generales, impidiendo que existan consecuencias jurídicas desproporcionadas a la finalidad legítima de la norma. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha resuelto que si bien *“la Constitución no recoge explícitamente el principio de proporcionalidad, (...) los intérpretes constitucionales no pueden sino reconocer manifestaciones puntuales de este principio que devienen en una consagración general dentro del ordenamiento jurídico.*

*La doctrina ha considerado que este principio se encuentra claramente integrado dentro de los principios inherentes del Estado de Derecho, está en la base de los artículos 6° y 7° de la Constitución que lo consagran, en la **prohibición de conductas arbitrarias** (artículo 19, numeral 2°) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (artículo 19, numeral 26°). **Asimismo en el debido proceso y en el reconocimiento de la igual repartición de tributos.** (Arnol, Rainer, Martínez, José Ignacio, y Zúniga, Francisco, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, 2012, pp. 86 – 87). Esta Magistratura ha manifestado su presencia en variados preceptos fundamentales y sin realizar un examen exhaustivo, a lo menos, se ha consagrado en el artículo 18, relativo a la proporcionalidad que ha de existir en el trato igualitario entre candidatos de partidos políticos e independientes (STC Rol N° 67). En el artículo 19, numeral 2°, como un parámetro de la igualdad para evaluar la diferenciación (STC Rol N° 986), como criterio de racionalidad de la diferenciación (STC Rol N° 1.448) o como efecto de las consecuencias jurídicas de*

²⁵ Álvarez, Juan M, *Las sanciones tributarias frente a sus límites constitucionales*, p. 160

*aplicar determinadas normas (STC Rol N° 1.463). **En el artículo 19, numeral 3°, en lo que dice relación al debido proceso en una aplicación proporcional de penas penales, sanciones administrativas y medidas restrictivas**”.*

Si tenemos que proporcionalidad en concepto común es equivalencia, en el ámbito contravencional será correspondencia entre el daño causado por la conducta y la sanción aplicada al autor. Si el tipo infraccional se ha construido sobre la base de una prejudicialidad, consistente en el cobro de los impuestos eludidos por el contribuyente que se ha beneficiado con la sustracción o minoración de la carga tributaria, ¿qué reparación de daño existirá al sancionar al asesor?, ¿qué equivalencia? Ciertamente, existe un prejuicio solapado que informa la disposición.

En otro sentido, la norma estableció que la sanción a imponer es la multa de hasta el 100% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales, de no mediar dichas conductas indebidas, sin que pueda superar las 100 UTA. La cuantía de la multa, en su límite superior, claramente podrá significar una verdadera privación de los bienes necesarios para la mantención de la familia de un asesor al que se le encargó la redacción de un contrato cuestionado, tal vez sin que conociera las intenciones del mandante o sin que compartiera el juicio del fiscalizador denunciante. Esta sanción puede estimarse un real pena de confiscación, proscrita constitucionalmente²⁶, en correlación a las bases de la institucionalidad y la garantía del derecho de dominio.

III.- Conclusiones

En conclusión, y en el entendido que estamos frente una actividad jurisdiccional de un órgano del Estado, con existencia de una resolución o fallo que afecta a una persona y bienes ajenos, estimamos que la presente reforma, tanto en lo relativo a los artículos 4 ter, 4 quinquies y 100 bis constituyen una vulneración a las garantías contempladas en la Constitución, la cual asegura a todas las personas en su artículo 19 N°3 inciso 5°, que *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un único procedimiento y una investigación racionales y justos”*. Ahora bien, ¿qué procedimiento contempla el artículo 100 bis tanto para la declaración de conducta abusiva o simulada como para la aplicación de la multa? ¿existen garantías de una investigación racional y justa en el mismo?

Nos parece que el Servicio de Impuestos Internos posee en la actualidad un importante cúmulo de facultades, a través de las cuales podría ejercer una

²⁶ 19 7° g) No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes.

mejor y más eficaz fiscalización, sin que sea necesario otorgarle estas exorbitantes facultades antielusivas, que ponen en evidente riesgo los principios de seguridad y certeza jurídica, fundamentales para la adecuada protección de los contribuyentes.

Por otra parte, tampoco estamos de acuerdo con la sanción que se pretende aplicar a través del artículo 100 bis, en atención a sus innumerables problemas de constitucionalidad.

En resumen, estimamos que las cláusula general antielusiva, así como la figura infraccional que se pretende establecer en el artículo 100 bis no debieran transformarse en ley de la República.

Notas sobre el procedimiento para declarar la existencia de abuso o simulación en el Proyecto de Reforma Tributaria (boletín 9290-05)

JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ ORRICO

Abogado

Profesor de Derecho Tributario

FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Magíster en Gestión Tributaria

UNIVERSIDAD DEL BÍO-BÍO

RESUMEN: El Proyecto de Reforma Tributaria, iniciado mediante el Mensaje Presidencial N° 24-362, de 1 de abril de 2014¹, establece ciertos mecanismos para rechazar las ventajas tributarias obtenidas por los contribuyentes, cuando estas se han fundado en el despliegue de conductas que terminan por esquivar la norma impositiva. Particularmente, su artículo 7° propone la incorporación de una norma o cláusula general antielusiva al Código Tributario, en dos vertientes, a saber: el abuso de las formas jurídicas y la simulación. Pero junto con pretender el establecimiento de la referida cláusula, el Proyecto contempla también la creación de un procedimiento destinado a declarar la existencia de una o ambas figuras. En este contexto, el presente trabajo pretende entregar una visión general del referido procedimiento, no sin antes intentar una aproximación conceptual a las nociones de planificación tributaria, elusión y evasión; revisar brevemente el panorama actual de nuestra legislación frente al tema y, del mismo modo, apuntar cuál ha sido hasta ahora la opinión de nuestra jurisprudencia, haciendo referencia a algunas sentencias de los recientemente creados Tribunales Tributarios y Aduaneros.

Introducción

Las normas tributarias, al establecer y regular los tributos, persiguen una finalidad primordial: lograr un ingreso para el Estado.

¹ Nuestro trabajo considera las modificaciones introducidas al PRT original, mediante la Indicación n° 55-362, formulada por el Ejecutivo con fecha 14 de abril de 2014. Disponible en http://www.camara-dediputados.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9702&prmBL=9290-05.

Tal fin se consigue normalmente a través de un mecanismo jurídico que ya conocemos: la ley liga a la realización de ciertos hechos la obligación a cargo de determinadas personas de pagar como tributo al Estado una suma de dinero².

El tributo se configura así jurídicamente como una obligación, como una relación jurídica en virtud de ciertos hechos entre dos o más personas, por lo que una, denominada acreedor, puede exigir de la otra, llamada deudor, una determinada prestación³.

La relación tributaria –ha escrito MONTECINOS ARAYA–, de otro lado, es una relación de derecho, no siendo ya posible su concepción como una relación de poder, de preeminencia absoluta del órgano público respecto del contribuyente. Por la trascendencia de los intereses y bienes jurídicos comprometidos, es el propio constituyente el que fija los principios conforme a los cuales debe desarrollarse tal relación⁴.

Como puede advertirse, la obligación de pagar como tributo una determinada cantidad de dinero viene a constituir el núcleo fundamental del ordenamiento jurídico tributario, el que debe ocuparse no solo de determinar en qué casos nace tal vínculo jurídico, sino que además le cabe precisar quién ha de soportarla, cuál es su contenido y cuándo corresponde considerarla extinguida⁵.

En concreto, y merced al principio de legalidad tributaria, corresponde al legislador no solo crear el tributo, sino que establecer la totalidad de los elementos de la relación tributaria entre el Estado y el contribuyente, de modo que la obligación quede determinada en todos sus aspectos y pueda cumplirse sin necesidad de otros antecedentes⁶.

Huelga señalar que, aun cuando la relación jurídica tributaria no se conciba actualmente como una relación de *imperium*, el impuesto –especie por excelencia del género tributo– viene instituido de manera unilateral por el legislador, sin que se requiera de la voluntad de los administrados en tal sentido.

Acaso sea esa la razón que explica la primera y más instintiva reacción del contribuyente ante las exigencias tributarias, esto es, abstenerse de su cumplimiento. Dicha abstención, como bien lo apunta la doctrina, puede concretarla el administrado: i) si evita la incidencia tributaria o se sujeta al régimen más favorable sin chocar frontalmente contra el ordenamiento, mediante la legítima

² FERREIRO LAPATZA, JOSÉ, *Curso de derecho financiero español. Instituciones*, Edit. Marcial Pons, 23ª edic., Barcelona, 2006, p. 359.

³ Ídem.

⁴ MONTECINOS ARAYA, JORGE, “De la elusión y la evasión tributaria”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 207 (2000), p. 159.

⁵ Cfr. FERREIRO LAPATZA, JOSÉ, ob. cit., p. 359.

⁶ Vid. EVANS, E., y EVANS, E., *Los tributos ante la constitución*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 51.

economía de tributos; ii) si incumple directamente la legislación; o iii) si se sirve de negocios que son aparentemente válidos, pero que se han constituido con fraude a la ley civil o simulación y que generan el mismo efecto de exclusión del campo de incidencia de los tributos o coinciden con hipótesis de incidencia menos onerosos, o si usa negocios lícitos (atípicos, indirectos o fiduciarios), que no constituyen simulación, con el objetivo de esquivar la norma tributaria⁷.

En este contexto, el Proyecto de Reforma Tributaria (en adelante PRT), iniciado mediante el Mensaje Presidencial N° 24-362, de 1 de abril de 2014, establece ciertos mecanismos para rechazar las ventajas tributarias obtenidas por los contribuyentes, cuando estas se han fundado en el despliegue de conductas que terminan por esquivar la norma impositiva.

Particularmente, el artículo 7° (N°s 1 al 4), propone la incorporación de una norma o cláusula general antielusiva al Código Tributario (CT), en dos vertientes, a saber: el abuso de las formas jurídicas y la simulación.

El punto no es pacífico y, por el contrario, resurge aquí con renovado vigor la disputa en torno a si la elusión, como reacción del contribuyente frente al tributo, representa una conducta lícita o ilícita.

Ahora bien, junto con pretender el establecimiento de la referida cláusula, el PRT contempla también la creación de un mecanismo destinado a declarar la existencia del abuso o de la simulación.

Concretamente, se trata de un procedimiento que será llevado adelante exclusivamente por la Administración Tributaria, y cuya decisión toca al Director del Servicio de Impuestos Internos (SII), sin intervención previa de la Judicatura Tributaria y Aduanera, y sin la posibilidad de impugnar directamente la decisión que se adopte, pues lo que el proyecto autoriza es la reclamación de la liquidación, giro o resolución que se emita merced a la señalada declaración.

1. Aproximación conceptual

1.1 Planificación tributaria o economía de opción

Se ha escrito que la planificación tributaria "Consiste en la facultad de elegir entre varias alternativas lícitas de organización de los negocios o actividades económicas del contribuyente, o incluso de renunciar a la realización de negocios o actividades, todo con el fin de obtener un ahorro tributario"⁸.

⁷ Vid. TAVEIRA TORRES, HELENO, *Derecho tributario y derecho privado. Autonomía privada, simulación y elusión tributaria*, Edit. Marcial Pons, Argentina, 2008, p.143.

⁸ UGALDE, R. y GARCÍA, J., *Elusión, planificación y evasión tributaria*, Edit. LegalPublishing, 3° edic., Santiago, 2009, p. 53.

En un sentido más restringido, TAVEIRA TORRES estima que la planificación tributaria “es una expresión que debe servir para designar, tan solo, la técnica de organización preventiva de negocios que busca una lícita economía de tributos”⁹.

En lo que hace al fundamento último de la planificación tributaria, en Chile la doctrina sostiene que se encuentra en el artículo 19, N° 21, de Constitución Política de la República, en tanto asegura “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas que la regulen”¹⁰.

Luego, si en la elección de algunas de las varias alternativas lícitas permitidas por la ley para el desarrollo de sus negocios o actividades el contribuyente logra un ahorro tributario, en la medida de que respete las normas legales que regulan la actividad económica que desarrolla, está actuando dentro del marco constitucional y nada se le puede reprochar, ya que nadie está obligado a organizar sus negocios de la manera que resulte más favorable para el Fisco¹¹.

De otro lado, GARCÍA NOVOA, citando a Xavier, señala: “En cualquier caso, las posibilidades de planificación fiscal que deben reconocerse al ciudadano no pueden fundarse únicamente en la libertad económica y en el ejercicio de la autonomía privada. Lo que la libertad económica legitima, y, al mismo tiempo, condiciona, es el régimen de los negocios jurídicos, inspirado en el principio de la autonomía de la voluntad en sus manifestaciones de autodecisión y autorregulación. Libertad significa, en suma, posibilidad de comportamientos alternativos, y en el campo de la contratación ello se resumirá básicamente, primero, en la posibilidad de contratar o no contratar. En segundo lugar, en la posibilidad de optar entre una pluralidad de tipos o modelos negociales. Y por último en la libertad de configuración de negocios...”¹².

En suma, los autores parecen coincidir en que la planificación tributaria opera sobre la base de que es el legislador quien, de manera explícita, ofrece al contribuyente dos o más fórmulas jurídicas, que si bien tienen tratamientos distintos, todas regulan el fin práctico que el contribuyente persigue¹³.

1.2 Elusión

Se ha escrito que la reacción del contribuyente frente al impuesto admite un enfoque económico y otro jurídico. El propio legislador, desde el primer ángu-

⁹ TAVEIRA TORRES, HELENO, ob. cit., p. 145.

¹⁰ UGALDE, R. y GARCÍA, J., ob. cit., p. 56. En igual sentido, ALTAMIRANO sostiene que “...la ley no contempla ningún deber patriótico de pagar más impuestos que los que las normas tributarias exigen...” (ALTAMIRANO, ALEJANDRO, *Derecho tributario. Teoría general*, Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 257).

¹¹ Ídem.

¹² GARCÍA NOVOA, CÉSAR, *La cláusula antielusiva en la nueva ley general tributaria*, Edit. Marcial Pons, Barcelona, 2006, p. 105.

¹³ Cf. RADOVIC SCHOEPEN, ANGELA, *Obligación tributaria*, Edit. Conosur Ltda., Santiago, 1998, p. 24.

lo, muchas veces, buscará propiciar un determinado comportamiento de los agentes económicos. Para ello se valdrá del impuesto que ahora no tendrá por función primordial allegar recursos al erario público, sino obtener un determinado comportamiento del contribuyente, considerado valioso para la economía. Aunque ello signifique dejar de recaudarlo o recaudarlo en menor medida. En este plano, el contribuyente adoptará, desde el punto de vista fiscal, la decisión económica más favorable, sin que viole ni la letra ni el espíritu de la ley¹⁴.

Desde el punto de vista jurídico, en cambio, la reacción frente al impuesto por parte del contribuyente es un tema menos sencillo, puesto que si bien, como ya lo apuntáramos, el administrado no se halla compelido a organizar sus negocios de la forma en que resulte más beneficiosa a los intereses fiscales y puede, por tanto, buscar un ahorro impositivo, la selección de los medios o mecanismos a utilizar para tal efecto, su necesaria conjugación con la entidad de dicho ahorro, y aun la concurrencia de este último con otros fines de igual corte económico –v. gr., la obtención de un mayor grado de eficiencia productiva–, o su exclusividad, constituyen elementos a considerar para calificar semejante conducta de cara al ordenamiento jurídico tributario.

En este contexto, la doctrina mayoritaria estima que la elusión es una forma lícita de reaccionar frente al impuesto por parte del contribuyente. En palabras de GARCÍA NOVOA, "...la elusión fiscal se calificaría por un rasgo negativo: su oposición antitética a la 'evasión', que no es otra cosa que el incumplimiento ilícito de la obligación de pagar el tributo"¹⁵.

La doctrina nacional, por su parte, ha definido la elusión señalando que "Consiste en evitar por medios lícitos que un determinado hecho imponible se realice, mediante el empleo de formas o figuras jurídicas aceptadas por el Derecho –aun cuando alguna de aquellas sea infrecuente o atípica– y que no se encuentran tipificadas como hecho imponible por la ley tributaria"¹⁶.

Según se desprende de la definición apuntada, la elusión ha de ser anterior o previa a la verificación del hecho imponible, puesto que es precisamente a través de esta circunstancia que se impide el nacimiento de la obligación tributaria; verificado que sea el hecho gravado, habrá nacido esta última y no podrá hablarse, entonces, de elusión.

Pero, como lo adelantamos, existen opiniones que califican la elusión como una conducta ilícita, las que se sustentan en razones no menos valederas que las de aquellos que la consideran una conducta apegada a la ley.

¹⁴ MONTECINOS ARAYA, JORGE, ob. cit., p. 152.

¹⁵ GARCÍA NOVOA, CÉSAR, ob. cit., p. 35.

¹⁶ UGALDE, R. y GARCÍA, J., ob. cit., p. 71.

En efecto, se sostiene por parte de la doctrina que “es un error grave confundir la licitud del negocio jurídico adoptado por las partes... con los efectos de éste, principalmente de cara a la legislación tributaria, en virtud del principio de la relatividad de los efectos contractuales cuando éstos traen perjuicios a terceros”¹⁷.

En el contexto nacional, VERGARA HERNÁNDEZ va más allá, y señala que elusión es “toda conducta dolosa del contribuyente que tiene como finalidad evitar la configuración del hecho gravado y consecuentemente el nacimiento de la obligación tributaria...”¹⁸. El mismo autor recuerda las modificaciones que introdujo la Ley N° 19.506 de 1997 a la Ley Orgánica del SII (D.F.L. N° 7/1980, de Hacienda), facultándose al Director Nacional, en el art. 7°, letra b bis), para “...adoptar las medidas necesarias y mantener los contactos con el extranjero ...para evitar la elusión y la evasión de impuestos en el ámbito internacional” (énfasis añadido). Por consiguiente –agrega–, “no cabe duda de que la elusión tributaria es conducta ilícita, ya que solo se evita o combate lo ilícito. Dicho con otras palabras, lo lícito no se combate o evita, sino que se permite o promueve”¹⁹.

Para otro sector de la doctrina, calificar la elusión como una conducta ilícita dependerá del grado de complejidad de las operaciones que le sirvan de sustento. Así, MASSONE PARODI estima que la licitud puede aceptarse en el sentido de que la elusión no está, en principio, sujeta a sanción o castigo, afirmando que: “Esto es particularmente válido para aquellas formas de elusión que podríamos calificar como rudimentarias y, por ello, próximas al ahorro de impuesto... Pero más allá de eso, a medida que la elusión va ganando en sofisticación y artificialidad, ella se va tornando inaceptable, ya que se convierte en un fraude a la ley que establece el impuesto y, a la vez, en un atentado contra la igual repartición de los tributos, tal y como ha sido diseñada por el legislador, en cumplimiento del mandato constitucional”²⁰.

Como podrá apreciarse, la cuestión relativa a la licitud o ilicitud de la elusión tributaria es compleja, pues representa un conflicto que involucra los principios de autonomía de la voluntad, libertad de empresa, legalidad e igual repartición de los tributos, y en cuyo telón de fondo resalta uno de los más relevantes fines del Derecho: la seguridad jurídica²¹.

¹⁷ TAVEIRA TORRES, HELENO, ob. cit., p. 163.

¹⁸ VERGARA HERNÁNDEZ, SAMUEL, *Planificación tributaria y tributación*, Edit. Nova Lex, s. l., s. f., p. 74.

¹⁹ *Ibídem*, p. 75.

²⁰ MASSONE PARODI, PEDRO, *Principios de derecho tributario. Aspectos generales*, Edit. Thomson Reuters, 3ª edic., Santiago, 2013, t. I, p. 460.

²¹ Sobre este principio, Vid. GARCÍA NOVOA, CÉSAR, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2000.

1.3 Evasión

ROSEMBUJ ha explicado que “la elusión tributaria se diferencia de la evasión fiscal, puesto que en esta última hay un comportamiento ilegal del contribuyente tendente a la no satisfacción del tributo ya debido, por haberse verificado el hecho imponible”²².

No debe pensarse, empero, que la evasión coincida siempre con una figura delictiva. La evasión –ha dicho MONTECINOS ARAYA– es más amplia que la noción de fraude o delito tributario. Evadir es simplemente dejar de pagar el impuesto en la medida legal, por las razones que sean, aunque el sujeto obre de buena fe o por ignorancia. La obligación impositiva surgirá por el solo ministerio de la ley, aunque acreedor y deudor lo ignoren, y si no se paga se habrá evadido el impuesto²³.

Cabe apuntar, finalmente, que nuestro legislador tributario, fuera de las conductas expresamente descritas como delito tributario, considera punible “el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto...” (art. 97, 4, inciso primero, del CT).

2. Panorama actual de nuestra legislación frente al tema.

Breve referencia

2.1 Ausencia de una norma o cláusula general antielusiva

No es un hecho que se nos oculte el de la falta o ausencia en nuestro sistema tributario de una norma o cláusula general antielusiva, sea para atacar el abuso de las formas jurídicas, sea para sancionar la simulación con la inoponibilidad de sus efectos frente a ese tercero que constituye la Administración Tributaria.

Tampoco existe, como resulta previsible, un procedimiento preestablecido para declarar la existencia de una u otra figura, o de ambas.

Por el contrario, sí tenemos ciertas normas que facultan al Servicio de Impuestos Internos, en casos específicos, para prescindir de la realidad contractual y atacar, por ejemplo, una simulación, pero solo para efectos tributarios, claro está.

Es lo que ocurre con el art. 63 de la Ley N° 16.271, sobre Impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, que habilita al SII para indagar la sinceridad de las cláusulas contractuales que pudieren tener por objeto eludir el pago del impuesto.

²² ROSEMBUJ, TULLIO, *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el derecho tributario*, Edit. Marcial Pons, 2ª edic., Madrid, 1999, p. 96.

²³ MONTECINOS ARAYA, ob. cit., p. 161.

Dispone el inciso 1° de dicho artículo:

“El Servicio de Impuestos Internos podrá investigar si las obligaciones impuestas a las partes por cualquier contrato son efectivas, si realmente dichas obligaciones se han cumplido o si lo que una parte da en virtud de un contrato oneroso guarda proporción con el precio corriente en plaza, a la fecha del contrato, de lo que recibe en cambio. Si el Servicio comprobare que dichas obligaciones no son efectivas o no se han cumplido realmente, o lo que una de las partes da en virtud de un contrato oneroso es notoriamente desproporcionado al precio corriente en plaza de lo que recibe en cambio, y dichos actos y circunstancias hubieren tenido por objeto encubrir una donación y anticipo a cuenta de herencia, liquidará y girará el impuesto que corresponda”.

Es importante hacer notar que hasta antes de las modificaciones que la Ley N° 19.903 le introdujo a la norma jurídica transcrita en lo precedente, el SII debía dictar una resolución fundada para prescindir de la voluntad declarada en el contrato, para luego solicitar al juez ordinario competente, con arreglo a las normas del procedimiento tributario, se pronunciare sobre la procedencia del impuesto y su aplicación definitiva.

Otro caso en que el legislador permite a la Administración Tributaria desatender la voluntad declarada se encuentra en el artículo 64 del CT, que contiene la denominada facultad de tasar. Allí, el inciso tercero dispone que: “Cuando el precio o valor asignado al objeto de la enajenación de una especie mueble, corporal o incorporal, o al servicio prestado, sirva de base o sea uno de los elementos para determinar un impuesto, el Servicio, sin necesidad de citación previa, podrá tasar dicho precio o valor en los casos en que éste sea notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación”.

El inciso cuarto de la misma disposición reconoce igual potestad, pero referida a la situación de los inmuebles.

El precepto en referencia, apunta la doctrina, “supone que las partes han disimulado el precio verdadero, y han declarado uno notoriamente inferior al valor comercial del bien, con el objeto de disminuir la base imponible del impuesto”²⁴.

Fuera del CT, el art. 17, N° 8, inciso 5°, Ley de Impuesto a la Renta, contempla una norma similar a las que venimos citando, en los siguientes términos: “El Servicio de Impuestos Internos podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 64 del Código Tributario, cuando el valor de la enajenación de un bien raíz o de otros

²⁴ *Ibidem*, p. 158.

bienes o valores, que se transfieran a un contribuyente obligado a llevar contabilidad completa, sea notoriamente superior al valor comercial de los inmuebles de características y ubicación similares en la localidad respectiva, o de los corrientes en plaza considerando las circunstancias en que se realiza la operación”.

Se trata, esta última, de una situación muy particular, dado que las partes consignan un precio o valor que, en concepto del ente fiscal, resulta muy superior al que verdaderamente corresponde, de acuerdo a los parámetros que la norma establece.

2.2 Algunos alcances de la jurisprudencia

Pensamos que la ausencia de una norma o cláusula general antielusiva explica el hecho de que nuestra jurisprudencia pocas veces haya enfrentado la problemática distinción entre elusión y evasión fiscal.

Una de las sentencias que más ha llamado la atención de los autores es la de 28 de enero de 2003, dictada por la Excma. Corte Suprema en los autos Rol 4038-01; proceso públicamente conocido como *el caso Inmobiliaria Bahía S.A.*

Expresa el motivo 18° del fallo aludido que: “...el Servicio confunde... dos conceptos jurídicos que tienen una diferencia notoria: el de evasión tributaria –ilícito–, con el de elusión, que consiste en evitar algo con astucia, lo que no tiene que ser necesariamente antijurídico, especialmente si la propia ley contempla y entrega las herramientas al contribuyente, como aquí ocurre, para pagar impuestos en una medida legítima a la que se optó, y no en aquella que se le liquida”. Y agrega el motivo 19°: “Que, en la presente situación, ello se ha hecho mediante la constitución de dos sociedades, aunque por las mismas personas, para explotar en conjunto un negocio, utilizando los beneficios tributarios que la propia ley entrega ... Ello no solo es lícito, por tener un fundamento legal, sino que puede tener finalidades ajenas a la elusión de impuestos, como podrá serlo el facilitar la adquisición, administración y mantenimiento de los muebles, operaciones que, como resulta lógico entender, son más frecuentes que el de la de los primeros, sujetos a menor desgaste”.

Pero el análisis del Tribunal de Casación toca un punto tan trascendente como el anterior, llevando ahora sus reflexiones sobre las potestades de la Administración Tributaria en materia de recalificación de los contratos. Al efecto, consigna el motivo 20° del fallo en referencia: “Al obrar así en el fallo recurrido se termina aceptando en buenas cuentas, que queden sin efecto por vía administrativa actos válidamente celebrados como son dos contratos sociales, cuya nulidad corresponde que la declarada por otros tribunales, y para ello se ha tenido que suponer que ha existido una simulación sin que haya habido debate ni prueba

sobre ese asunto. De este modo el Servicio ... se aleja de su competencia por el simple expediente de efectuar liquidaciones de impuestos ...”.

La sentencia parece entender que la elusión es lícita, por tener el actuar del contribuyente –en el caso concreto– su fundamento en la circunstancia de que la propia ley contempla y entrega las herramientas para pagar impuestos en una medida legítima a la que se optó. En este sentido, y a propósito del mismo fallo, se ha recordado que “No existe un mandato jurídico que obligue a los contribuyentes a adoptar aquellas fórmulas de negocios que le signifiquen el mayor pago de impuestos posible. El ahorro tributario, en principio, no constituye un obrar ilícito. La elección del medio jurídico para la obtención de determinados efectos económicos es librada al arbitrio de cada uno. Los particulares, dentro de la esfera de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, podrán celebrar los actos y negocios que deseen, y ... otorgarles el contenido y los alcances que les parezcan mejor a sus intereses”²⁵.

Empero, MARTÍNEZ COHEN tiene una opinión distinta. En directa referencia a la sentencia de que se viene tratando, expresa: “Sin embargo, señala respecto de la elusión que ‘no tiene que ser necesariamente antijurídica’ por lo cual implícitamente distingue entre elusión lícita e ilícita, calificando los hechos de la causa de la primera forma, aceptando implícitamente que puedan existir figuras de elusión ilícita, más aún cuando, justificando de alguna forma su resolución, indica que pueden existir en los hechos materia del proceso, finalidades ajenas a la elusión de impuestos”. Y agrega el mismo autor: “La verdad es que la sentencia en sí nos parece contradictoria, pues si en un principio acepta como elusivo, y por tanto legítimo, el actuar del contribuyente por atenerse a la ley, y luego acepta que exista elusión antijurídica, no entendemos cómo podría existir esta última si el contribuyente actúa dentro de la ley. Se está o no dentro de la ley, no puede haber figuras intermedias”²⁶.

De otro lado, específicamente en relación con el segundo aspecto que aborda el fallo, se ha puesto por escrito que “De cara a nuestro ordenamiento, podemos constatar que no existe una cláusula antielusiva de carácter general, que otorgue la competencia necesaria al Servicio de Impuestos Internos para prescindir de la realidad contractual, por la simple vía administrativa, reconduciendo los hechos a una norma jurídica que imponga a los particulares la obligación de pagar el tributo o ... a una tributación más gravosa”²⁷.

²⁵ MONTECINOS ARAYA, JORGE, “La potestad del Servicio de Impuestos Internos en materia de recalificación de los contratos. La línea divisoria entre la evasión y la elusión tributaria”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N°s 215-216 (2004), pp. 353-354.

²⁶ MARTÍNEZ COHEN, RAFAEL, “El error, la simulación, el fraude a la ley y el abuso de un derecho en el derecho tributario chileno”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 29 (2007), pp. 367-368.

²⁷ MONTECINOS ARAYA, JORGE, “La potestad ...”, p. 355.

Verdaderamente parece ser este último el quid del asunto, dado que la Corte Suprema no reprocha tanto la imposibilidad de que el ente fiscal pueda impugnar un acto o contrato por simulación, cuanto la forma empleada en el caso concreto: si no existe una norma tributaria especial que ampare la prescindencia respecto a los negocios o contratos empleados por el contribuyente, o que permita desentenderse de la voluntad declarada en los mismos, el Fisco debe recurrir a las herramientas generales de las cuales se halla premunido todo acreedor.

La nueva Justicia Tributaria y Aduanera ha seguido este último predicamento, enfrentada a situaciones en las que el ente fiscal pretendió desatender el valor probatorio de una escritura pública, para fundar el accertamiento tributario practicado a un contribuyente.

Concretamente, en una ocasión el SII citó a justificar inversiones al beneficiario de una estipulación a favor de otro, sosteniendo que el ingreso de un bien raíz a su patrimonio constituía una inversión, no obstante que, de acuerdo al mérito de la escritura pública, el precio de la compraventa fue pagado por un tercero con dineros propios. El ente fiscal procedió a liquidar los impuestos correspondientes y el contribuyente afectado dedujo reclamo tributario en su contra ante el Tribunal Tributario y Aduanero de Concepción, órgano jurisdiccional que estableció la siguiente doctrina: "... el ente fiscal no ha cuestionado la validez de la escritura pública –en tanto instrumento público– ni la veracidad de las declaraciones en ella contenidas, en especial de la cláusula en que se declara que el precio fue pagado al contado y en dinero efectivo por don ... al vendedor.- Es más, para que el Servicio de Impuestos Internos pueda desentenderse de las declaraciones contenidas en un acto o contrato, se requiere de una norma expresa que así lo autorice, tal cual ocurre, por ejemplo, con el artículo 64, inciso 3°, del Código Tributario... Por consiguiente, fuera de los casos excepcionales en que la ley expresamente autoriza al ente fiscal para desentenderse de lo pactado en un acto o contrato..., debe recurrir a las causales de impugnación que el legislador haya previsto, acreditando la concurrencia de los supuestos de hecho que las hacen procedentes" (motivo 23°)²⁸.

En otro caso, en que el ente fiscal cuestionó el carácter elusivo de un depósito convenido, pactado en un instrumento denominado por las partes como "convenio de trabajo", entre una trabajadora miembro del grupo empresarial al cual pertenecía la sociedad empleadora, calificando la operación como una planificación tributaria destinada a evitar el pago de los impuestos correspondientes, el mismo Tribunal Tributario y Aduanero de Concepción, dando lugar al reclamo, precisó que: "... el tema de la Planificación Tributaria o Elusión no

²⁸ STTA de Concepción, 20 de noviembre de 2012, RIT N° GR-10-00026-2012; disponible en http://www.tta.cl/opensite_20110708155435.aspx (2 de mayo de 2014). En igual sentido, Vid. STTA de Concepción, 15 de julio de 2013, RIT N° GR-10-00100-2013, disponible en la misma dirección electrónica.

... siempre conlleva a lo ilegal o ilícito, y no permite una calificación a priori, sino que debe siempre analizarse cada situación en particular ...”²⁹⁻³⁰.

Por último, resulta pertinente traer a colación la doctrina sentada por el Tribunal Tributario y Aduanero de Arica, en sentencia de 3 de abril de 2012, en los autos caratulados “Coca-Cola Embonor S.A. con Servicio de Impuestos Internos”.

En este fallo, la elusión tributaria aparece como una desviación de los fines propios de una planificación tributaria, denunciando el fallo que la reclamante no aplicó la interpretación administrativa dentro de su contexto, para respaldar su operación, sino que se asiló en ella “para dar la apariencia de plausible a una operación de planificación tributaria destinada a eludir la carga tributaria, en una operación que, a todas luces, no puede ser vista con una legítima razón de negocios” (motivo 49°).

3. Proyecto de Reforma Tributaria

Para quienes sostienen la licitud de la planificación tributaria, la forma de atacarla “no es la de intentar asimilarla a la evasión, sino la de cerrar –por vía legislativa– las denominadas brechas de elusión”³¹.

En tal sentido, la elusión aparece como el producto de una deficiente técnica legislativa utilizada en la creación de las normas impositivas, de los vacíos que el propio ordenamiento jurídico presenta y de los cuales el contribuyente se beneficia.

En otros términos, “El problema de la elusión ... debe solucionarse por el legislador. Ello es así por tratarse de materias de dominio legal y por razones de seguridad jurídica”³².

De este modo, aparecen como alternativas posibles para el legislador las siguientes: a) Puede, en primer lugar, tipificar el tributo del modo más extensivo posible; b) Puede, en segundo lugar, modificar derechamente el precepto legal que permite la elusión, perfeccionando la disposición de modo de colmar la laguna legal existente; y c) Puede, por último, establecer ficciones o presunciones como mecanismos de reacción legal ante la evasión³³.

²⁹ STTA de Concepción, 7 de noviembre de 2013, RIT N° GR-10-00062-2012. Disponible en http://www.tta.cl/opensite_20110708155435.aspx (2 de mayo de 2014).

³⁰ Los depósitos convenidos se regulan en los arts. 20 y siguientes del D.L. N° 3.500. Se trata de aportes en dinero que los trabajadores dependientes pueden convenir con sus empleadores con el único propósito de incrementar el monto de la pensión o anticiparla.

³¹ UGALDE, R. y GARCÍA, J., ob. cit., p. 90.

³² MONTECINOS ARAYA, JORGE, “De la elusión ...”, p. 159.

³³ Ídem.

No obstante lo señalado, existe una cuarta alternativa para combatir la elusión, constituida por el establecimiento de una norma o cláusula general antielusiva, que confiere amplias potestades a la Administración Tributaria para atender, más que a las formas jurídicas empleadas por los contribuyentes, a los efectos económicos que se derivan de las mismas, para aplicar los impuestos que correspondan.

Y es por esta última alternativa que ha optado el PRT iniciado mediante el Mensaje Presidencial N° 24-362, de 1 de abril de 2014.

3.1 Establecimiento de una norma o cláusula general antielusiva.

Figuras que comprende

Tal como lo adelantáramos, el PRT propone el establecimiento de ciertos mecanismos para rechazar las ventajas tributarias obtenidas por los contribuyentes, cuando estas se han fundado en el despliegue de conductas que terminan por esquivar la norma impositiva, incorporando una norma o cláusula general antielusiva, que junto con contemplar una norma de calificación de los hechos, actos o negocios realizados por los contribuyentes, reconoce dos vertientes, a saber: el abuso de las formas jurídicas y la simulación.

3.1.1 Calificación de hechos, actos o negocios realizados por los contribuyentes.

Como preámbulo de las normas específicas que regulan el abuso y la simulación, la primera disposición que el PRT propone incorporar al Código Tributario es el artículo 4 bis, del siguiente tenor: “Las obligaciones tributarias nacerán y se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles”.

La norma propuesta puede descomponerse en los tres ámbitos que la misma comprende.

- Las obligaciones tributarias nacerán y se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados...

En términos simples, la disposición propuesta ordena identificar la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios suscritos o celebrados por el o los contribuyentes. Para ello, como no puede ser de otro modo, habrá que recurrir, en primer término, a las normas tributarias. Así, por ejemplo, para determinar si el ingreso percibido por una de las partes de la relación negocial tiene, a efectos del Impuesto Global Complementario, el carácter

de renta imponible, habrá que recurrir a las normas pertinentes de la Ley de Impuesto a la Renta.

Sin embargo, en otros casos la calificación dependerá de conceptos definidos o regulados en otras parcelas del ordenamiento jurídico. De este modo, frente a la interrogante de si el título en cuya virtud se transfirió el dominio de un bien corporal mueble es gratuito u oneroso, a efectos de determinar la tributación en el Impuesto a las Ventas y Servicios, debemos buscar la respuesta en los artículos 1440 y 1441 del Código Civil.

- cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado...

Se trata de un mandato que complementa al anterior, pero que al mismo tiempo nos recuerda el principio de la libertad contractual y la manera en que el producto del ejercicio de esta libertad –los contratos– deben calificarse.

En la base del principio de la libertad contractual se halla el principio de la autonomía de la voluntad.

Decir que la voluntad es autónoma –anota LÓPEZ SANTA MARÍA– significa que ella es libre para crear los derechos y obligaciones que le plazcan. La voluntad se basta a sí misma³⁴.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, en el mismo contexto, explica que: “El derecho debe reconocer al individuo su poder de acción y ello se manifiesta, por ejemplo, al concebirse la libertad de empresa como una garantía constitucional, debidamente resguardada de la intromisión estatal ... por significar precisamente limitaciones a la libertad individual”³⁵. Y agrega el mismo autor: “... por eso, si la voluntad está en el centro de la noción de negocio jurídico, es también imprescindible reconocer a la ley, como emanación del interés general, una labor de regulación y de contención de sus excesos”³⁶.

A luz del artículo 1545 del Código Civil, la libertad contractual supone la facultad de que gozan los privados para celebrar los contratos que les parezcan, determinando su contenido, efectos y duración.

Ahora bien, junto con reconocer semejante libertad, la norma propuesta en el PRT nos reconduce también al ámbito de la calificación de los contratos.

³⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los contratos. Parte general*, Edit. AbeledoPerrot, 5ª edic., Santiago, 2010, p. 191.

³⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Teoría general del negocio jurídico*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2012, p. 36.

³⁶ Ídem.

La calificación de un contrato consiste en establecer su naturaleza jurídica, encuadrándolo en alguno de los tipos que regula la ley o en otro que, no estando considerado por ella, sea expresión de la libertad contractual de las partes, operándose sobre la base de la esencia misma de los hechos que configuran el acto y no sobre la denominación que los contratantes pudieran haber empleado³⁷.

En otros términos, las relaciones o situaciones jurídicas son lo que efectivamente son y no lo que las partes dicen que son. Si las partes llaman arrendamiento a un contrato y el análisis de sus cláusulas pone de manifiesto que su contenido es el propio de una venta con pago a plazo, ésta será la calificación correcta³⁸.

Con todo, el punto no es tan sencillo, puesto que si la calificación consiste en establecer la naturaleza jurídica del contrato, ello supone conocer el verdadero sentido y alcance de la voluntad de las partes expresada en las cláusulas del mismo, vale decir, su interpretación. ¿Y cuál de estas dos actividades debe ejecutarse primero?

Al respecto, LÓPEZ SANTA MARÍA señala: "Si se discute si el contrato es uno de los nominados por la ley o si él es atípico, es inconcuso que una resolución acertada comenzará por investigar cuál fue la voluntad que declararon efectivamente las partes al contratar. Primero se establecerá la voluntad común para sólo después de fijado el alcance del contrato efectuar la calificación correspondiente. Otro proceder sería equivocado ¿Cómo podría el juez calificar de innominado el contrato si no conoce la voluntad de las partes, desde que el texto contractual es de una oscuridad abismante? Sólo investigando, en primer lugar, cuál fue la voluntad que dio nacimiento al contrato podrá él llegar después a una calificación acertada"³⁹.

Pero más allá de la discusión a que hemos hecho referencia, hasta este punto, al menos, nos parece que la disposición que el PRT pretende incorporar al CT deja meridianamente claro que la calificación de los hechos, actos o negocios realizados, debe hacerse con criterios estrictamente jurídicos. No estamos, por ende, en presencia de una regla de carácter especial que señale que en determinados supuestos o circunstancias la calificación deba hacerse con un criterio económico o en función de la realidad económica, lo que es de suyo relevante. Lo que acabamos de señalar no implica que los efectos económicos derivados de un determinado acto o contrato no deban ser considerados, al contrario, deben serlo, pero una vez que el intérprete ha concluido su labor hermenéutica⁴⁰.

³⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, ob. cit., p. 451.

³⁸ PÉREZ ROYO, FERNANDO, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Edit. Thomson Reuters, 23ª edic., Pamplona, 2013, p. 263.

³⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, ob. cit., p. 453.

⁴⁰ En Argentina, FOLCO señala que "Lo económico, exclusivamente, remite como guía para la ponderación del substrato material subyacente" (FOLCO, CARLOS MARÍA, *Procedimiento tributario. Naturaleza y estructura*, Edit. Rubinzal – Culzoni, 3ª edic., Buenos Aires, 2011, t. I, p. 340).

En otros términos, como bien lo apunta CAYÓN GALIARDO, “La calificación versa sobre hechos y operaciones realizados para subsumirlos en la norma tributaria, pero no consiste en una mera actividad interpretativa, ya que ... encierra facultades que trascienden el examen de la ley. En concreto, la potestad calificadora que se atribuye a la Administración supone el análisis de un supuesto de hecho y su encaje dentro de un concepto jurídico para la atribución del régimen tributario aplicable”⁴¹.

- y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles.

A diferencia de las dos reglas anteriores, aquí se propone un mandato con directa significación tributaria.

Lo que se busca evitar es que la aplicación del tributo que corresponda al acto o negocio jurídico celebrado pueda ser eludido mediante la simple fórmula de introducir, a sabiendas, un vicio o defecto que incida en su validez, pero que no impide la producción de efectos jurídicos en tanto los interesados no ejerciten las acciones de nulidad u otras que sean pertinentes.

Así, por ejemplo, el artículo 1756 del Código Civil dispone que: “Sin autorización de la mujer, el marido no podrá dar en arriendo o ceder la tenencia de los predios rústicos de ella por más de ocho años, ni de los urbanos por más de cinco, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido”. La sanción para el caso de infracción de esta norma es la inoponibilidad de esos contratos más allá de los plazos máximos señalados, conforme lo establece el artículo 1757 del mismo Código⁴².

En el ejemplo anterior, lo que la norma propuesta viene a dejar en claro es que no es suficiente para evitar el pago del impuesto correspondiente a las rentas de arrendamiento obtenidas durante el exceso del plazo, el que –puestos de acuerdo los interesados– no se consigne la autorización de la mujer en el respectivo contrato de arrendamiento, que ciertamente producirá efectos entre las partes mientras el tercero –la mujer– no alegue la inoponibilidad.

3.1.2 Norma o cláusula general antielusiva

La segunda disposición que el PRT propone incorporar es el artículo 4 ter, cuyo inciso 1° consagra propiamente una cláusula general antielusiva, siendo su texto del siguiente tenor: “Las leyes tributarias no podrán ser eludidas mediante el abuso de las posibilidades de configuración jurídica. En caso de abuso nacerá

⁴¹ CAYÓN GALIARDO, ANTONIO, “El abuso de las formas jurídicas: la calificación de los hechos y la interpretación de las normas tributarias”, en Patricio Masbernat (coord.), *Problemas actuales de derecho tributario comparado. Una perspectiva de Iberoamérica*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2012, p. 39.

⁴² Vid. RAMOS PAZOS, RENÉ, *Derecho de familia*, Edit. Jurídica de Chile, 7ª edic., Santiago, 2010, p. 230.

la obligación tributaria correspondiente a la configuración jurídica adecuada a los hechos económicos”.

Lo primero que podemos afirmar frente a la norma propuesta es que ella no castiga la economía de opción, como tampoco el ahorro tributario, ni la utilización de formas jurídicas ofrecidas por el Derecho para la realización de determinados negocios que, desde la óptica tributaria, reciben un tratamiento más favorable o menos oneroso. La disposición apunta a dotar a la Administración Tributaria de la posibilidad de recalificar la operación cuando el exclusivo propósito del acto o negocio ha sido reducir el importe de la obligación tributaria⁴³.

Afirmamos que el ahorro fiscal ha de ser el exclusivo propósito tenido en vista para la celebración del acto o negocio, por dos razones: a) porque no existe una norma que obligue a los administrados a organizar sus actividades económicas del modo que resulte más favorable a la Hacienda Pública; y b) porque el PRT fija el *abuso* como límite para la utilización de figuras jurídicas que acarrear un ahorro tributario.

Y es que, como bien lo apunta GARCÍA NOVOA, “El conflicto que se deriva de una actuación elusiva del particular no es un conflicto entre derechos subjetivos, sino entre derechos, deberes y libertades de los ciudadanos y la potestad funcional de la Administración para proteger la potencialidad recaudatoria del sistema tributario. El abuso que cabría oponer a la libertad de configuración de los contribuyentes no sería, pues, un ‘abuso de derecho’, sino un abuso en la aplicación de la norma”⁴⁴.

Para el Diccionario de la Real Academia Española, *abusar* significa “Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien”⁴⁵.

A partir de la definición anterior, y siempre en el contexto de la materia que nos convoca, *abusa* aquel contribuyente que utiliza de manera excesiva, injusta, impropia o indebida una o más formas jurídicas negociales.

En otros términos, el abuso implicará “que la forma buscada desborde los límites razonables de la autonomía de la voluntad y la libertad de configuración, para revelarse como un instrumento impropio para obtener el resultado económico que se persigue y para el cual el ordenamiento habilita otro tipo comercial”⁴⁶.

Pero este uso inapropiado o inadecuado de ciertas formas jurídicas no basta; ha menester que se haga para evitar o aminorar la carga impositiva, de suerte que el negocio no tenga ninguna viabilidad económica al margen del ahorro impositivo.

⁴³ Cfr. ALTAMIRANO, ALEJANDRO, ob. cit., p. 257.

⁴⁴ GARCÍA NOVOA, CÉSAR, *La cláusula antielusiva...* cit., pp. 302-303.

⁴⁵ Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=abusar> (5 de mayo de 2014).

⁴⁶ GARCÍA NOVOA, CÉSAR, *La cláusula antielusiva...* cit., p. 304.

En suma, si el PRT identifica el abuso con la elusión, la cláusula así propuesta es, al fin de cuentas, una “cláusula antiabuso”.

3.1.3 Abuso de las formas jurídicas

Un primer instrumento de la elusión tributaria que el PRT identifica, es el abuso de las formas jurídicas, materia que se regula también en el artículo 4 ter propuesto, específicamente en sus incisos 2° a 4°, cuyo texto es el siguiente:

“Para estos efectos, se entenderá que existe abuso cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios, incluyendo fusiones, divisiones, transformaciones y otras formas de reorganización empresarial o de negocios, en los que concurran las siguientes circunstancias copulativas:

- a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido, y
- b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso, y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios”.

“El Servicio podrá declarar la existencia del abuso de las formas jurídicas a que se refiere este artículo, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 quinquies”.

“El ejercicio de la facultad a que se refiere el inciso anterior, solo será procedente si el monto de las diferencias de impuestos que conforme a ella puedan determinarse al contribuyente, exceden la cantidad equivalente a 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la emisión del informe de fiscalización en que se proponga la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo”.

Como se advierte, los requisitos copulativos para que proceda la aplicación de la norma propuesta son los siguientes:

- Que los actos o negocios, incluyendo fusiones, divisiones, transformaciones y otras formas de reorganización empresarial o de negocios, individualmente considerados o en su conjunto, sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos de los meramente tributarios, y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

- Que mediante ellos se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación.
- Que las diferencias impositivas excedan la cantidad equivalente a 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la emisión del informe de fiscalización en que se proponga la aplicación de la norma.

En lo que toca a los tres primeros requisitos enunciados, la fórmula adoptada por el PRT tiene su origen en el Derecho español⁴⁷.

Allí, la doctrina ha enfatizado que es posible distinguir requisitos relativos a la conducta y al resultado. En relación con la primera, con las características de los negocios realizados, encontramos los requisitos enunciados en los dos primeros guiones. Se trata de dos *tests* que han de producirse de manera concurrente: el de *artificiosidad*, por un lado, y el de la *ausencia de motivo económico válido*, por otro. En cuanto al resultado o finalidad perseguida, ha de plasmarse en la obtención de una ventaja fiscal, de un trato fiscal más favorable o benigno que el que correspondería el negocio usual. La ventaja podrá consistir en evitar total o parcialmente la realización del hecho gravado, o disminuir la base imponible o la obligación tributaria, o bien, en postergar o diferir el nacimiento de dicha obligación. En suma, la ventaja se traducirá en que la deuda impositiva sea determinada por una cuantía menor a la que correspondería a una situación desprovista de los artificios señalados⁴⁸.

Sin duda que el segundo *test*, vale decir, el de la *ausencia de motivo económico válido* es el que más generará problemas. Desde luego, y tal como lo apuntamos, la norma propuesta no exige que el fin exclusivo sea el ahorro fiscal –aun cuando entendemos que tal exigencia está implícita–, de manera que es posible que tal afán concorra con otros objetivos de igual naturaleza económica, es-tribando la dificultad en definir si, en este supuesto, el fin de ahorro tributario debe ser el principal o si basta con que esté presente para gatillar la aplicación de la cláusula antielusiva. Pero si se acepta la posibilidad de poder calificar una operación como elusiva, en razón de tener como principal objetivo la obtención de una ventaja fiscal, no podrá estar ausente el uso de formas jurídicas inadecuadas o impropias, vale decir, la utilización abusiva o artificiosa de las normas, tal como lo ha puesto de relieve la doctrina extranjera⁴⁹.

Se ha dicho que este requisito “se identifica en las doctrinas anglosajonas, de donde igualmente procede, como *business purpose test* o *economic substance*

⁴⁷ En efecto, la norma reproduce casi en su integridad el artículo 15 de la Ley General Tributaria Española, Ley N° 58/2003. Vid. *Ley general tributaria española y normas complementarias (Delito fiscal y contrabando)*, Edit. Tecnos, 13ª edic., preparada por Juan Martín Queralt, Madrid, 2009.

⁴⁸ Cfr. PÉREZ ROYO, FERNANDO, ob. cit., p. 266.

⁴⁹ GARCÍA NOVOA, CÉSAR, *La cláusula antielusiva...* cit., p. 304.

test. La conducta no obedece a ningún propósito comercial que no sea el ahorro fiscal e, incluso, desde el punto de vista económico, sería desventajosa, si no fuera por ese ahorro ...”⁵⁰.

Finalmente, en lo que hace al último requisito señalado, el PRT condiciona la aplicación de la norma propuesta, a que la cuantía de las diferencias impositivas exceda de 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la emisión del informe de fiscalización en que se proponga su aplicación.

Es probable que el límite propuesto en el PRT, traiga como consecuencia el que la Administración Tributaria priorice la utilización de la simulación como mecanismo para combatir la elusión, pues, según veremos, no se contemplan restricciones de ese orden a su respecto.

3.1.4 Simulación

Esta otra vertiente de la elusión se propone incorporar al CT en un nuevo artículo 4 quáter, del siguiente tenor:

“En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho gravado con los impuestos será el efectivamente realizado por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados”.

“El Servicio desestimaré y no le serán oponibles los actos y negocios jurídicos practicados con la finalidad de disimular la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento, con arreglo al artículo siguiente”.

Siguiendo a PONT CLEMENTE, “se define la simulación como aquella declaración de un contenido de voluntades no real, emitida conscientemente entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que se ha llevado a cabo”⁵¹.

También se ha dicho, que “La simulación consiste en el hecho de crear un acto aparente que no corresponde a ninguno real, o en disfrazar total o parcialmente un acto verdadero bajo la apariencia de otro”⁵².

Ahora bien, en ambas definiciones fluye una distinción fundamental en materia de simulación, vale decir, que esta puede ser absoluta o relativa.

⁵⁰ PÉREZ ROYO, FERNANDO, *ob. cit.*, p. 268.

⁵¹ PONT CLEMENTE, JOAN-FRANCES, *La simulación en la nueva LGT*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 93.

⁵² VODANOVIC H., ANTONIO, *Manual de derecho civil. Parte preliminar y general*, Edit. LexisNexis, Santiago, 2003, t. II, p. 211.

Hay simulación absoluta cuando realmente ningún acto jurídico quiere celebrarse, y solo se finge realizar uno.

Hay simulación relativa, en cambio, cuando aparentemente se celebra un negocio jurídico, pero en realidad se quiere realizar otro. En esta especie existen dos actos o negocios: el ostensible o simulado, y el acto oculto, sincero, real o disimulado, que es el que realmente las partes han querido celebrar y llevar a cabo.

Se ha estimado que la simulación es uno de los instrumentos más habituales de la elusión fiscal. La elusión mediante simulación puede lograrse tanto a través de la simulación absoluta como de la simulación relativa. Sin embargo, el supuesto más común será este último, pues su esquema responde con más exactitud a una actividad elusiva: se crea un negocio simulado para encubrir la verdadera realidad, que no es otra que el negocio disimulado. Y en este caso, el negocio simulado o sus consecuencias jurídico-económicas no estarán gravadas o tendrán una carga impositiva inferior que el acto o negocio disimulado⁵³.

Respecto a la simulación absoluta, tal como lo indicamos, ningún acto o negocio jurídico ha querido celebrarse, ninguna realidad, por tanto, pretende encubrirse o disimularse por su intermedio. Desde esta perspectiva, entonces, difícilmente un contribuyente recurrirá a aquélla para aparentar contratos no gravados o sujetos a un tratamiento tributario menos oneroso, antes bien, mediante su utilización puede perseguirse una clase distinta de beneficios o ventajas impositivas. Así, por ejemplo, mediante la suposición de gastos puede disminuir la base imponible en el Impuesto a la Renta, o bien, simulando la adquisición de bienes del activo realizable puede abultar el monto de los créditos fiscales en la Ley de Impuesto a las Ventas y Servicios.

Y de hecho, la norma propuesta por el PRT parece referirse únicamente a casos de simulación relativa. En efecto, el inciso 1° del art. 4 quáter propuesto indica que el hecho gravado será el efectivamente realizado por las partes (el disimulado), con independencia de los actos o negocios simulados (aparentes). Enseguida, el inciso segundo del mismo artículo indica que el ente fiscal desestimará y no le serán oponibles los actos y negocios jurídicos “practicados con la finalidad de *disimular* la configuración del hecho gravado...”.

Circunscrita la cuestión a la simulación relativa, el punto estribará en establecer los hechos realmente producidos y a los que la norma impositiva debe ser aplicada⁵⁴.

⁵³ Cfr. GARCÍA NOVOA, CÉSAR, *La cláusula antielusiva...* cit., p. 144.

⁵⁴ Cfr. PÉREZ ROYO, FERNANDO, ob. cit., p. 269. Para conocer la opinión de la Jurisprudencia Española sobre la materia, Vid. DELGADO PACHECO, ABELARDO, *Las normas antielusión en la Jurisprudencia Tributaria Española*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2004.

4. Procedimiento para la declaración de existencia de abuso o simulación en el Proyecto de Reforma Tributaria

La materia se propone regular en un nuevo artículo 4 quinquies que se incorporará al CT.

En tal sentido, el PRT establece que la aplicación de la cláusula antielusiva, en cualquiera de sus vertientes, requiere una manifestación de voluntad expresa por parte de la Administración Tributaria.

Para tales efectos, se crea un procedimiento destinado a declarar la existencia del abuso o de la simulación, que será llevado adelante exclusivamente por la Administración Tributaria, y cuya decisión toca al Director del Servicio de Impuestos Internos, sin intervención previa de la Judicatura Tributaria y Aduanera.

Cabe anotar, además, que se contempla la posibilidad de impugnar directamente la decisión que se adopte, pues lo que el proyecto autoriza es la reclamación de la liquidación, giro o resolución que se emita merced a la señalada declaración.

4.1 Concepto

De acuerdo al contenido del artículo 4 quinquies propuesto, podemos conceptualizar el procedimiento diciendo que “es aquel que tiene por objeto la declaración administrativa de haber incurrido el contribuyente en abuso o simulación, efectuada por el Director del Servicio de Impuestos Internos, previo informe favorable de los Subdirectores Jurídico, Normativo y de Fiscalización”.

4.2 Características

Como características de este procedimiento, podemos anotar las siguientes:

- a) Es un procedimiento de carácter administrativo, por estar a cargo de un órgano de la Administración del Estado, y no necesariamente porque coincida con el que contempla la Ley N° 19.880, sobre Procedimiento Administrativo.
- b) No contencioso, puesto que no se exige citación del contribuyente, ni se le reconoce la posibilidad de formular descargos o rendir pruebas.
- c) Opera solo para la declaración de abuso o simulación de los artículos 4 ter y 4 quáter, propuestos agregar al CT.

4.3 En quien recae la declaración

De acuerdo a lo que dispone el inciso 1° del art. 4 quinquies propuesto, la declaración de existencia de abuso o simulación le corresponde al Director del Servicio de Impuestos Internos.

4.4 Requisitos para la declaración de abuso o simulación

4.4.1 Enumeración

La norma propuesta establece una serie de exigencias para que sea procedente efectuar la declaración de existencia de abuso o simulación y, por ende, para dar inicio al respectivo procedimiento.

Los requisitos son los siguientes:

- 1) Existencia de un proceso de revisión de antecedentes o de una fiscalización en curso.
- 2) Que, en dicho contexto, aparezcan antecedentes que permitan concluir la existencia de un abuso o simulación por parte del contribuyente.
- 3) Solicitud previa de informe favorable.
- 4) En caso de abuso de las formas jurídicas, debe considerarse la cuantía de las diferencias impositivas.
- 5) Informe favorable de ciertos Subdirectores del SII.
- 6) Expresión de fundamentos.
- 7) Debe emitirse dentro del plazo que la ley señala.

4.4.2 Análisis de los requisitos

4.4.2.1 Existencia de un proceso de revisión de antecedentes o de una fiscalización en curso

La norma no exige exclusivamente que exista un proceso de fiscalización en curso. Basta con que la Administración Tributaria esté conociendo de ciertos antecedentes proporcionados por el contribuyente.

Tampoco se exige la citación del administrado, para efectos de solicitar la declaración. Por lo señalado, es posible sostener que no estamos en presencia

de un procedimiento de carácter contencioso, en cuanto el afectado no puede formular alegaciones, ni aportar antecedentes⁵⁵.

Pero la conclusión anterior no parece ya tan clara, si consideramos lo prevenido en artículo 21, inciso 2°, del CT: "El Servicio no podrá prescindir de las declaraciones y antecedentes presentados o producidos por el contribuyente y liquidar otro impuesto que el que de ellos resulte, a menos que esas declaraciones, documentos, libros o antecedentes no sean fidedignos. En tal caso, el Servicio, previos los trámites establecidos en los artículos 63 y 64 practicará las liquidaciones o reliquidaciones que procedan, tasando la base imponible con los antecedentes que obren en su poder".

Por consiguiente, si la declaración de existencia de abuso o simulación supone desconocer las declaraciones y antecedentes presentados o producidos por el contribuyente, merced a considerárseles no fidedignos, no vemos más alternativa para la Administración Tributaria que la de citar a este último.

Será, en todo caso, la jurisprudencia quien habrá de fijar el verdadero sentido y alcance de la disposición en comento, si el PRT llegase a convertirse en ley.

4.4.2.2 Que, en dicho contexto, aparezcan antecedentes que permitan concluir la existencia de abuso o simulación

En el proceso de análisis que lleva adelante el SII deben aparecer antecedentes que le permitan concluir la concurrencia de las circunstancias constitutivas de abuso o simulación, de los arts. 4 ter y 4 quáter, según corresponda, o de ambos.

Es, por tanto, la existencia de esos antecedentes lo que justificará la solicitud posterior que debe efectuar la Unidad respectiva del SII.

4.4.2.3 Solicitud previa de informe favorable

La norma propuesta establece como requisito para la declaración de existencia de abuso o simulación una solicitud o requerimiento formulado por la Unidad del SII que esté conociendo los antecedentes o efectuando la fiscalización respectiva, dirigida a los Subdirectores Jurídico, Normativo y de Fiscalización.

¿Que se entiende por Unidad del SII? ¿Es sinónimo de Dirección Regional?

A este respecto, cabe recordar que el art. 2° de la Ley Orgánica del SII (D.F.L. N° 7/1980) no menciona en su estructura a las *Unidades*; norma que solo alude a la Dirección Nacional, Dirección de Grandes Contribuyentes y a las Direccio-

⁵⁵ Esto difiere de la legislación española en que se inspiran las normas propuestas. Allí, el art. 159.2 de la Ley General Tributaria Española reconoce al contribuyente el derecho a presentar alegaciones y aportar o proponer las pruebas que estime procedentes. Vid. *Ley general tributaria...* cit.

nes Regionales. Sin embargo, el art. 7, letra ñ), faculta al Director para “Fijar y modificar la organización interna de las Unidades del Servicio ...”.

De este modo, podemos afirmar que Unidad no equivale a Dirección Regional, aun cuando esté bajo su jurisdicción. Por esta razón, la solicitud puede provenir de cualquiera de las Unidades dependientes de la Dirección Regional del SII que corresponda, vale decir, no es necesario que la solicitud emane directamente de esta última, sin perjuicio de las formalidades, entre ellas la firma, que deba cumplir el documento que contenga la petición.

Ahora bien, en lo que hace a la solicitud misma, ella presenta las siguientes particularidades: a) Pensamos que debe ser suscrita, a lo menos, por el Director Regional respectivo, porque es la autoridad máxima del SII dentro de los límites de su respectiva jurisdicción territorial (art. 18 de la Ley Orgánica del SII); b) Debe formularse antes de la emisión de la liquidación, giro o resolución, según corresponda; c) Debe fundarse en la concurrencia de las circunstancias previstas en los artículos 4 ter y/o 4 quáter; y d) Además, debe ir acompañada del expediente completo relativo al conocimiento de los antecedentes o al proceso de fiscalización llevado adelante por la Unidad requirente (art. 4 quinquies, inciso 3°, propuesto).

Con relación a los efectos de la solicitud, esta produce la suspensión del cómputo del plazo para liquidar, girar o resolver.

En efecto, el inciso 5° de la norma propuesta establece que: “Durante el tiempo transcurrido desde que se solicite el informe hasta su emisión, o hasta el vencimiento del término para emitirlo sin que se haya efectuado, se suspenderá el cómputo del plazo para liquidar, girar o resolver”.

4.4.2.4 En caso de tratarse de una figura constitutiva de abuso de las formas jurídicas, debe considerarse la cuantía de las diferencias impositivas

El inciso final del art. 4 ter propuesto establece que la declaración de abuso de las formas jurídicas solo será procedente si el monto de las diferencias de impuestos que conforme a ella puedan determinarse al contribuyente, exceden la cantidad equivalente a 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la emisión del informe de fiscalización en que se proponga la declaración.

La disposición no precisa qué ha de entenderse por “informe de fiscalización”, ya que el art. 4 quinquies no lo menciona. Sin embargo, entendemos que la norma se está refiriendo a la solicitud o requerimiento que formula la Unidad respectiva del SII que conoce de los antecedentes o del proceso de fiscalización, porque es precisamente en ella en la que se propone la declaración de abuso.

4.4.2.5 Informe favorable de ciertos Subdirectores del Servicio de Impuestos Internos

La decisión del Director del SII debe ir precedida de un informe favorable de los Subdirectores Jurídico, Normativo y de Fiscalización.

La norma propuesta exige que estas autoridades actúen de consuno, esto es, de común acuerdo. En consecuencia, si uno de estos funcionarios no estuviere de acuerdo en la declaración de abuso o simulación, el informe será desfavorable.

En cuanto al plazo para emitir el informe, la norma propuesta indica que será de dos meses contados desde la recepción de la solicitud y el expediente completo por los Subdirectores indicados, circunstancia esta última de la cual se deberá dejar constancia en dicho expediente. El plazo puede ser ampliado fundadamente por dichas autoridades, hasta por un mes.

Transcurrido el plazo original, más su prórroga, si fuere el caso, sin que se haya comunicado una decisión –no hay informe–, se entenderá denegada la solicitud. Como consecuencia de lo anterior, se reanuda el cómputo del plazo para efectuar las actuaciones de fiscalización o dictar las resoluciones que correspondan, según las reglas generales.

4.4.2.6 Expresión de fundamentos

La norma propuesta exige dejar constancia expresa de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la resolución del Director (concordante con el art. 11.2 de la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo).

Tal decisión debe ir acompañada del informe favorable de los Subdirectores, quedando constancia en la respectiva liquidación, giro o resolución.

En este último punto se nos presenta una duda, pues el art. 4 quinquies, inc. 1°, propuesto, indica que la declaración se efectuará en la correspondiente liquidación, giro o resolución, lo cual supone que la decisión misma habrá de constar en estos actos administrativos tributarios y, por ende, que los mismos vendrán firmados por el propio Director del SII.

Sin embargo, el inciso 7° del mismo artículo propuesto, parece establecer algo distinto: la declaración se efectúa en una resolución del Director, acompañada del informe favorable, de lo cual quedará constancia en la respectiva liquidación, giro o resolución. Por lo tanto, es posible entender que la declaración misma no se contendrá en la correspondiente liquidación, giro o resolución, ni necesitarán la firma del Director, lo que ciertamente es un tema discutible.

Otro aspecto que puede generar dudas es el relativo a la posibilidad de que el Director del SII delegue la facultad de declaración administrativa de abuso o simulación.

Cabe apuntar, en tal sentido, que en el PRT original la declaración se haría por el Director Regional, Director de Grandes Contribuyentes o Subdirector de Fiscalización, propuesta que luego varió con las modificaciones introducidas mediante la Indicación N° 55-362 formulada por el Ejecutivo con fecha 14 de abril de 2014, radicándose la facultad exclusivamente en el Director del SII.

Si fuese admisible la delegación de esta facultad, puede estimarse válidamente que el cambio planteado carece de sentido.

4.4.2.7 Debe emitirse dentro del plazo que la ley señala

La norma propuesta (inc. 3°) no se refiere directamente al plazo para emitir la decisión por parte del Director del SII, sino que solo menciona el que existe para emitir el informe por parte de los Subdirectores.

Empero, el inciso 4° de la norma de que se trata expresa que “Transcurrido el plazo ... sin que se haya comunicado una decisión, se entenderá denegada la solicitud ...”.

Luego, y entendiendo que la decisión es del Director del SII, una alternativa plausible es afirmar que el plazo se ha concedido tanto para emitir el informe favorable, cuanto para que dicha autoridad comunique su decisión respecto a la existencia del abuso o simulación.

4.5 Efectos de la declaración

La calificación de existir abuso o simulación produce exclusivamente efectos relativos a las materias de tributación fiscal interna, de competencia del SII (art. 4 quinquies, inc. 1°, propuesto). Se refuerza aquí lo que dispone actualmente el art. 4° del CT: “Las normas de este Código sólo rigen para la aplicación o interpretación del mismo y de las demás disposiciones legales relativas a las materias de tributación fiscal interna a que se refiere el artículo 1°, y de ellas no se podrán inferir, salvo disposición expresa en contrario, consecuencias para la aplicación, interpretación o validez de otros actos, contratos o leyes”.

Ergo, a partir de la declaración del Director del SII no se podrán inferir otras consecuencias para la aplicación, interpretación o validez de otros actos o contratos.

La norma propuesta se encarga también de precisar que el SII determinará los impuestos que correspondan conforme a los antecedentes de que disponga, aplicando además los intereses penales y multas respectivos (inc. final).

En relación con este último efecto, la norma parece entender que basta el solo informe favorable de los Subdirectores para proceder al accertamiento tributario⁵⁶. Sin embargo, entendemos que lo que habilita a la determinación de las diferencias tributarias es la decisión del Director del SII, pues se trata de una consecuencia precisa de la declaración de abuso o simulación.

Un punto que puede generar controversia es el relativo a la fecha a partir desde la cual se deberán los recargos legales, circunstancia que indefectiblemente importa decidir previamente si la aplicación de la cláusula antielusiva tendrá efectos desde que se declare la existencia del abuso o la simulación o, por el contrario, desde el momento en que se realizó el negocio abusivo o simulado.

En opinión de GARCÍA NOVOA –a la cual adherimos–, la aplicación de recargos legales debe operar desde la fecha de la declaración⁵⁷.

4.6 Impugnación de la declaración de abuso o simulación

La norma propuesta no permite impugnar directamente la Resolución que declara la existencia de abuso o simulación.

Al efecto se establece que: “El contribuyente siempre tendrá derecho a reclamar conforme a las normas del Libro III de este Código de la liquidación, giro o resolución que se haya practicado o dictado en virtud de la declaración administrativa que constate la existencia de abuso o simulación ...” (inc. 6°).

En suma, la impugnación se tramitará con arreglo al procedimiento general de las reclamaciones tributarias.

Bibliografía

1. ALTAMIRANO, ALEJANDRO, *Derecho tributario. Teoría general*, Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.
2. CAYÓN GALIARDO, ANTONIO, “El abuso de las formas jurídicas: la calificación de los hechos y la interpretación de las normas tributarias”, en Patricio Masbernat (coord.), *Problemas actuales de derecho tributario comparado. Una perspectiva de Iberoamérica*, Edit. Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 25-62.
3. DELGADO PACHECO, ABELARDO, *Las normas antielusión en la Jurisprudencia Tributaria Española*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2004.

⁵⁶ En lo que interesa, la norma propuesta establece que: “Con el informe favorable ..., el Servicio determinará los impuestos que correspondan ...”.

⁵⁷ GARCÍA NOVOA, CÉSAR, *La cláusula ... cit.*, p. 305.

4. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Teoría general del negocio jurídico*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2012.
5. EVANS, E., y EVANS, E., *Los tributos ante la Constitución*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
6. FERREIRO LAPATZA, JOSÉ, *Curso de derecho financiero español. Instituciones*, Edit. Marcial Pons, 23ª edic., Barcelona, 2006.
7. FOLCO, CARLOS MARÍA, *Procedimiento tributario. Naturaleza y estructura*, Edit. Rubinzal – Culzoni, 3ª edic., Buenos Aires, 2011, t. I.
8. GARCÍA NOVOA, CÉSAR, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2000.
9. GARCÍA NOVOA, CÉSAR, *La cláusula antielusiva en la nueva ley general tributaria*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004.
10. GONZÁLEZ, NATALIA, “Reforma tributaria”, disponible en <http://www.lyd.com/centro-de-prensa/destacados/2014/04/la-carga-tributaria-en-chile/> (21 de abril de 2014).
11. Indicación del Poder Ejecutivo, N° 55-362, de 14 de abril de 2014, Cámara de Diputados.
12. *Ley general tributaria española y normas complementarias (Delito fiscal y contrabando)*, Edit. Tecnos, 13ª edic., preparada por Juan Martín Queralt, Madrid, 2009.
13. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los contratos. Parte general*, Edit. AbeledoPerrot, 5ª edic., Santiago, 2010.
14. MARTÍNEZ COHEN, RAFAEL, “El error, la simulación, el fraude a la ley y el abuso de un derecho en el derecho tributario chileno”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 29 (2007), pp. 351-378.
15. MASSONE PARODI, PEDRO, *Principios de derecho tributario. Aspectos generales*, Edit. Thomson Reuters, 3ª edic., Santiago, 2013, t. I.
16. MONTECINOS ARAYA, JORGE, “De la elusión y la evasión tributaria”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n° 207 (2000), pp. 151-162.
17. MONTECINOS ARAYA, JORGE, “La potestad del Servicio de Impuestos Internos en materia de recalificación de los contratos. La línea divisoria entre la evasión y la elusión tributaria”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N°s 215-216 (2004), pp. 351-356.
18. *Ordenanza Tributaria Alemana [= Abgabenordnung, 2000]*, trad. Carla Schuster, Edit. Colex, Madrid, 2001.
19. PÉREZ RODRIGO, ABUNDIO, *Manual de Código Tributario*, Edit. LexisNexis, Edit. Thomson Reuters, 9ª edic., Santiago, 2013.
20. PÉREZ ROYO, FERNANDO, *Derecho financiero y tributario. Parte General*, Edit. Thomson Reuters, 23ª edic., Pamplona, 2013.
21. PONT CLEMENTE, JOAN-FRANCESSC, *La simulación en la nueva LGT*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2006.

22. *Proyecto de Reforma Tributaria*. Boletín N° 9290-05, Cámara de Diputados.
23. RADOVIC SCHOEPEN, ANGELA, *Obligación tributaria*, Edit. Conosur Ltda., Santiago, 1998.
24. RAMOS PAZOS, RENÉ, *Derecho de familia*, Edit. Jurídica de Chile, 7ª edic., Santiago, 2010.
25. ROSEMBUJ, TULLIO, *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el derecho tributario*, Edit. Marcial Pons, 2ª edic., Madrid, 1999.
26. UGALDE, R. Y GARCÍA, J., *Elusión, planificación y evasión tributaria*, Edit. LegalPublishing, 3ª edic., Santiago, 2009.
27. VERGARA HERNÁNDEZ, SAMUEL, *Planificación tributaria y tributación*, Edit. Nova Lex, s. l., s. f.
28. VODANOVIC H., ANTONIO, *Manual de derecho civil. Parte preliminar y general*, Edit. LexisNexis, Santiago, 2003, t. II.

La actual reforma tributaria es perjudicial para la juventud¹

JOSÉ A. RIQUELME GONZÁLEZ

Abogado, profesor, Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

El día 2 de abril del presente año, el Gobierno de la Presidenta Bachelet ingresó al Congreso Nacional un proyecto de ley de reforma tributaria², que contiene múltiples medidas en diversos temas. Todas estas modificaciones representan un cambio estructural sobre cómo está organizado el sistema impositivo del país³.

Son varias las críticas que han surgido de parte de expertos, gremios y actores de los diferentes sectores que se verán afectados por el proyecto. Se ha señalado que el proyecto tendría efectos nocivos en el crecimiento económico, en el empleo, que las pymes y la clase media serán gravemente afectadas por esta reforma. Además, el cambio que se propone como forma de eliminar el Fondo de Utilidades Tributables⁴ que incorpora el concepto de “rentas atribuidas o atribuibles” es evidentemente inconstitucional. Así también lo son las facultades fiscalizadoras desmedidas que se le otorgan al Servicio de Impuestos Internos⁵ que se incorporan, que van desde eventualmente determinar cómo debe ser el reparto de utilidades de una empresa, hasta la posibilidad de que sea la autoridad fiscal quien determine cuál es la manera en que una persona deba organizar su negocio en lo que a impuestos se refiere. En palabras del destacado abogado experto en Derecho Tributario don Juan Manuel Barahona, “organice su negocio de la forma en que pague más impuesto. Todo lo contrario está penado por la ley”⁶.

¹ Agradezco al profesor e investigador Sergio Verdugo Ramírez por su constante ayuda, orientación y por el hecho de incentivar a escribir. También agradezco a Antonia Vinagre e Ignacia Feuereisen por su importante contribución a este trabajo.

² *Boletín* N° 9.290-05, “Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta, e introduce diversos ajustes en el sistema tributario”.

³ Por lo demás, el mensaje presidencial que contiene el proyecto comienza indicando el carácter de modificación profunda al señalar: “Tengo el honor de someter a vuestra consideración un proyecto de ley que tiene por objeto impulsar una reforma tributaria a través de cambios estructurales al sistema de tributación de la renta e introducir diversos ajustes en el sistema tributario vigente”.

⁴ En adelante FUT.

⁵ En adelante SII o simplemente “El Servicio”.

⁶ Juan Manuel Barahona, en el evento organizado por ICARE

Con todo, he creído necesario canalizar las críticas que se le formulan a la reforma desde la perspectiva de cómo le afecta a la juventud, de parte de la generación que es conocida como “La Generación Y”⁷. Así, este trabajo busca responder la siguiente pregunta: ¿Cómo afecta esta reforma tributaria a los jóvenes? Para llegar a contestar esa pregunta, este trabajo aborda dos aristas: el panorama (comportamiento, expectativas, conducta) de los jóvenes en Chile hoy, y luego qué medidas de la reforma significarán, en mi opinión, un efecto negativo para éstos.

II. Los jóvenes en Chile: La Generación Y

El estudio de las distintas generaciones que existen y se suceden ha ido avanzando hace décadas, buscando entender el funcionamiento y las características de los distintos grupos generacionales. Todo esto con especial enfoque en la información que se intenta manejar en el sector público y privado, desde la perspectiva de recursos humanos, o bien, capital humano.

Entendemos por *generación* a “un grupo de edad que comparte a lo largo de su historia un conjunto de experiencias formativas que lo distinguen de sus predecesores”⁸. A diferencia de lo que se planteaba hasta la década de los veinte, los rasgos que informan a una generación no dicen directa relación con la cercanía en los años, sino que en la historia común que comparte un determinado grupo etario⁹. Experiencias que van formando características particulares.

Hoy en día, se señala que existen cuatro generaciones interactuando entre sí. Los tradicionalistas (nacidos hasta 1945), que crecieron en un mundo en guerra, desempleo, dificultades en general. Los *babyboomers* (nacidos entre 1946 y 1963), los primeros en convivir con instrumentos de comunicación audiovisual, con mayor acceso a noticias. La Generación X (nacidos entre 1964 y 1979), más acostumbrados a artefactos modernos que brindan mayor comodidad, con una visión diferente del modelo tradicional de familia, debido a que sus madres ya comenzaban a incorporarse con fuerza al mundo laboral. Se les señala como los responsables de la explosión tecnológica de los 90, y finalmente, la Generación Y (1980 a 2000), también conocida como la *Generación Net, Einstein o Google*.

⁷ La “Generación Y” es entendida como aquella integrada por los jóvenes nacidos entre los años 1980 y 2000.

⁸ Ogg y Bonvalet (2006). Citado en SIMON, Cristina, y ALLARD, Gayle (2007). *Generación “Y” y mercado laboral: Modelo de gestión de Recursos Humanos para los jóvenes profesionales*. Instituto de Empresa Business School. Disponible en: http://www.hrcenter.org/img_comunes/investigacion/investigacion_esp/10.pdf

⁹ Con todo, vale la pena destacar que no existe un consenso respecto de los años en que una generación comienza y otra concluye. Sin embargo, los años determinados no varían mucho entre los diferentes autores que han desarrollado el tema.

¿Qué características presentan los jóvenes de esta generación?

Principalmente, una aspiración al desarrollo personal, a la autorrealización como valor central de esta generación. Como lo señalara Jeroen Boschma, “*Desarrollarse como persona, ser feliz y disfrutar, este es el bien supremo para los jóvenes*”¹⁰.

Ahora bien, este desarrollo personal, de acuerdo a los estudios hechos en la materia, dan cuenta de un deseo de autonomía permanente, lo que conlleva una alta posibilidad a cambios en sus trabajos o a comenzar empresas propias. Como se señala en el trabajo *La incorporación de la Generación Y al mercado laboral*¹¹, esta es una generación que resulta compleja de integrar a las empresas, lo que combinado con un deseo de independencia y autonomía, conlleva a una tendencia a generar emprendimientos, negocios propios donde puedan contar con flexibilidad para compatibilizar trabajo y vida personal, desempeñar sus labores en un buen ambiente de trabajo, en lugar de un trabajo fijo de por vida donde “hacer carrera”.

La Generación Y en Chile

Acorde a lo recién señalado, un reportaje de la revista *Empresas & Poder*¹², sobre la base de un estudio elaborado por la consultora Thesis¹³, donde se le hicieron 13 preguntas a 120 jóvenes chilenos, profesionales o pronto a serlo, con edades entre los 18 y los 32 años.

De los encuestados, el 84% dice preferir trabajar en una empresa con horarios flexibles, un criterio de mayor relevancia en este segmento, en comparación a trabajar en una empresa sustentable y socialmente responsable (15%).

Características de los jóvenes en Chile

Hoy en día, las personas jóvenes en el país son 4.272.767¹⁴. ¿Cómo se comportan?, ¿cuántos son? De acuerdo a la 7ª Encuesta Nacional de Juventud, elaborada en 2012 por el Instituto Nacional de la Juventud (INJUV), del total mencionado, el 66,7% tienen entre 20 y 29 años.

¹⁰ Boschma, Jeroen & Groen, Inez (2006). *Generation Einstein: smart, social and superfast. Communicating with Young People in the 21st Century*, Pearson Education Benelux, Schiedam.

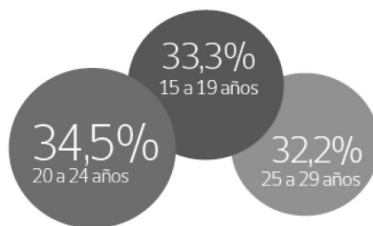
¹¹ GONZÁLEZ, Rocío (2011). *La incorporación de la Generación Y al mercado laboral*. Palermo Business Review N° 5. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4045771.pdf>

¹² ¿Qué quiere la Generación Y? (2013). *Revista Empresas & Poder*. Disponible en: <http://www.empresasypoder.cl/2013/03/que-quiere-la-generacion-y/>

¹³ Disponible en: <http://www.thesisconsultores.cl/index.php?p=publicacion&side=publicaciones&show=publicaciones&id=3>

¹⁴ Séptima Encuesta Nacional de Juventud 2012. Instituto Nacional de la Juventud. Ministerio de Desarrollo Social. Disponible en: http://www.injuv.gob.cl/portal/wp-content/files_mf/septimaencuestanacionainjuvcorr2.pdf

GRÁFICO N° 1.3b: Composición de la población joven según grupos de edad (%). Total Muestra.

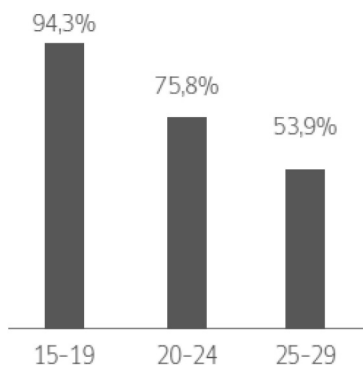


Fuente: 7ª Encuesta Nacional de Juventud. INJUV.

El foco de este trabajo estará puesto en mayor medida en los jóvenes mayores de 20 años, y en dos áreas: vivienda y emprendimiento.

Vivienda

En los subgrupos de 15 a 19, 20 a 24 y 25 a 29, se puede observar, en la medida que la edad avanza, una mayor independencia residencial. Si bien, el 75% de los jóvenes vive en la casa de sus padres, con el tiempo comienzan a formar sus propios hogares.



Fuente: 7ª Encuesta Nacional de Juventud. INJUV.

Con estos datos, podemos sostener que la búsqueda de un lugar autónomo donde vivir aumenta en la medida que la edad se eleva.

El mercado inmobiliario hoy

El sector inmobiliario en el país crece. Su ritmo de crecimiento varía de acuerdo a los factores coyunturales, como un contexto de desaceleración (como el actual), y sin embargo mantiene un aumento en el tiempo. Así, entre enero y septiembre de 2013, se comercializaron 51 mil viviendas nuevas, lo que repre-

sentó un aumento del 0,6% en comparación con el 2012¹⁵. El aumento en la demanda por viviendas, en especial en el Gran Santiago, son buenas noticias para la industria de la construcción. Ya para el 2014 la Cámara Chilena de la Construcción (CChC), esperaba un aumento del 5%¹⁶ en la demanda.

Con estos acotados datos¹⁷ podemos concluir que el sector de la vivienda crece, a menores o mayores ritmos, pero de manera estable. Esto, sumado a los ánimos de independencia que tienen los jóvenes, puede, razonablemente, significar que muchos de éstos terminarán efectivamente viviendo de manera autónoma, ya sea arrendando, o comprando.

Emprendimiento

Los jóvenes en Chile hoy están emprendiendo. Al respecto, se tiende a pensar que los emprendimientos y su origen se relacionan con la edad. Así, algunos sostienen que a mayor edad, hay más posibilidades de que se generen emprendimientos, dada la experiencia laboral que se ha conseguido con los años. La evidencia empírica, sin embargo, no es tan clara.

Resolvamos la siguiente pregunta: ¿por qué se emprende en Chile? Solucionar esto nos ayuda a encuadrar datos con la hipótesis de este trabajo.

De acuerdo con la Tercera Encuesta de Microemprendimiento 2013 (III EME), realizada por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo¹⁸, para tener una caracterización del emprendedor en Chile es necesario conocer el porqué del emprendimiento, resolver la pregunta ¿qué hace que una persona emprenda?

En la actualidad, esta interrogante se contesta desde la motivación para emprender. La teoría conocida como “*push and pull theory*” identifica a los emprendedores entre los que buscan generar una ganancia, material o no, y aquellos que emprenden por existir un conflicto entre la situación en la que se encuentran actualmente, sus realidades personales, y aquella en la que quieren estar. De este modo, se han desarrollado los términos de *emprendimiento por necesidad* y *emprendimiento por oportunidad*¹⁹.

¹⁵ Cámara Chilena de la Construcción. Informe Macroeconómico 2013. Disponible en: <http://www.cchc.cl/wp-content/uploads/2013/12/mach39.pdf>

¹⁶ Informe Macroeconómico. CChC. Op. cit.

¹⁷ Esta información puede ser más desarrollada en detalle. Sin embargo, el objetivo es enfocar este trabajo en los efectos nocivos que tiene la reforma tributaria para los jóvenes. Por ende, los esfuerzos estarán concentrados más que en los datos objetivos de hoy, en los efectos esperados por venir.

¹⁸ Tercera Encuesta de Microemprendimiento 2013 (Enero 2014), Unidad de Estudios. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, en conjunto con el Instituto Nacional de Estadísticas. Disponible en: <http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/Boletin-Motivacion-Emprendedora-EME-3.pdf>

¹⁹ REYNOLDS, Paul D. (2002). *Global Entrepreneurship Monitor, Executive Report* (Página 16). Disponible en: http://www.ucema.edu.ar/u/gcettolo/WebGlobalGEMReport11.12_1.pdf

Los resultados de la III EME indican que los jóvenes, emprenden por oportunidad. Cabe destacar también que la mayoría de los emprendimientos en Chile son por oportunidad, representando casi un 66% de los existentes.



Fuente: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Ahora bien, las razones del porqué se emprende por oportunidad se encuadran dentro de las características de los jóvenes que hemos señalado. ¿Cuáles son las características de este tipo de emprendimiento? Son múltiples las razones y no son excluyentes entre sí. Por una parte, comienzan con la finalidad de obtener mayores ingresos, o bien por considerar que se encontró una oportunidad en el mercado. El hecho de que una persona que emprende puede tomar sus propias decisiones, ser su propio jefe, las ganas de organizar su propio negocio (autonomía, libertad, flexibilidad).

Si se desagregan los datos obtenidos en la III EME, se puede observar que, al distinguir entre emprendimientos por necesidad y emprendimientos por oportunidad, y luego a su vez subclasificar de acuerdo a un rango etario, encontramos que aquellas personas entre 25 y 34 años, que son parte de la *Generación Y*, representan la mayor cifra de emprendimientos por oportunidad (68,5%), como se observa en la siguiente tabla:

Motivación emprendedora	15-24	25-34	35-44	45-54	55-64	65 o +	Total
Emprendedor por Necesidad	38,2%	31,5%	36,1%	32,0%	34,2%	36,2%	34,1%
Emprendedor por Oportunidad	61,8%	68,5%	63,9%	68,0%	65,8%	63,8%	65,9%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Edad según tipo de emprendimiento

Fuente: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

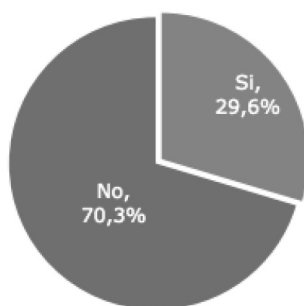
Financiamiento de los emprendimientos

De acuerdo a un informe elaborado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo²⁰, una de las principales fuentes de financiamiento de los emprendi-

²⁰ Acceso a Financiamiento en los Emprendimientos. Análisis en base a los resultados de la Tercera Encuesta de Microemprendimiento (enero 2014). Unidad de Estudios. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

mientos formales, corresponde a la solicitud de créditos bancarios. La cifra no es muy alta. Sólo un 29,6% de los emprendedores en el país ha pedido un crédito bancario para ser financiado. Si bien es un número que llama la atención, no es menor que signifiquen 519.480 emprendedores en el país.

Porcentaje de emprendedores que solicitan un crédito bancario



Fuente: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Conclusiones

De los datos aquí expuestos, podemos concluir que los jóvenes en Chile, hoy, pertenecen a la denominada *Generación Y*, que se caracteriza por buscar una realización personal como valor fundamental y característico. Que son autónomos, lo que resulta lógico desde la perspectiva que para ser felices requieren de mayores libertades en cuanto a cómo organizar sus vidas. Flexibilidad laboral, tiempo personal. En Chile, los jóvenes buscan trabajar en lugares donde el ambiente laboral sea bueno, donde se les respeten sus espacios y puedan influir en las decisiones. Y en la medida en que van creciendo, esa ambición creciente de independencia se traduce en un aumento en la autonomía residencial, de la misma forma en que aumentan los años.

Estas mayores libertades e intenciones de independizarse de sus padres lleva a los jóvenes a buscar donde vivir, sea arrendando un inmueble a un tercero o comprando uno propio. Y el mercado inmobiliario está creciendo. Hay entonces un espacio donde satisfacer estas crecientes necesidades.

Además, y de acuerdo las características señaladas, muchos jóvenes suelen emprender, y lo hacen por motivación más que por necesidad. Si bien, el financiamiento no proviene en su mayoría de deudas con entidades bancarias, sino que de ahorros propios (lo que es positivo), son muchas las personas que acuden a esta forma de financiamiento.

Podríamos sostener entonces que dados los rasgos de la *Generación Y*, coincidiendo con los datos aquí expuestos, los jóvenes en Chile quieren independizarse, lo que significa, en muchos casos, vivir solos y ser dueños de sus propias empresas.

III. La reforma tributaria: análisis de las medidas atingentes

El proyecto de ley que contiene la reforma tributaria (RT) impulsada por el Gobierno es el más importante en cuanto a sus efectos de los últimos 30 años. Un cambio estructural de esta magnitud se entiende desde la perspectiva de que detrás de los impuestos está parte de la mirada de sociedad que se quiere construir. Detrás de las facultades que se le otorgan a las autoridades fiscales está la posición que se tiene sobre el rol que debe tener el Estado en el desarrollo de las naciones.

Esta RT contiene más de 57 modificaciones a la Ley de Impuesto a la Renta²¹, más de 15 a la regulación del Impuesto al Valor Agregado²² (IVA). Cambios diversos e importantes en los 26 numerales²³ en que se modifica el Código Tributario²⁴ (CT), y modificaciones al crédito especial en la construcción²⁵, al Decreto Ley N° 3.475, que establece el impuesto de timbres y estampillas, a la Ley N° 20.712 (Ley Única de Fondos), la Ordenanza de Aduanas, la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, el Código del Trabajo, leyes especiales de zonas extremas y la Ley de Cooperativas. También, deroga el Decreto Ley N° 600 sobre Normas de Inversión Extranjera.

El estado de tramitación del proyecto, al día de hoy, es que acaba de ser despachado por la Cámara de Diputados, terminando así su primer trámite constitucional.

Los múltiples cambios que se proponen con la fuerza que otorga una amplia mayoría parlamentaria (los parlamentarios oficialistas son 8 de un total de 13 en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados), en un proyecto de ley que sólo requiere mayoría simple para su aprobación, fueron despachados sin mayores modificaciones de la Cámara. El texto aprobado por el momento es perjudicial para los jóvenes del país, de acuerdo a los antecedentes antes vistos.

Independencia residencial y vivienda

De acuerdo a lo señalado, en la medida que pasan los años, y como es de esperarse, los jóvenes buscan vivir solos. Esta autonomía puede lograrse arrendando una casa o departamento, o bien adquiriendo un bien raíz.

En cuanto a la hipótesis de comprar una propiedad, el efecto de la RT es claro: aumentará el precio de las viviendas.

²¹ DL N° 824.

²² DL N° 825.

²³ *Boletín* N° 9290-05, artículo 7°.

²⁴ DL N° 830.

²⁵ DL N° 910.

Este aumento es lógico, por cuanto si se aprobara el proyecto tal como está planteado hoy en día, sería más caro construir inmuebles, más caro venderlos, y más caro comprarlos.

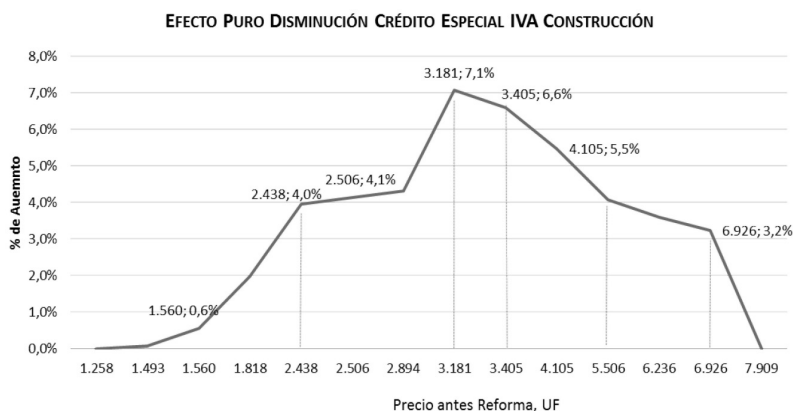
Encarecimiento de la construcción

Los cambios propuestos en la reforma encarecen los costos de construcción, al restringir los beneficios que existen para edificar viviendas. Actualmente, el Decreto Ley N° 910, en su artículo 21, establece un crédito para las empresas constructoras (únicos sujetos que hoy pagan IVA por la venta de inmuebles), imputable al impuesto de primera categoría que éstas deban pagar y que equivale al 65% del débito fiscal que genere la empresa. Solo es aplicable para la venta de propiedades cuyo valor no exceda de 4.500 unidades de fomento²⁶ (UF), con un tope por vivienda de 225 UF.

Este beneficio se reducirá gradualmente desde el año 2015 al 2017. En el primer año recién señalado el monto de la construcción será de 4.000 UF, con un tope de 200. El 2016, de 3.000 UF con un tope de 150 y finalmente, el 2017, de 2.000 UF con tope de 100.

Estudios elaborados por la Cámara Chilena de la Construcción²⁷ (CChC) indican que sólo esta medida significaría un aumento de 7% en el costo construcción de aquellas viviendas cuyo valor es cercano a las 3.181 UF (75 millones de pesos aprox.) En cambio, para aquellas casas o departamentos cuyo valor es próximo a las 2.500 UF (casi 60 millones de pesos), el alza en el costo de la construcción sería de un 4%.

Tales efectos son apreciables en el siguiente gráfico:



Fuente: Cámara Chilena de la Construcción

²⁶ Aproximadamente 107 millones de pesos. El monto de la unidad de fomento ha sido calculado sobre la base de la información contenida en la página del Servicio de Impuestos Internos, al 15 de mayo del presente año. Disponible en: <http://www.sii.cl/pagina/valores/uf/uf2014.htm>

²⁷ Estudio presentado a la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados. Disponible en: http://www.camara.cl/trabajamos/comision_invDocumentos.aspx?prmlD=407.

Con todo, esta restricción al crédito no es la única medida que encarece los costos de las viviendas, también hay que agregar que las empresas inmobiliarias pasarán a ser sujetos pasivos, es decir, también pagarán IVA, por cuanto así lo disponen los cambios que el proyecto, en su artículo segundo, le efectúa al DL N° 825.

Como lo señala el citado estudio: *“El impacto final en el precio de las viviendas es el efecto combinado tanto de la modificación del monto y rango del crédito especial como de la aplicación del IVA a la venta de viviendas. Ello se traduce en un alza que fluctúa entre 12,8% y 4,7%”*.

Esto es, más caro construir, más caro vender.

El impacto esperado debe ser en aquellas viviendas entre las 2.000 y las 4.000 UF. Este rango, de acuerdo a la CChC, representa el 40% de las viviendas existentes y, lo que es más grave, es que las personas que las compran tienen un ingreso desde 700 mil pesos a un millón y medio de pesos²⁸. Ingresos que pueden encuadrarse dentro de los que tiene una persona joven en Chile en sus primeros años de actividad laboral.

Financiamiento de las viviendas

La gran mayoría de las veces, la adquisición de una vivienda se debe en parte a la celebración de un contrato de crédito hipotecario. De acuerdo a cifras del Banco Central, estos créditos financian entre el 80 y el 90 por ciento del monto total de la compra. El porcentaje restante debe ser aportado por el mutuario, en lo que se conoce habitualmente como el *pie*. Los dividendos que se deben pagar mensualmente, de acuerdo a las normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), no deben ser superiores a un 25% del ingreso familiar.

Si aplicamos los efectos esperados de la RT, al ser el valor de la vivienda más alto, lo será también el que cada persona deba pagar como *pie* y por cierto el valor del dividendo, dificultando así la adquisición de este tipo de bienes.

Es más caro el bien raíz que se busca comprar, se necesita un mayor *pie* y mayores ingresos para sostener un dividendo acorde al crédito.

Además, debemos agregar a estos negativos efectos el hecho de que también se propone un alza al impuesto contenido en el DL N° 3.475, que establece el Impuesto de Timbres y Estampillas (ITyE), que actualmente tiene una tasa de 0,4% y se busca elevarla al doble (0,8%).

²⁸ Instituto Libertad y Desarrollo. Temas Públicos N° 1.155 *“Vivienda y Pensiones: El impacto en la clase media de la reforma tributaria”* (2014). Disponible en: http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1.155clasemediamill.pdf.

Esta propuesta de alza, además de ser perjudicial para todas aquellas personas que acuden a un banco o institución financiera para contraer créditos con el fin de utilizar tales recursos en sus proyectos, implica también una falta de uniformidad regulatoria, ya que la tasa de este gravamen fue recientemente, en la reforma tributaria impulsada por el gobierno del ex Presidente de la República Sebastián Piñera, reducida del 0,8% al 0,4% en que se encuentra actualmente.

Las alzas mencionadas en cuanto a la compra de viviendas se muestran en la siguiente tabla:

Simulación crédito hipotecario							
Valor Vivienda		Crédito Hipotecario: 80%		Dividendos mensuales, en UF		Ingreso Familiar	
Situación Actual	Con Reforma	Situación Actual	Reforma	Situación Actual	Reforma	Situación Actual, UF	Situación Actual, \$
1.258	1.419	1.006	1.135	6,2	7,0	24,7	568.618
1.493	1.685	1.195	1.348	7,3	8,3	29,3	674.905
1.560	1.762	1.248	1.410	7,7	8,7	30,7	705.272
1.818	2.059	1.454	1.647	8,9	10,1	35,7	821.468
2.438	2.766	1.950	2.213	12,0	13,6	47,9	1.101.769
2.506	2.845	2.005	2.276	12,3	14,0	49,2	1.132.679
2.894	3.270	2.316	2.616	14,2	16,1	56,9	1.308.211
3.405	3.826	2.724	3.061	16,7	18,8	66,9	1.538.769
4.105	4.556	3.284	3.645	20,2	22,4	80,7	1.855.276
5.506	6.007	4.405	4.806	27,0	29,5	108,2	2.488.476

Fuente: Cámara Chilena de la Construcción

Emprendimiento: creación de microempresas y pymes

Las personas jóvenes en Chile están emprendiendo, y por regla general de manera formal, esto es, creando sus propias empresas, mismas, que serán en un comienzo micro o pequeñas empresas.

La situación actual de las mipymes es que además del sistema general de tributación, estos es, primera categoría con contabilidad completa, pueden elegir por distintos sistemas alternativas, tales como los contenidos en los artículos 14 bis, 14 ter y 14 quáter de la LIR. Además cuentan con un instrumento de ahorro, el Fondo de Utilidades Tributables (FUT).

El proyecto de RT elimina dos de estos sistemas y al FUT. El artículo 14 bis y el artículo 14 quáter. Si bien es considerable como algo positivo el uniformar los sistemas de tributación en miras de simplificar la legislación tributaria, es difícil comprender por qué el gobierno pretende terminar con uno recientemente creado²⁹ y bastante solicitado por los contribuyentes.

²⁹ El artículo 14 quáter fue incorporado a la LIR, en la Ley N° 20.455 sobre financiamiento para la reconstrucción, a propósito del terremoto ocurrido en el país en febrero de 2010.

Al menos es razonable esperar que existieran estudios de evaluación de estos sistemas y del impacto que sus eliminaciones significarán. Sin embargo, hasta el momento tales estudios no son conocidos.

Medidas sustitutivas al FUT: insuficientes

El FUT permite a los dueños de empresas postergar el pago de su impuesto personal, en la medida que no retire dinero³⁰ de estas, para que sea reinvertido en la misma sociedad.

Con los cambios que se proponen al artículo 14 de la LIR, el FUT como es conocido hoy se termina, y se reemplaza por un nuevo concepto de *renta atribuida o atribuible*, haciéndose indiferente si una persona retira de la empresa recursos o los reinvierte en ella.

Los conceptos de *renta atribuida o atribuible* significan en la práctica que una persona puede llegar a tener que pagar impuestos por recursos que no han ingresado, ni ingresarán a su patrimonio. Ingresos no percibidos ni por percibir, que generan una obligación tributaria³¹.

Para atenuar los efectos que esta medida puede implicar, se ha señalado que las pymes podrán utilizar una herramienta sustituta, la *depreciación instantánea*.

Todo bien con el paso de tiempo pierde valor. Esa pérdida se conoce como depreciación y puede ser deducida como gasto por los contribuyentes. Lo que permite la RT es que esa pérdida de valor sea deducida en el mismo ejercicio en que se adquirió el bien por depreciar.

Si bien en particular es una medida positiva, resulta insuficiente y con un enfoque puesto en las empresas que invierten en activo fijo, que no son especialmente las micro y pymes, que gastan poco en este tipo de bienes, y donde además se excluye a las empresas que prestan servicios.

El nuevo artículo 14 ter

En la defensa del proyecto de RT el gobierno ha sostenido que el artículo 14 ter es de gran utilidad para las pymes. Pero de esta afirmación se presentan dos

³⁰ Si bien en Derecho Tributario se distinguen dos tipos de sociedades en general, las anónimas y las de personas, y en las primeras se habla de distribución de dividendos y en las segundas de retiro de utilidades, para efectos prácticos en el trabajo usaré sólo la expresión *retiro de utilidades*.

³¹ Estas normas sugeridas son abiertamente inconstitucionales. Sin embargo, el análisis detallado de esta afirmación no guarda relación directa con el objetivo de este trabajo.

problemas. Por una parte, no todas las pymes están en un régimen alternativo de tributación. Sea por desconocimiento o por falta de recursos para financiar una asesoría tributaria, toda aquella pyme o micro empresa que no se haya acogido a un régimen especial, verá un aumento en su impuesto de primera categoría desde un 20 a 25 por ciento.

Por otra parte un problema práctico. El artículo 14 ter les permite a las micro y pymes llevar contabilidad simplificada. Hay entonces un ahorro en cuanto a no tener que contratar un abogado que lleve la contabilidad completa de la empresa. Pero si esa pyme, ante la falta de recursos, debe acudir a un préstamo ante un banco, es razonable que dentro de los requerimientos privados que una institución de crédito haga, sea una contabilidad completa. El gran problema es que ante la falta del FUT, una empresa que busca financiar sus proyectos con recursos propios verá disminuidos sus recursos por el alza de impuestos y deberá acudir a fuentes de financiamiento externo.

IV. Conclusiones

Los jóvenes de hoy son autónomos y buscan su independencia. Esta se traduce muchas veces en vivir solos y emprender negocios propios, con el fin de poder tener más tiempo para sus intereses personales.

Y así está pasando. Los emprendedores con una motivación de oportunidad son en su mayoría jóvenes, y están creando empresas y por consiguiente generando empleos. Luego están los ánimos y las condiciones de mercado, para comprar una casa o un departamento.

La reforma tributaria presentada hace casi dos meses por el gobierno atenta contra estos intereses. Es perjudicial este proyecto porque se hace más caro optar a una vivienda propia, que es una de las inversiones más grandes e importantes en la vida de una persona. Es perjudicial porque encarece y dificulta el emprendimiento, el desarrollo de una actividad económica nueva y que comienza pequeña con la ambición de crecer y que este proyecto no hace otra cosa más que entorpecer y dificultar ese crecimiento, privilegiando el crecimiento del Estado.



Ensayos y estudios



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

¿Puede hablarse de un derecho del consumidor?

(Segunda parte)

PABLO RODRÍGUEZ GREZ

Decano

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN. La segunda parte de este trabajo aborda las disposiciones especiales contenidas en el Título III de la Ley N° 19.496, relativas a “información y publicidad”, “promociones y ofertas”, “del crédito al consumidor”, “normas especiales en materia de prestación de servicios”, y a las “normas relativas a la seguridad de los productos y servicios”. Con este análisis concluye el estudio de la regulación del acto de consumo ordinario. Se trata, enseguida, de las normas sobre protección del consumidor respecto de bienes y servicios financieros, materia agregada por Ley N° 20.555 e incorporada al texto de la Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor. Finalmente, se comentan las normas de procedimiento contenidas en esta ley, para concluir con una crítica a la “indebida intervención de la autoridad” por efecto de una sobrerregulación y un abierto rupturismo de principios jurídicos hondamente arraigados en nuestro país. El estudio crítico de este estatuto revela que la intención última de la ley, no fue equilibrar la posición del proveedor y el consumidor, como concurrentes al mercado, sino someter al primero a los intereses del último. La última parte de este trabajo se referirá al rol del Servicios Nacional del Consumidor (SERNAC) y las Asociaciones de Consumidores.

I.- Disposiciones especiales.

El Título III de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos del consumidor, relativo a “disposiciones especiales”, contiene cinco párrafos que tratan sucesivamente de “Información y publicidad”, “Promociones y ofertas”, “Del crédito al consumidor”; de “Normas especiales en materia de prestación de servicios”; y “Disposiciones relativas a la seguridad de los productos y servicios”. Analizaremos exegéticamente cada uno de estos párrafos, ya que, tratándose de una “ley-reglamento”, no cabe una sistematización más acabada, sin perjuicio de algunos criterios sintetizadores. Quedará pendiente, por ahora, una síntesis de los principios que han debido inspirarla, un tanto sepultados bajo el peso de los detalles.

1.- Información y publicidad

A.- *Inducción a error*

El artículo 28 sanciona a quien, a sabiendas o debiendo saber, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, induce a error al consumidor en lo relativo a seis puntos específicos: componentes del producto y porcentaje en que concurren (entendemos que se trata de la substancia con que fue elaborado el bien objeto del acto de consumo); idoneidad del producto para la consecución de los fines que se pretenden satisfacer y que se haya atribuido en forma explícita por el anunciante; las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante y contenidas en la información comercial que corresponde; el precio del bien o la tarifa del servicio y el costo del crédito en su caso; las condiciones en que opera la garantía; y su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable.

Los seis puntos enumerados no son más que burdos engaños perpetrados por medio de la publicidad del producto, al exaltar calidad y atributos falsos e inducir a contratar. Si bien estos engaños se explicitan con acento reglamentario, constituyen infracciones contractuales de acuerdo a las normas generales de derecho. La inducción a error, cuando recae en cuestiones esenciales que miran la calidad del producto y la forma en que éste fue ofrecido publicitariamente al consumidor (material de que está formado, aptitudes destacadas en la publicidad, características relevantes que fueron declaradas, etcétera), deviene en dolo. Recuérdese que el dolo en materia contractual es el *“conjunto de maquinaciones fraudulentas (mendaces) destinadas a arrancar el consentimiento cuando ellas son determinantes y obra de una de las partes”*. Resulta claro que esta disposición sólo opera en el evento de que, entre el proveedor y el consumidor, haya mediado *“un mensaje publicitario”*. Asimismo, si el dolo no fue determinante, cabe aplicar lo prevenido en el artículo 1458 del Código Civil y reclamar una indemnización de todos los perjuicios contra quien fraguó el dolo y contra quien se aprovechó de él, sólo hasta concurrencia del provecho que ha reportado el dolo.

Cabe preguntarse ¿si no media el indicado mensaje publicitario, importa ello que este tipo de “engaño” no tiene sanción? La respuesta es negativa. Pero la sanción será la que corresponde conforme las reglas generales. Nos planteamos si no habría sido preferible describir más detalladamente las obligaciones y deberes que asisten al proveedor y las características preponderantes del producto ofrecido, aplicando genéricamente una sanción susceptible de evaluarse prudencialmente por un tribunal de derecho. No cabe duda que la intención de la ley fue “jibarizar” las facultades de los jueces y acentuar la desconfianza que parece predominar en el legislador.

Resta definir qué debe entenderse por *"mensaje publicitario"*. Ello, a juicio nuestro, es todo tipo de anuncio, comunicado o aviso destinado a promover la venta de un producto, cualquiera que sea el medio escogido para estos efectos. Lo que caracteriza un *"mensaje publicitario"* es la intermediación de un medio de comunicación social a través del cual se hace llegar la oferta para contratar. Así, por vía de ejemplo, si un producto se ofrece gratuitamente en una campaña promocional, no cabe reclamar contra el donante, salvo que se provoque daño al medio ambiente o a la calidad de vida de las personas, concurriendo un factor de imputación (dolo o culpa).

Finalmente, recuérdese que el artículo 24 inciso 2° de la Ley N°19.496 sanciona la publicidad falsa o engañosa difundida por medios de comunicación social, en relación a cualquiera de los elementos indicados en esta disposición, haciendo incurrir al infractor en una multa de hasta 750 unidades tributarias.

B.- Sobre el mensaje publicitario

El artículo 28 A, incorporado por la Ley N° 19.955, sanciona a cualquier tipo de mensaje publicitario que produzca *"confusión"* en los consumidores *"respecto de la identidad de empresas, actividades, productor, nombre, marcas u otros signos distintivos de los competidores"*. A lo menos, la norma citada nos parece redundante, porque invade el campo de otras disciplinas (derecho marcario, propiedad industrial, propiedad intelectual, etcétera). La creación de un nuevo derecho del consumidor –como se pretende– no puede sustentarse en la reiteración de normas contenidas en varias otras ramas del derecho. ¿Deberá el afectado, en su caso, optar por la aplicación de una u otra legislación? ¿Puede lesionarse el principio *"non bis in idem"* con una interpretación extensiva que abarque dos o más disposiciones legales? Estas y varias otras dudas saltan a la vista. Desde el ámbito de la interpretación, el alcance de la expresión *"confusión"*, nos parece vago, subjetivo y relativo. No es fácil precisar cuándo ha habido confusión en la identidad de las *"actividades de la empresa"* o en los *"productos"*. No debe perderse de vista que la *"confusión"* puede provenir causalmente de un error del consumidor (desatención, descuido, análisis superficial del contenido del mensaje publicitario) o de circunstancias concomitantes que operan en el mercado. Pero más difícil de resolver es lo concerniente a si el mensaje publicitario debe provocar intencionalmente la *"confusión"* o si la exigencia se satisface atribuyendo culpa al anunciante o, aun, si se trata de un caso de *"responsabilidad objetiva"*. La norma nada dice a este respecto. Atendida la naturaleza (sancionatoria) de la misma, nos inclinamos por insertarla en el ámbito de la responsabilidad subjetiva (excluimos de plano la responsabilidad objetiva), siendo aplicable sólo cuando el mensaje, dolosa o culpablemente, genera la *"confusión"*.

C.- Comunicaciones promocionales o publicitarias

El artículo 28 B, igualmente incorporado por la Ley N° 19.955, reglamenta las comunicaciones promocionales o publicitarias enviadas por el proveedor mediante correo electrónico y aquellas remitidas a los consumidores por medio de correo postal, fax, llamados o servicios de mensajería telefónicos. Nuevamente predomina en la normativa un carácter reglamentario que hace pensar que los legisladores se inclinaron por aplicar en la especie el principio de *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*, del derecho penal. No de otra manera se explica el esfuerzo por tipificar detalladamente las conductas sancionadas. En todo caso, a falta de una sanción expresamente descrita, es aplicable el artículo 24 de la Ley N° 19.496, ya comentado, que sanciona con 50 unidades tributarias mensuales cualquier infracción que no tuviere una sanción diferente, salvo que se trate de publicidad falsa o engañosa difundida por medios de comunicación social, en que la multa se eleva, como se dijo, hasta 750 unidades tributarias mensuales.

Llama la atención lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 28, que impone al proveedor la obligación de incluir en la comunicación promocional o publicitaria que se hace por medio de correo postal, fax, llamados o servicios de mensajería telefónicos *"una forma expedita en que los destinatarios podrán solicitar la suspensión de las mismas"* (comunicaciones). Agrega este mandato, textualmente, *"Solicitada ésta, el envío de nuevas comunicaciones quedará prohibido"*. No cabe duda que lo ordenado tiene por objeto evitar las molestias que provoca en el consumidor seguir recibiendo una publicidad que rechaza. Con todo, y reconociendo que se trata de una medida conveniente, habría sido preferible limitar la prohibición sólo a las comunicaciones verbales o registradas en medios electrónicos, excluyendo la propaganda escrita (folletos, catálogos, sueltos de prensa, etcétera), cuya recepción no importa molestia ninguna para el receptor. No es conveniente, creemos nosotros, coartar tan radicalmente el derecho del proveedor para dirigirse, sin hostigamiento alguno, a quienes puedan llegar a interesarse en sus productos. Por último, esta norma no tiene aplicación cuando los proveedores dirijan las comunicaciones o mensajes publicitarios mediante insertos, folletos, revistas, etcétera, acompañados a otros medios de comunicación. Tal sucede con los medios de prensa, que adjuntan al cuerpo de la publicación numeroso material de propaganda comercial.

D.- Obligación de rotular los bienes y servicios que se prestan

El artículo 29 se refiere al incumplimiento de la obligación del proveedor de rotular los bienes y servicios que produce, expende o presta. En tal caso la sanción es una multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales. Quedará, por lo tanto, a criterio del juez el determinar el monto de la multa aplicable. La norma se refiere a la falta de rotulado estando obligado a ello, o cuando se

faltare a la verdad en la rotulación, se ocultare o se alterare. Nótese que, en el presente caso, la sanción es perfectamente compatible con la responsabilidad que nace de la publicidad engañosa en los términos previstos en el artículo 24, que complementa específicamente el artículo 28 de la misma ley. Una cosa es el rotulado y su contenido y otra diversa la publicidad falsa o engañosa difundida por un medio de comunicación social.

E.- Obligación de comunicar los precios que se ofrecen

El artículo 30 se refiere a la obligación del proveedor de comunicar los precios de los bienes que expenda o los servicios que ofrezca, con excepción de aquellos que por sus características deban regularse convencionalmente. El precio debe señalarse clara y visiblemente. De la misma manera, deben indicarse las tarifas de los establecimientos de prestación de servicios. Tratándose de productos que se exhiben en vitrinas, anaqueles o estanterías, debe indicarse allí el precio. Este último debe expresar el valor total del producto o servicio, incluidos los impuestos correspondientes. Estas reglas se aplican a los anuncios que hagan los proveedores por medio de Internet. Agrega la ley la obligación del proveedor de mantener una lista de precios a disposición del público, de manera permanente y visible, toda vez que el consumidor no pueda conocer por sí mismo el precio de lo que desea adquirir.

Como puede observarse, se trata de una reglamentación minuciosa, a nuestro juicio innecesaria, porque, desde una perspectiva jurídica, la materia está debidamente regulada. La ley pone especial acento a la publicidad del precio, exceptuando sólo a aquellos bienes o servicios que por su naturaleza deben regularse convencionalmente. La exclusión se basa en un concepto amplio que debe precisarse en cada caso concreto (joyeros, escultores, anticuarios, etcétera). En síntesis, el precio debe ser: a) exhibido públicamente (haciendo efectivo el derecho del consumidor al ejercicio de su elección); b) total (comprendiendo su valor y los impuestos correspondientes); y c) difundido (indicando en los sitios de Internet en que proveedor exhiba los bienes y servicios que ofrezca). Probablemente, lo más importante de esta disposición sea la exigencia de que el precio debe ser total, incluyendo cualquier cargo o impuesto que aumente su valor, puesto que, atendidas las altas tasas tributarias vigentes, su aplicación distorsiona severamente lo que debe pagarse por el producto.

F.- Denuncia por publicidad falsa

El artículo 31 regula lo relativo a la denuncia por publicidad falsa. Puede este procedimiento judicial iniciarse de oficio o a petición de parte, decretarse la suspensión de las emisiones publicitarias, siempre que la gravedad de los hechos y los antecedentes así lo ameriten. Otra norma inútil. Nada impide que en este

tipo de juicios se solicite una medida precautoria innominada, caucionando sus resultas y acompañando comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama, como lo ordena el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil. Lo que sí resulta novedoso es el derecho del denunciante para exigir que el anunciante realice, a su costa, la publicidad correctiva “*que resulte apropiada para enmendar errores y falsedades*”, dice la ley. Ciertamente, esta facultad anticipa las resultas del juicio, salvo que esta exigencia pueda llevarse a la práctica ejecutoriada que se encuentre la sentencia que acoge esta reclamación, interpretación que resulta más equitativa y que no implica un pronunciamiento prematuro. La disposición que comentamos tiene un alcance procesal más que sustantivo y un innegable efecto práctico. En esta materia, no sólo cabe instar por la sanción que corresponda, sino que, además, se procura enmendar –como dice la ley– los errores y falsedades que se hayan acreditado en el juicio respectivo.

G.- Información básica, idioma y términos comprensibles y legibles, monedas de curso legal y sistema de pesos y medidas

El artículo 32 incursiona en otra materia: la necesidad de que la información básica, así se trate de productos nacionales o de procedencia extranjera, y cuanto dice relación con su identificación, instructivos de uso y garantía y la difusión de los mismos, se haga en idioma castellano, en términos comprensibles y legibles, en moneda de curso legal y de acuerdo al sistema general de pesos y medidas aplicable en el país. Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio que el proveedor adicione datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida. El inciso 2° de la misma disposición se refiere a los productos que se ofrecen por medios electrónicos o en que se acepta la oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia. En tal caso, el proveedor debe informar de manera inequívoca y fácilmente accesible, los pasos que deben seguirse para celebrar el contrato y otros detalles prácticos, además de indicar su dirección de correo postal o electrónico y los medios técnicos que se ponen a disposición del consumidor para corregir errores en el envío o en sus datos.

Con la sola lectura de esta norma se llega a la conclusión que parece imposible incorporar mayores detalles en procura de cerrar toda posibilidad de fraude o engaño. Creemos que es esta una mala técnica legislativa y que sus resultados no serán positivos ni para los consumidores ni para los proveedores. Esta norma debe relacionarse con el artículo 17 de la misma ley, ubicado a propósito del contrato de adhesión, los cuales deben estar escritos de modo claramente legible, con un cierto tamaño de letra y en idioma castellano, “*salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico*”. Como lo comentamos en la primera parte de este trabajo, la circunstancia de recurrir a un idioma

extranjero para especificar los méritos y características de un determinado producto es, casi siempre, fuente de problemas, conflictos y desacuerdos, porque es invariablemente el proveedor quien saca ventajas de esta modalidad. El citado artículo 17 admite la posibilidad de celebrar el contrato de consumo en idioma extranjero, pero previa aceptación expresa del consumidor, mediante su firma en un documento escrito en castellano, anexo al contrato. Varios otros resguardos ordena la disposición anotada para evitar fraudes y disputas.

H.- Etiquetas, envases, empaques, publicidad y difusión de los bienes y servicios

El artículo 33 se refiere a la información que se contiene en etiquetas, envases, empaque o en la publicidad o difusión de los bienes y servicios, la cual *“deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor”*. En otros términos, la ley ordena que no se incurra, con ocasión de la operación de consumo, en delito o cuasidelito civil (*“error o engaño”*). Como puede apreciarse, se vuelven reiterar disposiciones o instituciones del derecho común, que sancionan las mismas conductas, pero en un ámbito normativo, no reglamentario. La norma que analizamos va más lejos. Se agrega en un inciso 2° que *“expresiones tales como ‘garantizado’ y ‘garantía’, solo podrán ser consignadas cuando señalen en qué consisten y la forma en que el consumidor pueda hacerlas efectivas”*. El nivel de desconfianza y el tratamiento discriminatorio hacia el proveedor queda, una vez más, de manifiesto.

Las disposiciones especiales sobre información y publicidad concluyen en el artículo 34 con una norma de carácter procesal, que autoriza al juez a ordenar –como medida prejudicial preparatoria del ejercicio de la acción en casos de publicidad falsa o engañosa–, al respectivo medio de comunicación social utilizado en la difusión de los anuncios o de la agencia de publicidad que corresponda, *“la identificación del anunciante o responsable de la emisión publicitaria”*.

Como puede constatar el lector, la Ley N° 19.946 va más allá de la legítima y necesaria protección del consumidor. Revela un constante hostigamiento a la figura del proveedor. Pareciera que el esfuerzo está destinado a corregir una situación caótica de nuestro mercado por obra de inescrupulosos que se valen de todos los medios para engañar y timar a los consumidores.

No es que creamos que no debe prestarse protección al consumidor. Hasta este momento ha sido él (el consumidor) la parte débil de la relación jurídica que genera el contrato de consumo. Pero todo tiene una medida y un límite. Como lo hemos manifestado en el curso de este trabajo, no se trata de generar un ámbito en que el consumidor aplaste al proveedor, abuse de la legalidad vigente y obtenga beneficios indebidos. Equilibrar los intereses consiste en

contrapesarlos equitativamente, no en sobreponer uno a otro. Y es esto lo que ocurre a propósito de esta ley.

2.- Promociones y ofertas

A.- Bases y plazos

Toda promoción y oferta debe informar al consumidor sobre las bases de la misma y el tiempo o plazo de su duración. No se entiende cumplida esta exigencia por el hecho de depositar las bases en el oficio de un notario público (artículo 35). Si el proveedor rehúsa el cumplimiento de la promoción u oferta, puede el consumidor obligarlo a cumplir forzosamente, acudiendo al juez competente, pudiendo éste disponerse una “*prestación equivalente*” en caso de no ser posible un cumplimiento en especie de lo ofrecido (inciso 2° del artículo 35). Nada nuevo, salvo lo que dice relación con los requisitos de la promoción u oferta (bases, tiempo o duración). Nos parece francamente excesivo disponer una “*prestación equivalente*” para el caso de que la obligación del proveedor sea imposible de cumplir. Si se dirige una oferta u ofrecimiento a persona indeterminada, señalándose las bases de la misma y su tiempo o plazo de duración, el contrato de consumo quedará perfecto desde que se transmita o haga saber la aceptación (pura y simple). Creemos que no basta con la sola aceptación en un caso como éste, regido por normas especialísimas, en atención, entre otros antecedentes, a lo previsto en el artículo 105 del Código de Comercio. Ahora bien, en tal supuesto, el proveedor deberá cumplir la obligación asumida y, si tal no ocurre, el consumidor podrá optar entre pedir la resolución del contrato o su cumplimiento forzoso, en ambos casos con más indemnización de perjuicios (artículo 1489 del Código Civil que define la “*condición resolutoria tácita*”). Si la obligación del proveedor se ha hecho imposible, sólo le cabe optar por la resolución del contrato. La norma que comentamos está integrada a estas instituciones de manera que reiterar su contenido resulta inútil. Sin embargo, lo previsto en el inciso 3° del artículo 35 da margen a pensar que ella autoriza al Juez para que derechamente fije una “*prestación equivalente*” en el evento de que el cumplimiento forzoso no sea posible. ¿Implica ello que no se requiere una sentencia ejecutoriada que declare la resolución del contrato (consumo) y que, por consiguiente, basta que el juez resuelva que el cumplimiento forzoso se ha hecho imposible, para fijar de inmediato la reparación equivalente? Este parece ser el espíritu de la Ley N° 19.496, lo cual facilita en cierta medida la pretensión del consumidor.

B.- Concursos y sorteos como medios de promoción

El artículo 36 regula las promociones que realiza el proveedor en las cuales “*el incentivo consista en la participación en concursos o sorteos*”. En tales promo-

ciones el anunciante debe informar al público sobre el monto y número de premios y el plazo en que se podrá reclamar. Agrega la ley que *"El anunciante estará obligado a difundir adecuadamente los resultados de los concursos o sorteos"*. Estimamos que la disposición citada incurre en un exceso manifiesto, porque entra a regular cuestiones ajenas al acto de consumo, más propio de ordenanzas municipales y de policía. Los *"concursos"* y los *"sorteos"* que no llevan unido un propósito manifiesto de venta o expendio directo de bienes y servicios, no deben quedar sujetos a las normas de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor. Si, como dice la letra de la ley, el incentivo consiste en la participación en concursos o sorteos, el acto de consumo resultará como consecuencia del resultado de tales eventos. Sólo si hay intercambio de bienes (dinero por artículos de consumo) se podría aplicar esta ley sin que ello afecte de modo alguno al concurso o sorteo. El que se inscribe y participa en un concurso o sorteo no es un consumidor, sino un jugador o apostador. El concurso o sorteo es un medio a través del cual es posible seleccionar al contratante. La regulación jurídica de estos instrumentos sobrepasa los límites de la Ley de Protección al Consumidor.

3.- Del crédito al consumidor

A.- Información sobre las condiciones del crédito

El Párrafo 3° del Título III de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor se aboca a la regulación jurídica de la *"operación de consumo a crédito concedida por el proveedor"*.

El artículo 37 comienza diciendo que *"En toda operación de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor, el proveedor deberá poner a disposición de éste la siguiente información..."*. De esta norma se infiere que la regulación siguiente es especial y, por lo tanto, prevalecerá respecto de otras que traten de esta materia, como ocurre con la Ley N°18.010 sobre operaciones de crédito.

La información requerida dice relación con: i) precio al contado del bien o servicio de que se trate; ii) tasa de interés aplicable sobre los saldos de precio correspondientes; iii) monto de importes distintos a la tasa de interés (impuestos de la operación de crédito, gastos notariales, gastos inherentes a los bienes recibidos en garantía, seguros expresamente aceptados por el consumidor, cualquier otro importe permitido por ley); iv) alternativas de monto y número de pagos a efectuar y su periodicidad; v) monto total a pagar por el consumidor en cada alternativa de crédito, correspondiendo dicho monto a la suma de cuotas a pagar; y v) tasa de interés moratorio en caso de incumplimiento y el sistema de cálculo de los gastos que irroga la cobranza extrajudicial de los créditos impagos, incluidos honorarios y modalidad de dicha cobranza.

De la sola lectura de los datos exigidos se desprende que la materia es propia de un reglamento, no de una ley. Siempre en el plano reglamentario, se entran a regular los gastos de cobranza extrajudicial, señalándose que ellos no pueden exceder los porcentajes que se indican, aplicados sobre el capital adeudado o la cuota vencida, según proceda. Se exige, además, que se señale si el proveedor realizará la cobranza directamente o por medio de terceros y, en esta última hipótesis, debiendo identificarse a los encargados. La ley se solaza regulando toda suerte de detalles, incluso sobre el cambio anual de los procedimientos de cobranza. Insistimos en que esta detallada reglamentación tiene el inconveniente que las situaciones no contempladas (que siempre serán más numerosas que aquellas reguladas) quedan aparentemente sin solución. No ocurre lo mismo cuando se expresan principios generales susceptibles de aplicarse por quien corresponde (potestad reglamentaria o jurisdiccional), al resolver los casos particulares y concretos.

B.- Cobranza extrajudicial

Con un realismo brutal, el legislador, en el artículo 37 inciso 5°, entra a considerar algunos recursos propios de una cobranza extrajudicial. Así, no puede hacerse llegar a un consumidor un documento que aparente ser escrito judicial, comunicaciones a terceros ajenos a la obligación en que se da cuenta de la morosidad, visitas o llamados telefónicos a la morada del deudor durante días y horas que no sean hábiles conforme la ley (Código de Procedimiento Civil) y, en general, conductas que afecten la privacidad del hogar, la convivencia normal de sus miembros o la situación laboral del deudor. A nuestro juicio, esta disposición es casi una anécdota normativa. No debió la ley entrar a regular situaciones propias de una disputa particular, todo ello sin perjuicio de la conveniencia de incorporar una norma general, aplicable de preferencia por el juez, quien es el llamado a adaptarla, como corresponde, al conflicto que pueda haberse suscitado.

C.- Aplicación de intereses

El artículo 38 nos resulta sorprendente. Se dispone que *“los intereses se aplicarán solamente a los saldos insolutos del crédito concedido”*. ¿Cabe preguntarse cómo podría sostenerse lo contrario o qué causa tendría la obligación de pagar intereses sobre una parte del capital ya cancelado? Agrega la misma disposición que *“los pagos no podrán ser exigidos por adelantado, salvo acuerdo en contrario”*. Si la obligación está sujeta a plazo, es obvio que no puede exigirse el pago por adelantado, a menos que el plazo haya caducado en virtud de declaración judicial en los casos y con los presupuestos consagrados en la ley (artículo 1496 del Código Civil). La conveniencia de esta norma es discutible, porque, en cierta medida, es una declaración obvia y, por lo mismo, inútil.

D.- Intereses superiores al máximo que es permitido estipular

El artículo 39 incursiona en otra materia. Declara que constituye infracción a la ley que se cobren por los proveedores intereses superiores al máximo convencional a que se refiere el artículo 6 de la Ley N° 18.010 sin perjuicio de la sanción civil que se contempla en el artículo 8 de la misma ley. Para la aplicación de esta norma debe tenerse en consideración la reforma a la tasa de interés máximo convencional contenida en la Ley N° 20.715. Debe entenderse, entonces, que no sólo es aplicable en la especie el artículo 8 de la Ley sobre Operaciones de Crédito, sino que, además de los efectos allí señalados (el pacto se tiene por no escrito, el interés se rebaja al interés corriente, y lo pagado en exceso debe restituirse debidamente reajustado), se incurre en una infracción a la Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor, susceptible de sancionarse con una multa (artículo 24). En verdad, la única utilidad que se visualiza en esta disposición es el hecho de que cobrar intereses superiores a los que se permite estipular importa la infracción de dos leyes: la 18.010 y la 19.496. Por consiguiente, se acumularán ambas sanciones, aun cuando el hecho es el mismo. Surge entonces la duda de que pudiera infringirse el principio *non bis in idem*. Sin embargo, esta hipótesis puede ser descartada sobre la base de que la sanción es una, ya que lo prevenido en la Ley N° 18.010 no es más que una corrección de los efectos de una operación de crédito.

E.- Gastos de cobranza

El artículo 39 A establece que constituye una infracción a la ley la exigencia de gastos de cobranza superiores a los establecidos en el inciso segundo del artículo 37, que consagra una escala progresiva (obligaciones hasta 10 unidades de fomento, 9%; por la parte que exceda de 10 y hasta 50 unidades de fomento, 6%; y la parte que exceda 50 unidades de fomento, 3%). Puede la infracción consistir también en cobrar un monto distinto o superior a lo que resulte de la aplicación del sistema de cálculo que hubiere sido informado previamente al consumidor de acuerdo a la letra e) del mismo artículo 37. La norma agrega, además, que constituyen infracción las conductas descrita en el inciso 5° del artículo 37 que se transcribieron precedentemente para los efectos de conformar un catálogo ordenado. La ley, como puede constatarse, procura, sin éxito, reglamentar esta materia hasta en sus más mínimos detalles, entrando de lleno a cuestiones menores que bien pudieron quedar comprendidas en disposiciones de aplicación general. De esta manera, se evidencia que el legislador entiende que su tarea es cerrar toda posibilidad de que el proveedor pueda alcanzar un aprovechamiento indebido mediante la imputación irregular de gastos de cobranza.

F.- Pago directo de la deuda y sus efectos

El artículo 39 B dispone que si se cobran extrajudicialmente créditos impagos, el consumidor siempre podrá pagar directamente el total de la deuda vencida o de las cuotas impagas, incluidos los gastos de cobranza si los hubiere, aun cuando el proveedor haya conferido diputación para cobrar y recibir el pago o ambos hayan designado a una persona (3°) para estos efectos. En tal caso, si el proveedor recibe el pago, termina el mandato que se hubiere conferido, debiendo dar aviso inmediato al mandatario para que se abstenga de seguir con el cobro, sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 2158 del Código Civil (obligaciones del mandante). Nuevamente nos enfrentamos a una norma que, sobre la base de la desconfianza en los procedimientos del proveedor, clausura la posibilidad de que el consumidor sea engañado a través de un mandato otorgado a un tercero para cobrar y recibir el pago. Se excede la ley al hacer extensiva esta disposición al caso en que ambos (proveedor y consumidor) hayan designado un tercero para los efectos de cobrar y percibir el pago. En este último supuesto debió prevalecer lo estipulado por las partes, sin perjuicio de hacerse el pago directamente al proveedor siendo persona capaz. La norma que comentamos queda fuera de contexto si se tiene en consideración que nada impide que el acreedor ceda su derecho a un tercero y, de este modo, notificada que sea de la cesión al consumidor, quedará transferido el derecho. En esta hipótesis, ciertamente, no es posible cobrar extrajudicialmente los créditos impagos de que fue titular el proveedor, razón por la cual el artículo citado no es aplicable. De aquí que no resulte consistente la norma que comentamos.

G.- Medios prohibidos de cobranza extrajudicial

Finalmente, el artículo 39 C hace extensivo “a todas las operaciones de consumo regidas por esta ley” lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 37, que prohíbe varios medios de cobranza extrajudicial, aun cuando no involucren el otorgamiento de un crédito al consumidor (envío al consumidor de documentos que aparenten ser escritos judiciales, comunicaciones a terceros ajenos a la obligación, visitas o llamados telefónicos a la morada del deudor durante días y horas que no sean hábiles, conductas que afecten la privacidad del hogar, etcétera). Esta disposición parece ser consecuencia de abusos y presiones inaceptables que se ejercen sobre los deudores cuando sus acreedores recurren a organizaciones ilegales que simulan, incluso, la intervención de los tribunales de justicia. Es lamentable que nuestra legislación haya debido hacerse cargo de esta realidad.

Hasta aquí el análisis de las disposiciones que conforman el Párrafo 3° del Título III de la Ley N°19.496. Predomina en esta normativa la necesidad de que el consumidor esté bien informado respecto de las particularidades del contrato (operación de consumo a crédito), de lo concerniente a la cobranza

extrajudicial, a los intereses que pueden estipularse, a los gastos de cobranza y a la extinción de la obligación por medio del pago directo al proveedor. No hay nada original que merezca destacarse, salvo el carácter reglamentario de lo legislado, que, como se ha venido advirtiendo, desvirtúa todo mérito de la presente ley y el sentido y finalidad de la misma. Es extremadamente difícil sistematizar una reglamentación tan detallada, ya que se van difuminando los principios que deberían destacarse. Poco sirve a la finalidad de fundar un "derecho del consumidor" el abuso en que incurre el legislador al incursionar en lo reglamentario, arrebatando a la potestad reglamentaria y jurisdiccional su cometido.

4.- Normas especiales en materia de prestación de servicios

Estas normas están comprendidas en el Párrafo 4° de la ley y se analizarán en el mismo orden en que están ubicadas en el texto.

A.- Sobre reparación de cualquier tipo de bien

El artículo 40 comienza destacando el contrato de prestación de servicios destinado a la reparación de cualquier tipo de bien. Se entiende implícito en él la obligación de emplear en tal reparación componentes y repuestos adecuados al bien que se trata de recuperar, pudiendo ser nuevos o refaccionados, siempre que se informe al consumidor sobre esta circunstancia. Parece obvio que lo que se procura es transparentar la relación contractual de manera que el consumidor tenga pleno conocimiento de los elementos que la conforman. Es probable que en el mundo de los negocios se hayan detectado repetidos reclamos sobre este particular y que ello explique la razón de ser de esta norma, ya que lo señalado no es más que un elemento entre muchos otros que permiten asegurar un fin positivo de esta relación. Lo que interesa es que el contrato haga posible la recuperación de un bien dañado, y que el consumidor que encarga su reparación tenga pleno conocimiento de las condiciones en que se ejecuta el trabajo. La ley entiende que la obligación de usar en la reparación "*componentes o repuestos adecuados al bien de que se trate...*" se entiende implícita en la obligación del proveedor, razón por la cual, por aplicación del artículo 1546 del Código Civil, debe considerarse una obligación impuesta en la ley.

B.- Sanciones e indemnización por incumplimiento

El inciso siguiente (2°) del artículo 40 dispone las sanciones e indemnizaciones que proceden en el evento de que se incumpla lo indicado, pudiendo solicitarse que se obligue al prestador del servicio a sustituir, sin cargo alguno para el consumidor, los componentes y repuestos que corresponden al servicio contratado. Esta sustitución constituye un cumplimiento en especie de la obli-

gación asumida. Al parecer, el énfasis está puesto en compatibilizar las diversas sanciones con la indemnización de perjuicios que corresponda, lo cual, además, está en armonía con lo previsto en el artículo 50 inciso 2° que comentaremos más adelante. Otra interpretación haría inoficiosa la citada norma.

El inciso 3° confiere al consumidor el derecho a que, en la boleta o factura emitida, se especifiquen los materiales (repuestos) empleados, el precio de los mismos y el valor de la mano de obra. En otros términos se obliga al proveedor a especificar cada uno de estos rubros, transparentando los elementos de la relación contractual. Como puede observarse, se confunden varias cosas: la indemnización de perjuicios, la sustitución de los componentes o repuestos correspondientes, y las especificaciones que pueden exigirse incorporar en la factura o boleta que se emite.

No obstante la utilidad que pueda asignarse a esta disposición, habría sido preferible prescribir que en todo contrato de reparación debían identificarse y describirse los repuestos empleados y su naturaleza (nuevos o recuperados), de manera de comprometer con ello la responsabilidad del proveedor. Del mismo modo, conformar una presunción simplemente legal de incumplimiento en favor del consumidor en el evento de que la indicada identificación no estuviera contenida en el contrato.

C.- Plazo del servicio o reparación

El artículo 41 impone al reparador la obligación de señalar en la boleta, recibo u otro documento, el plazo por el cual *“se hace responsable del servicio o reparación”*. Esta norma tiene dos lecturas posibles. La primera hace responsable al reparador por el tiempo fijado para su trabajo. La segunda, por el tiempo en que asume el resultado o suerte seguida por la reparación. Creemos que el mandato legal está referido a esta segunda interpretación, de modo que debe dejarse constancia en el instrumento respectivo del término mínimo en que el reparador responde del éxito del arreglo ejecutado.

El inciso 2° dispone que en todo caso la ley confiere al consumidor el plazo de 30 días hábiles –que debe computarse desde la fecha en que hubiere concluido la prestación del servicio o, en su caso, se hubiere entregado el bien reparado–, para *“reclamar del desperfecto o daño ocasionado por el servicio defectuoso”*. Agrega esta reglamentación que si el Tribunal considera procedente la reclamación puede decretar que se preste nuevamente el servicio sin costo para el consumidor o, en su defecto, la devolución de lo pagado por éste al proveedor. No obstante lo indicado, queda subsistente la acción para cobrar los perjuicios sufridos por el consumidor, siendo aplicable lo previsto en el inciso final del artículo 21. O sea, puede deducirse reclamación y, por este medio, conseguir

que se preste nuevamente el servicio defectuoso o se restituya lo pagado y, paralelamente, deducirse acción de perjuicios para conseguir que se reparen los daños sufridos. Transcurridos los 30 días dispuestos en la ley, el derecho del consumidor caduca, por no haberse dado cumplimiento a la carga impuesta en la norma. Sin embargo, a nuestro juicio, queda subsistente la acción para reclamar la indemnización de los perjuicios que pudieren haberse causado. La caducidad de la reclamación no conlleva la extinción de la responsabilidad por el trabajo defectuoso.

D.- Presunción de abandono de la especie objeto del encargo de reparación

El artículo 42 reviste una importancia jurídica especial, al disponer que “*se entenderá abandonadas en favor del proveedor*” aquellas especies que, habiendo sido entregadas para su reparación, no sean retiradas en el plazo de un año contado desde la fecha en que se haya otorgado y suscrito el correspondiente documento de recepción del trabajo. Desde luego, la pérdida del dominio no es una sanción cualquiera, razón por la cual debió regularse esta situación con mayor celo y cuidado. Cabe preguntarse: ¿es indiferente el plazo establecido para ejecutar el trabajo de reparación?, ¿puede el afectado probar que ha estado impedido de retirar la especie por caso fortuito o fuerza mayor?, ¿puede el consumidor reclamar la especie antes de extinguido el plazo convenido para su reparación? Estas preguntas y otras tantas quedaron sin respuesta en una ley que se caracteriza por su excesivo carácter reglamentario. Creemos nosotros que si entre las partes se ha convenido un cierto plazo para ejecutar la reparación, el término contemplado en la ley debe computarse a partir de su extinción. De lo contrario, se restringe el plazo de que dispone el consumidor para retirar la especie, ya que resulta evidente que estaría impedido de exigir la restitución con antelación. La ley parece referirse a la reparación que se pacta sin fijarse la oportunidad en que debe restituirse, lo que, ciertamente, constituye la regla general. Por otro lado, si el consumidor reclama la especie y prueba que ha estado absolutamente impedido de retirarla por caso fortuito o fuerza mayor, no habiendo dispuesto el proveedor de la misma, no es aplicable la disposición que analizamos. Lo anterior conforme el principio general de que “*al impedido no le corre plazo*”. En tal caso no puede entenderse que la intención del consumidor es abandonarla. Ahora, si el reparador hubiere dispuesto de la especie una vez extinguido el término legal (un año), ella se perderá irremisiblemente para su dueño.

La norma que comentamos parte de un hecho fundamental: una presunción de abandono. La situación que se analiza corresponde a las llamadas especies al parecer perdidas que reglamenta el artículo 624 del Código Civil al definir la “*invenção o hallazgo*”. Dichas especies pueden adquirirse por ocupación.

A este estatuto se sujetan aquellos bienes que el dueño abandona para que sean adquiridos por el primer ocupante, conforme lo preceptúa el inciso 3° de la disposición citada. Para la cabal comprensión del artículo 42 de la Ley N° 19.496, debe definirse qué tipo de presunción establece la ley, ya que de ello dependerán los derechos que puede hacer valer el consumidor. A nuestro juicio, la presunción aludida es "*simplemente legal*", de manera que nada obsta a que el afectado acredite que no ha sido su ánimo abandonar la especie y renunciar a su dominio sobre ella. Un ejemplo clarificará lo que decimos. ¿Cómo debe calificarse el caso en que una persona se comunica, antes de transcurrido el término legal, con el proveedor para justificar su retardo en retirar la especie, o se presenta en sus dependencias explicando que no está en situación de retirarla por una imposibilidad física o económica? No puede sostenerse, en tal hipótesis, la concurrencia de una especie de "*interrupción*", toda vez que nos hallamos ante una caducidad legal y no una prescripción extintiva, pero sería injusto y desproporcionado aplicar la caducidad atendidas las circunstancias. De aquí la conveniencia en calificar de simplemente legal la presunción que analizamos.

Una vez más discrepamos de la solución dada por el legislador. Lo que debió ordenarse era un pago por el depósito de la especie o bien extender el plazo a lo menos a dos años (plazo de prescripción adquisitiva ordinaria tratándose de especies muebles). Si bien es cierto que el reparador es un mero tenedor, puesto que reconoce dominio ajeno, no es menos cierto que la caducidad es prima hermana de la prescripción y deben razonablemente coordinarse sus estatutos.

E.- Responsabilidad del intermediario

El párrafo que comentamos concluye con el artículo 43, que extiende directamente la responsabilidad por la prestación del servicio al intermediario de que se ha valido el proveedor, sin perjuicio de los derechos de repetir contra el prestador de los servicios o de terceros que resulten responsables. Esta figura es una manifestación, aunque lejana, de la llamada "*responsabilidad vicaria*" o "*responsabilidad por hecho ajeno*". Sin embargo, los intermediarios no son, estricto sensu, terceros ajenos a la relación jurídica (puesto que la han promovido), ni tampoco corresponde al proveedor su cuidado y supervisión. Se trata, entonces, de una responsabilidad impuesta en la ley y destinada a asegurar la solvencia del deudor para los efectos del pago de la respectiva indemnización. Nótese que la ley hace alusión a una responsabilidad "*directa*", lo cual implica que ella es independiente de la del proveedor, pero sujeta, en todo caso, a los presupuestos de la responsabilidad en general.

5.- Normas relativas a la seguridad de los productos y servicios

Se integran en este párrafo una serie de normas que revisten importancia para la seguridad de toda la comunidad, mediante las cuales se procura contra-

restituir los daños y perjuicios que se derivan de bienes defectuosos sea en su producción o circulación.

A.- Normas generales

En conformidad al artículo 44 de la ley, las normas contenidas en el párrafo 5° tienen carácter general, prevaleciendo sobre ellas las normas especiales que regulan la provisión de determinados bienes y servicios. En consecuencia, estas reglas se aplican en subsidio (supletoriamente) de disposiciones expresas relativas a ciertas prestaciones.

B.- Productos peligrosos para la salud e integridad física de los consumidores

El artículo 45 se refiere a los *“productos cuyo uso resulte potencialmente peligroso para la salud o la integridad física de los consumidores o para la seguridad de sus bienes”*. La invocación no puede ser más difusa. Potencialmente resulta peligroso para la salud e integridad física un sinnúmero de productos, dependiendo de la cantidad, oportunidad y circunstancias en que se empleen y consuman. Como bien se ha dicho, la mayor parte de los productos alimenticios, por ejemplo, encierran riesgos evidentes, sea por su naturaleza (como el alcohol y las grasas), o por la forma en que se producen o cultivan (colorantes, ingredientes genéticamente modificados, aceites hidrogenados, proteínas de soya, etcétera). En consecuencia, calificar un producto de *“potencialmente peligroso para la salud”* es una cuestión esencialmente relativa, que permite justificar cualquier decisión sobre la materia. Ordena la ley que tratándose de este tipo de bienes el proveedor debe incorporar en los mismos o en instructivos anexos separados en idioma español, la advertencia e indicaciones necesarias para que su uso se realice con la mayor seguridad posible. Nótese que lo *“potencialmente peligroso”* se extiende, además, a la *“seguridad de sus bienes”*, de manera que cuanto se dice sobre la salud e integridad física de los consumidores es aplicable a la situación de toda suerte de bienes que sean comercializados por el proveedor. Lo propio se dispone tratándose de servicios riesgosos. En el evento de que no se cumpla esta disposición se sancionará al infractor con una multa de hasta 750 unidades tributarias mensuales.

Creemos que lo preponderante en esta norma es la advertencia sobre la peligrosidad del consumo, sea que se refiera a la persona o sus bienes, aun cuando, insistimos, la ley debió conceptualizar con mayor rigor en qué consiste esta atribución negativa. A nadie escapa el hecho de que un mercado masificado, en el cual se expenden miles de productos de la más diversa índole, lo dispuesto en la ley no es fácil de cumplirse ni menos de controlarse. En este sentido, la ley que comentamos no tiene nada de original, limitándose a disponer medidas

de poco vuelo. Habría sido preferible, creemos nosotros, instituir un sistema de denuncias, sometido a un procedimiento sumarísimo, destinado a sacar del mercado aquellos bienes y servicios que implicaran un peligro (riesgo) cierto para el consumidor, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad de acuerdo a las normas generales que rigen la materia.

C.- Constatación del peligro después de ingresado el producto al mercado

El artículo 46 se refiere a *“todo fabricante, importador o distribuidor de bienes o prestador de servicios”*, que con posterioridad a la entrada de los productos al mercado, constata la existencia de peligros y riesgos no previstos oportunamente. En tal caso, debe ponerlos sin demora en conocimiento de la *“autoridad competente”* para que ella adopte las medidas preventivas o correctivas que procedan, sin perjuicio de la advertencia que deba darse a los consumidores de acuerdo al artículo 45. Nada dice la ley sobre la responsabilidad del proveedor o prestador del servicio, cuando la introducción del producto al mercado fue consecuencia de falta de cuidado o imprudencia temeraria. Creemos nosotros que, en tal caso, es posible perseguir la responsabilidad del proveedor de acuerdo a las norma generales.

D.- Declaración judicial o administrativa de la peligrosidad del producto o servicio

El artículo 47, desarrollando lo previsto en la disposición anterior, señala que *“declarada judicialmente o determinada por la autoridad competente de acuerdo a las normas especiales a que se refiere el artículo 44, la peligrosidad de un producto o servicio, o su toxicidad en niveles considerados como nocivos para la salud o seguridad de las personas”* los daños y perjuicios que sufran los consumidores serán asumidos solidariamente por productores, importadores y primer distribuidor o prestador del servicio. Poco se entiende la alusión al artículo 44 (ya analizado), puesto que, al parecer, la declaración judicial o administrativa a que se refiere debe fundarse en una norma especial. No se advierte por qué razón se excluye como fundamento de dicho pronunciamiento la normativa general. Otra interpretación posible, por la cual nos inclinamos, consiste en remitir a una norma especial sólo la determinación que emana de autoridad administrativa competente. Por consiguiente, los tribunales ordinarios podrán siempre declarar la *“peligrosidad de un producto o servicio”*, en tanto las autoridades administrativas en los casos indicados en las normas especiales. Esta interpretación se aviene mejor con el carácter especialísimo del llamado *ius puniendi* de la Administración, que exige siempre un texto legal expreso que faculte a la autoridad para proceder.

De más está señalar que la solidaridad dispuesta en esta norma se ajusta a los principios generales de derecho en materia de responsabilidad, ya que productor, importador, primer distribuidor o prestador del servicio han intervenido en forma directa en el hecho causalmente vinculado al daño.

E.- Exoneración de responsabilidad

El inciso 2° del artículo 47 consagra una causal de exoneración de responsabilidad, que consiste en el cumplimiento de las *“medidas de prevención legal o reglamentariamente establecidas”*. Debemos entender que, tratándose de productos sometidos a control administrativo, el cumplimiento de dichas exigencias libera de responsabilidad a quienes los han introducidos en el mercado. Sin embargo, la norma agrega una disposición confusa, ya que a la exigencia de dar cumplimiento a las medidas administrativas se une la adopción de *“los demás cuidados y diligencias que exija la naturaleza de aquéllos”* (bienes y servicios). En otros términos, para alegar la exención de responsabilidad deberá acreditarse el cumplimiento de los controles administrativos establecidos en normas especiales de carácter legal o reglamentario, y la ejecución de los cuidados y diligencia que demande la naturaleza del producto o servicio ofrecidos. Todo queda en manos del Tribunal, bajo una fórmula tan vaga como la calificación de la *“naturaleza”* del producto.

F.- Efectos de la declaración de peligrosidad

El artículo 48 se aboca a fijar los efectos de la declaración sobre la peligrosidad de un producto o servicio, regulada en el inciso 1° del artículo 47. En tal caso el proveedor de la mercadería debe, a su costa, cambiarla por otra *“inocua, de utilidad análoga y de valor equivalente”*. Sólo en caso de que ello no sea posible debe restituirse lo pagado por el bien contra su devolución en el estado en que se encuentre. Salta a la vista el alcance casuístico de la ley. En lugar de ordenar los efectos del incumplimiento, creando una teoría sistemática de la responsabilidad en materia de protección al consumidor, se optó por una desordenada enumeración de los efectos en cada uno de los supuestos descritos.

G.- Sanciones

El artículo 49 declara que la infracción de las obligaciones impuestas en este párrafo dará lugar a las *“sanciones contravencionales”* respectivas y a la indemnización por daños que se causen, sin perjuicio de la pena aplicable en caso de que los hechos sean constitutivos de delito. Esta disposición faculta al Juez para ordenar el retiro del mercado del bien afectado, siempre que conste en el proceso por *“informes técnicos, que se trata de productos peligrosos para la salud o seguridad de las personas”*, pudiendo también ordenar el decomiso de

las mercaderías si la peligrosidad que representan no puede subsanarse. Nuevamente incurre la ley en un error manifiesto. En efecto, si se ha declarado judicial o administrativamente *“la peligrosidad de un producto o servicio”*, no puede negarse al Tribunal o a la autoridad administrativa facultada para este fin, la posibilidad de decretar el retiro o decomiso de la mercadería. Resulta absurdo que, en tal caso, para ordenar el retiro del producto o su decomiso, deba constar en el proceso *“informes técnicos”* que lo justifiquen. Así las cosas, el efecto de la declaración judicial o administrativa sobre peligrosidad queda condicionado por un medio probatorio que ha debido considerarse en el proceso respectivo.

Concluimos aquí los comentarios sobre el Título III de la Ley N° 19.496 sobre Protección del Consumidor.

De nuestras observaciones puede desprenderse que estimamos muy remota la pretensión de elaborar un “derecho del consumidor” a partir de las disposiciones examinadas. La Ley N° 19.496 presenta una pésima sistematización, un estilo a veces confuso, reiterativo y sobre todo reglamentario. A los ojos de un abogado, la mayor parte de sus normas obedecen a conceptos de aplicación general pobremente adaptados a situaciones particulares más propias de una sentencia judicial o un reglamento de ejecución. Pocas novedades ofrece su normativa, entre ellas probablemente los correctivos ultrarreglamentarios al contrato de adhesión y la presunción de abandono de los bienes entregados para su reparación. En lo demás, no hallamos sino adaptación de principios generales, y regulación de detalles a veces intrascendentes. Pero, ciertamente, lo peor de esta ley es la representación descriptiva, a través de normas sancionadoras, de un proveedor deshonesto, voraz, que ejecuta actos reñidos con principios éticos elementales que lindan con lo delictual. De aquí que hayamos sostenido que el legislador debió forjar un equilibrio del poder negociador de proveedores y consumidores, pero no someter a una de las partes de la relación a un régimen tan desigual. Como si lo indicado no fuere suficiente, la Ley N° 20.555, de 5 de diciembre de 2011, incorporó a la Ley Sobre Protección del Consumidor una serie de normas que se han denominado del “Sernac financiero”, que tratan sobre la provisión de bienes y servicios financieros. A esto último dedicaremos la siguiente parte de este trabajo, no obstante lo confuso que resulta la inserción de esta regulación entre las normas ya latamente analizadas.

II.- Normas sobre protección del consumidor respecto de bienes y servicios financieros

La Ley N° 20.555, que modificó la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos del consumidor, introdujo varias disposiciones a su articulado, quedando estas confundidas con el texto original. Lo señalado da lugar a pensar que las

demás normas referidas al acto de consumo, en general, no tienen aplicación tratándose de contratos sobre productos o servicios financieros. A nuestro juicio, no cabe duda que dichas disposiciones sí tienen aplicación, siempre que no se hallen en contradicción con las normas especiales que regulan solo la actividad financiera. Así, por vía de ejemplo, los derechos que concede la Ley N° 19.496 son irrenunciables anticipadamente por los consumidores. Nadie podría sostener que esta disposición no se aplica a los contratos que se celebran entre un consumidor y un proveedor de productos y servicios financieros, a pesar de hallarse expresada en el artículo 4, que no está dirigido a regular expresamente la actividad financiera. Por consiguiente, las normas de la indicada ley tienen plena aplicación a los contratos financieros, reiteramos, siempre y cuando no contravengan lo establecido en las normas especiales ni la naturaleza misma de los derechos y obligaciones que conforman dicha actividad.

De lo señalado precedentemente se sigue que las normas legales que regulan la actividad financiera son "*normas de doble especialidad*", porque se sujetan a lo dispuesto en la Ley de Protección del Consumidor, por una parte, y dentro de dicho estatuto, a normas especiales relativas sólo a la actividad financiera, por la otra. Por ende, para determinar el estatuto legal que regula esta materia es necesario definir tres escalones: el derecho común (incluido el Código de Comercio, la Ley General de Bancos y otras), las disposiciones generales de protección del consumidor, y las disposiciones referidas solo a la actividad financiera. Lo indicado no parece óptimo para la divulgación y conocimiento del derecho. Si algo caracteriza la debilidad del consumidor, como se desprende claramente, incluso de la normativa que analizaremos, es la falta de comprensión y entendimiento de muchas de las disposiciones y estipulaciones de uso frecuente en el ámbito financiero. Ciertamente, esta regulación nos obliga a despedirnos de alcanzar aquella finalidad...

Seguiremos en nuestro comentario el mismo orden de la primera parte de este trabajo.

I.- Título II. Disposiciones generales

A.- Párrafo 1°. Derechos y deberes del consumidor financiero

El artículo 3 inciso 2° de la Ley N°19.496 incorporó, dentro del Párrafo 1°, que trata de los derechos y deberes del consumidor (en general), una parte especial que comienza diciendo "*Son derechos del consumidor de productos o servicios financieros...*". Entendemos, en consecuencia, que a este tipo de prestación le son aplicables las disposiciones que preceden en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza del bien o servicio financiero, como quedó explicado en lo precedente.

Los derechos del consumidor financiero son los siguientes:

- a.- Recibir información sobre el costo total del producto o servicio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 17 G. Asimismo, tiene derecho a ser informado por escrito de las razones que se tienen para rechazar la contratación de un servicio financiero, las cuales *“deberán fundarse en condiciones objetivas”*. En verdad, esta norma, a propósito del derecho a ser informado, alude a una cuestión más importante, la no discriminación en la contratación de un servicio financiero. Si bien no es la ley la que obliga a contratar, la negativa debe fundarse en *“condiciones objetivas”*. Por consiguiente, si no existe razones objetivas para negarse a contratar, el proveedor del servicio incurrirá en infracción, pero, en caso alguno, puede ser forzado a hacerlo. Esta disposición, a nuestro juicio, transforma la actividad financiera en un servicio de *“interés público”*, ya que se condiciona la *“libertad contractual”* en términos de infringir la ley por el solo hecho de negarse a contratar si no existen fundamentos objetivos que lo justifiquen. ¿A quién se aplica esta exigencia? Indudablemente al proveedor definido en el artículo 1 numeral 2.
- b.- Conocer las condiciones objetivas que el proveedor debe establecer públicamente y en forma previa para tener acceso a un crédito u otra operación financiera. Vuelve la norma sobre una cuestión de fondo, puesto que al deber del proveedor de fijar las condiciones objetivas en que se prestará el servicio (obligación formal), sigue el deber de prestarlo sin discriminar. Dicho de otro modo, las condiciones se fijan para imponer a quien las dicta la realización del servicio. Como puede constatarse la norma mira a la publicidad que debe darse a la oferta del servicio, excluyendo cualquier consideración de carácter subjetivo. ¿Puede el proveedor incorporar, entre las condiciones para tener acceso al servicio financiero, buenos antecedentes comerciales del consumidor, ausencia de protestos o requerimientos judiciales o no hallarse incluido en registros de personas insolventes? No cabe duda que ello es perfectamente posible, puesto que corresponde a los resguardos que naturalmente pueden tomarse cuando se trata de una operación financiera. En esta parte, la ley da cuenta de una intención manifiesta por *“objetivizar”* la actividad financiera, de modo que las decisiones que se adopten en este campo eliminen todo vestigio de voluntarismo y subjetivismo.
- c.- La oportuna liberación de las garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de la obligación una vez que ésta se haya extinguido. Varias sentencia de nuestros tribunales se anticiparon a reconocer este derecho, imputando responsabilidad a las instituciones financieras que injustificadamente no cancelaban o demoraban en demasía el alzamiento de estas garantías en perjuicio del consumidor. Esta vez el derecho del

consumidor surge con ocasión de la extinción de la obligación. Se trata, entonces, de una responsabilidad post contractual. ¿Puede invocarse en este caso la prenda tácita instituida en nuestro Código Civil? Tampoco existe inconveniente alguno en hacerlo, ya que en tal supuesto la obligación caucionada no se ha extinguido por disposición de la ley.

- d.- Elegir el tasador de los bienes ofrecidos en garantía, entre las alternativas que le presente la institución financiera. Creemos que este derecho carece de toda relevancia porque, en definitiva, el tasador será siempre persona de confianza del proveedor. Mientras no se instituya un procedimiento especial para efectos de regular esta materia, será muy difícil armonizar los intereses en juego.
- e.- Conocer la liquidación total del crédito al solo requerimiento del consumidor.

Precisemos, una vez más, que los derechos y deberes del consumidor, contenidos en el inciso 1° de esta disposición, son perfectamente compatibles con los derechos de que trata el inciso 2° del mismo artículo 3, salvo cuando existe incompatibilidad insuperable entre uno y otro. Por lo tanto, debemos entender que los derechos del consumidor de servicios financieros se encuentran comprendidos en los dos incisos del artículo 3 de la Ley N° 19.496.

B.- Párrafo 4°. Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión

Como ya lo señalamos en la primera parte de este trabajo, el contrato de adhesión se ha transformado en la “*bestia negra*” del derecho civil. Siendo un mecanismo insustituible para el funcionamiento del mercado masificado, permite, dada su estructura y naturaleza, someter a una de las partes rompiendo, muchas veces, principios básicos de conmutatividad. De aquí que se haya incorporado en la Ley Sobre Protección del Consumidor un párrafo especial sobre esta materia. Probablemente sean estas reglas las que mejor reflejen el carácter proteccionista de este estatuto jurídico.

Analizaremos, a continuación, cada una de estas normas.

El artículo 17 A dispone que los proveedores de servicios financieros cuyas condiciones estén expresadas en contratos de adhesión deben informar “*en términos simples el cobro de bienes y servicios ya prestados*”. Se entiende por tal, la información que permite al consumidor “*verificar si el cobro efectuado se ajusta a las condiciones y a los precios, cargos, costos, tarifas y comisiones descritos en el contrato*”. ¿Cuál debe ser el estándar de diligencia exigible al proveedor? La ley

nada agrega a este respecto. A nuestro juicio, la recta aplicación de esta norma, atendida la existencia de una relación contractual, impone al proveedor un "*cuidado medio*", que debe apreciarse en abstracto, considerando el nivel cultural del consumidor y la naturaleza del contrato ejecutado o pendiente. La última parte de este artículo señala que toda promoción de bienes y servicios financieros "*indicará siempre el costo total del mismo*". Como puede comprobarse, la norma que analizamos no tiene otro fin que permitir al consumidor enterarse de las consecuencias del contrato, en términos que le sea posible ejercer sus derechos en el evento de que las partes difieran de sus resultados. No es fácil determinar la "*simplicidad*" de la información, la cual, como queda dicho, debe medirse por la posibilidad de entender la verificación de los antecedentes enumerados en la norma. Se trata, por ende, de un mandato que tendrá escasa aplicación y que no pasará de ser un postulado más efectista que real. ¿Constituye ésta una disposición fundada en la equidad que debe imperar en la estipulación y cumplimiento de un contrato por adhesión? La respuesta es negativa. Más bien nos hallamos en presencia de una norma de administración que fija un derecho elemental que debe estar presente en todo tipo de contrato.

El artículo 17 B prescribe que los "*contratos de adhesión*" de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero que haya sido elaborado por un banco, institución financiera o sociedad de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguro, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos, deberá especificar como mínimo, con el fin de promover su simplicidad y transparencia, siete exigencias precisas. Antes de precisar estas menciones cabe preguntarse: ¿por qué razón la norma enumera diversos tipos de instituciones financieras para luego agregar "*y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos?...*". En verdad ignoramos este celo excesivo que, al parecer, nace de la preocupación de que alguna de estas instituciones (bancos, sociedades de apoyo al giro bancario, cooperativas de ahorro y crédito, etcétera), pueda sustraerse de la aplicación de estas exigencias. Con todo, cabe observar que entre los proveedores enumerados en la ley existen instituciones que operan bajo la supervisión de organismos públicos (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Superintendencia de Valores y Seguros, Banco Central, etcétera), de modo que sobre ellas cabe la responsabilidad de hacer cumplir o sancionar una infracción de esta naturaleza. Por consiguiente, la incorporación de estas exigencias mira la defensa de la equidad y la necesidad de promover la simplicidad y transparencia en la respectiva operación.

Las menciones referidas son las siguientes:

- a.- Desglose pormenorizado de los cargos, comisiones, costos y tarifas que expliquen el valor efectivo de los servicios prestados, incluyendo ade-

más aquellos que no forman parte directamente del precio del servicio o que corresponden a otros productos contratados simultáneamente, debiendo incluirse las exenciones que correspondan a promociones o incentivos por el uso y productos financieros. La ley regula los efectos ex post del contrato, una vez que el servicio se ha prestado. Para evitar confusiones o subterfugios, se exige incorporar a este desglose los cargos, comisiones, costos y tarifas que correspondan a cargos asociados que no forman parte directamente del precio y a *“otros productos contratados simultáneamente”*. Al parecer se trata de una medida que impide una confusión de antecedentes en perjuicio del consumidor, lo que suele ocurrir cuando se ofrece un paquete de servicios sin especificarse el costo de cada uno de ellos o de varios productos simultáneamente.

- b.- Especificación de las causales que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del prestador, el plazo razonable en que se hará efectivo dicho término y el medio por el cual se comunicará al consumidor. La concesión de un plazo razonable para hacer efectivo el término anticipado del contrato y el medio que se empleará para comunicarlo son imposiciones que, si bien se avienen con la naturaleza de estos servicios y la necesidad de darle una aplicación continuada, alteran, en parte, lo que sobre esta materia hubiere podido estipularse por las partes. No puede, tampoco, dejarse de lado que el alcance de la expresión *“plazo razonable”* es muy relativo, ya que ello dependerá de una serie de factores propios de la operación particular de que se trata (garantías constituidas, monto de la operación, hecho que desencadena el término anticipado, solvencia del deudor, etcétera).
- c.- Duración del contrato o su carácter de indefinido o renovable automáticamente, las causales que pueden ponerle término por la sola voluntad del consumidor, con sus respectivos plazos de aviso previo o cualquier costo por el término o pago anticipado o parcial que ello represente. No cabe duda que se intenta ordenar la relación contractual, evitando dificultades y conflictos respecto de situaciones de diaria ocurrencia, pero mediante la intervención directa de la convención.
- d.- Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley para los llamados *“servicios atados”*, regulados en la letra H de este mismo artículo, cuando se contraten varios productos o servicios simultáneamente y estos conlleven la contratación de otros productos conexos, deben las partes insertar un anexo en el cual se identifique cada uno de esos servicios o productos, *“estipulándose claramente cuáles son obligatorios por ley y cuáles voluntarios”*. En tal caso, debe el consumidor aprobar separada y expresamente cada uno de dichos productos o servicios mediante su

firma. Surge aquí el concepto de servicio “conexo”, vale decir, relacionado con otro producto o servicio, lo que puede estar determinado en la ley o por voluntad de las partes. En ambos casos dichos productos o servicios deben insertarse –dice la ley– en un “anexo” que formará parte del contrato. Esta norma da cuenta de una evidente desconfianza, muy probablemente fruto de la experiencia, que nace como consecuencia de imponer al consumidor productos no específicamente contratados a pretexto de que se trataba de servicios conexos (relacionados). Nuevamente el legislador incursiona en la ordenación material de la convención, al disponer la incorporación de un “anexo” descriptivo de las prestaciones que se comprenden en la operación.

- e.- Precisar si la institución cuenta con un “servicios de atención al cliente” para evacuar consultas y recibir reclamos, debiendo incorporarse en otro “anexo” los requisitos y procedimiento para acceder a estos servicios. En este supuesto se trata de una exigencia orgánica, la cual debería estar recogida en la regulación reglamentaria más que en los contratos celebrados con el consumidor. Sin embargo, esta repartición, “servicio de atención al cliente”, como se verá más adelante, tiene importancia para los efectos de interrumpir la prescripción.
- f.- Si el contrato cuenta o no con el sello SERNAC, conforme lo establecido en el artículo 55 de la ley. Analizaremos más adelante el alcance de esta norma.
- g.- La existencia de mandatos otorgados en virtud del contrato o a consecuencia de éste, sus finalidades y los mecanismos mediante los cuales se rendirá cuenta al consumidor. Se prohíben expresamente los mandatos “en blanco” y los que tengan carácter de irrevocables. Asimismo, si se consideran cargos, comisiones, costos o tarifas por “uso, mantención u otros fines deberán especificar claramente sus montos, periodicidad y mecanismos de reajuste”. Agrega la ley que estos criterios deberán basarse siempre en “condiciones objetivas” que no dependan solo del proveedor y que puedan verificarse por el consumidor. Para estos efectos los valores aplicables deben ser comunicados al consumidor con treinta días hábiles de anticipación, al menos respecto de su entrada en vigencia. Toda esta normativa no es más que la respuesta legislativa a los abusos que cometieron algunos bancos e instituciones financieras, amparándose en poderes irrevocables o eximiéndose de rendir cuenta o vedando al consumidor la facultad de revocar los mandatos otorgados. Por consiguiente, esta legislación puede ser calificada de “reactiva”.

El artículo 17 C se refiere a los contratos de adhesión de productos y servicios financieros. A este respecto, se dispone que estos contratos deben contener,

en una primera hoja, un *“resumen estandarizado de sus principales cláusulas”*, debiendo los proveedores incluir esta hoja en sus cotizaciones, a fin de que los consumidores puedan realizar las debidas comparaciones. La ley remite a los reglamentos que se dicten la determinación del formato y demás características de la hoja de resumen. Nuevamente se procura transparentar esta operación, facilitando un acceso más fácil a la información. Por cierto, esta norma supone la existencia de un *“contrato de adhesión”*, de manera que si los productos y servicios financieros se prestan en virtud de un *“contrato de libre discusión”* ella no se aplica. No nos hallamos ante una exigencia de fondo, sino meramente administrativa encaminada a facilitar la comprensión de lo estipulado.

El artículo 17 D comienza señalando que en los contratos de adhesión de servicios financieros, los proveedores deberán comunicar periódicamente y en el plazo máximo de tres días hábiles cuando se solicite por el consumidor, la *“información referente al servicio prestado”* de modo que haga posible su conocimiento sobre el precio total ya cobrado, el costo que implica poner término al contrato antes de su expiración, el valor total del servicio, la carga anual equivalente, y demás informaciones relevantes que determine el reglamento. Se trata, una vez más, de asegurar que el consumidor reciba la información completa sobre el servicio prestado, ya sea periódicamente o a requerimiento del consumidor. Esta es una idea recurrente que se reitera en numerosas disposiciones y que no afecta las estipulaciones convenidas.

Agrega el inciso 2° que está vedado al proveedor efectuar cambios en *“precios, tasas, cargos, comisiones, costos y tarifas de un producto financiero con ocasión de la renovación, restitución o reposición del soporte físico necesario para el uso del producto o servicio cuyo contrato se encuentre vigente”*. En ningún caso puede la renovación, restitución o reposición condicionarse a la celebración de un nuevo contrato. Es entendido que estos cambios corresponden a decisiones unilaterales del proveedor, pero que dichos cambios pueden hacerse legítimamente en el evento de que así se acuerde en forma expresa por los contratantes. Los proveedores, bajo ninguna circunstancia, pueden condicionar la renovación, restitución o reposición a la celebración de un nuevo contrato. Se neutraliza, de esta manera, la posibilidad de ejercer presión sobre el consumidor.

El inciso 3° confiere una facultad especial al consumidor: poner término anticipado a uno o más servicios financieros por su sola voluntad, siempre que se extingan las obligaciones asociadas a los servicios específicos que el consumidor decide terminar en virtud del contrato de adhesión que se hallare vigente, incluidos el costo de término o pago anticipado contemplado en la convención. En otras palabras, este tipo de contrato supone la voluntad constante del consumidor, quedando la subsistencia de la relación jurídica entregada a su sola voluntad, siempre que se extingan las obligaciones pendientes que se

tengan para con el proveedor del servicio. Es esta la manifestación más acabada del desequilibrio contractual que se observa en la ley que comentamos. Esta disposición rompe frontalmente con el principio *"pacta sunt servanda"*, de que da cuenta el artículo 1545 del Código Civil, el cual, sin exagerar, es uno de los cimientos del derecho contractual. Desde un punto de vista económico, la facultad excepcional conferida al consumidor impide a las instituciones financieras planificar su desarrollo y funcionamiento, ya que resulta imposible predecir el comportamiento de sus clientes a mediano o largo plazo. Como contrapartida, se puede invocar el incremento de la competencia, puesto que si el costo del servicio se reduce en una institución financiera, muchos de los consumidores optarán por transferir sus intereses a aquélla, valiéndose de este mecanismo. Con todo, debe reconocerse que se debilita la relación contractual.

El inciso 4° del artículo 17 D sanciona al proveedor que retrasa el término del contrato de crédito por cualquier medio. Se entiende que existe retraso en caso de cualquier demora superior a diez días hábiles una vez extinguidas totalmente las obligaciones para con el proveedor asociadas a los servicios específicos que el consumidor decide terminar. En el mismo plazo deben los proveedores entregar los certificados y antecedentes que sean necesarios para renegociar los créditos con otro servidor.

El inciso 5° constituye, a nuestro juicio, un evidente debilitamiento a la llamada *"hipoteca con cláusula de garantía general"* que la jurisprudencia ha reconocido y que, sin duda, favorece las transacciones bancarias y la economía en general. En efecto, se dispone, a propósito de la terminación unilateral del contrato de crédito, que *"En el caso de los créditos hipotecarios, en cualquiera de sus modalidades, no podrá incluirse en el contrato de mutuo otra hipoteca que no sea la que cauciona el crédito que se contrata, salvo solicitud escrita del deudor efectuada por cualquier medio físico o tecnológico"*. Por ende, en el futuro, la hipoteca que comprenda dos a más obligaciones autónomas (entre ellas la incluida en el contrato de mutuo) deberá fundarse en una solicitud escrita del deudor y referirse específicamente a otra u otras obligaciones. Una vez extinguida totalmente las obligaciones caucionadas con hipoteca, debe el proveedor otorgar la escritura de cancelación de la o las hipotecas, dentro del plazo de quince días hábiles. Como puede apreciarse esta norma da pie a sostener que, en el evento de constituirse una hipoteca con *"cláusula de garantía general"*, puede ella extinguirse pagando el monto adeudado en virtud del contrato de mutuo, no más. No cabe discusión sobre que la interpretación de esta norma conduce a la conclusión de que la hipoteca –salvo solicitud en contrario del consumidor– se extinguirá por el pago del crédito que se contrató, como reza la disposición. Creemos, por ende, que se menoscaba considerablemente una institución que ha sido útil para el desarrollo de las instituciones financieras.

El artículo 17 E preceptúa la sanción que cabe aplicar en caso de infringirse el artículo 17 B. En tal caso el consumidor puede solicitar la nulidad de una o

varias cláusulas que contravengan lo dispuesto en la ley. Si el contrato puede subsistir sin las cláusulas viciosas, la nulidad queda limitada a la invalidación de las mismas. Pero *"en su defecto el juez podrá ordenar la adecuación de las cláusulas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinar a favor del consumidor."* La indicada nulidad, agrega la ley, en el inciso 2°, sólo podrá invocarse por el consumidor, no pudiendo invocarla el proveedor para retardar el cumplimiento total o parcial de las obligaciones que le impone el contrato.

Cuatro comentarios amerita este texto.

En primer lugar, se aplicó el principio de *"subsistencia de la convención"*, ya que en el evento de que la nulidad comprometa la validez del contrato en su integridad, el juez podrá ordenar la *"adecuación de las cláusulas correspondientes"*, esto implica una intervención judicial del contrato, lo cual resulta excesivo.

En segundo lugar, la intervención del contrato es *facultativa* y no imperativa, toda vez que la letra de la ley es clara al señalar que el juez *"podrá ordenar la adecuación..."*.

En tercer término, el juez debe ordenar la adecuación de las cláusulas comprometidas en la nulidad, pero no es él el llamado a fijar su contenido. Si las partes no consiguen ponerse de acuerdo en esta adecuación, operará la nulidad dispuesta como sanción. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la indemnización que pudiere determinarse a favor del consumidor.

En cuarto lugar, debe analizarse si esta sanción, que mira el interés individual de los contratantes, excluye la sanción genérica dispuesta en el artículo 24 de la misma ley. Creemos que ambas sanciones son compatibles, atendidos los bienes protegidos y el objetivo que con ella se persigue.

Como puede constatarse, no resulta claro el mecanismo de adecuación contemplado en la ley. ¿Cuál es el rol del juez en este proceso? ¿De qué manera debe procederse para intentar la *"adecuación"*? ¿Qué ocurre si por culpa de una de las partes no se logra acuerdo en el proceso de adecuación? ¿Puede el juez suplir la voluntad de la partes para lograr una solución? ¿Cuál es el alcance preciso que debe darse a la *"adecuación"*? Estas otras interrogantes quedan abiertas.

El artículo 17 F contiene una curiosa prohibición, destinada a evitar perturbaciones al consumidor. Se trata de impedir que los servidores de productos financieros y de seguros al público en general, envíen productos o contratos representativos de ellos, que no hayan sido pedidos por el consumidor, a su domicilio o lugar de trabajo. En otros términos lo que se pretende es respetar al consumidor que, frecuentemente, es agobiado por una propaganda atosigante.

El artículo 17 G impone a los proveedores la obligación de informar la *“carga anual equivalente en toda publicidad de operaciones de crédito en que se informe una cuota o tasa de interés de referencia y que se realice por cualquier medio masivo o individual”*. Agrega la ley que el proveedor debe dar a la publicidad de la carga anual un tratamiento similar a la de la cuota o tasa de interés de referencia, *“en cuanto tipografía de la gráfica, extensión, ubicación, duración, dicción, repeticiones y nivel de audiencia.”* Trascibimos el texto de la norma para demostrar, una vez más, el excesivo detalle de esta regulación. Lo señalado constituye una materia que debió consignarse en un reglamento, no en una ley. Pero la reglamentación va aún más lejos. En los incisos 2° y 3° se señala el plazo mínimo de las cotizaciones (siete días), y su contenido respecto del precio, tasas, cargas, comisiones, costos, tarifas, condiciones y vigencia de los productos ofrecidos conjuntamente, y otros aspectos semejantes. Lo anotado, insistimos, por enésima vez, no es materia de ley, sino de reglamento, atendido su carácter particular y detalle.

El artículo 17 H prohíbe a los proveedores de productos o servicios financieros *“ofrecer o vender productos o servicios de manera atada”*. Se presume que tienen este carácter las ventas que: a) imponen o condicionan al consumidor la contratación de otros productos o servicios adicionales, especiales o conexos; b) no tiene el proveedor disponibilidad del producto para ser contratado en forma separada, en circunstancias de que se puede contratar de esa manera con otros proveedores, o teniéndolos disponibles de esta forma, ello implique adquirirlos en condiciones arbitrariamente discriminatorias. En el primer caso, el consumidor no tiene acceso al producto sino a condición de que contrate otros productos. En el segundo caso, teniendo el proveedor disponibilidad del producto y pudiendo contratarse separadamente con otro proveedor, ello significa adquirirlo en condiciones desventajosas. Creemos que la ley, en esta materia, ha cometido un error grave. En efecto, no puede sancionarse como venta atada aquella que se hace de un producto que estando disponible y pudiendo venderse separadamente *“signifique adquirirlo en condiciones arbitrariamente discriminatorias”*. Ello configura otro tipo de infracción, pero no condiciona ni determina la adquisición forzosa de otro producto, que es lo que tipifica propiamente una *“venta atada”*.

El inciso 2° de esta disposición agrega que el proveedor no puede encarecer el producto aumentando los precios, cargos, comisiones, etcétera, cuando ello depende de la mantención de otro producto, ante el cierre o resolución de este último por el consumidor, cuando ello no obedece a causas imputables al mismo consumidor. En otros términos, no puede aumentarse el valor de un producto, elevando el precio, tasa de interés, cargos, comisiones, etcétera, cuando este aumento depende de la mantención de otro producto si el consumidor opta cerrarlo o resolverlo. En tal caso, el aumento sobrevendría como consecuencia de abandonar un producto atado a otro que el consumidor desea adquirir.

Finalmente, el inciso 4° dispone que el proveedor de productos o servicios financieros no puede restringir o condicionar la compra de bienes de consumo al hecho de que ella se realice exclusivamente por un medio de pago administrado u operado por el mismo proveedor, por una empresa relacionada o una sociedad de apoyo al giro. Lo anterior no se opone a que el proveedor ofrezca descuentos o beneficios adicionales asociados exclusivamente a un medio de pago administrado u operado por cualquiera de los sujetos indicados. Esta norma está destinada a sancionar a los proveedores de productos o servicios financieros que restringen los derechos del consumidor sobre la base de utilizar determinados medios de pago (concretamente el llamado "*dinero plástico*"). La autoridad debe velar porque los medios de pago modernos no sean un instrumento destinado a capturar clientes o apropiarse de un cierto tipo de consumidores, porque ello atenta, a nuestro juicio, contra el orden público económico.

El artículo 17 I está referido una situación habitual. Cuando el consumidor ha otorgado un mandato, autorización o cualquier otro acto jurídico que permita pagar automáticamente todo o parte del saldo de su cuenta, su crédito o su tarjeta de crédito, podrá revocar dicho acto, en cualquier tiempo, sin otra formalidad que aquella que deba cumplir para otorgar el acto jurídico que está revocando. En otros términos, la autorización para realizar estos pagos automáticamente es precaria, como quiera que se haya otorgado puede ser dejada sin efecto por voluntad unilateral del deudor. Precisando las consecuencias de la revocación, dice el inciso 2° que en todo caso ella surtirá efecto a contar "*del período subsiguiente de pago o abono que corresponda en la obligación concernida*". En el inciso 3° se alude a la inejecución de la revocación informada al proveedor del producto o servicio, haciéndolo responsable de los perjuicios que puedan causarse, presumiéndose la infracción de este artículo. El inciso 4° señala que "*En ningún caso será exigente de responsabilidad del proveedor la circunstancia de que la revocación deba ser ejecutada por un tercero*". Existe, en esta y otras disposiciones, un claro repudio a los mandatos de antaño, muchos de ellos irrevocables, otorgados en favor del acreedor, sin obligación de rendir cuenta o con otras estipulaciones igualmente inicuas.

El artículo 17 J impone a los proveedores de productos y servicios financieros la obligación de elaborar y disponer para cada persona natural que se obligue como avalista, fiador o codeudor solidario de un consumidor, un "*documento o ficha explicativa sobre el rol de avalista, fiador o codeudor solidario, según el caso, que deberá ser firmado por ella*". Agrega la norma que este folleto deberá explicar en forma simple los siguientes aspectos de estas instituciones: a) deberes y responsabilidad a que está sujeto el aval, fiador o codeudor solidario, incluyéndose el monto adeudado; b) los medios de cobranza que se emplearán para requerir de pago, en su caso; y c) los fundamentos y las consecuencias

de las autorizaciones y mandatos que otorgue a la institución financiera. Esta obligación, como resulta natural, tiende a superar el nivel de desconocimiento que afecta a una parte importante de la población, que ignora absolutamente las instituciones jurídicas más utilizadas en la vida financiera. Existe, a este respecto, una especie de “deber didáctico”, impuesto en la ley a los agentes financieros con el propósito de suplir la deficiente cultura financiera de la población en general. No cabe ninguna duda que entre los factores que han impulsado esta legislación se encuentra el desconocimiento de instituciones fundamentales y que, en la medida que este escollo se vaya superando, las normas aquí analizadas carecerán de justificación.

El artículo 17 K precisa que quienes infrinjan los artículos 17 B a 17 J y los reglamentos dictados para la aplicación de estas normas, serán sancionados como si se tratase de una sola infracción, con multa de hasta 750 unidades tributarias mensuales. Esta sanción no altera lo indicado en el artículo 17 E, que dispone la nulidad de las cláusulas que quebranten las referencias que ordena realizar el artículo 17 B, y está en armonía con el artículo 24 al indicar una sanción general.

El artículo 17 L, que cierra el párrafo 4° analizado, previene que los proveedores que entreguen la información exigida en esta ley *“de manera que induzca a error al consumidor mediante publicidad engañosa, sin la cual no se hubiere contratado el servicio o producto, serán sancionados con las multas previstas en el artículo 24 en sus respectivos casos”*. Todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de las indemnizaciones que fije el juez competente en conformidad a esta ley.

Como conclusión general, no podemos sino insistir en la falta de equidad y equilibrio de estas normas en las cuales el proveedor aparece como un malvado y el consumidor su víctima; la insistencia en regular situaciones que deberían estar tratadas en un reglamento; el desorden que se evidencia al abordar en conjunto cuestiones meramente formales con disposiciones de fondo; la aparente reacción ante situaciones muy probablemente injustas que parecen haber predominado en el pasado; y el empeño que se pone en alcanzar una contratación transparente que sea cabalmente comprendida por las partes, induce a pensar que la Ley N° 19.496 es un adecuado correctivo frente a los abusos y aprovechamiento de que fueron objeto los consumidores en una actividad tan importante como la financiera. Todo lo anterior ha desatado un propósito sobrerregulatorio que, tememos, paralice a mediano o largo plazo muchas actividades productivas y comerciales. La Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor se aparta de la legislación civil y comercial y, sin exagerar, arrasa con los principios que ellas reconocen.

III.- Comentario sobre normas de procedimiento

La Ley N° 19.496 establece un Título IV que se denomina “Del procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y del procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso”, que consta de dos Párrafos: el primero sobre “Normas Generales”, y el segundo sobre el “Procedimiento Especial para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores”. Nos abocaremos separadamente, siguiendo el esquema desarrollado, a cada uno de estos párrafos, destacando que el estatuto sobre protección del consumidor abarca también una regulación especial de carácter procedimental, la cual, como se demostrará, se separa también de concepciones procesales tradicionales. En este aspecto la legislación que comentamos exhibe su carácter rupturista y se aparta de nuestro derecho tradicional.

I.- Normas generales

A.- Compatibilidad de acciones

Comienza el artículo 50 con una declaración que carece de todo significado, al señalarse que “*las acciones que derivan de esta ley, se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores*”. Realmente no se advierte la importancia y proyección de esta obvia “declaración de principios”, ya que si no se afectan los derechos que se consagran en favor de los consumidores, malamente podría reconocérseles la titularidad de las acciones que nacen de esta ley.

El inciso 2° del mismo artículo vuelve sobre la compatibilidad entre las sanciones en que incurre el infractor (anular las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores) y la correspondiente indemnización de perjuicios. Esta materia ya estaba prevista en el artículo 40 inciso 2° de la misma ley, como se señaló en lo precedente.

En síntesis, cualquier contravención que afecte los derechos de los consumidores puede perseguirse exigiendo la sanción específica contemplada en la ley y la reparación indemnizatoria que corresponda conforme las norma de derecho común.

B.- Interés protegido

El artículo 50 inciso 3° declara que el interés que protegen las acciones que confiere esta ley puede ser individual, colectivo o difuso.

El inciso siguiente (4°) define el interés individual como aquel destinado “*exclusivamente a la defensa de los derechos del consumidor afectado*”.

El inciso 5° se ocupa de definir el interés colectivo como aquel destinado a “*la defensa de los derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual*”. Por consiguiente, en tal caso, se trata de un incumplimiento que no sólo afecta a un conjunto de personas, sino además, siempre que todos ellos estén ligados con el infractor por un vínculo contractual. Dicho vínculo no es el mismo, sino derivado de una misma fórmula o estructura contractual, cuestión de hecho que deberá definir en cada caso el tribunal competente. No es necesario insistir que la ley no exige una misma fuente contractual, ya que en tal caso esta norma quedaría reservada para el contratante integrado por sujetos múltiples.

El inciso 6° define las acciones de interés difuso como aquel destinado a “*la defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos*”. Nada más. La pobreza de esta definición salta a la vista. Basta para demostrarlo el hecho de que no se aporta un solo elemento distintivo capaz de caracterizar el interés comprometido en este supuesto. Para caracterizar esta clase especialísima de acción, debería reconocerse que se trata de un interés que puede reclamarse en virtud de una sentencia judicial ejecutoriada que opera *erga omnes*, con la sola excepción de los interesados que hayan hecho reserva de sus derechos durante el juicio a que dio lugar la infracción legal y de aquellos demandantes individuales cuando han sido citados para oír sentencia en los autos respectivos. En los demás casos opera el artículo 54. Como lo demostraremos más adelante, lo distintivo de la acción fundada en el interés difuso es la oportunidad en que pueden hacerse valer los derechos de los afectados y reclamarse la indemnización que se haya establecido en el juicio en favor de los demandantes. Se trata, entonces, de una clara instigación a litigar, cuando las prestaciones que se reclaman no constituyen individualmente un incentivo para el actor, atendido el monto de ellas. Advirtiendo el legislador que, en tal caso, el consumidor no recurriría a los Tribunales (porque el interés es mínimo), optó por establecer un procedimiento en que fallado el juicio el consumidor renuente podía reclamar directamente el beneficio sin intervenir en la litis. Rompiéndose principios procesales inveterados, mediante normas de muy dudosa constitucionalidad (particularmente en lo relativo a la garantía del *debido proceso legal*), se da a una sentencia judicial efectos universales en beneficio de terceros que no han sido parte del juicio respectivo. Lo anterior se justifica con lo expresado en el inciso final del artículo 50.

El último inciso (7°) anticipa que, para los efectos de determinar las indemnizaciones y reparaciones que procedan, conforme lo que preceptúa el párrafo 2° de este mismo Título, “*será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y los consumidores afectados.*” Como lo analizaremos más

adelante, observamos una clara contradicción entre el inciso 7° citado y los artículos 54, 54 C, 54 D, y 54 E. De lo anterior se sigue que el mencionado inciso parece no tener otro fin que justificar los efectos anómalos del interés difuso.

C.- Competencia

El artículo 5 A señala que la competencia para conocer de las acciones que emanan de esta ley corresponde a los jueces de policía local de la comuna en que se celebró el contrato, o se hubiere cometido la infracción o dado inicio a la ejecución, a elección del demandante. Sin embargo, tratándose de contratos celebrados por medios electrónicos en que no sea posible establecer alguno de los factores antes indicados, será competente el tribunal que corresponda a la residencia del consumidor. Tampoco se aplica esta regla de competencia a las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2 bis (cuando *“esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento”*), incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B (corrección de cláusulas abusivas contenidas en contratos de adhesión, y declaración de nulidad de una o varias de sus cláusulas). En todos estos casos la competencia corresponde a los tribunales ordinarios de justicia conforme las reglas generales.

Los procedimientos instituidos en esta ley de acuerdo al artículo 50 B pueden iniciarse por demanda, querrela o denuncia, según corresponda. En lo no previsto en este párrafo (1° del Título IV), *“se estará a lo dispuesto en la ley N°18.287 (establece el procedimiento ante los juzgados de Policía Local) y, en subsidio, a las normas del Código de Procedimiento Civil. Interesa destacar que sólo “para los efectos previstos en esta ley se presume que representa al proveedor, y en tal carácter lo obliga, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación del proveedor”* constituido en persona jurídica. Agrega el artículo 50 D que si se tratare de una persona jurídica se notificará al representante legal de ésta *“o bien al jefe del local en que se compró el producto o se prestó el servicio”*. Ordena la ley que debe el proveedor exhibir en un lugar visible de su establecimiento la individualización completa de la persona que se desempeña como jefe del local, indicándose a lo menos su nombre completo y su domicilio.

D.- Denuncia, querrela o demanda temeraria

El artículo 50 E dispone que si la denuncia, querrela o demanda carece de fundamento plausible, el juez en su sentencia y a petición de parte podrá declararla temeraria, extendiendo la sanción tanto a la parte como al abogado *“conforme a las facultades disciplinarias contenidas en los artículos 530 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales”*. A nuestro juicio, no se justifica otorgar al juez una

facultad tan amplia, ya que en ausencia de antecedentes serios que avalen la credibilidad de lo que se alega, sólo cabe sancionar al actor. Formulada esta declaración los responsables serán sancionados en conformidad al artículo 24, salvo que se trate de acciones iniciadas en conformidad al N°1 del artículo 51 (demanda deducida por el Servicio Nacional del Consumidor, una Asociación de Consumidores, un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50), en cuyo caso la multa puede ascender a 200 unidades tributarias mensuales, todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil solidaria de los autores por los daños causados.

E.- Bienes peligrosos

El artículo 50 F faculta al juez para ordenar la custodia en el tribunal de los bienes susceptibles de causar daño, si durante el procedimiento toma conocimiento de su existencia. Si lo anterior no fuere factible, el juez ordenará pericias que permitan acreditar el estado la calidad y la aptitud de dichos bienes para causar daño o cualquier otra medida necesaria para la seguridad de las personas o de los bienes. Se trata de una facultad muy general destinada a impedir perjuicios que han podido preverse y que pertenecen al ámbito cautelar.

F.- Causas de mínima cuantía

Concluye este párrafo sobre normas generales de procedimiento con el artículo 50 G, el cual se refiere a las causas cuya cuantía, de acuerdo al monto de lo pedido, *"no exceda de diez unidades tributarias mensuales"*. El procedimiento se ajustará a las normas de este párrafo, como procedimiento de única instancia, por lo cual todas las resoluciones que se dicten serán inapelables. La multa impuesta en este tipo de causas no puede superar el monto de lo otorgado por la sentencia definitiva. Como puede observarse, se trata de un procedimiento simple, de única instancia, destinado a estimular la litigiosidad de consumidores que no reclaman cuantiosos perjuicios.

Del párrafo primero del Título IV destacamos la sanción asignada al autor de denuncias, querellas o demandas temerarias, intentadas, no pocas veces, con el fin de obtener beneficios indebidos o ejercer presión ilegítima. Aun cuando ello no constituye un desincentivo poderoso para desalentar el litigio temerario, al menos es una disposición entre muchas otras que apuntan en un sentido contrario. Del mismo modo, conviene destacar la ampliación de la representación judicial del proveedor para facilitar la notificación de la demanda y traba de la litis. En lo demás no advertimos mayores novedades.

II.- Del procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores

A.- Procedimiento especial

Comienza el artículo 51 señalando que este procedimiento se aplica cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. Ocurre, sin embargo, que lo “colectivo” y lo “difuso” no es ni remotamente parecido. Como ya lo señalamos, lo colectivo, para los efectos de esta ley, es la acción judicial múltiple o plural, intentada por varios sujetos; en tanto, lo difuso es la acción que se deduce en favor de un conjunto indeterminado de consumidores, de manera que cuando el juicio esté fallado y al amparo del efecto *erga omnes* de la sentencia, el titular se sume reclamando participar en los beneficios. Por consiguiente, tratándose de dos cosas distintas, fuerza reconocer que ambas acciones no deben someterse al mismo procedimiento.

B.- Apreciación de la prueba

El mismo artículo 51 en su inciso 2° dispone que las pruebas que deban rendirse se apreciarán conforme las “reglas de la sana crítica”. Por ende, debe el juez, para apreciar la prueba rendida por las partes, ceñirse a los principios de la lógica, la experiencia y el conocimiento científico imperante. No es este el lugar propicio para comentar el alcance de esta concepción que, a nuestro juicio, amplía excesivamente las facultades del juez. El derecho procesal moderno ofrece otras alternativas que enriquecen la seriedad y categoría de la tarea judicial.

C.- Iniciación del juicio

El inciso 3° del artículo 51 describe las etapas que deben seguirse. Atendido el carácter reglamentario de esta norma, nos limitaremos a comentar sus aspectos más importantes.

1.- La ley se refiere a una demanda que sólo puede iniciarse por el Servicio Nacional del Consumidor, una Asociación de Consumidores constituida con seis meses de anticipación a la presentación de la demanda, o un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50 personas. ¿Qué implica “un mismo interés”? Creemos que se trata de una expectativa que nace ya de la misma relación contractual o de una relación contractual idéntica o sustancialmente similar y que, en ambos casos, tiene el mismo sujeto pasivo.

2.- Respetándose los requisitos generales de la demanda, respecto de las peticiones relativas a perjuicios “basta señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme el mérito del proceso, la que deberá ser la

misma para todos los consumidores que se encuentren en la misma situación". No parece razonable dar al juez una facultad tan amplia, puesto que corresponde a las partes precisar sus pretensiones.

3.- En este tipo de juicios no cabe demandar daño moral ni la reserva de que trata el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil (reservarse la facultad de probar los perjuicios en la ejecución del fallo o en otro juicio distinto). Por consiguiente, se trata de un juicio práctico, indemnizatorio, destinado a obtener una reparación pecuniaria a título de daño emergente y lucro cesante.

4.- Durante el juicio cualquier legitimado activo o consumidor que se sienta afectado puede hacerse parte, sin afectar el curso del procedimiento.

5.- El demandante que es parte en un procedimiento de esta naturaleza, mientras está pendiente este juicio, no puede deducir demanda de interés individual fundada en los mismos hechos. La ley, en esta parte, instituye una especie de *"litis pendencia"* anticipada que se configura como un presunto de admisibilidad de la acción. No obstante, nada impide deducir otra acción si ella se funda en hechos diferentes.

6.- La presentación de una demanda de esta especie interrumpe la prescripción de las acciones indemnizatorias que correspondan a los consumidores afectados. Nótese que la interrupción se produce como consecuencia de la presentación de la demanda, no siendo necesaria la notificación para los efectos de computar los plazos legales. Por otro lado, tratándose de una interrupción, se entiende que todo el tiempo transcurrido se pierde inexorablemente. Tratándose de aquellas personas que se suman a los efectos de la sentencia una vez que ella ha sido pronunciada –situación contemplada en el artículo 54 C–, el plazo de prescripción de sus derechos se contará desde que la sentencia quede ejecutoriada. En otros términos, mejora la situación del consumidor habilitado para reclamar beneficios derivados de un juicio en que él no ha intervenido, por el solo hecho de que nos hallemos ante un proceso sobre interés difuso.

7.- El artículo 51 en su numeral 7 alude al comportamiento de los abogados, el procurador común y la revocación del mandato judicial. Se trata, sin duda, de una norma excepcional de origen desconocido en nuestro derecho. Comienza la disposición facultando al juez, *"cuando los abogados entorpecen la marcha regular del juicio"*, a solicitar a los legitimados activos (quienes son parte en el juicio) que nombren un procurador común de entre sus respectivos abogados, en subsidio de este acuerdo, deberá el juez designarlo entre los mismos abogados. Acto seguido, la disposición enumera las facultades del procurador común, disponiendo la forma de notificación a los interesados (por avisos redactados por el secretario del tribunal) o por otro medio efectivo. Agrega la ley que el

juez fijará los honorarios del procurador común, los cuales se consignarán en la sentencia definitiva o una vez definidos los integrantes del grupo o subgrupo (situación que analizaremos en lo que sigue). Además, puede el juez, de oficio o a petición de parte y por resolución fundada, revocar el mandato judicial *“cuando la representación del interés colectivo o difuso no sea la adecuada para proteger eficazmente los intereses de los consumidores o cuando exista otro motivo que justifique la revocación”*. Dos observaciones surgen de esta facultad tan especial. Por una parte, parece exagerado facultar al juez frecuentemente para sancionar a los abogados que intervienen en juicios regidos por la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor (véase el artículo 50 E), ya que ello es prerrogativa esencial del mandante y corresponde a él poner fin a los servicios legales contratados. Por otra parte, estas atribuciones, que deben ejercerse en función de la opinión que merece al juez el desempeño profesional del abogado, ciertamente comprometen la independencia del Tribunal y dan la impresión que la defensa del consumidor está depositada en el juez más que en abogado o, al menos, el trabajo profesional de éste se encuentra bajo la supervisión de aquél.

8.- Finalmente, la ley contiene disposiciones sobre preferencias de estas causas ante las Cortes de Apelaciones, y la acumulación de las acciones cuya admisibilidad se encuentre pendiente.

D.- Admisibilidad de la demanda

El artículo 52 contiene una regla de enorme utilidad en el momento actual, atendido el hecho de que parecen haberse desatado tendencias litigiosas para la consecución de beneficios de la más diversa índole. Es indudable que esta y otras leyes (p. ej. en el ámbito del medio ambiente, en los sistemas de salud y en el campo societario), han promovido la actividad jurisdiccional y aumentado exponencialmente la litigiosidad. Una manera de control, al menos en parte, consiste en generar una instancia de admisibilidad.

Dice el artículo citado que *“El tribunal examinará la demanda, la declarará admisible y le dará tramitación, una vez que verifique la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que la demanda ha sido deducida por uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51. b) Que la demanda contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifiquen razonablemente la afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores, en los términos del artículo 50”*. A su vez, el artículo 50 inciso 1° señala que *“Las acciones que derivan de esta ley se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores”*. En consecuencia, lo que la ley exige es justificar razonablemente, al interponerse la demanda, que se ha afectado el ejercicio de un derecho del consumidor sea por medio de un acto o conducta. Por lo tanto,

no nos hallamos ante un requisito formal que se cumple con la sola aseveración en el libelo respectivo que se ha lesionado un derecho del consumidor, se requiere, como la ley ordena, justificarlo razonablemente. Si así no fuere, cabe preguntarse: ¿qué sentido tendría esta disposición y de qué manera sería posible atajar los abusos que pudieran cometerse a su amparo? A pesar de la claridad de la norma, de su sentido finalista y de los claros propósitos que ella persigue, la Corte Suprema ha declarado que se trata de una mera exigencia formal, circunstancial, que se satisface con la sola relación contenida en la demanda. De este modo, queda cercenada una facultad primordial del Tribunal para excluir juicios inútiles y carentes de factibilidad. Para los efectos de la admisibilidad de una demanda sobre defensa del interés colectivo o difuso, es necesario, previamente, justificar razonablemente que se ha lesionado un derecho consagrado en favor del consumidor. Mientras ello no ocurra, esa demanda no puede acogerse a tramitación.¹ Es lamentable que nuestro máximo Tribunal de Justicia, recurriendo a trámites legislativos equívocos (historia fidedigna del establecimiento de la ley) y a una interpretación literal de muy dudosa valía, haya inutilizado una institución importante destinada a evitar abusos y procesos inútiles.

El mismo artículo 52 regula el recurso de reposición contra la resolución que declara admisible la demanda y el recurso de apelación que debe interponerse con carácter de subsidiario de la solicitud de reposición. De la misma manera, regula el recurso de reposición con apelación subsidiaria contra la resolución que declara inadmisibile la demanda. La norma invocada, como es habitual en este estatuto legal, detalla minuciosamente los trámites y las gestiones que proceden.

E.- Conciliación

El artículo 52 reglamenta también el trámite de conciliación. Sin descender a los detalles, cabe destacar que las partes deben de *"comparecer representadas por apoderado con poder suficiente y deberán presentar bases concretas de arreglo"* (inciso 8°). No se advierte cómo podría un demandado que impugna integralmente la acción deducida proponer bases concretas de arreglo. Pero lo más importante radica en el rol que corresponde al juez. La norma señala que *"El juez obrará como amigable componedor y tratará de obtener una conciliación total o parcial en el litigio"*. Nos parece excesivo y gravemente erróneo transformar a un juez de derecho en una especie de árbitro arbitrador para el solo efecto de participar en una audiencia de conciliación. ¿Qué implica

¹ El fallo pronunciado por la Corte Suprema se refiere a una demanda en que el Sernac afirma la existencia de un daño patrimonial a los consumidores, en circunstancias que de los antecedentes conocidos se desprende, precisamente, lo contrario: los consumidores sólo recibieron beneficios del acto impugnado. La Corte de Apelaciones acogió la inadmisibilidad, pero, en fallo de casación, la Corte Suprema revocó lo resuelto. Cabe advertir que de la sola lectura de la demanda se infiere que no se consignó una sola razón para justificar la lesión que se reclamaba. Corte Suprema. 20 de agosto de 2013. Rol N° 9010-12.

esta facultad? ¿Debemos entender que para dirigir las deliberaciones debe obrar siguiendo lo que le dicta su prudencia y equidad? ¿La invocación a un *"amigable componedor"* no expresa una asimilación al régimen de los árbitros arbitradores? Todo queda en la nebulosa.

El juez está facultado expresamente en el artículo 53 B para llamar a conciliación cuantas veces lo estime conveniente. Por su parte, el demandado puede formular ofertas de avenimiento, debiendo hacerlas públicamente. Toda conciliación, avenimiento o transacción debe ser aprobada por el juez, *"quien puede rechazarlos si los estima contrarios a derecho o arbitrariamente discriminatorios"*. Nuevamente se nos presenta el juez comprometido con los intereses de los consumidores y encargado de velar por la suerte de los demandantes. Todavía más, en caso de desistimiento del legitimado activo, el tribunal deben dar traslado al Servicio Nacional del Consumidor, *"quien puede hacerse parte del juicio dentro de quinto día"*. Lo mismo ocurre si el legitimado activo pierde la calidad de tal. Esta vez los intereses de los consumidores quedan entregados a un organismo público.

F.- Grupos y subgrupos

El artículo 53 A contiene una institución original. Se faculta al juez, durante el juicio y hasta la dictación de la sentencia definitiva inclusive, para ordenar, atendiendo a las características que sean comunes, *"la formación de grupos y, si se justificare, de subgrupos, para los efectos señalados en las letras c) y d) del artículo 53 C. El juez podrá ordenar también la formación de tantos subgrupos como estimare conveniente"*. El objeto de estos grupos y subgrupos, según se desprende de la referencia contenida en el artículo, es la distribución del monto de las indemnizaciones y reparaciones que correspondan y la devolución de lo pagado en exceso y la forma en que ello se hará efectivo. Se trata, entonces, de un mecanismo destinado a regular la forma en que deben distribuirse los beneficios obtenidos.

G.- Contenido adicional de la sentencia que acoge la demanda

El artículo 53 C dispone que la sentencia que hace lugar a la demanda, además de las menciones indicadas en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, debe contener cinco declaraciones especiales. Entre ellas la forma en que los hechos han afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores; la responsabilidad del proveedor o los proveedores demandados y la aplicación de la multa o sanción que procediere; la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o la reparación que corresponda a cada grupo o subgrupo; disponer la devolución de lo pagado en exceso y la forma en que ello se hará efectivo al igual que respecto de cobros indebidos; y, finalmente, dispone la publicación de los avisos llamando a quienes no fueron parte del juicio, pero reclaman los beneficios reconocidos.

Resulta sorprendente, por decir lo menos, la facultad de que está investido el juez para fijar la procedencia de la indemnización y el monto de la misma. ¿Sobre qué base se establece esta compensación? ¿Cómo se precisa su cuantía? ¿En qué antecedente se funda la determinación de lo que debe pagarse? Si no se rinde prueba ¿de qué se vale el juez para fijar la indemnización? Lo que señalamos reviste una gravedad extrema porque se vulnera flagrantemente la garantía del *"debido proceso legal"*. Sostenemos que no es posible condenar a una persona al pago de una indemnización, sin que se pruebe la existencia del daño, la autoría del mismo, la relación de causalidad entre la conducta impugnada y su efecto dañoso, y el factor de atribución en que se funda el reproche jurídico. En el presente caso nada de esto parece concurrir, no obstante lo cual se faculta al juez para *"declarar el monto de la indemnización o la reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda"*. Repárese en que no nos hallamos en el ámbito de la responsabilidad objetiva, razón por la cual deben, en la especie, concurrir todos los presupuestos de la responsabilidad contractual. No se aparta esta ley de la llamada responsabilidad subjetiva (que exige la concurrencia como factor de imputación del dolo o la culpa), la que constituye la regla general en esta materia, así se trate de la responsabilidad contractual o extracontractual. Los casos de responsabilidad objetiva requieren de un texto legal expreso que la consagre, cosa que, por cierto, no ocurre en este campo.

Valiéndonos de la letra de la ley, debería entenderse que *"corresponde"* declarar el monto (cuantía) de la indemnización, toda vez que se acredite en el juicio respectivo, por los medios de prueba legal, la procedencia de la misma y la precisa determinación de su monto. De otro modo, se quebrantaría violentamente el sistema jurídico, al dotar a un funcionario público (el juez) de una potestad discrecional que puede ejercerse a su ilimitado arbitrio. Reafirma esta interpretación el artículo 51, al decir que en este procedimiento especialísimo *"todas al pruebas que deban rendirse, se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica"*. Asimismo, el penúltimo inciso del artículo 52 alude directamente a la rendición de la prueba. Recordemos que contestada la demanda o en rebeldía del demandado, debe citarse a un comparendo de conciliación, en el cual el juez *"obrará como amigable componedor"* (disposición ya comentada). Agrega el penúltimo inciso del artículo 52 que *"si se rechaza la conciliación o no se efectúa la audiencia, y si el tribunal estima que hay hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, recibirá la causa a prueba por el lapso de veinte días. Sólo podrán fijarse como puntos de prueba los hechos sustanciales controvertidos en los escritos anteriores a la resolución que ordena recibirla. En caso contrario, se citará a las partes a oír sentencia."* En suma, será ésta la oportunidad para rendir prueba, con una limitante de importancia que consiste en que sólo será admisible si el hecho está controvertido en los escritos de demanda y contestación.

Nuestra aprensión queda pendiente. Puede el juez pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización y fijar su monto, sin que se hayan acreditado los presupuestos básicos de la responsabilidad.

H.- Efectos de la sentencia pronunciada en los juicios sobre interés difuso

No cabe duda que lo más singular de esta ley radica en los efectos de la sentencia que se pronuncia acogiendo la protección del interés difuso. Ellos están regulados en el artículo 54 de la Ley N°19.496 y puede sintetizarse en la siguiente forma:

- a.- La sentencia ejecutoriada que declara la responsabilidad de los demandados produce efectos *“erga omnes”*, vale decir, respecto de todas las personas, hayan o no hayan sido demandantes. Esta disposición rompe el principio sobre el *“efecto relativo”* de las sentencias judiciales. Nótese, además, que la sentencia ejecutoriada extiende sus beneficios a sujetos hasta ese momento ajenos absolutamente al juicio. La ley sólo contiene dos excepciones: respecto de aquellos procesos que no pudieren acumularse (porque las partes estaban citadas para oír sentencia), y los que hicieron reserva de sus derechos, para quienes la sentencia es inoponible.
- b.- La sentencia debe darse a conocer *“para que todos aquellos que hayan sido perjudicados por los mismos hechos puedan reclamar el cobro de las indemnizaciones o el cumplimiento de las reparaciones que correspondan”*. La ley reglamenta en detalle de qué manera deben publicarse los avisos correspondientes.
- c.- En el evento de que haya rechazado la demanda cualquier legitimado activo puede interponer dentro del plazo de prescripción de la acción, *“ante el mismo tribunal y valiéndose de nuevas circunstancias, una nueva acción entendiéndose suspendida la prescripción a su favor por todo el plazo que duró el juicio colectivo.”* Agrega la disposición que *“El Tribunal declarará encontrarse frente a nuevas circunstancias junto con la declaración de admisibilidad de la acción dispuesta en el artículo 52”*.

Esta institución sobrepasa principios esenciales en el derecho. Puede atribuirse un alcance más práctico que teórico, ya que, siguiendo una orientación bien definida, procura amparar a los consumidores a todo trance. No hay términos medios, se aplasta la cosa juzgada al extender los efectos de una sentencia a terceros indeterminados que no fueron parte en el proceso, se aplasta el efecto relativo de la sentencia, el debido proceso legal, la seguridad jurídica y se confieren beneficios a quienes no han sometido a escrutinio jurisdiccional sus derechos cuando ellos hayan sido controvertidos. Como si lo anterior no fuere suficiente, se suspende la prescripción por todo el tiempo que duró el juicio colectivo para facilitar la interposición de nuevas acciones (de lo contrario la prescripción habría seguido corriendo porque el demandado obtuvo sentencia

absolutoria), y se permite renovar las demandas con el simple arbitrio de alegar nuevas circunstancias.

Esta regulación, desconocida en nuestro derecho, constituye la más clara incitación a litigar y, lo que es más grave, revela el aplastamiento de una de las partes que intervienen en el acto de consumo en provecho de la otra. Se trata de una legislación profundamente injusta sin ningún sostén doctrinario. La única explicación plausible, como ya se adelantó, radica en la necesidad de alentar a los consumidores a recurrir a los tribunales cuando se trata de prestaciones de baja cuantía en que una demanda individual no se justifica. Para corregir este efecto ha surgido el juicio sobre protección del interés difuso, precisándose a los legitimados activos, entre los cuales se encuentra un organismo público, una Asociación de Consumidores y un grupo no inferior a 50 consumidores.

La ley, acto seguido, reglamenta los avisos (llamados a las personas a reclamar los beneficios que se siguen de un juicio del cual estuvieron ausentes) y la forma en que pueden comparecer para ejercer estos derechos (artículos 54 A y 54 B).

Es probable que se diga que los terceros ajenos al juicio, si bien no litigaron, se encuentran en la misma situación fáctica que aquellos que efectivamente hicieron valer judicialmente sus pretensiones. Este argumento lleva a confundir lo jurídico con lo pragmático, prescindiendo de toda consideración sobre la fuente de la obligación de reparar perjuicios. En otras palabras, se prescinde del derecho y se califica sólo la situación de hecho predominante. De aquí que atribuyamos una extrema gravedad a estas disposiciones que rompen frontalmente las instituciones jurídicas.

1.- Ejercicio de derechos por terceros ajenos al juicio

Desentendiéndonos de los detalles reglamentarios que invaden este estatuto jurídico, conviene analizar de qué manera pueden los terceros que no fueron parte en el juicio incorporarse a la masa demandante y obtener los mismos beneficios, sobre la base de hallarse, como se dijo, en la misma situación fáctica que los actores. El artículo 54 dispone que *“Los interesados (terceros ajenos al juicio pero en la misma situación fáctica que los demandantes) deberán presentarse a ejercer sus derechos establecidos en la sentencia, ante el mismo tribunal en que se tramitó el juicio, dentro del plazo de noventa días corridos contados desde el último aviso”*. La alusión al último aviso debe entenderse en relación a los artículos 53 C y 54 A.

Siempre dentro de este plazo, los interesados pueden hacer reserva de sus derechos, a fin de perseguir la responsabilidad civil derivada de la infracción en un juicio distinto *“sin que sea posible discutir la existencia de la infracción ya declarada”*. O sea, la sentencia determina la existencia de una infracción sin

que se pueda impugnar en otro juicio diverso seguido por un tercero ajeno al litigio ya resuelto. Pero hay todavía más. La sentencia dictada conforme el artículo 53 C, ya analizado, *“producirá plena prueba respecto de la existencia de la infracción y del derecho del demandante a la indemnización de perjuicios, limitándose el nuevo juicio a la determinación del monto de los mismos”*. De la manera indicada, queda en definitiva resuelta la situación respecto de todos los terceros que quieran hacer valer los derechos declarados en una sentencia pronunciada en un proceso en que no fueron parte. Dos cosas pueden agitarse sobre este particular. La primera consiste en probar que el *“interesado”* no se encuentra en la misma situación fáctica que los demandantes, lo cual deberá ser calificado por el juez para excluirlo de los beneficios que reclama, en la forma reconocida en el artículo 54 E incisos 1° y 2°. La segunda tiene relación con la clara vulneración de la garantía constitucional del *“debido proceso legal”*. En efecto, parece indiscutible que la obligación de reparar perjuicios, declarada en favor de los terceros interesados, carece de título o, más bien, que no es procedente beneficiar a un tercero con los efectos de una sentencia judicial pronunciada en un proceso en el cual este tercero no ha intervenido. Respecto de ese interesado, no existe sentencia que imponga la obligación de reparar, salvo que se estime que dicha obligación emana de la ley y no de la sentencia, en cuyo caso nos hallaríamos ante una exacción ilegal.

Finalmente, dispone este artículo que aquellas personas (interesadas) que ejerzan el derecho consagrado en el inciso 1° no tendrá derecho a iniciar otra acción basada en los mismos hechos, lo propio ocurrirá con quienes no efectuaron la reserva de derechos a que se refiere el inciso 2° del mismo artículo.

En verdad, nos hallamos ante una norma desconcertante que se aparta de principios y concepciones fundamentales y que se constituye como una isla en nuestro sistema legal. No exageramos si sostenemos que se ha consumado una ruptura en nuestro régimen jurídico.

En el evento de que el demandado impugne el derecho del presunto *“interesado”*, se originará un incidente regulado en el artículo 54 E. La ley precisa que una vez vencido el plazo de 90 días a que se refiere el artículo 54 C, se dará traslado al demandado de la presentación de todos los interesados *“sólo para que dentro del plazo de diez días corridos controvierta la calidad de miembro del grupo de uno o más de ellos”*. Si el juez estimare que existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, se abrirá un término de prueba que se regirá por las reglas de los incidentes. Contra la resolución que resuelve este incidente sólo se admitirá el recurso de reposición con apelación subsidiaria: *“Una vez fallado el incidente promovido conforme este artículo, quedará irrevocablemente fijado el monto global de las indemnizaciones o de las reparaciones que deba satisfacer el demandado”* (inciso final del artículo 54 E). Recordemos que, por

mandato del artículo 51 N° 2 la indemnización debe ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación.

J.- Cumplimiento de la sentencia por parte del demandado.

El artículo 54 F comienza señalando que el demandado debe efectuar las reparaciones o consignar *“íntegramente en la cuenta corriente del tribunal el monto de las indemnizaciones dentro del plazo de treinta días corridos, contados desde que se haya fallado el incidente promovido conforme el artículo 54 E”*. En el evento de que no se haya promovido el incidente mencionado, aun cuando la ley no lo dice, el plazo para cumplir debe computarse a partir de la extinción del término de 90 días fijado por el artículo 54 C.

Se pone la ley en el caso de que el monto global de la indemnización *“pueda producir, a juicio del tribunal, un detrimento patrimonial significativo en el demandado, de manera que pudiera estimarse próximo a la insolvencia”* (inciso 2° del artículo 54 F). Por consiguiente, no basta un detrimento patrimonial significativo (empobrecimiento), es necesario, además, que ello coloque al deudor al borde de la insolvencia (pasivo superior al activo). En tal supuesto, el juez puede establecer *“un programa mensual de pago de indemnizaciones completas para cada demandante, reajustadas, con intereses corrientes, según su fecha de pago”*. Advirtiendo la ley la necesidad de flexibilizar las facultades del juez, agrega: *“No obstante, en caso del inciso anterior, el juez podrá determinar una forma de cumplimiento alternativo del pago”*. Todavía más, el inciso final de esta norma expresa que para autorizar el pago en alguna de las formas señaladas en los incisos precedentes, dependiendo de la situación económica del demandado, el juez *“puede exigir una fianza u otra forma de caución”*. Termina este artículo con un inciso 5°, que dispone que todas las resoluciones que dicte el juez sobre esta materia no serán susceptibles de recurso alguno. Señalemos de paso que este crédito no tiene preferencia legal alguna.

Concluye esta regulación con el artículo 54 G, según el cual si la sentencia no es cumplida por el demandado, *“la ejecución se efectuará, a través del procurador común, en un único procedimiento, por el monto global a que se refiere el inciso final del artículo 54 E, o por el saldo insoluto. El pago que corresponda hacer en este procedimiento a cada consumidor se efectuará a prorrata de sus respectivos derechos declarados en la sentencia definitiva”*.

K.- Lo reparatorio y lo infraccional.

En el estatuto que analizamos parece existir una evidente diferencia entre las acciones destinadas a obtener una compensación económica por el daño causado y las acciones encaminadas a sancionar las infracciones legales en que se incurra.

El artículo 26 dispone que *“Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contados desde que se haya incurrido en la infracción respectiva”*. Este plazo se suspende cuando, dentro de él (o sea de los seis meses): a) se interpone un reclamo ante el servicio de atención al cliente; b) ante el mediador; y c) o ante el Servicio Nacional del Consumidor. El plazo de prescripción seguirá corriendo una vez concluida la tramitación del reclamo respectivo. Si la sanción ha sido aplicada por sentencia judicial, prescribe en el plazo de un año contado desde que la sentencia ha quedado firme o ejecutoriada.

Esta prescripción no alcanza a las acciones ordinarias que nacen del incumplimiento del contrato a que da lugar el acto de consumo. Dichas acciones prescriben en el plazo de cinco años y se suspenden e interrumpen de acuerdo a las reglas generales de derecho. La suspensión a que alude el artículo 26 inciso 2° sólo es aplicable a las acciones destinadas a perseguir la responsabilidad infraccional, como reza la indicada disposición. Con todo, recuérdese lo dispuesto en el artículo 54 inciso 5° respecto de la situación del legitimado activo que, rechazada la demanda de interés colectivo o difuso, deduce nueva demanda sosteniendo la existencia de nuevas circunstancias. En tal caso opera una interrupción de la prescripción por todo el tiempo que duro el juicio colectivo.

Nuestros tribunales han reconocido la diferencia que existe entre las acciones que persiguen la responsabilidad contravencional y las acciones que persiguen la reparación indemnizatoria del daño causado.

Hasta aquí el comentario que nos merecen las normas procedimentales de mayor importancia que, en medida nada despreciable, dan fisonomía propia al proteccionismo contemplado en la Ley N°19.496.

IV.- Indebida intervención de la autoridad

Cabe destacar que el Título V de la Ley N°19.496 está destinado a regular el *“Sello Sernac, el servicio de atención al cliente y el Sistema de Solución de Controversias”*. A su vez, el Título VI se refiere al *“Servicio Nacional del Consumidor”*, al cual se califica como *“servicio público funcionalmente descentralizado y desconcentrado territorialmente en todas las regiones del país, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”*.

La misión esencial del SERNAC está contenida en el artículo 58, que expresa: *“El Servicio Nacional del Consumidor deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor,*

difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor”.

La Ley N° 19.496, como puede apreciarse a través de este trabajo, no está fundada en la generación de una relación jurídica equilibrada, en la cual cada parte ejerza sus derechos sin ventajas y con igualdad de armas. Creyó el legislador que para corregir la posición de dominante que ejercía el proveedor era necesario invertir los papeles y privilegiar al consumidor, incluso rompiendo principios fundamentales de derecho, según ha quedado de manifiesto en las páginas anteriores.

La circunstancia anotada, que objetivamente nadie podría negar con solo examinar las disposiciones de la ley comentada, se magnifica si consideramos que los consumidores o están representados o se encuentran estrechamente aliados a un organismo público dependiente del Jefe del Estado. En estos términos la relación jurídica a que da lugar el acto de consumo es desigual, está condicionada por el poder público y pulveriza las garantías más elementales que son dables exigir en un estado de derecho.

Lo que señalamos no implica desconocer que corresponde al Estado, a través de sus órganos administrativos, cooperar con los sectores más desvalidos y brindarles apoyo ante la posibilidad de que sean sometidos por intereses superiores. Pero ello debe alcanzarse por otra vía, como, por ejemplo, un organismo autónomo, independiente de las autoridades políticas, que garantice a consumidores y proveedores una absoluta prescindencia política. El papel que en esta materia juega el Servicio Nacional del Consumidor, luego de las reformas introducidas por las Leyes N°s 19.955 y 2.555, terminará estando determinado por factores de índole política y, no sería de extrañar que se transformara, a mediano o largo plazo, en una oficina, incluso, de carácter electoral.

No puede decirse lo mismo de las Asociaciones de Consumidores, reguladas en el Párrafo 2° del Título II de la Ley N°19.496. Esta agrupación, entendida como *“la organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés”* (artículo 5), es el medio idóneo que debe considerarse para la protección del consumidor. La autoridad pública puede estimular su intervención y apoyarla, pero no participar ella en una función que no le concierne de la manera que lo establece esta ley.

V.- ¿Por qué un análisis exegético?

Como ha quedado dicho, la legislación que comentamos tiene un sello rupturista, respecto del derecho tradicional. Es indudable que ella entra a regular situaciones de hecho en extremo particularizadas que no deberían estar incorporadas a una ley, a lo más, a un reglamento. Por otra parte, se confunde a menudo lo meramente administrativo con lo sustancial, como si ambas cosas fueren igualmente importantes. De la misma manera, se trata del acto de consumo (generalmente la compraventa) junto a la contratación de bienes y servicios financieros. La Ley N° 20.555 integró forzosamente, a nuestro juicio, ambas materias, lo que ha hecho más difícil su ordenamiento y sistematización, dando lugar a una pésima política legislativa.

Ante estas características negativas, sólo cabe analizar esta normativa exegéticamente, puesto que, de lo contrario, quedaría al margen una parte mayoritaria de dicha regulación. No es posible proyectar con carácter general la gran cantidad de normas de detalle (aun cuando ello implique una contradicción). Cuando la ley entra en detalles, invadiendo el terreno que corresponde al reglamento y la sentencia judicial, queda de manifiesto el propósito del legislador de resolver derechamente todos los conflictos que se suscitan, y como ello es imposible, el vacío es difícil de llenar. La casuística propia del derecho anglosajón parece ser el influjo que más fuerte golpea a los inspiradores del derecho del consumidor.

Para comprender en toda su magnitud lo que queremos transmitir, debe tenerse en consideración, a lo menos, el rupturismo y la sobrerregulación en cuestiones tales como: los derechos y deberes del consumidor, especialmente estos últimos; las obligaciones del proveedor; la corrección de los contratos de adhesión; la responsabilidad; información y publicidad y así muchas otras.

No parece posible, en este ámbito, sostener la existencia de un nuevo derecho del consumidor, fundado en principios propios, originales, capaces de generar renovadas relaciones jurídicas. Ignoramos qué destino tiene este tipo de legislación, ya que ella requerirá una constante adecuación a la realidad imperante, sin conseguir el arraigo de nuevas instituciones, cual es la finalidad de todo derecho emergente.

En la tercera parte de este trabajo analizaremos el rol que cabe al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), cuya actividad e influencia han aumentado considerablemente en el último tiempo, al extremo de volver sobre la necesidad de aumentar sus facultades, lo cual puede resultar nefasto. Lamentablemente este organismo ha contribuido poderosamente a hostilizar a comerciantes y empresarios, al menos en los últimos cuatro años, entre 2010 y 2013, desempeñándose con inocultables propósitos políticos. Permitir que éste se desplace hacia otras áreas de la actividad productiva generalizará la sensación de acoso

de que son víctimas los agentes productivos. En todo caso esta cuestión será objeto de la última parte de este trabajo.

Algunos principios que informan la teoría de la ley. (Título preliminar del Código Civil)

HUGO ROSENDE ÁLVAREZ

Profesor de Derecho Civil - UDD

RESUMEN: De la teoría de la ley, que en la Universidad del Desarrollo, sede Santiago, se estudia en el ramo de "Bases del Orden Jurídico", se pueden extraer algunos principios que la informan, los cuales son objeto de este trabajo. Entre tales principios queremos destacar los siguientes: la supremacía constitucional, la sanción de las normas jurídicas, la especialidad y su aplicación preferente, el principio de inexcusabilidad del desconocimiento de la ley, la irretroactividad de las leyes, la autonomía privada, la territorialidad de la ley chilena, la obligatoriedad de la interpretación de la leyes por vía de la autoridad pública, la interpretación reglada de la hermenéutica judicial, y el principio de la temporalidad de la normas legales.

Inspirado en el propósito de renovar la enseñanza del derecho, nuestro Decano, don Pablo Rodríguez Grez, ha convocado al cuerpo de profesores del área del derecho privado a incorporar en los programas de estudios de Bases del Orden Jurídico y de Derecho Civil los principios que orientan sus instituciones y materias. Ello, porque *"la organización social más perfecta supone el pleno imperio del Estado de Derecho, lo cual implica, a lo menos, la concurrencia de cuatro exigencias fundamentales: existencia de un sistema de normas jurídicas derivadas las unas de las otras, coherentemente organizadas (constitucionales, legales y reglamentarias); cumplimiento espontáneo o coercitivo de todas ellas por parte de los imperados; determinación sobre cómo deben aplicarse las normas a los casos concretos, resolviendo los conflictos que se susciten en el orden temporal; y separación de las potestades públicas, evitando su concentración en el ejercicio del poder"*¹. Lo anterior no excluye la existencia de otros principios, tal vez de menor jerarquía, alguno de los cuales se verán más adelante.

A manera de ensayo o intento de plasmar esa idea en el marco de la teoría de la ley, nos parece útil referirnos sucintamente a ciertos principios que deseamos destacar, como de supremacía constitucional; de sanción de las normas jurídicas; de especialidad y su aplicación preferente; de la inexcusabilidad del

¹ Rodríguez Grez, Pablo, "Difícil legalidad", *El Mercurio*, A2. sábado 3 de mayo de 2014.

desconocimiento de la ley; de la irretroactividad de las leyes; de la autonomía privada; de la territorialidad de la ley chilena; de la obligatoriedad de la interpretación de las leyes efectuada por la autoridad pública; de la interpretación reglada de la hermenéutica judicial, y de la temporalidad de las normas legales.

1. El principio de supremacía constitucional

El artículo 1° del Código Civil dispone: *“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”*. De esta definición ya aparece esbozado el principio de supremacía constitucional, porque, a pesar de las críticas que se formulan a esta definición, la ley tiene validez o es obligatoria en razón de haberse ajustado en su gestación a lo dispuesto en la Carta Política. Esto quiere decir, como lo explica Rodríguez Grez², que ninguna norma está incorporada al sistema jurídico en forma anárquica o autárquica, sino que es el desarrollo de otra norma de mayor jerarquía y, paralelamente, de mayor generalidad.

El principio de supremacía constitucional y el de juridicidad están contemplados en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República de 1980³, que establecen:

“Artículo 6°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

“Artículo 7°. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

² Rodríguez Grez, Pablo, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, p. 12, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1995.

³ Según su texto promulgado por D.S. N° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 17 de septiembre de 2005, publicado en el *Diario Oficial* de 22 de septiembre de 2005.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Lo expuesto ha hecho decir al tratadista señor Alejandro Silva Bascuñán⁴ que “consecuencia evidente de la supremacía constitucional es que todas las normas jurídicas cuya vigencia se disponga han de conformarse sustancial y formalmente a ella y que, por lo tanto, carecen de todo valor si pugnan con la carta”.

El profesor Cruz-Coke⁵ explica que la subordinación de las normas del ordenamiento jurídico a la Constitución es material en cuanto signifique que la norma inferior guarde concordancia y armonía con el contenido dispositivo de la Constitución, sujetándose a ella en lo sustantivo de su normativa. La subordinación formal implica la sujeción estricta a los procedimientos que establece la Carta Fundamental para su validez.

En opinión de este autor, el corolario de los principios de la supremacía constitucional y de juridicidad viene a ser el Estado de Derecho, mediante el cual prima el imperio de la norma jurídica y en especial de la Constitución como norma suprema, obligando los preceptos constitucionales a los titulares o integrantes de los poderes del Estado, como a toda persona, institución o grupo.

La teoría de la ley queda entonces subordinada al principio de supremacía constitucional y sujeta a los controles de constitucionalidad preventivos o a posteriori, en su caso, que ejerza el Tribunal Constitucional respecto de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de promulgación⁶; o al resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso⁷; o al resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda⁸; al resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 de la Constitución⁹. Asimismo-

⁴ Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. Principios, Estado y Gobierno*, tomo I, p. 123, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1997.

⁵ Cruz-Coke Ossa, Carlos, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, pp. 313 y ss., Universidad FinisTerae, 2009.

⁶ Artículo 93, N° 1 de la Constitución Política de la República.

⁷ Artículo 93, N° 3 de la Constitución Política de la República.

⁸ Artículo 93, N° 8 de la Constitución Política de la República.

⁹ Artículo 93, N° 16 de la Constitución Política de la República.

mo, el Tribunal Constitucional está llamado a resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución¹⁰. También debe resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 93 de la Constitución¹¹.

De otro lado, frente a la ausencia de ley o de lagunas legales entra en aplicación el principio de inexcusabilidad, conforme al cual “reclamada la intervención de los jueces en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión” (artículo 76 C.P.R.).

2. Principio de la sanción de las normas jurídicas

Para saber cuál es la sanción que acarrea la infracción de las normas jurídicas, se debe recurrir a la clasificación de las leyes contemplada en el artículo 1° del Código Civil, que distingue entre leyes imperativas, prohibitivas y permisivas.

a) Las leyes imperativas son aquellas que ordenan o imponen hacer algo, lo cual puede exigirse como requisito de un acto jurídico, como condición para adquirir un derecho o en función del contenido del acto jurídico o de la convención

a.1.) Leyes imperativas de requisitos del acto jurídico

El artículo 1445 del C.C. establece: “Para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita”.

a.1.1.) Capacidad

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. (Art. 1445, inciso final). Todas las personas son legalmente capaces, excepto aquellas que la ley declara incapaces. (Art. 1446 del C.C.) Los incapaces son absolutos y relativos y existen incapacidades especiales o prohibiciones (Art. 1447 del C.C.). La sanción de los actos

¹⁰ Artículo 93, N° 6 de la Constitución Política de la República.

¹¹ Artículo 5° de la Constitución Política de la República.

de los absolutamente incapaces que actúen por sí mismos y no a través de su representante legal es la nulidad absoluta en conformidad con el artículo 1682 del C.C. Los actos de los relativamente incapaces en los cuales no interviene la autorización que la ley exige ni actúa su representante legal, son nulos de nulidad relativa (Art. 1691 del C.C.).

a.1.2.) Consentimiento exento de vicios

Este requisito significa que el acto o declaración de voluntad no debe verse afectado por el error, la fuerza o el dolo (Art. 1451 del C.C.). Solo el error de hecho vicia el consentimiento, porque el artículo 1452 del C.C. dispone que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. La sanción que traen consigo el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento es la nulidad relativa del acto o contrato en conformidad con el artículo 1691 del C.C., aunque en doctrina se discute la sanción del error obstáculo, pues algunos piensan en la inexistencia o en la nulidad absoluta.

a.1.3.) Objeto lícito

El artículo 1445 del C.C. establece que el acto o declaración de voluntad debe recaer sobre un objeto lícito, lo cual se relaciona con el artículo 1460 del mismo Código, que establece: "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración." Este último precepto conduce a los requisitos del objeto según se trate de una cosa o un hecho, a los que se refiere el artículo 1461 del C.C.

Si el objeto es una cosa, ella debe ser: real, esto es, que exista o se espera que exista, comerciable y determinada, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

A su vez, el artículo 1464 del Código Civil establece requisitos para evitar que haya objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, en cuyo caso es menester que el juez la autorice o el acreedor consienta en ello (numeral 3). También contempla este precepto la exigencia de la autorización judicial cuando se pretenda enajenar una cosa sobre cuya propiedad se litiga, en conformidad con el numeral 4° del artículo 1464 del Código Civil.

La sanción establecida en la ley por el incumplimiento de esta clase de requisitos es la nulidad absoluta, según lo establece el artículo 1682 del C.C., porque el objeto ilícito o la omisión de algún requisito que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, tiene como sanción esa clase de nulidad.

a.1.4.) Causa lícita

- **La causa del acto o declaración de voluntad**

La causa del acto o declaración de voluntad debe ser lícita y la causa de la obligación deberá ser real y lícita. El artículo 1445 del Código Civil señala que todo acto o declaración de voluntad debe tener una causa lícita y el artículo 1467 del mismo código establece que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. A su vez, el artículo 1445, ya mencionado, considera la licitud de la causa para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad y el artículo 1467 ahondando en este punto agrega que no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

La causa es un elemento de existencia de los actos jurídicos y está concebida, precisamente, en el intercambio de prestaciones y, lo que es más importante, justificando como causa de las obligaciones generadas por el contrato, la contraprestación que él hace nacer¹². El artículo 1467 considera la causa final como el motivo que induce a contratar, esto es, el fin o propósito inmediato e invariable en el acto. En este sentido es el fin que se propone el deudor al obligarse y que es idéntico siempre en contratos de la misma especie¹³.

En los contratos unilaterales la causa de la obligación está en la prestación que el otro contratante ha hecho ya al promitente, o que éste espera recibir. Es la obligación de restituir la cosa ya recibida en mutuo, depósito, renta vitalicia, prenda, etc., o la promesa de un préstamo, tratándose de contratos consensuales unilaterales¹⁴.

Finalmente, en los actos o contratos gratuitos o de beneficencia, la causa es la mera liberalidad. Así acontece en las donaciones entre vivos, el mandato gratuito y otros.

¹² Pablo Rodríguez Grez, *La obligación como deber de conducta típica*, p. 135, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1992.

¹³ Avelino León Hurtado, *La causa*, pp. 24 y 25, Editorial Jurídica de Chile, 1961.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 37.

Hay entonces en la causa, como elemento esencial de todo acto jurídico, un reconocimiento expreso de que la interrelación entre las prestaciones de ambos contratantes (en los contratos bilaterales) y en los unilaterales en la forma ya señalada, constituye un presupuesto fundamental para la validez del acto o contrato. De allí entonces que no hay una obligación válidamente contraída si, tratándose de un contrato bilateral, no hay una obligación correlativa que la justifique. Tampoco hay causa para el mutuario de su obligación de restituir si no ha recibido la cosa dada en mutuo, aun cuando ello haya sucedido antes de que surja la obligación, esto es, de que se perfeccione el contrato¹⁵.

A partir de la equivalencia de las prestaciones recíprocas de las partes en los actos o declaraciones de voluntad y particularmente de los contratos, surgen determinados principios jurídicos fundados en ella.

Los principios directamente comprometidos en la interrelación de obligaciones son: el enriquecimiento sin causa, porque nadie puede enriquecerse sin una causa real y justa, lo que significa que todo provecho pecuniario que experimente una persona debe estar fundado en un acto o situación jurídicamente legítimo¹⁶; la buena fe, que corresponde al deber de lealtad para contratar, para cumplir la obligación asumida y para exigir su cumplimiento. De esta manera la buena fe tiene una relación directa con la actitud del deudor de pagar lo que efectivamente debe, sin eludir el deber jurídico asumido; y del acreedor de no exigir sino aquello que como contrapartida le corresponde y puede demandar de su deudor¹⁷; la teoría de la causa, la que está fundada en la interrelación de obligaciones recíprocas, de lo cual se sigue que el legislador ha entendido que el lazo que une a los contratantes deriva de que ambos, equilibradamente, han asumido obligaciones recíprocas o esperan beneficios comunes o procuran una liberalidad que compensa el gravamen jurídico que se les impone¹⁸; la conmutatividad de los contratos onerosos, en los cuales la equivalencia está constante y permanentemente presente y determina, en muchos casos, la validez del vínculo contractual¹⁹; la fuerza obligatoria de los contratos, que se expresa en el principio de "*pacta sunt servanda*", según el cual todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes (artículo 1545 del Código Civil). En lo que concierne a los contratos onerosos, para generar una relación contractual válida es necesario que existan prestaciones contrapuestas y que la causa (final) sea real y lícita. Además, los contratos deben ejecutarse de buena fe, con lo cual se incorpora a ellos todo lo que emana precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella (artículo 1546 del Código Civil). Por consiguiente, según se ha visto, la fuerza obligatoria del

¹⁵ Pablo Rodríguez Grez, op. cit., p. 137.

¹⁶ Op. cit., p. 164.

¹⁷ *Ibid.*, p. 167.

¹⁸ *Ibid.*, p. 168.

¹⁹ *Ibid.*, p. 169.

contrato se funda en la interrelación de las obligaciones. De allí que no pueda generarse una relación contractual en que no hay una clara expresión de esta correlación de obligaciones equivalentes (contratos bilaterales), o en que no hay una prestación previa (contratos unilaterales), o una mera liberalidad que justifique subjetivamente la obligación que se contrae. La ley supervigila esta relación, ya sea elevando la conmutatividad a requisito de validez de la convención, sancionando la lesión enorme en ciertos casos con la nulidad del acto o contrato, o bien aplicando la noción de causa final o el principio de buena fe que preside la normativa del cumplimiento o ejecución de los contratos²⁰, restableciendo el contrato a su trasfondo de equidad; la intención como elemento de interpretación del contrato, lo que significa que en el proceso de interpretación del contrato es indispensable indagar la voluntad de los contratantes, que es la verdadera fuente de las obligaciones contractuales. Para que la voluntad de una persona acepte asumir una obligación es necesario una motivación racional, ya que nadie se obliga en el vacío o sin razón de ninguna índole²¹. Ese móvil es racional cuando existe una contraprestación (contratos bilaterales), la cual juega el papel de causa de la obligación, o cuando ha habido una prestación anticipada, que es la causa de la obligación que asume el deudor en los contratos unilaterales, o cuando existe el propósito de favorecer a una persona con una liberalidad (contratos gratuitos). Así, la motivación jurídica de quien se obliga, fuerza motriz de la voluntad, está necesariamente unida a la contraprestación y ello se devela a través de la interpretación del contrato, proceso en el cual se recurre a la intención real y auténtica de los contratantes al dar vida a la convención²². En consecuencia, al interpretar un contrato e indagarse la verdadera intención (voluntad auténtica) de las partes, se llegará inevitablemente a la contraprestación (anticipada o no) o la mera liberalidad, porque toda declaración de voluntad habrá de tener una motivación jurídica, que es el presupuesto de la validez y subsistencia del vínculo contractual²³.

En cuanto a los vicios del consentimiento, hay que considerar el error, la fuerza y el dolo²⁴.

En lo tocante al *error*, obstáculo u obstativo, que se relaciona con la naturaleza del contrato que se ha celebrado o que recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1453 del Código Civil, resulta evidente que ello conduce a un falso concepto de la verdad. En ambos casos hay un perjuicio para quien padece el error y es evidente que de no mediar este falso concepto de la realidad el contratante no habría celebrado el contrato, porque existe una desproporción entre lo que se obligó

²⁰ *Ibíd.* p. 171.

²¹ *Ibíd.* p. 173.

²² *Ibíd.*, p. 174. Cfr., 1445, 1440, 1441, 1467 y 1560 y ss. del Código Civil.

²³ *Ibíd.*, pp. 174 y 175.

²⁴ *Ibíd.*, pp. 175 y ss.

a dar y lo que recibirá a cambio. Así ocurre cuando una de las partes entrega una cosa en mutuo y la otra lo recibe como donación, o cuando se vende una cosa determinada y el comprador cree que ha comprado otra.

En el error substancial (art. 1454 C.C.), que recae en la substancia o calidad esencial del objeto, se da el mismo esquema, porque una de las partes creyó contratar sobre una cosa de cierta calidad o substancia y en la realidad contrató respecto de otra de menor calidad o de substancia inferior. El daño deberá apreciarse en relación a la contraprestación.

Finalmente, el error en la persona (art. 1455 C.C.) apunta a los contratos *intuitu personae*, vale decir, a aquellos que se celebran en atención a una persona determinada, ya sea por sí misma o por sus aptitudes o habilidades.

Tratándose del *dolo*, como vicio del consentimiento, una de las personas es inducida engañosamente a contratar. El que sufre el daño puede demandar la nulidad del contrato si el engaño ha sido urdido por el otro contratante o puede perseguir la responsabilidad (indemnización de perjuicios) de quien lo fraguó sin ser parte del contrato o de quien se aprovecha del dolo ajeno (art. 1458 C.C.).

En los actos unilaterales también tiene cabida el dolo, como acontece en materia sucesoria, en que el artículo 968 N°s 4 y 5 del Código Civil establece causales de indignidad para suceder al difunto. Así, el que por fuerza o dolo obtuvo una disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar es indigno de sucederle como heredero o legatario. A su turno, el que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, es igualmente indigno de sucederlo, presumiéndosele solo por el mero hecho de la detención u ocultamiento.

Por otro lado, ninguna persona tiene derecho para que se rescinda su repudiación, a menos que la misma persona o su legítimo representante hayan sido inducidos por fuerza o dolo a repudiar (art. 1237 C.C.).

El dolo supone un daño o perjuicio que la ley trata de evitar o reparar con la nulidad del acto viciado.

En cuanto a la *fuerza*, quien la ejerce contra una persona, usualmente, procura tener un provecho sea porque consigue una prestación desproporcionada comparada a la suya, sea porque del contrato se derivará un beneficio que no puede obtener por otro medio.

Excepción del contrato no cumplido²⁵

Esta excepción se encuentra contemplada en el artículo 1552 del Código Civil, según el cual en los contratos bilaterales ninguna de las partes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. El legislador establece esta excepción del contrato no cumplido, porque entendió que una obligación se había asumido en función de la contraria y que mientras una esté pendiente no existe razón para exigir el cumplimiento de la otra. Su fundamento se encuadra en la necesidad de preservar la interrelación equivalente de las prestaciones convenidas en el contrato.

El caso fortuito²⁶

El caso fortuito es un imprevisto al que es imposible resistir (art. 45 del C.C.). Su efecto es de extinguir la obligación cuando el caso fortuito o fuerza mayor genera una imposibilidad absoluta de ejecutar la prestación debida y cuando, con la diligencia de que responde el obligado, no es posible atajar sus efectos.

Abuso del derecho²⁷

El acto abusivo es aquel que se ejecuta excediendo el interés jurídicamente protegido y está íntimamente ligado a la equivalencia de las obligaciones recíprocas.

La norma jurídica, tratándose del derecho contractual, ha estimado que la existencia y equivalencia de las prestaciones recíprocas que realizan las partes constituye una de las exigencias fundamentales para dar validez y continuidad al vínculo jurídico (obligación) que crea el contrato o convención.

• *La causa de la obligación*²⁸

La causa de la obligación corresponde a la fuente que la genera, y tratándose de actos o declaraciones de voluntad, la causa de esas obligaciones será la causa eficiente, o sea el contrato que la genera. Si no existe el contrato, no puede existir la obligación correspondiente. La causa debe ser real y no simulada y debe ser lícita, esto es, no ha de estar prohibida por la ley, o ser contraria a las buenas costumbres o al orden público.

²⁵ *Ibíd.*, pp. 178 y ss.

²⁶ *Ibíd.*, pp. 180 y ss.

²⁷ *Ibíd.*, pp. 184 y ss.

²⁸ *Ibíd.*

a.1.5.) Solemnidades

Dentro de la teoría de los actos jurídicos, se distinguen las formalidades legales y las convencionales. En este aspecto, nos detendremos en las primeras, que se clasifican en solemnidades propiamente tales, formalidades habilitantes, formalidades de prueba, formalidades de publicidad o de simple noticia y formalidades fiscales.

La sanción por haberse omitido las formalidades indicadas precedentemente varía según la naturaleza de la omisión. Si se trata de la falta de una solemnidad propiamente tal, la sanción es la nulidad absoluta del acto o contrato, si se omite una formalidad habilitante, el acto será nulo relativamente, si falta la formalidad de prueba, como por ejemplo la constancia escrita del acto atendida la cuantía de la obligación que contiene, significará el impedimento de valerse de la prueba de testigos, la ausencia de formalidades de publicidad o de simple noticia es la inoponibilidad de forma por falta de publicidad y la omisión de formalidades fiscales tendrá la sanción que para cada caso establezca la ley.

a.1.5.1.) Requisitos del testamento

Los requisitos del testamento se dividen en internos y externos. Los requisitos internos son la capacidad, la voluntad del testador, el objeto y la causa. Son requisitos externos las solemnidades²⁹.

a.1.5.1.1.) Testamentos solemnes otorgados en Chile³⁰

Son requisitos comunes a los testamentos solemnes otorgados en Chile: escrituración, presencia de testigos hábiles, individualización del testador, de los testigos y del funcionario, si lo hubiere, lugar de otorgamiento, fecha del otorgamiento, continuidad y unidad del acto, firmas del testador, testigos y funcionarios, si los hubiere, y registro del testamento.

- **La escrituración.** Está contemplada en el artículo 1011, el cual señala que el testamento solemne es siempre escrito. La sanción por falta de escrituración consiste en que el testamento no tendrá valor alguno (artículo 1026 C.C.). Por consiguiente, el testamento no existe.
- **Presencia de testigos hábiles.** La presencia de testigos hábiles se justifica para asegurar la libertad del testador y para tener certeza de la voluntad del causante. Su número es variable, dependiendo del tipo

²⁹ Fabián Elorriaga De Bonis, *Derecho Sucesorio*, p. 155, LexisNexis, 2005.

³⁰ *Ibíd.*, pp. 185 y ss.

de testamento. La sanción por la ausencia o inhabilidad de testigos es la nulidad absoluta del testamento, a menos que se hayan presentado más de los testigos necesarios y, a pesar de la inhabilidad, se reúna el número de testigos hábiles exigidos por la ley.

- **Individualización del testador, testigos y funcionario** (artículos 1016, 1023 inciso 5° y 1024 del C.C.). La sanción por la omisión de individualizaciones es la nulidad absoluta del testamento. Sin embargo, según el inciso 2° del artículo 1026 cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1016, en el inciso 5° del artículo 1023 y en el inciso 2° del artículo 1024, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo.
- **Lugar de otorgamiento del testamento** (artículos 1016 inciso 2°, 1023 inciso 5° y 1024 del C.C., en relación con el artículo 414 del C.O.T.). La importancia de la indicación del lugar en que se emitió el testamento sirve, principalmente, para decidir sobre la legislación aplicable a sus requisitos externos, la competencia del funcionario que interviene en el acto testamentario y si los testigos, en el número exigido por el artículo 1012, tienen o no domicilio en la comuna o agrupación de comunas en que se otorga. La sanción por la falta de designación del lugar de otorgamiento del testamento se ha discutido, pero existe la tendencia a considerar que la omisión del lugar no invalida el testamento, fundado en el artículo 1026 del C.C. según el cual dicha omisión no causa la nulidad del testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo.
- **Fecha y hora del otorgamiento** (artículos 1016 inciso 2° y 1023 inciso 5° del C.C. y 414 del C.O.T.). La importancia de esta formalidad radica en la determinación de la capacidad del testador, los testigos y del funcionario a esa fecha. Asimismo, permite determinar cuál es la ley aplicable a sus formalidades, dado que el testamento se rige por la ley vigente en ese momento, y cuál de los sucesivos testamentos es el último. La hora, por su parte, permite resolver cuál de los dos testamentos es el último que fue otorgado si se emitieran varios en el mismo día. La sanción por la omisión de la fecha y la hora debería ser la nulidad absoluta del testamento, pero ese principio se ve atemperado por el artículo 1026 del C.C., según el cual no hay tal nulidad si no hubiere dudas acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigos. La jurisprudencia ha sido contradictoria.
- **Continuidad y unidad del acto.** Ello tiene por objeto evitar cambio de opiniones del testador e impedir la influencia de terceros durante el

proceso de otorgamiento del acto testamentario. Esta exigencia está prevista para el testamento solemne cerrado (artículo 1023 inciso 7° C.C.), pero la doctrina lo extiende al testamento abierto. Sanción por la falta de continuidad o unidad del acto debe ser la nulidad absoluta y no es aplicable el artículo 1026 del C.C.

- **Firmas del testador, testigos y funcionarios si los hubiere** (artículos 1018 inciso 1°, 1023 inciso 6° y 1024 inciso 2° del C.C.). La exigencia que se plantea obedece a la manera en que universalmente se acepta la expresión de voluntad del individuo. Si el testador no sabe o no puede firmar, deberá otorgar testamento abierto (artículo 1022 del C.C.), y según el artículo 1018 inciso 2°, debe mencionarse en el testamento esta circunstancia, expresándose que el testador no firma por encontrarse imposibilitado. La certificación del notario a este respecto supe la firma, pues equivale a la certificación de la voluntad del testador. No se exige que además un testigo firme a ruego del testador, pero si así se procediere, el testamento no es nulo, pues se trata de una formalidad adicional que no vicia el acto, siempre que se haya dejado la constancia de que el testador o no sabía o no podía firmar. Lo mismo ocurre con los testigos, caso en el que otro de los testigos debe firmar a ruego suyo, expresándolo así. La sanción por la falta de firma es la nulidad absoluta del testamento.
- **Registro del testamento.** El testamento solemne debe ser incorporado en el Registro Nacional de Testamentos, en conformidad con los artículos 13 y 14 de la Ley 19.903, de 3 de octubre de 2003. La sanción por la omisión del registro no es la nulidad ni es inoponible a los herederos *ab intestato*, porque la inscripción en el Registro Nacional no es una solemnidad del testamento y tampoco es una medida de publicidad cuya omisión acarrea la inoponibilidad del acto. La obligación de enviar la nómina de testamentos al Registro Civil recae en el notario, y si éste la incumple compromete su responsabilidad administrativa o eventualmente su responsabilidad civil y hay un perjuicio real y cierto para terceros. Si la información ha sido enviada por el notario, pero el Registro Civil no efectúa las inscripciones de rigor, solo quedará comprometida la responsabilidad administrativa de los funcionarios respectivos y eventualmente hace responsable civilmente al Servicio frente a terceros por el daño causado.

Testamento solemne abierto (artículo 1014 del C.C.). El testamento solemne y abierto debe otorgarse ante competente escribano y tres testigos o ante 5 testigos. Tiene competencia para este efecto el notario de la comuna o agrupación de comunas en que se otorgue el testamento. Si el testamento abierto no se otorga ante funcionario, o se otorga ante

uno incompetente, o ante un funcionario diferente de los señalados en la ley, la sanción es la nulidad absoluta del acto testamentario.

El testamento solemne abierto debe escriturarse, leerse y ha de existir continuidad y unidad del acto y firma de los intervinientes. En el evento de que no se cumpla con las formalidades mencionadas, la sanción es la nulidad absoluta del testamento y no se aplica la excepción del artículo 1026, porque estas exigencias formales están contenidas en los artículos 1017 y 1018 del C.C., preceptos legales que son diferentes de los mencionados en el inciso 2° del artículo 1026 del mismo código.

Testamento solemne cerrado (artículo 1008 inciso 5° del C.C.). Son formalidades del otorgamiento de esta clase de testamentos: a) la escrituración y firma del testamento o memoria; b) la introducción de la memoria o testamento en el sobre; c) la declaración del testador de ser ese su testamento; d) la redacción y firma de la carátula, y e) un acto continuo y sin interrupciones. Por la omisión de una o más de las formalidades antes señaladas, es la nulidad absoluta del testamento. Con todo, si la omisión consiste en la falta en el sobre de algunas de las menciones establecidas en el inciso 5° del artículo 1023, esto es, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y el lugar, día, mes y año del otorgamiento, podría no haber nulidad del testamento, pues, en tal caso, según el inciso 2° del artículo 1023, no será nulo el testamento, siempre que no haya dudas acerca de la identidad personal del testador, notario o testigos.

a.1.5.1.2.) Testamentos privilegiados o menos solemnes. (Artículos 999, 1008 y 1030 y ss. del C.C.)

Son testamentos privilegiados o menos solemnes, el verbal, el marítimo y el militar.

Las solemnidades comunes a los testamentos privilegiados se refieren a la habilidad de los testigos que intervienen en el testamento (art. 1031 C.C.) y a las formalidades coetáneas que deben observarse al momento de otorgarlo. Respecto de estas últimas, el testador debe declarar expresamente su intención de testar; el acto ha de ser unitario, ya que las personas cuya presencia es necesaria serán las mismas desde el principio hasta el fin, y el otorgamiento del testamento debe ser continuo, interrumpiéndose en breves intervalos de tiempo si algún suceso o accidente lo impone (art. 1032 C.C.).

El testamento verbal caduca y carece de todo valor si el testador falleciere después de los 39 días subsiguientes al otorgamiento; o si habiendo fallecido

antes, no se hubiere puesto por escrito el testamento, con las formalidades que indica la ley, dentro de los 30 días subsiguiente a su muerte (art. 1036 C.C.).

El testamento militar, abierto o cerrado, caduca en el plazo de 90 días contado desde que cesan las circunstancias que habilitaban al testador para otorgar esta clase de testamento privilegiado (art. 1044 del C.C.).

El testamento militar verbal caduca por el hecho de sobrevivir el testador al peligro (art. 1046 del C.C.). Si el testador fallece, deberá ponerse por escrito el acto de última voluntad en la forma prescrita en los artículos 1037 y ss. del Código Civil.

a.1.6.) De los regímenes matrimoniales

Sociedad conyugal es el régimen legal del matrimonio y, por lo mismo, no hay necesidad de pactarlo (arts. 135 inciso 1° y 1718 del C.C.). Por excepción, los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia de ello en dicha inscripción (art. 135 inciso 2° del C.C.). Si no se cumple con la formalidad indicada, se entiende que el régimen matrimonial es de separación total de bienes.

- **Separación de bienes**

La separación total de bienes convencional puede acordarse en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio (art. 1720 del C.C.) y deberá cumplirse con las formalidades de escritura pública y de subinscripción de las capitulaciones al margen de la inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse el matrimonio o dentro de los 30 días siguientes a su celebración (art. 1716 inciso 1° del C.C.). Puede convenirse la separación total de bienes al momento de celebrarse el matrimonio, en cuyo caso deberá dejarse constancia en la inscripción matrimonial. Finalmente, durante el matrimonio puede acordarse la sustitución del régimen matrimonial por el de separación total de bienes, pacto que deberá otorgarse por escritura pública y subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación (art. 1723 C.C.).

La sanción por la infracción de los requisitos señalados precedentemente es la nulidad absoluta, no obstante que también es aplicable como sanción la caducidad si no se cumple con la formalidad de la subinscripción dentro del plazo fatal indicado por la ley (art. 49 C.C.).

- **Participación en los gananciales**

La participación en los gananciales es un régimen convencional que puede pactarse en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio y cumpliéndose los requisitos del artículo 1716 del C.C. (art. 1792-1). Al momento de contraer matrimonio, se puede pactar el régimen de participación en los gananciales, dejándose constancia del pacto en la inscripción matrimonial (art. 1716 del C.C.). Durante el matrimonio los cónyuges pueden sustituir el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes por el de participación en los gananciales, en los términos del artículo 1723 del Código Civil (art. 1792-1 del C.C.).

La sanción por la omisión de las solemnidades establecidas por la ley es la nulidad absoluta, lo cual es sin perjuicio de que es también aplicable la caducidad de tales pactos si no se subinscriben al margen de la inscripción matrimonial dentro del plazo fatal indicado en la ley.

a.1.7.) Filiación

- **Patria potestad convencional**, se rige por el artículo 244 del Código Civil, esto es, será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.
- **Sanción**: el incumplimiento de las exigencias legales trae aparejada como sanción la inoponibilidad del acuerdo frente a terceros³¹ (art. 246 C.C.).

Cuidado de los hijos cuando los padres viven separados. Los progenitores podrán determinar de común acuerdo que el cuidado de los hijos corresponderá al padre, a la madre o a ambos en forma compartida. Este acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción del nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. Mientras una nueva subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros (art. 225 del C.C.).

³¹ René Ramos Pazos, *Derecho de Familia*, Tomo II, p. 434, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2000.

a.2.) Como condición para adquirir un derecho

a.2.1.) Son requisitos para suceder a una persona por causa de muerte, la capacidad y dignidad para suceder (art. 961 del C.C.). Las incapacidades son de orden público y, por lo tanto, la sanción a las disposiciones en favor de incapaces para suceder es la nulidad absoluta por objeto ilícito (art. 1682 del C.C.).

Las indignidades deben ser declaradas judicialmente y se purgan o sanean por la posesión de la herencia o legado durante cinco años (art. 975 del C.C.).

a.2.2.) Fuera de los requisitos generales para suceder a una persona por causa de muerte, tratándose de las asignaciones forzosas, se exige que no exista desheredamiento, es decir, una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima (art. 1207 del C.C.). La desheredación es una sanción dispuesta por el testador, fundado en una causa legal, expresada específicamente en el testamento y probada judicialmente en vida del testador o probada después de la muerte del testador por las personas interesadas en el desheredamiento (art. 1209 inc. 1°).

a.3.) Leyes imperativas de contenido

a.3.1.) En materia sucesoria la ley distingue diversas situaciones en relación con la libertad de testar. Es así que si el testador no tiene herederos forzosos puede disponer de sus bienes para después de sus días con absoluta libertad. Sin embargo, si existen tales herederos forzosos la libertad del testador se restringe dependiendo si se trata de la disposición de la cuarta de mejoras o de las legítimas.

En cuanto a la disposición de la cuarta de mejoras, el testador tiene una libertad relativa, porque puede hacer la distribución que quiera entre sus descendientes, su cónyuge y sus ascendientes, pudiendo asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta con exclusión de los otros. Por otro lado los gravámenes impuestos a los partícipes de la cuarta de mejoras serán siempre en favor del cónyuge, o de uno o más de los descendientes o ascendientes del testador (artículo 1195 del C.C.).

En lo que concierne a las legítimas, el testador solo puede favorecer con ellas a los hijos, personalmente o representados por su descendencia; a los ascendientes, y al cónyuge sobreviviente (artículo 1182 del C.C.). A su vez, los legitimarios concurren, son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada (artículo 1183 del C.C.). Es más, la legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno (artículo 1192 del C.C.).

De esta manera, se advierte una graduación de la libertad del testador, que parte con una libertad absoluta cuando no hay legitimarios; decrece hacia una libertad relativa en lo tocante a la cuarta de mejoras, y se restringe aún más en lo que se refiere a la asignación de las legítimas.

La sanción que prevé la ley para el caso de que el testador no respete las legítimas o mejoras es la rescisión del testamento en la parte que las infringe, lo cual se remedia mediante el ejercicio de la acción de reforma del testamento, como lo dispone el artículo 1216 del Código Civil. Con todo, hay quienes sostienen que la sanción es la inoponibilidad de las disposiciones del testador que vulneran las asignaciones forzosas o semiforzosas.

De otro lado, si se perjudican tales asignaciones, éstas están protegidas mediante la formación de acervos imaginarios (arts. 1185, 1186 y 1187 del C.C.).

a.3.2.) En el derecho de familia también existen leyes imperativas de contenido patrimonial, como acontece:

a.3.2.1.) En las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio si bien el objeto puede ser variado, porque se puede pactar, por ejemplo, un régimen de separación total o parcial de bienes (art. 1720 inciso 1° C.C.); que la mujer disponga libremente de una determinada suma de dinero o de una determinada pensión periódica (art. 1720 inciso 2° C.C.); la renuncia de los gananciales por la mujer (arts. 1719 y 1721 C.C.), se establecen ciertos límites en el artículo 1717, que dispone que tales acuerdos “no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes ni serán en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes, ni se podrá convenir que la sociedad conyugal será administrada por la mujer, o que ésta no podrá tener un patrimonio reservado. Tampoco se admite que la mujer esté impedida de renunciar en las capitulaciones matrimoniales a la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes (art. 153 C.C.). Finalmente, no se puede pactar que la sociedad conyugal tenga principios antes o después de contraerse el matrimonio, siendo nula toda estipulación en contrario (art. 1721 inciso final C.C.).

En lo que concierne a los bienes familiares, no se admite que en las capitulaciones matrimoniales se prohíba demandar la declaración de “bien familiar” (art. 149 C.C.).

a.3.2.2.) En las convenciones matrimoniales celebradas al momento de contraer matrimonio solo puede pactarse separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales (artículo 1715 inciso 2° C.C.).

a.3.2.3.) Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad pueden substituir el régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales o por el de separación total. También pueden substituir la separación total por el régimen de participación en los gananciales. Sin embargo, no pueden reemplazar la separación total de bienes o el régimen de participación en los gananciales por el de sociedad conyugal (art. 1723 inciso 1° C.C.).

Los pactos a que se refieren el artículo 1723 y el artículo 1715 inciso 2° no son susceptibles de condición, plazo o modo alguno.

Sanción: La infracción del contenido de los pactos mencionados en lo precedente trae consigo la nulidad absoluta de ellos.

b) Leyes prohibitivas

Son aquellas que impiden hacer algo bajo cualquier circunstancia o respecto. Entre las leyes prohibitivas se encuentran:

- Las incapacidades particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (art. 1447 inciso final C.C.).
- Los casos de objeto ilícito del artículo 1464 N°s 1 y 2, que disponen: "Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1) De las cosas que no están en el comercio; 2) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona".
- La sanción por la infracción de lo dispuesto en las normas prohibitivas es la nulidad absoluta del acto o contrato, porque así lo disponen los artículos 10, 1466 y 1682 del Código Civil.

Por excepción, la sanción no es la nulidad absoluta. La ley prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos. Si de hecho se constituyen, los usufructuarios posteriores se considerarán como substitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo. El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado. El artículo 745 del C.C., por su parte, prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra. Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros. En consecuencia, en reemplazo de la nulidad absoluta el legislador establece la sanción de la caducidad cuando se constituyen usufructos o fideicomisos sucesivos.

c) Leyes permisivas

Las leyes permisivas son aquellas que autorizan a hacer algo. Si un tercero impide ilegítimamente a otro el ejercicio de una facultad contemplado en una ley permisiva incurre por regla general en una sanción que consiste en la indemnización de perjuicios por el obstáculo que se impone a quien desea ejercitar un derecho o facultad o cuando se desconoce o daña un derecho ya adquirido por su titular.

La indemnización de perjuicios puede tener como fuente la responsabilidad contractual regida especialmente por los artículos 1556 y ss. del C.C. o su origen puede encontrarse en las demás fuentes de las obligaciones (art. 1437 del C.C.) y especialmente en la responsabilidad extracontractual, contemplada en los artículos 2314 y ss. del C.C.

3. El principio de la especialidad de las normas y su aplicación preferente

Los artículos 4° y 13 del Código Civil recogen el principio de especialidad entre cuerpos legales distintos y normas contenidas en un mismo texto legal, en la forma que se indica a continuación:

“Artículo 4°. Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código”.

“Artículo 13. Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”.

Estos preceptos reglamentan la prevalencia de la ley o disposiciones especiales sobre las leyes o normas generales en los casos en que hubiese oposición entre ellas. Pero también el principio de especialidad incide en la derogación de las normas jurídicas, porque una ley o norma general no puede derogar una ley o norma especial.

4. El principio de inexcusabilidad del desconocimiento de la ley

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la promulgación, Rosende Subiabre³² explica que “la promulgación reviste a la ley de un sello de exterioridad

³² Hugo Rosende Subiabre, *La promulgación y la publicación de la ley*, N° 128, p. 122, Editorial Nascimento, 1941.

y la transforma en un documento público y auténtico, lo cual permite que sea puesta en conocimiento de los administrados y que su ejecución se lleve a efecto”.

La promulgación de la ley constituye, entonces, un acto formal del Presidente de la República conforme al cual aprueba el proyecto ya aprobado por ambas cámaras, sanciona la autenticidad del texto legal aprobado por los órganos colegisladores, y ordena su ejecución y publicación (artículos 72 y 75 de la Constitución Política de la República y artículos 6° y siguientes del Código Civil).

El principio de publicidad está contemplado en el artículo 8° del Código Civil, según el cual *“Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia”*. A su turno, el artículo 7° del mismo cuerpo legal señala que la publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria. Para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial³³. Sin embargo, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia.

Esta materia plantea la cuestión de saber si se acepta o no que se invoque el error de derecho en el ámbito civil.

Sobre el particular cabe enunciar algunos casos en que se acepta el error de derecho, que son³⁴:

- El error de derecho en el pago de lo no debido (arts. 2297 y 2299 C.C.).
- El error de derecho en el pago de la obligación natural (arts. 1470 y 2296 C.C.).
- El error de derecho en las manifestaciones tácitas de voluntad (arts. 1241, 1243, 1244, (1236), 2494 C.C.).
- El error de derecho y la nulidad absoluta (art. 1683 C.C.).
- El error de derecho y la repetición de lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas (art. 1468 C.C.).
- El error de derecho en el matrimonio putativo (arts. 51 y 52 L.M.C.).

³³ El artículo 7° del Código Civil fue sustituido por la ley 9.400, publicada en el *Diario Oficial* del 6 de octubre de 1949, disponiendo, en lo que aquí interesa, que la fecha de la ley es la de su publicación en el *Diario Oficial*, sin perjuicio que en cualquiera ley pueden establecerse reglas diferentes sobre publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia.

³⁴ Hernán Felipe Corral Talciani, *De la ignorancia de la ley*, pp. 144 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1987.

- El error de derecho en la transacción (art. 2454 C.C.).
- El error de derecho en la accesión.
 - Adjunción (art. 658 C.C.).
 - Especificación (art. 662 incisos 2° y 3° C.C.).
 - Mezcla (art. 663 inciso 1° C.C.).
 - Edificación (art. 668 C.C.).
- El error de derecho en el pago de buena fe al que estaba entonces en posesión del crédito (art. 1576 C.C.).
- El error de derecho y el guardador aparente (art. 426 C.C.).
- El error de derecho en el pago por consignación (art. 1599 C.C.).
- El error de derecho en la restitución de alimentos provisorios (art. 327 C.C.).
- El error de derecho en la acción de reforma de testamento (art. 1216 C.C.).

Casos en que no se acepta el error de derecho³⁵

- El error de derecho no vicia el consentimiento (art. 1452 C.C.).
- El error de derecho en la posesión (art. 706 inciso 4° C.C.).
- El error de derecho en la revocación de la confesión (art. 1713 inciso 2° C.C.).
- El error de derecho no vicia la acción testamentaria (arts. 1058, 1452 C.C.).

5. El principio de la irretroactividad de las leyes. (artículo 9° C.C.)

Respecto de la vigencia y de la obligatoriedad de la ley, se pueden distinguir tres períodos: el que media entre su entrada en vigor y su derogación; el anterior a su entrada en vigencia, y el posterior a su derogación.

³⁵ *Ibíd.*, pp. 134 y ss.

- **Principio de la irretroactividad de la ley³⁶.**

La ley se aplica por regla general entre el día de su entrada en vigencia y el de su derogación y rige todos los actos y hechos que ocurran durante este período. Lo anterior significa que la ley solo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo, según lo dispone el artículo 9° del C.C. Por consiguiente, los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que han surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la ley antigua, no son, naturalmente, alcanzado por la nueva norma.

El problema se plantea con respecto a los hechos, relaciones o situaciones que han surgido al amparo de los preceptos de una ley y que por una razón cualquiera vienen a desarrollarse o a producir todos o algunos de sus efectos cuando dicha norma ya no rige y tiene imperio otra. En estos casos, ¿qué ley debe aplicarse? ¿La antigua o la nueva?

- **Efecto retroactivo de la ley y efecto inmediato.**

La retroactividad consiste en la prolongación de la aplicación de la ley nueva a una fecha anterior a la de su entrada en vigencia.

El efecto inmediato de la ley nueva consiste en que ella no permite la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que esta última regía; los efectos de ellas producidos después de la entrada en vigor de la nueva norma quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato.

El principio de irretroactividad de la ley obliga al juez pero no al legislador porque su fuente se encuentra en el Código Civil y no en la Constitución Política de la República.

Por excepción el principio de irretroactividad está contemplado en la Constitución en materia penal, porque "Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho (art. 19 N° 3 de la Constitución).

En el orden civil existe una prohibición indirecta en lo que respecta al derecho de propiedad, que impide al legislador dictar leyes retroactivas (art. 19 N° 24 de la Constitución).

³⁶ Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic H., *Curso de Derecho Civil. Parte General y los Sujetos de Derecho*. 1ª parte, pp. 177 y ss., Cuarta Edición, Editorial Nascimento, 1971.

“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”.

Teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas.

Esta teoría puede enunciarse así: una ley es retroactiva cuando lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de la ley antigua; pero no lo es cuando solo vulnera meras facultades legales o simples expectativas.

Se entiende por **derechos adquiridos** todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que otra ley rige.

Las **facultades legales** constituyen el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos, como, por ejemplo, la capacidad de obrar, la facultad de testar.

Las **simples expectativas** son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aún no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley.

Teoría de Paul Roubier.

Esta teoría se ocupa de las situaciones jurídicas, que en concepto de Roubier son superiores a los derechos adquiridos, porque no entrañan forzosamente, como éstos un carácter subjetivo, pudiendo aplicarse a situaciones como las del

menor, interdicto, pródigo, etc., en las cuales no puede hablarse de derechos adquiridos. También las situaciones jurídicas representan una situación superior a los derechos adquiridos debido a que se extienden no solo al ámbito patrimonial, sino también al de familia, en cambio los derechos adquiridos se refieren exclusivamente al ámbito patrimonial. Es igualmente superior a la noción de relación jurídica que presupone una relación directa entre dos personas, lo que no sucede con la situación jurídica, que puede ser unilateral y oponible a todos.

La situación jurídica puede ser observada en tres momentos: el de su constitución, en el de su extinción, o en el momento que produce sus efectos.

La ley nueva no tiene efecto retroactivo en el sentido de que no ataca a las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas, ni a los elementos ya existentes que forman parte de la constitución o de la extinción de una situación jurídica en vías de constituirse o extinguirse.

La nueva ley produce efecto inmediato en el sentido de que rige, desde su entrada en vigor, los efectos de las situaciones jurídicas anteriormente establecidas, así como su extinción y la constitución de situaciones jurídicas nuevas.

El efecto inmediato es la regla general, porque tiende a asegurar la unidad de la legislación, pero tiene una importante excepción en cuanto no afecta a los contratos celebrados válidamente bajo el imperio de la ley antigua. Esta excepción, sin embargo, opera tratándose de contratos patrimoniales y no así respecto de contratos de familia, como el matrimonio, la adopción, los acuerdos de cuidado del hijo o sobre el ejercicio de la patria potestad, porque en lo tocante a ellos y a los efectos o los modos de disolución del matrimonio se aplica inmediatamente la ley nueva a los matrimonios anteriormente celebrados.

- **La ley sobre efecto retroactivo de las leyes, de 7 de octubre de 1861**, adhiere a la teoría clásica de los derechos adquiridos y de las meras expectativas, aunque a veces se aparta de ella, y tiene por objeto decidir los conflictos que resulten de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas (art. 1°)
- **Leyes sobre el estado civil de las personas.**

“El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza ...” (artículo 3° de L.E.R.).

La teoría clásica sobre derechos adquiridos y meras expectativas no explica satisfactoriamente el respeto de la nueva ley por el estado civil adquirido, ya que considera como carácter esencial del derecho adquirido su incorporación a un patrimonio, y el estado civil no es un derecho patrimonial.

La teoría de Paul Roubier ofrece una solución más sencilla, porque el estado civil adquirido, con arreglo a la ley antigua, es una situación jurídica constituida que la ley nueva no puede desconocer sin incurrir en la retroactividad.

El estado civil que no ha sido adquirido en conformidad con la ley antigua solo puede adquirirse de acuerdo con las nuevas leyes. El artículo 2° de la L.E.R. dice: "Las leyes que establecieron para la adquisición de un estado civil, condiciones diferentes de las que exigía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen a regir".

Las consecuencias que derivan del estado civil, es decir, los derechos y obligaciones que trae aparejados, se subordinan a la ley nueva sin que en ello opere la retroactividad de la ley. El artículo 3° de la L.E.R. dispone: "El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza; pero los derechos y obligaciones anexos a él, se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos".

Los efectos o consecuencias del estado civil son facultades o aptitudes que se rigen por la ley vigente al momento de su ejercicio, y no constituyen derechos adquiridos según la doctrina clásica.

Paul Roubier plantea que los derechos y obligaciones anexos al estado civil son situaciones legales establecidas por la ley y susceptibles de ser modificadas por ella en cualquier momento.

El artículo 3° incisos 2°, 4°, 5° y 6° de la L.E.R., hace aplicación de todos los principios anteriores relativos al estado civil. Lo propio acontece en los artículos 4°, 5° y 6° de la L.E.R.

En cuanto a las personas jurídicas, la constitución de éstas se rige por la ley vigente a la época en que ellas se formaron y en cuanto a los efectos, esto es, los derechos y obligaciones de las personas jurídicas se rigen por la ley nueva (art. 10 en relación con el art. 3° de la L.E.R.).

- **Leyes sobre la capacidad de las personas.**

- En cuanto a la capacidad de goce, ésta queda sometida a la ley nueva. Por consiguiente, si una persona, de acuerdo con la ley antigua, tiene aptitud para adquirir derechos, la pierde si se dicta otra ley que niega esa aptitud o exige otras condiciones para constituirla. El artículo 7° inciso 2° de la L.E.R. expresa "Las meras expectativas no forman derecho".

Doctrinariamente la capacidad de goce constituye una abstracta facultad legal, o sea, un supuesto para la adquisición de derechos, y las facultades legales no constituyen derechos adquiridos.

Para Roubier se trata de una situación no constituida que se rige por la ley nueva.

- En cuanto a la capacidad de ejercicio, es una facultad legal y por lo tanto no constituye derecho adquirido ni representa una situación jurídica constituida.

No obstante lo anterior, el artículo 8° de la L.E.R. se apartó de los principios doctrinarios y establece “el que bajo el imperio de una ley hubiese adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá bajo el de otra, aunque la última exija nuevas condiciones para adquirirlo; pero en el ejercicio y continuación de este derecho, se sujetará a las reglas establecidas por la ley posterior”.

- **Leyes sobre la protección de las personas.**

Los guardadores válidamente constituidos bajo el imperio de una legislación anterior seguirán ejerciendo sus cargos en conformidad a la legislación posterior, aunque según ésta hubieren sido incapaces de asumirlos; pero, en cuanto a sus funciones, a su remuneración y a las incapacidades, o excusas sobrevinientes, estarán sujetos a la legislación posterior.

- **Leyes relativas a los bienes.**

- **§ La irretroactividad de las leyes sobre derechos reales.**

Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecen las disposiciones de la nueva ley (art. 12 L.E.R.).

La teoría clásica afirma que se está en presencia de un derecho adquirido la constitución del derecho real, pero en lo tocante a las facultades anexas, éstas no constituyen derechos adquiridos y por lo tanto están afectas a las disposiciones de la nueva ley sin que en ello haya un efecto retroactivo.

Sin perjuicio de lo anterior, la circunstancia de que la ley nueva prevalezca sobre la antigua en lo concerniente a la extinción del derecho real, a la luz de la teoría clásica la nueva ley tiene efecto retroactivo, porque afecta un derecho adquirido. Sin embargo, de acuerdo con los principios de la teoría de Roubier, ello no acontece, porque si la nueva ley establece otra forma de extinción de un derecho ella no rige el pasado, sino el presente y el futuro.

- **§ La irretroactividad de las leyes sobre el derecho de dominio.**

Las leyes sobre el derecho de propiedad son irretroactivas por mandato constitucional, según ya se ha dicho antes en este trabajo.

§ Leyes sobre la posesión.

La posesión constituida bajo una ley anterior no se retiene, pierde o recupera bajo el imperio de una ley posterior, sino por los medios o con los requisitos señalados en ésta (art. 13 L.E.R.).

Las leyes sobre la posesión no tienen efecto retroactivo, porque la posesión es un hecho y no un derecho.

§ Derechos adquiridos bajo condición.

Los derechos deferidos bajo una condición que, atendidas las disposiciones de un ley posterior, debe reputarse fallida sino se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de ésta y por el tiempo que señalare la ley precedentemente, a menos que este tiempo excediese el plazo señalado por una ley posterior contado desde la fecha en que ésta empiece a regir; pues en tal caso si dentro de él no se cumpliera la condición se mirará como fallida (art. 14 L.E.R.).

§ Prohibición de usufructos, usos, habitaciones y fideicomisos sucesivos.

Siempre que una ley nueva prohíba la constitución de varios usufructos sucesivos y expirado el primero antes de que ella empiece a regir, hubiese empezado a disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley por todo el tiempo a que le autorizara su título; pero caducará el derecho de los usufructuarios posteriores si los hubiere. La misma regla se aplicará a los derechos de uso o habitación sucesivos y a los fideicomisos; sin perjuicio de lo que se haya dispuesto o se dispusiere por leyes especiales relativas a mayorazgos y vinculaciones (art. 15 L.E.R.).

Según la teoría clásica la persona que bajo el imperio de la ley antigua está gozando de un usufructo tiene un derecho adquirido sobre él y la prohibición de la ley nueva de los usufructos sucesivos afecta las meras expectativas que tienen los futuros usufructuarios y, por lo tanto, no tiene efecto retroactivo porque no afecta derechos adquiridos.

§ Leyes sobre servidumbres.

Las servidumbres naturales y voluntarias constituidas válidamente bajo el imperio de una antigua ley se sujetarán en su ejercicio y conservación a las reglas que estableciere otra nueva (art. 16 L.E.R.).

Se ha criticado el empleo de las expresiones servidumbres naturales y omitido las servidumbres legales. En definitiva, las servidumbres naturales son aquellas

que provienen de la natural situación de los lugares y ellas no son impuestas por la ley. Por lo mismo, resulta evidente que ese tipo de servidumbres se mantienen de la misma manera como existían bajo el imperio de la antigua ley, salvo que se altere la naturaleza de la ubicación de ellas, en cuyo caso su ejercicio y conservación se rige por la ley nueva.

En cuanto a las servidumbres voluntarias, ellas quedan regidas por las normas de los contratos, esto es, por el artículo 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo.

En verdad la norma del artículo 16 hay que entenderla reservada a las servidumbres legales, lo que el legislador ha omitido decir en este precepto legal.

- **Leyes sobre sucesiones.**

- **§ Principio.**

Las sucesiones se rigen por la ley vigente al tiempo de su apertura, vale decir, por la ley que impera en el momento de la muerte del causante. Dicha norma determina la capacidad e incapacidad de los asignatarios, todo lo relativo a la desheredación, al derecho de transmisión y a la representación; y en conformidad a ella debe hacerse la repartición de bienes.

Las leyes relativas a las sucesiones no tienen efecto retroactivo, porque afectan meras expectativas y no a derechos adquiridos. Desde el punto de vista de Roubier, la situación jurídica se constituye al momento de la muerte del causante, que es el instante en que se aprecia la capacidad, habilidad para suceder, los derechos hereditarios, etc.

- **Sucesión testamentaria.**

- **§ Testamento.**

En todo testamento se distinguen los requisitos externos o solemnidades para la validez del testamento y para su prueba; los requisitos internos, referidos a la capacidad y a la voluntad libre y espontánea del testador, y las disposiciones de bienes que efectúa el testador ya sea como herencias o legados.

- **§ Requisitos externos.**

Los requisitos externos o solemnidades del testamento se rigen por el artículo 18 de la ley sobre efecto retroactivo, esto es, por la ley vigente al tiempo de su otorgamiento. Ello significa respetar la validez del testamento que ha sido otorgado bajo una determinada formalidad aunque una ley nueva fije más tarde otras solemnidades para su otorgamiento. Por consiguiente, en esta materia la ley nueva no tiene efecto retroactivo, porque respeta facultades legales ejercidas bajo el imperio de la ley antigua o de situaciones jurídicas consumadas antes de la vigencia de la nueva ley.

§ Requisitos internos.

Los requisitos internos del testamento se rigen por la ley vigente al tiempo de su otorgamiento, materia que no resuelve el artículo 18 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, pero sí lo aclaran los artículos 1005 y 1006 del Código Civil, el primero de los cuales señala quiénes son hábiles para testar y el segundo expresa que “el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa. Y por el contrario el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad”.

§ Disposiciones.

Las disposiciones del testamento, vale decir, las concernientes a su contenido, están sujetas a la ley vigente al tiempo de la muerte del testador, prevaleciendo ésta sobre las leyes anteriores al fallecimiento, y regula la incapacidad o indignidad de los asignatarios, las asignaciones forzosas y semiforzosas y las desheredaciones.

Las disposiciones del testador se rigen por la ley vigente a su muerte, porque desde ese momento van a producir sus efectos, habida cuenta de que con anterioridad el testamento es esencialmente revocable. Por eso el artículo 19 de la L.E.R. dispone que “si el testamento contuviera disposiciones que según la ley bajo la cual se otorgó no debían llevarse a efecto, lo tendrán sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de morir el testador”. Por el contrario, si el testador al otorgar el testamento deja todos sus bienes a un extraño y no respeta las asignaciones forzosas, y si antes de su fallecimiento se dicta una nueva ley que suprime las asignaciones forzosas, sus disposiciones tendrán pleno efecto, según lo establece el artículo 19 mencionado en lo precedente.

Sucesión abintestato.

La misma regla del artículo 18 de la L.E.R. se aplica a la sucesión abintestato, de manera que rige la sucesión intestada la ley vigente al tiempo del fallecimiento del causante. Y esa ley se aplica a las incapacidades o indignidades para suceder y a las normas que regulan los órdenes de sucesión.

El derecho de representación.

Es una ficción legal que supone que una persona tiene el lugar y, por consiguiente, el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder (art. 984 inciso 2° del C.C.).

La ley sobre efecto retroactivo señala que “en las sucesiones forzosas o intestadas el derecho de representación de los llamados a ella se regirá por la ley bajo la cual se hubiere verificado su apertura” (art. 20 inciso 1°).

Adjudicación y partición de la herencia y legados.

En la adjudicación de un herencia o legado deben observarse las reglas que regían al tiempo de la delación (art. 21 L.E.R.).

- **Leyes relativas a la prueba de los actos.**

La prueba, vale decir, los diversos medios que sirven para demostrar la existencia de un hecho o un acto, se encuentra sometida a leyes sustantivas y adjetivas o procesales. A las primeras, en cuanto a la procedencia o admisibilidad de los medios de prueba, y a las segundas, en lo que atañe a la manera cómo deben producirse en juicio.

La parte sustantiva de la prueba se rige por la ley vigente a la época de celebración del acto o contrato que se trata de probar, pero la parte adjetiva queda sometida a la ley bajo cuyo imperio se rinda la prueba (art. 23 L.E.R.).

- **Leyes relativas al procedimiento judicial.**

Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Para la teoría clásica las leyes sobre procedimientos judiciales se aplican *in actum* porque ellas no confieren derechos susceptibles de ser adquiridos, lo que significa que no existe ningún obstáculo que pueda oponerse a su inmediato cumplimiento.

Roubier justifica la aplicación inmediata de las leyes de procedimiento diciendo que el proceso mismo constituye una situación actual y pendiente, que nada tiene que ver con las situaciones pasadas que se debaten dentro del pleito. De ahí resulta que sea lógico la aplicación de la nueva ley. Si la nueva norma pretendiera aplicarse al pasado, tendría efecto retroactivo, alcanzando los procedimientos anteriores a los plazos ya cumplidos, lo que resulta inadmisibles.

- **Leyes de prescripción.**

La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido

dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492 C.C.).

Si una prescripción ha transcurrido íntegramente bajo el imperio de una ley o si corre completamente bajo otra posterior, no hay dificultad alguna, porque se regirán por la ley vigente durante el tiempo en que operó la prescripción.

El conflicto surge cuando una parte del plazo ha transcurrido durante la vigencia de una ley y otra nueva modifica las condiciones necesarias para que opere la prescripción adquisitiva o se extinga una acción por la prescripción extintiva.

El artículo 25 de la L.E.R. establece “la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra ley que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquella hubiese empezado a regir”.

Según la teoría clásica, una prescripción no consumada no alcanza a conferir un derecho adquirido al prescribiente. Sin embargo, la estricta aplicación de este principio puede traer graves inconvenientes, porque por consideraciones personales o por motivos ajenos a su intención de renunciar a su derecho, el titular de este derecho podría dejar de ejercerlo, contando para ello con el plazo que la ley le señala. Si antes de la expiración de ese plazo una nueva ley redime el término de la prescripción, su derecho quedaría súbitamente extinguido y castigada la generosidad que hubiese usado para con el prescribiente. Al darse al prescribiente la posibilidad de elegir entre el plazo de prescripción de la ley antigua y el de la ley nueva, se deja a su voluntad elegir aquel que más le convenga.

Ley nueva que declara imprescriptible lo que la antigua ley permitía prescribir.

Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiese principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción (art. 26 L.E.R.).

La ley sobre efecto retroactivo hace una cabal aplicación de la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas. La prescripción iniciada bajo la vigencia de la antigua ley, pero que no se ha consumado durante ella, se mira como una mera expectativa y, por lo tanto, la nueva ley puede desconocer el lapso transcurrido sin que con ello produzca un efecto retroactivo, porque no ha atentado contra un derecho adquirido bajo la antigua ley. Por otro lado, la prescripción reviste aspectos de orden público y conforme a ello el legislador puede verse inducido a declarar imprescriptible una cosa.

- **La ultractividad de la ley.**

En todo contrato se distinguen los requisitos internos y las solemnidades, y los efectos del contrato, esto es, los derechos y obligaciones que de él emanan.

Los requisitos internos están enumerados en el artículo 1445 del Código Civil y consisten en el consentimiento exento de vicios, la capacidad de las partes, el objeto lícito y la causa lícita.

Las solemnidades son los requisitos externos del acto jurídico y consisten en aquellas formalidades que la ley ha dispuesto para la existencia o valor de ciertos actos o contratos, sin los cuales no producen efectos civiles.

La ley que rige los requisitos internos y los efectos de los contratos es aquella vigente al tiempo de su celebración, porque en todo contrato legalmente celebrado se entienden incorporadas las leyes que regían al tiempo de su otorgamiento (art. 22 inciso 1° L.E.R.). Lo mismo acontece respecto de las solemnidades legales del acto o contrato y de los efectos que éste produce. Por consiguiente, las leyes nuevas no tienen efecto retroactivo, porque no alcanzan los requisitos internos y externos ni los efectos de los contratos celebrados bajo el imperio de una ley anterior.

Son excepciones al principio de que los contratos llevan incorporadas las leyes vigente al tiempo de su celebración las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos, y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos; pues esta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido (art. 22 N°s 1 y 2 L.E.R.).

La ley interpretativa y el efecto retroactivo de las leyes.

Las leyes interpretativas son aquellas mediante las cuales el legislador determina su verdadero sentido y alcance, aclarando el sentido dudoso, oscuro o controvertido de una ley anterior.

Las leyes interpretativas no tienen efecto retroactivo, porque se entienden incorporadas a la ley interpretada, formando con ella un solo todo, y, por lo tanto, se entiende que comenzó a regir en la misma fecha de la entrada en vigencia de la ley interpretada. Sin embargo, lo recién expuesto constituye una ficción y para que efectivamente la ley interpretativa no tenga efecto retroactivo es preciso que se le aplique la siguiente limitación: la ley interpretativa no podrá afectar en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio (art. 9° inciso 2° C.C.).

6. El principio de la autonomía privada

Este principio aparece reconocido en el artículo 12 del Código Civil, según el cual *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”*.

La autonomía privada se encuentra inserta en la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. En palabras de Rodríguez Grez³⁷, *“El orden jurídico, mediante esta distinción, puede abarcar todos los comportamientos, puesto que mientras en el Derecho Público puede hacerse todo aquello que la ley expresamente permite,³⁸ habiendo en su silencio una prohibición; en el Derecho Privado puede hacerse todo aquello que la ley no prohíbe, habiendo en el silencio de la norma una autorización o permisión”*.

El principio de la autonomía privada tiene limitaciones en el Derecho Civil, que se expresan en el título preliminar en las leyes imperativas y prohibitivas y en aquellos casos en que 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, porque 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 (artículo 11 C.C.).

Las restricciones a la autonomía privada en razón de las leyes imperativas se manifiestan, por ejemplo, en los requisitos de los actos jurídicos en cuanto a la capacidad, al objeto, a la causa y a las formalidades o solemnidades legales. También se expresan en las limitaciones de la libertad de testar habiendo legitimarios en la sucesión.

En cuanto a las limitaciones en función de leyes prohibitivas (artículo 10 del C.C.), estas se encuentran, por ejemplo, en los contratos prohibidos por las leyes (artículo 1466 del C.C.) o en las incapacidades especiales (artículo 1477 inciso final del C.C. en relación con los artículos 1796 a 1800, entre otros, todos del C.C.).

7. Principio de la territorialidad de la ley chilena.

La ley chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros (art. 14 del C.C.), lo cual está en armonía con el principio de igualdad de trato de chilenos y extranjeros para la adquisición y goce de los derechos civiles contemplados en el Código Civil (art. 57 C.C.).

³⁷ Pablo Rodríguez Grez, *Teoría de la interpretación jurídica*, p. 12, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

³⁸ El inciso 2° del artículo 7° de la Constitución Política establece *“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”*.

La ley chilena rige los bienes situados en Chile aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en el país (artículo 16 inciso 1° C.C.). También gobierna los contratos que se celebren en Chile tanto en lo que concierne a sus requisitos externos (artículo 17 C.C.) como los efectos que produzcan en Chile esos mismos actos.

Los contratos válidamente celebrados en el extranjero se rigen en cuanto a la forma por la ley del país en que hayan sido otorgados (artículo 17 inciso 1° del C.C.). Sin embargo, en los casos en que las leyes chilenas exijan instrumentos públicos para pruebas que hayan de rendirse y producir efecto en Chile, carecen de valor las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas (artículo 18 C.C.).

Los efectos de los actos otorgados en país extraño se regirán por la ley extranjera, a menos que los efectos de los contratos otorgados en ese país hayan de cumplirse en Chile, pues entonces se regirán por las leyes chilenas (artículo 16 inciso final C.C.).

Excepciones:

Hacen excepción al principio de territorialidad las normas sobre capacidad y estado civil de los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

El artículo 15 del Código Civil establece:

“Artículo 15. A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

1° En lo relativo al estado de las personas³⁹ y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;

2° En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero solo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos”.

También se exceptúa el principio de territorialidad lo concerniente al derecho sucesorio, porque de acuerdo con el artículo 955 del Código Civil *“La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales”.*

³⁹ Cfr. Artículos 80 y 81 de la Ley 19.947 de 2004, que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil.

Las contraexcepciones, esto es, cuándo vuelve aplicarse el principio de territorialidad, se encuentran en los artículos 80 y ss., 997 y 998, todos del C.C.

8. Principio de la obligatoriedad de la interpretación de las leyes por vía de la autoridad pública (artículo 3° C.C.)

La interpretación efectuada por el legislador tiene efectos generales y obligatorios⁴⁰ (artículo 3° inciso 1° C.C.).

La interpretación judicial tiene efectos obligatorios relativos, porque solo alcanza a las partes que fueron emplazadas en el juicio y a los terceros que intervinieron en él alegando derechos coincidentes con los de alguna de ellas, o independiente, o excluyentes de aquellas (art. 3° inciso 2° del C.C.). Igual efecto relativo tienen los equivalentes jurisdiccionales como la transacción (arts. 2446 y ss. del C.C.), la conciliación (arts. 262 y ss. del C.P.C.) y el avenimiento (art. 434 N° 3 del C.P.C.).

9. Principio de la interpretación reglada de la hermenéutica judicial

- **Proceso interpretativo de la doctrina moderna**⁴¹.

La interpretación jurídica de la ley por parte del juez consta de dos etapas o fases: la fase formal y la fase sustancial de la interpretación.

- **La fase formal** del proceso interpretativo que está encaminada a desentrañar el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, y que contiene tres subfases: la primera indaga limitadamente el sentido literal de la norma para establecer si éste es claro u oscuro; en la segunda subfase se sigue adelante en el supuesto que el sentido literal de la norma sea oscuro, contradictorio o ambiguo; en la tercera subfase se clausura el proceso de interpretación formal cuando ninguna de las fases anteriores ha permitido desentrañar el verdadero sentido de la norma.

En **la primera subfase** se analizan las palabras empleadas por el legislador, las cuales pueden clasificarse en: palabras de uso corriente; palabras definidas por la ley, y palabras técnicas de alguna ciencia o arte.

⁴⁰ Pablo Rodríguez Grez, *Teoría de la interpretación jurídica*, pp. 62 y ss.

⁴¹ Pablo Rodríguez Grez, *Teoría de la Interpretación Jurídico*. Colección manuales jurídicos N° 99, pp. 71 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1995.

La **segunda subfase** se aplica cuando el sentido de la norma es oscuro, contradictorio o ambiguo, en cuyo caso habrá de recurrirse a los elementos histórico, lógico y sistemático.

En la **tercera subfase**, denominada de conclusión o clausura, permiten al intérprete disponer de los medios que requiere para fijar el sentido de la norma y que no ha podido lograr en la primera y segunda subfase de la interpretación formal. En este caso habrá de recurrir a los principios generales de derecho (espíritu general de la legislación) y luego a la equidad natural.

– **La fase sustancial de la interpretación.**

En esta etapa se concreta el mandato general y abstracto de la norma jurídica. Conocida la voluntad propia de la ley, deberá ella regular las conductas específicas, para lo cual el intérprete debe atender varios criterios o elementos interpretativos. En otras palabras se procura que la norma general, cuyo sentido y alcance ya fue fijado con motivo de la interpretación formal, transmita a la regla particular que extraerá el juez en su interpretación todos los elementos genéticos de la norma jurídica interpretada y que se va a aplicar. Estos criterios son de coherencia lógica o genética; de coherencia axiológica o teleológica; de coherencia orgánica, y de coherencia jurisprudencial.

A falta de norma jurídica o presencia de laguna legal se tendrá que aplicar en la fase sustancial el criterio de coherencia analógica, de coherencia global y de coherencia de equidad.

– **Establecimiento de los hechos.**

Incide en la interpretación la apreciación de los hechos que constituyen los presupuestos de la norma jurídica, cuyo establecimiento y ponderación dependerá del sistema legal tasado de los medios de prueba o de la persuasión racional de la prueba, sea que ésta se aprecie en conciencia o de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

La fase formal de la interpretación hace obligatoria la aplicación de las normas contenidas en los artículos 19 a 24 del Código Civil y la ponderación de los hechos y su establecimiento hace imperativo sujetarse al sistema de apreciación que contempla la ley.

- Otros criterios de la interpretación aparecen planteados por la doctrina clásica con diversas variantes entre los autores, y se circunscriben a la fase formal de interpretación sin entrar a la fase sustancial de ella, como lo plantea la doctrina moderna⁴².

⁴² Cfr. Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel, y Vodanovic H., Antonio, *Curso de Derecho Civil Parte General y Los Sujetos de Derecho*, primera parte, pp. 118 y ss., cuarta edición,

10. Principio de la temporalidad de las normas jurídicas (artículos 52 y ss. C.C.).

La cesación de eficacia legal de las normas jurídicas se produce por causas extrínsecas e intrínsecas⁴³.

- **Causa extrínseca de la cesación de la eficacia legal.**

La constituye la derogación de las leyes, cuyas formas son la derogación expresa, tácita y orgánica, y la derogación total o parcial de los preceptos legales.

- **Causas intrínsecas que producen la cesación de la eficacia de la ley.**

Elas son:

- el transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la ley, ya sea que ese tiempo aparezca predeterminado o que resulte del mismo objeto de la ley, como sucede con las leyes transitorias, es decir, las que se dictan mientras dure una situación anormal o las que rigen entre tanto se promulgue una nueva ley;
- la consecución del fin que la ley se propuso alcanzar, y
- la desaparición de una institución jurídica, o la imposibilidad de un hecho que era un presupuesto necesario de la ley.

No puede estimarse causal de cesación de la ley el desaparecimiento de los motivos de hechos que determinaron su promulgación. Tampoco es causal de cesación de la ley el desuso, es decir, la no aplicación de una ley.

Conclusión:

Este trabajo tiene la pretensión de ser un pequeño paso que permita a los alumnos, y especialmente a quienes estudian su examen de grado, ubicarse en la geografía del Código Civil, considerando luego los principios que rigen los distintos libros y títulos que lo componen, proyectando esos principios en diversas instituciones que le permitan al estudiante lograr una visión sistemática y no de

Editorial Nascimento, 1971; Carlos Ducci Claro, *Interpretación Jurídica*, pp. 53 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1977; Fernando Fueyo Laneri, *Interpretación y juez*, pp. 41 y ss., Universidad de Chile y Centros de Estudios Ratio Iuris, 1976.

⁴³ Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel, y Vodanovic H., Antonio, *Curso de Derecho Civil Parte General y Los Sujetos de Derecho*, primera parte, pp. 152 a 161, Cuarta edición, Editorial Nascimento, 1971.

compartimento estanco de las distintas materias tratadas en el Código de Bello, para que finalmente los alumnos o egresados estén en condiciones de emplear sus conocimientos en la fase de aplicación del derecho y que en esta Casa de Estudios se conoce como la metodología de enseñanza de solución de casos.

Este artículo solo pretende indicar un rumbo en el camino que ha trazado nuestro Decano, pero el medio adoptado en este escrito podrá ser corregido, mejorado y profundizado en la cátedra de Bases del Orden Jurídico y en los repasos que se hagan al final del estudio de la carrera con la mira de obtener mejores resultados en los exámenes de licenciatura con los que culminan los estudios de los alumnos de Derecho, sin disminuir las exigencias académicas para la obtención del grado de licenciado en ciencias jurídicas.

Las nocivas tendencias del neocapitalismo: ¿economía liberal o economía social de mercado?

JULIO ALVEAR TÉLLEZ

Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía (c)

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.

Director de Investigación y Profesor de Derecho Constitucional,
FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.

RESUMEN: este trabajo analiza las malas tendencias del capitalismo contemporáneo: aquellas que afectan bienes básicos de nuestra civilización, del derecho y de la economía. Propone como solución huir del liberalismo y del socialismo, y a la vez rescatar algunos principios sapienciales de la economía social de mercado.

“En noviembre del año 2008, la reina Isabel II visita la London School of Economics. Cuando se le expuso sobre la crisis financiera en la que acababa de quedar sumido el mundo, la reina preguntó: “¿cómo puede ser que no lo previera nadie?”. El 17 de junio de 2009, la British Academy reunió a los principales economistas del sector financiero, la Academia y el gobierno. El 22 de julio la reina recibió una respuesta. La crisis se debía a “un fallo de la imaginación colectiva de mucha gente brillante”, que no logró “comprender los riesgos del sistema en su totalidad”. ¿Un “fallo en la imaginación colectiva”? No estoy seguro de que este concepto sea parte del discurso racional de los economistas”.

Ha-Joon Chang,
Profesor de Economía Política de Cambridge

I. Exordio

1. Chile quedó prácticamente en la ruina con el gobierno de Salvador Allende. Hoy pocos lo recuerdan. Pero también la ausencia de memoria ha cubierto con su sombra el enorme esfuerzo realizado con posterioridad para sacar adelante el país de su postración económica.

Para el chileno medio el crecimiento económico de las últimas décadas es algo normal. Pero lo cierto es que la plataforma jurídica básica sobre la que se desarrolló era en su época bastante discutida: nos referimos a la propiedad privada, la libertad de empresa, el libre mercado. Instituciones todas que el

socialismo clásico denostaba y quería demoler, con todo el peso histórico y el arrastre político del bolchevismo y el castrismo. Sin embargo, más temprano que tarde el capitalismo chileno dio sus frutos, mientras los socialismos reales fracasaron.

2. El éxito del modelo chileno fue admitido a finales del gobierno militar por la propia izquierda, fuera de los círculos retóricos de la política contingente. Por ejemplo, en una obra monográfica sobre los cambios introducidos por los “Chicago Boys” se valora positivamente *“la reforma del Estado y su nuevo rol subsidiario, la apertura al exterior y el fomento de las exportaciones, la revalorización de la empresa privada, la importancia de los equilibrios macroeconómicos, la necesidad de reglas estables del juego, y la modernización del aparato productivo. Bajo estos cambios subyace una modificación de la mentalidad empresarial, acostumbrada hasta 1973 a la búsqueda del alero proteccionista del Estado”*¹.

A juicio de los autores, los avances obtenidos en términos del equilibrio macroeconómico y de productividad conviven, sin embargo, con una situación de exclusión de una masa de chilenos que no tienen acceso a los beneficios del nuevo orden económico. Esta “exclusión” o “marginalización” será representada en lo sucesivo por el imaginario de la izquierda chilena como el gran “retroceso social” que hay que saldar.

3. ¿Saldar cómo? La respuesta depende de cuál sea la causa. ¿Es el sistema económico el responsable? ¿O el sistema es legítimo y el problema está en algunas de las políticas económicas que se adoptan? ¿O es en realidad una concepción ideológica de raíz calvinista –el “neoliberalismo”– lo que atenaza las manos de políticos, economistas y empresarios e impide asistir a quienes no son “exitosos” en sus emprendimientos, a quienes quedan marginados del club de los “líderes”? ¿La culpa es de quién?

4. Durante la última etapa del gobierno militar, la Alianza Democrática –antecesora de la Concertación– inculpaba directamente al sistema económico de los problemas sociales. Sin embargo, y vueltos más serios y más pragmáticos, una vez que el conglomerado de centro-izquierda alcanzó el poder el año 1990, los sucesivos gobiernos concertacionistas no alteraron en lo sustancial el sistema heredado del régimen militar. Por el contrario, lo validaron y sobre él Chile continuó expandiéndose económicamente hasta el gobierno de Sebastián Piñera.

¿Y el retroceso social? La verdad es que en las últimas décadas se ha ido solucionando este problema en virtud del propio crecimiento económico. El acceso masivo a bienes y servicios ha permitido el mejoramiento de la calidad de

¹ DÉLANO, Manuel, y TRASLAVIÑA, Hugo, *La herencia de los Chicago Boys*, Ornitorrinco, Santiago, 1989, p. 8.

vida de la población en su conjunto, conformándose una amplia clase media, psicológica aunque no sociológicamente parecida a la que existe en los países desarrollados.

Como complemento, diversas políticas públicas en áreas especialmente sensibles –como la salud, la educación, la seguridad social, etc.– introdujeron progresivamente mecanismos solidarios o garantías de coberturas mínimas para afrontar los problemas aún pendientes de exclusión social.

Tales políticas, sin embargo, no responden a concepciones claras. Por parte de la derecha liberal, se las ha tachado de “asistencialistas”. De parte de la izquierda, de medidas correctivas superficiales.

5. Paradójicamente, convertido Chile en una “sociedad de consumo”, con sus virtudes y defectos, es la emergencia de una amplia clase media la que ha originado las manifestaciones de “descontento” y las acusaciones de abuso de poder económico, especialmente dirigido contra grandes corporaciones.

No estamos ante un fenómeno de protesta (intermitente) provocada por la marginación social. Se trata más bien de síntomas de una crisis de crecimiento, fenómeno no solo económico, sino también cultural, propio de una sociedad que goza de una enorme afluencia de bienes y servicios y de un ritmo acelerado de trabajo para financiarlo.

6. Durante toda la época concertacionista (1990-2010), el dinamismo del progreso económico le impidió a la izquierda chilena impulsar un proyecto socialista factible, a no ser por vía cultural. El “descontento” de las clases medias ha constituido entonces una inesperada base de proyección política.

Para tales efectos, se ha elaborado un relato altamente crítico del “modelo” chileno, cuyas injusticias, reales o supuestas, se imputan directamente a Pinochet y a Piñera. Como si la Concertación, con sus complacientes y flagelantes no fueran pieza esencial del “modelo”. En segundo lugar, se ha exagerado el descontento con la imagen de un Chile zaherido y deslegitimado. Con el segundo gobierno de la Presidenta Bachelet, los antiguos ideales estatistas e igualitarios están en tránsito (aún no resuelto) de ser adaptados a nuestra época.

Ya no se acusa al sistema económico de generar pobreza. Hoy se le imputa ser el fautor de grandes desigualdades, que hay que suprimir con la ayuda del Estado².

² Destacamos tres obras: (i) SOLIMANO, Andrés, *Capitalismo a la chilena y la prosperidad de las élites* (traducción de Pedro Solimano), Catalonia, Santiago, 2012, que reconoce como un logro el crecimiento económico de nuestro país, pero lo relativiza al plantear que la economía se mide no solo por las cifras macroeconómicas, sino también por las condiciones sociales de bienestar, donde Chile es bastante mezquino en sus índices. Solo se favorece a las “élites”. (ii) ATRIA, Fernando; LARRAÍN, Guillermo; BENAVENTE,

7. La derecha no ha enfrentado esta narrativa en el orden de las ideas y en el plano de las grandes concepciones políticas y jurídicas. O ha negado *ad casum* la existencia del “descontento” o ha insistido en la defensa de los principios liberales del actual orden económico sin hacerse cargo de sus disfuncionalidades. En ocasiones hace suyo el discurso igualitario de las izquierdas, sin la menor contestación a la concepción de mundo del socialismo.

8. Es de toda evidencia que los abusos del actual sistema económico existen. Y hay que enfrentarlos moralmente e institucionalmente, tanto desde el punto de vista político como jurídico.

Hablamos de “abusos” del sistema por convencionalismo. Desde la perspectiva jurídica los abusos se producen siempre por conductas personales que les dan origen. Más allá de la responsabilidad personal, estos abusos solo tendrán relación con el sistema económico si hay una cultura económica basada en él que las incentiva, o al menos las tolera con cierta complicidad. Y si además existe un marco jurídico que las permite o políticas regulatorias, económicas y sociales que olvidan enfrentar el mal que las motiva.

9. Lo anterior nos lleva directamente al análisis del “neoliberalismo”. Este constituye una corriente al interior del capitalismo, que a la vera de la globalización, la revolución tecnológica de las comunicaciones y la liberalización internacional de los mercados, expande a partir de los años noventa una cultura económica que se desliga de toda referencia moral que trascienda la pura voluntad individual de los agentes del mercado. Tras dicha cultura subyace la “ideología economicista” y un estilo de hacer negocios donde la justicia es un convidado de piedra. Suele desarrollarse a la sombra de políticas regulatorias y económicas que desdeñan o postergan el carácter social de la economía, a fin de beneficiar la acumulación de utilidades de grandes oligopolios o corporaciones.

10. Es oportuno tener presente que con el “neoliberalismo” las reglas de la economía han cambiado. Desde la década de los noventa, analistas de las ciencias sociales vienen advirtiendo y describiendo la mutación. Los fines más dinámicos de la economía mundial no son los que creemos. Ya no se trata sólo de administrar recursos escasos de un modo eficiente. O de producir bienes y servicios para satisfacer las necesidades. Lo que llamamos “economía” in-

José Miguel; COUSO, Javier; JOIGNANT, Alfredo, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Debate, Santiago, 2013, donde se afirma que el modelo de libre mercado ideado por los neoliberales fue impuesto a partir de mediados de la setenta sin el consentimiento de todos los chilenos. Se trata de un modelo privatista que reduce el ámbito de lo público a la más mínima expresión, dejando en manos del mercado las necesidades más elementales de la población. (iii) ATRIA, Fernando, *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*, Catalonia, Santiago, 2013, en el que se enfrenta la (aparente) contradicción de gobiernos de centro-izquierda gestionando por más de veinte años un sistema económico, que puede justificarse desde la perspectiva “neoliberal”, pero no desde un proyecto socialista a futuro.

tegra objetivos menos conocidos, que complementan o se superponen a los anteriores. De ahí que muchos de los términos en uso –mercado, eficiencia, recursos, deuda, etc.– se extiendan en la jerga económica a otros significados más funcionales a la evolución. Emerge una nueva cultura económica, y con ella, un diverso modo de comprender el capitalismo.

11. Estos cambios inciden de diversa manera en el ejercicio de los derechos fundamentales, en la intervención regulatoria del Estado y en la identidad de las instituciones jurídicas que le sirven de base. Es cada vez más frecuente que derechos e instituciones sean utilizados por agentes económicos con un espíritu ajeno al que corresponde a su génesis y a su naturaleza jurídica. La propiedad privada clásica, la propiedad intelectual, la libertad de empresa, la autonomía de la voluntad, el gobierno corporativo o el mercado de valores mutan en sus manos.

12. No es intención de este artículo abordar en detalle cada uno de estos tópicos, propios de una obra monográfica mucho más extensa, sino identificar y describir brevemente las principales tendencias del neocapitalismo en curso y los desafíos que plantea a la sociedad y al derecho contemporáneo. Se ha evitado el aparato bibliográfico a pie de página, salvo en lo estrictamente indispensable, a fin de no abultar la extensión del escrito.

13. El discernimiento de las tendencias referidas no supone un juicio negativo global del capitalismo, en cuanto sistema económico fundado en instituciones jurídicas justas, como la propiedad privada, la libre empresa y el libre mercado. Significa, empero, reconocer que estas instituciones, junto a tantas otras que son su correlato, pueden ser utilizadas con un espíritu y una finalidad muy distintos a los que de suyo les corresponde. Se impone, en consecuencia, la necesidad de distinguir los planos: una cosa es el ejercicio legítimo de dichas instituciones y otra el abuso. *Abusus non est usus sed corruptela*: el abuso no es uso, sino corruptela.

14. No obstante, y más allá de la óptica jurídica, hemos de dejar abierta la interrogante acerca de si las tendencias nocivas del neocapitalismo tienen la aptitud de caracterizarlo en sus líneas vívidas y fundamentales. De ser así, los “abusos” dejarían de ser tales y se convertirían en sistémicos.

II. Las tendencias nocivas del neocapitalismo

15. Históricamente el neocapitalismo nace como solución a los problemas generados por el estancamiento de la economía mundial y la crisis del petróleo durante la década de los setenta. Las políticas keynesianas fueron abandonadas ante el incremento del déficit público, el peligro de la inflación y la pérdida de

competitividad de los países desarrollados. El ideario económico liberal que autores como Ludwig von Mises, Friedrich Hayek y Milton Friedman habían fraguado en la academia desde hace décadas se impone: menos Estado y más libertad; menos gasto público y más confianza en el emprendimiento privado; más eficiencia y menos burocracia; menos asistencia social y más mercado; menos restricciones regulatorias y mayor liberalización en la circulación nacional e internacional de bienes y servicios.

Tras medidas técnico-económicas benéficas (aunque no todas), se cultivaba en las sombras una nueva cultura económica y una nueva visión del hombre, de la política y de la sociedad que habría de traer serios problemas en las próximas décadas. Estudiarlas, evaluarlas o criticarlas era un asunto de filósofos, sociólogos e historiadores, que no se transmitía al ciudadano común.

16. A partir de la caída del Muro de Berlín, el ideario liberal se extendió rápidamente en el Este europeo, en Asia, incluso en la Rusia de Yelsin, con implementaciones económicas promovidas o en su caso financiadas por organismos internacionales como el FMI y Banco Mundial. Todo se hizo de la mano de tres fenómenos que parecían ineluctables: la globalización, la revolución tecnológica del conocimiento y la democracia liberal. De ahí que pensadores como Francis Fukuyama hablaran del “fin de la historia”, dando por sentada la tesis de que la democracia liberal triunfaría en todo el globo como soporte político de la economía de mercado. Conocidos “maestros del pensamiento” del socialismo renovado, como Anthony Giddens, tampoco quedaron fuera de la corriente, y pusieron sus esperanzas en la “tercera vía”, una suerte de adaptación del ideario socialdemócrata a dicho sistema económico.

Pero el siglo XXI se encargó de problematizar estas lecturas. China arrumbó pronto la idea de que la democracia liberal era el único ambiente político adecuado para oxigenar la economía liberal de mercado. Y la “tercera vía” quedó en retórica ante el arrastre de la globalización y la pérdida de soberanía del Estado-nación.

17. La globalización, que despertó en muchos economistas esperanzas con dosis de éxtasis, es un término oscuro, constata Beck, pues muchas de sus definiciones dependen de la valoración previa, positiva o negativa³. Se trata de una consigna o emblema, dicen unos, que ha servido para reivindicar la libertad de los poderosos de hacer negocios cuando y donde quieran con las menores restricciones jurídicas y culturales posibles⁴. O, por el contrario, es un

³ BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 40.

⁴ GEORGE, Susan, y WOLF, Martin, *La globalización liberal. A favor y en contra*, Anagrama, Barcelona, 2002, p. 17.

proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales⁵.

No es necesario entrar en la controversia. Más allá de nuestras apreciaciones, la globalización es un fenómeno innegable, que comporta dimensiones jurídicas, políticas, económicas y tecnológicas:

- i) Supresión o reducción de las barreras jurídicas que impedían o restringían la libre circulación de bienes, servicios, capitales, y en menor medida de trabajadores, en los mercados regionales o mundiales.
- ii) Acuerdos políticos-económicos destinados a alcanzar dichos objetivos como el Consenso de Washington (1990), suscrito por el Banco Mundial, el FMI y organismos políticos y financieros norteamericanos. Entre las medidas se encuentran la liberalización del comercio internacional y de los tipos de interés, así como la desregularización de los mercados y la liberalización de la inversión extranjera directa en los países en vías de desarrollo.
- iii) El protagonismo de las grandes empresas multinacionales, financieras y no financieras, que se expanden por el mundo, aumentan los flujos comerciales y de capital e integran los mercados. Es frecuente que su valor económico supere el PIB no solo de los países pobres, sino también de países en vías de desarrollo.
- iv) El desenvolvimiento de nuevas tecnologías en las áreas de la información, transporte y, en general, servicios, que tienden a suprimir las barreras del tiempo y del espacio, lo que favorece la interdependencia económica.

18. La globalización, la liberalización del comercio internacional y la expansión de la economía de mercado implementada desde el ideario liberal, son tres pilares del neocapitalismo. Este movimiento ha ocasionado una serie de fenómenos nuevos, de amplia repercusión para la política y el derecho: debilitamiento del poder de los Estados Nacionales incapaces de someter al poder económico (y consiguientemente político) del capitalismo corporativo.

Otros fenómenos de nota: subordinación de las políticas económicas nacionales a los dictámenes de los organismos financieros mundiales, controlados por tecnócratas, de nula responsabilidad democrático-representativa; creación de espacios de débil control jurídico, como los paraísos fiscales, donde el flujo y la acumulación de utilidades multimillonarias, muchas veces de oscuro origen, reciben tratos privilegiados; apareamiento de agentes económicos voraces,

⁵ DE LA DEHESA, G, *Comprender la globalización*, Alianza, Madrid, 2000, p. 17.

puramente especulativos, como los fondos de inversión y otros “inversores institucionales”, que sustituyen a la banca como protagonista del mercado financiero, y “viven de prestado”, pues el dinero que manejan es ajeno.

Desde un punto de vista cultural, la globalización y liberalización requieren uniformidad en los hábitos de consumo y disolución preferente de las identidades nacionales y regionales, para hacer mejores negocios. De ahí que entre los opositores a la globalización (llamada despectivamente como “*mondialisme*”) se encuentren hoy no solo la extrema izquierda, sino también, como es el caso de Francia, la extrema derecha, la derecha conservadora y hasta conocidos pensadores de la derecha nacionalista liberal, como Pierre Manent en su célebre *La Raison des nations* (Gallimard, 2006).

19. Conceptualmente “neocapitalismo” no equivale pura y simplemente a “capitalismo”. Es una especie de “capitalismo”, y más particularmente de capitalismo de mercado, sistema económico común fundado sobre tres bases: el desarrollo del *capital*, la propiedad *privada* de los medios de producción y el *mercado* como mecanismo de coordinación de las decisiones económicas.

El capitalismo de mercado puede modular de varias formas el lugar que le cabe al mecanismo privado de intercambios en la determinación y asignación de los bienes humanos esenciales. De ahí la diferencia, por ejemplo, entre economía *liberal* de mercado y economía *social* de mercado. Análogas distinciones pueden hacerse respecto de la función reguladora del Estado, que dependerá de los objetivos sociales y económicos que constitucional o legalmente se le asignen (eficiencia y crecimiento económico, bienestar general, estabilidad, pleno empleo, defensa de la productividad, protección de la salud y garantía de seguridad social, etc.).

20. El “neocapitalismo” es un término convencional: designa las nuevas tendencias que surgen en el capitalismo de mercado de cuño anglosajón a partir de la década de los noventa, y que han afectado hondamente la economía mundial, no solo desde el punto de vista económico, sino también cultural, con sus variados relatos jurídicos, y sus supuestos teóricos globales, en el que se incluye una visión filosófica econométrica, racionalista, materialista y tecnocrática del ser humano, de la sociedad, del Estado y del método o estilo económico, que va degradando la civilización occidental. Dichas tendencias tienen, por así decirlo, un efecto anticivilizatorio.

21. El neocapitalismo pugna por convertir las naciones no en economías de mercado, sino en *sociedades de mercado*⁶. Las relaciones humanas van siendo sus-

⁶ Milton Friedman, epígono característico de la modernidad económica, sostiene en *Free to Choose* la superioridad política del mercado sobre cualquier otra forma de organización de la sociedad. Un

tituidas, como dice George Soros, el gurú de las finanzas, por “transacciones”⁷. A continuación analizamos algunas de las nocivas tendencias del neocapitalismo.

(i) Predomino de la ideología economicista

22. Para la ideología economicista los vínculos sociales se “gestionan” y se “reglan” como si fueran cosas enteramente cuantificables, a fin de aplicarles las leyes supuestamente objetivas, anónimas y racionales de incentivos, costos y beneficios. La mano de hierro alcanza incluso a la cultura y a la academia, que son sometidas a sus redes y a su lógica.

23. De la ideología economicista brota una concepción de la economía diversa a la que estamos acostumbrados. El método econométrico (economía + fórmulas algorítmicas) se convierte en ideal para medir el valor de todas las cosas. También para medir el trabajo humano. Las personas (trabajadores o funcionarios) son transmutados en “recursos”, calificados de más o menos eficientes de acuerdo a los intereses del desarrollo del capital. Es la última etapa del proceso racionalista (que no racional) de la humanidad.

24. Pero cuidado. Cuando hablamos de “economía” no nos referimos principalmente a su tradicional función de satisfacer las necesidades de los hombres. El punto central que la define ha mutado: hoy se trata pura y simplemente de la *acumulación de utilidades*.

25. Pero no cualquier acumulación. Hay “utilidades” que no se relacionan con la creación de “riqueza”. De hecho, gran parte de las “utilidades” se obtienen hoy fuera del círculo virtuoso de producción de bienes y servicios reales. Son utilidades que nacen de la especulación de infinitos instrumentos financieros que se han venido creando para tales efectos. Una especulación muy particular, porque la utilidad se genera exponencialmente a partir de la creciente titularización de la deuda privada y pública.

Durante más de dos décadas, la base del crecimiento económico ha consistido, en gran parte, en la acumulación del endeudamiento, observa Joseph Stiglitz, Premio Nobel de Economía. Los bancos se han salvado reiteradamente de sus prácticas crediticias imprudentes mediante rescates, que terminan siendo pagados por los contribuyentes. La lista de los rescates y sus cifras son abrumadoras⁸. Respecto de la deuda pública, *The Economist* ha publicado *The Global Debt Clock*, que marca su volumen mundial. “En los últimos años la deuda sube

análisis en ROSENVALLO, Pierre, *El capitalismo utópico. Historia de la idea de mercado* (traducción de Viviana Ackerman), Nueva visión, Buenos Aires, 2006, pp. 9-10.

⁷ SOROS, George, *Crisis of global capitalism: Open Society Endangered*, Brown, London, 1998, p. 9.

⁸ STIGLITZ, Joseph, *Freefall. America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy: El libre Mercado y el hundimiento de la economía mundial* (trad. de Alejandro Pradera), Taurus, Buenos Aires, 2010, p. 21.

más rápido que el crecimiento económico, anota. ¿Esto importa? Sí. Los Gobiernos del mundo deben el dinero de sus ciudadanos, no de los marcianos”.

26. Hay otra pretensión peligrosa, que va transformando el neocapitalismo en una forma de economía profundamente antihumana: es la tendencia a sustraer ámbitos cada vez más amplios de la vida en común, de las relaciones sociales, para convertirlos en relaciones comerciales. Incluso los actos más simples del hombre, como amar, soñar o contemplar la naturaleza están siendo colonizados y gestionados con una extensión creciente por los agentes económicos.

Constata Raúl González Fabres que el gran mal de la modernidad económica consiste en ampliar sin descanso la zona monetarizada de la vida, excluyendo progresivamente el resto de las zonas, donde impera la ley de la gratuidad, de la donación de sí mismo, de la solidaridad, de la colaboración. La economía se convierte en vulgar crematística, como la llamó Aristóteles, donde se persigue el dinero por sí mismo, no porque se tenga un proyecto que necesita dinero. Lo que era un medio dentro de una colección de medios que luego engranaban en una actividad personal no dineraria, acaba volviéndose un fin.

27. Otra pretensión inaudita ha sido convertir la economía en la ciencia madre de todas las ciencias humanas. Y, sin embargo, hasta Richard Posner dedica unas páginas que resultan divertidas sobre la desorientación de los economistas “científicos” en la crisis del 2008⁹. Pascal Bruckner observa en *Misere de la prospérité* (Grasset, 2002) que la economía crematística pronto abandona el discurso aparentemente científico de las aulas. En la práctica ya no es una ciencia árida, una fría actividad de la razón, sino que se ha convertido en la última forma de espiritualidad del mundo desarrollado. Precipitada en el vacío de los valores, no solo prospera sobre la ruina de los totalitarismos y del mundo político, sino que ha pretendido reconstruir la integridad de la sociedad humana de un modo “demiúrgico”, sobre cánones económico-matemáticos. Pretensión ridícula, pero que a veces se nos impone.

28. El sustento teórico de esta ideología economicista es bastante endeble. Incluso vulgar. Y, sin embargo, sirve de base a innumerables políticas públicas y prácticas empresariales. Por donde se nota la decadencia del espíritu humano en nuestros tiempos.

29. Uno de los sustentos teóricos más difundidos de esta ideología, especialmente en Chile, tiene que ver con la concepción del “mercado”.

La valoración del mercado, en sede económica, es susceptible de diversas apreciaciones según el rol que se le atribuye al interior del sistema, de acuerdo

⁹ POSNER, Richard, *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent Into Depression*, Harvard University Press, 2009, pp. 234-251

a las diferentes teorías económicas (v. gr., la escuela neoclásica, keynesiana, ordoliberal, distributista, etc.).

Pero la valoración del mercado puede extenderse más allá de su esfera económica y expresarse en una cosmovisión de *cómo debiera ser* la sociedad. Al mercado se le desorbita de sus propias funciones y se le convierte en meta-criterio para la asignación o distribución de los bienes humanos y canon primordial de relacionamiento social. Es lo que podemos denominar *ideología* del mercado, núcleo doctrinal del neocapitalismo¹⁰.

30. La *ideología de mercado* es el epígono de la ideología economicista surgida en algunos ambientes de la ilustración inglesa y francesa de los siglos XVII y XVIII. Se expresó en su época como un proyecto alternativo de emancipación del hombre. Lograr con la economía lo que con la política no se podía obtener: libre entendimiento universal, autorrealización individual, igualdad y paz definitiva entre las naciones. El intercambio sustituye al contrato social ilustrado y a la comunidad política de la Cristiandad.

Se ha resaltado el carácter *revolucionario* de esta ideología. Su materialismo mecanicista y su individualismo extremo le hace prescindir en tanto se pueda de los lazos comunitarios que unen a los hombres, subordina la política a la economía, reduce la familia a unidad de consumo, asfixia la genuina riqueza asociativa –la no embridada por el ánimo de lucro–, promueve la uniformidad y la masificación, y con ello el desarraigo. Ciega además las fuentes de la justicia conmutativa, distributiva y legal. Y opera una desvergonzada transmutación moral, al promocionar el egoísmo, la avaricia y la codicia (antiguos vicios repudiados por la moral católica y la antropología clásica).

31. La ideología económica ha sido analizada por muchos pensadores de nuestro tiempo: conservadores como Wilhelm Röpke, Andre Piettre o Rafael Gamba, liberales de izquierda como John Kenneth Galbraith, socialistas sui géneris como Karl Polanyi, neomarxistas como David Harvey, inclasificables como Louis Dumont o Pierre Rosanvallon. Es posible hacer una conjunción complementaria de algunos de sus aportes si se los mira desde la perspectiva que nos interesa destacar aquí: la ideología de mercado como exceso y como mengua del hombre, el que queda sometido a un “quantum”, pieza móvil del proceso productivo¹¹.

¹⁰ Empleamos aquí el término “ideología” en su sentido canónico: un subproducto del pensamiento humano, formulado a modo de concepción total del mundo, marcado por el afán de manipular, dominar o fabricar la realidad de acuerdo con las construcciones mentales que de ella se derivan. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Ideología, Praxis y Mito de la Tecnocracia*, Montecorvo, Madrid, 1975, p. 48.

¹¹ ALVEAR, Julio, “Protección de la salud, acceso a los medicamentos y deficiencias del mercado. Hacia un derecho social plurivalente en el marco de una economía social de mercado”, *Revista Jus et Praxis*, Año 19, N° 2, 2013, pp. 126-131.

32. A partir de la última crisis financiera mundial, los absurdos antihumanos de la ideología de mercado han sido nuevamente objeto de análisis¹².

Es conveniente citar también la doctrina pontificia en curso, donde se recuerda la vigencia de los principios económico-sociales de la Cristiandad frente a las tendencias nocivas del neocapitalismo¹³, si bien se echa de menos el antiguo rigor en la condena de la usura, la opresión del pobre y, en general, en el retrato de los “ricos” que no entrarán “al reino de los cielos”.

Recientemente, Thomas Picketty ha publicado *“Le Capital au XXIe siècle”* (Seuil, 2013). Muestra –aunque no estemos de acuerdo con sus drásticas soluciones– que el neocapitalismo viene generando desde hace décadas desigualdades cada vez más irritantes. ¿Cómo ha sido posible? Porque la tasa de remuneración al capital ha sido mayor que la tasa de crecimiento de la economía. Se trata de una política de redistribución ascendente de los ingresos en favor de una mínima parte de la población. Por ejemplo, entre 1989 y 2006, el 10% de la población más rica de los EEUU se llevó el 91% del crecimiento de los ingresos. Y al 0,1% le fue todavía mejor: del 3,5% en 1979 pasó al 11,6% de la torta en 2006¹⁴.

A esto hay que agregar, como se sabe, que la tasa de crecimiento de EEUU y Europa ha sido mucho menor en términos porcentuales con el neocapitalismo (1990-2013) que con el capitalismo industrial anterior a la crisis del petróleo (1950-1973).

¹² Por ejemplo, SANDEL, Michael J., *What Money can buy. The moral limits of markets*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2012, donde caracteriza la ideología económica como un proyecto absurdo de emanciparse de los criterios elementales de justicia que rigen las relaciones humanas; MARX, Reinhard, *Das Kapital: Ein Plädoyer für den Menschen*, Pattloch Verlag GmbH, 2008, que destaca que no es solo la justicia sino la estabilidad del mundo que conocemos lo que está siendo afectado por esta ideología; OLIER, Eduardo, *Codicia financiera. Cómo los abusos financieros han destrozado la economía real*, Pearson, Madrid, 2013, donde muestra su carácter delicuescente en casi todos los ámbitos de la economía: el sector inmobiliario, el mercado financiero, el uso y reproducción del dinero, la economía virtual, etc. Desde una sensibilidad de “izquierda liberal”, CHANG, Ha-Joon, *23 Things They Don't Tell You About Capitalism*, Penguin Books Limited, London, 2010, en la que delimita 23 mitos de la ideología económica, con respaldo de múltiples estadísticas para mostrar su desencuentro con la realidad. También hay que citar al Premio Nobel STIGLITZ, Joseph, *El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*, op. cit., pp.31-254, donde caracteriza el “fundamentalismo del mercado” como una teoría del exceso, generadora de un estilo de negocios sin escrúpulos, pivote de la crisis financiera del 2008.

¹³ Por todos, Benedicto XVI, *Caritas in Veritate*, del 19 de junio del 2009. Versión WEB de la Libreria Editrice Vaticana. Resaltamos los siguientes puntos: (i) Análisis crítico del concepto individualista de los derechos como presupuesto al desarrollo económico liberal (n°44); (ii) Análisis crítico de la ideología economicista, tecnocrática, inhumana (n°14, 17, 64, 73, 76, 77); (iii) Análisis crítico de la codicia como móvil del apetito económico (n° 21, 22, 40); (iv) Correspondencia recíproca de los principios de subsidiariedad y de solidaridad para la solución de los problemas sociales y económicos (n°57 y 58); (v) La justicia debe estar presente en todas las etapas del proceso económico (n°37); (vi) La justicia distributiva y la justicia social deben condicionar y perfeccionar la lógica del mercado (n° 36 y 36); (vii) El fin de la economía es el bien común y no la mera ampliación de la lógica mercantil (36); (viii) La lógica de la gratuidad en la empresa y en la economía (n°38 y 39); (ix) El sentido polivalente de la libertad de empresa (n°41); (x) Necesidad de una reordenación de las finanzas internacionales guiada por la justicia (n°65 y 66).

¹⁴ La desigualdad desproporcionada es objeto de preocupación científica: los artículos académicos sobre el problema han aumentado el año 2012 en un 25% respecto a 2011 y un 237% respecto a 2004. NAÍM, Moisés, *Piketty en todas partes*, en *El País*, edición del 17 de mayo de 2014.

33. Desde el ángulo jurídico económico la singularidad de la ideología economicista consiste en atribuir un papel totalizador al mecanismo de mercado al interior de la sociedad, que se extiende por lógica consecuencia a la distribución de los recursos para satisfacer las necesidades sociales, como la salud, la educación, la vivienda, el transporte, las obras públicas, etc.

El mercado es concebido con todas las perfecciones o atributos que la teoría económica asigna al estado impoluto de competencia perfecta: racionalidad de los agentes económicos, atonicidad y transparencia del mercado, homogeneidad de los productos en competencia, libre entrada y salida, y movilidad de los factores de producción. Todas las ventajas de este modelo ideal son trasladadas al mundo real del funcionamiento de los mercados concretos. De tal manera que si a éstos se les deja en manos de su propia lógica, simplemente económica, es dable esperar el máximo beneficio para todos: productores, distribuidores, proveedores y consumidores. Beneficio "máximo" en cuanto al precio, cantidad, calidad, información y satisfacción, porque apodóticamente éste es el fruto de la libre concurrencia armónica de los involucrados en el intercambio.

34. Si el mercado no funciona de acuerdo con este "deber ser", el fallo no es atribuible a su estructura, predefinida como el aparejo más eficiente del ser humano para la asignación de los recursos. El discurso ideológico del mercado sitúa las deficiencias en las débiles condiciones de la pobre realidad, negligente en su tarea de adecuarse a la racionalidad intrínseca y benéfica de aquél.

A través de este modo de interpretar el funcionamiento del mercado, se supone que (i) todo agente económico es racional, (ii) cada cual busca su beneficio, (iii) todos tienden a alcanzar la máxima utilidad. En otros términos, la maximización de los beneficios, guía de la toma de decisiones del empresario, concurre con la maximización de la utilidad, guía de las decisiones del consumidor.

La interrogante es qué sucede si en la realidad no se cumplen los parámetros precedentes. La respuesta de la ideología del mercado es siempre la misma: dichos parámetros son operantes precisamente porque ocupan en el equilibrio del sistema el mismo papel que en la cosmovisión cristiana tiene la Divina Providencia. Por eso es que la disfunción real o posible del mercado no hace mella en el lugar omnipresente que se le asigna, el cual debe ser dejado a sí mismo para solucionar sus propios entuertos. De ahí la inmovilidad de las autoridades legislativas o reguladoras ante las graves deficiencias del mercado real. Se resisten a pensar que la maximización de beneficios de unos pueda realizarse perjudicando la utilidad de muchos, como sucede precisamente en muchas zonas del mercado. O más ampliamente, el problema de la desnaturalización de la libre competencia en manos de los más poderosos bajo formas siempre renovadas les parece una accidentalidad transitoria, que el mercado va a solucionar a futuro con sus propias reglas.

Todo esto explica, por ejemplo, por qué el mercado de medicamentos chileno se deja a su propio destino, no importa cuántas disfunciones tenga su estructura y su funcionamiento, o cuán injustas sean muchas de sus prácticas¹⁵.

35. Desde el punto de vista cultural, esta ideología es catastrófica. “*Todo lo sólido se desvanece en el aire*”, observa Karl Marx al describir su incidencia en la primera revolución industrial. Y por más que nos duela citarlo, no es menor que este autor reconozca la enorme función que cumplió el primer capitalismo en favor del proyecto comunista al disolver el tejido social y familiar de los obreros (con la industrialización urbana) y suprimir (con el auxilio de la legislación liberal) los derechos protectores y autónomos de los gremios y asociaciones premodernas. Análoga constatación formuló el Papado por boca de León XIII, aunque desde perspectiva opuesta. Puede discutirse, como afirma Sennett, que el único aspecto constante del capitalismo sea la inestabilidad. Pero no creo que puede discutirse que ésta sea la cualidad del neocapitalismo.

El horizonte que abre Louis Dumont en su estudio sobre la génesis y el apogeo de la ideología económica sirve aquí de oportuno marco referencial. Hay que retener su tesis de que la modernidad, como visión de mundo, requería necesariamente de una “ideología económica” en su tarea de redefinir el universo según los parámetros fáusticos del materialismo racionalista y cuantitativo. En ello hay un continuo sorprendente, pero indudable, que va de Locke a Marx¹⁶, y de Marx a Hayek.

Esta ideología ha convertido la economía en una ciencia del cálculo, obsesionada por la cantidad, incapaz de atender a los problemas cualitativos de la existencia humana. La pasión por los números y fórmulas convertida en estilo y método económico conduce a aplanar la realidad y por ello mismo a falsearla¹⁷.

(ii) Capitalismo disruptivo o licuefactor

36. La ideología de mercado justifica el neocapitalismo. Pero hay una serie de circunstancias que lo hacen posible.

A principio de la década de los noventa emerge el capitalismo “tecno-científico” y su espiral de incesantes mutaciones. Los gurúes de los negocios lo anunciaron

¹⁵ ALVEAR, Julio, op. cit., pp. 123-178.

¹⁶ En los términos de Dumont, es una ruta lineal en lo esencial que va de la emancipación de la economía respecto de lo político (Locke) a una filosofía de la historia donde lo humano depende completamente de la producción (Marx). DUMONT, Louis, *Homo aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica* (traducción de Juan Aranzadi), Taurus, Madrid, 1999, pp. 71-87 y 185-226.

¹⁷ RÖPKE, Wilhelm, *Más allá de la oferta y la demanda*, Fomento de Cultura, Valencia, 1960, pp. 150-155, 330-340; RÖPKE, Wilhelm, *La crisis social de nuestro tiempo*, Revista de Occidente, Madrid, 1947, pp.67-68; RÖPKE, Wilhelm, *Civitas humana*, Revista de Occidente, Madrid, 1956 pp. 19-24.

efusivamente como una nueva etapa de autorrealización de la humanidad. Le pusieron el nombre de “nueva economía”.

Es lo que difundió, por ejemplo, Kevin Kelly en su célebre *New rules for the New Economy: 10 Radical Strategies for a Connected World* (1999). Sostiene que las tecnologías de la información y de la comunicación están llamadas a generar un nuevo tipo de sociedad y de mercado, produciendo cambios cualitativos en el proceso económico, de manera que todos los agentes que participan en él (empresas productoras, distribuidoras, trabajadores, consumidores, etc.) se vean afectados en todas sus manifestaciones (pensamiento, expresión, comunicaciones, intercambio). ¿Cuáles son estos cambios?

La nueva economía, a diferencia de la economía industrial, “*es global, apoya lo intangible –las ideas, la información y las relaciones– y está intensamente interconectada*”. Lo que significa que organiza la producción y el conocimiento a partir de una red de comunicaciones donde el mundo del soporte lógico –software, intangibles, servicios, instrumentos mediáticos– rige el mundo del soporte físico –realidad palpable, de los objetos, de las materias primas y de las manufacturas–.

Esto requiere una mutación del ser humano a fin de encajar con este nuevo universo de los “negocios”. Se reivindica, sin decirlo, una genuina “desustancialización” de la persona y de la comunidad social, donde se le impone, como pide Kelly, la exigencia de que “*la armonía no existe, todo fluye continuamente*”, la premisa de que el éxito supone obsolescencia, la lógica de que la aceleración de la velocidad es el nuevo ritmo de la vida. El concepto maestro de la nueva economía no es la optimización de recursos, sino la “*innovación*”, agrega el autor, por lo que hay que renunciar al orden estable y a la previsibilidad racional, a fin de adaptarse o adelantarse a los cambios en un proceso de constante mutación. El que grite “*paren el mundo, que me quiero bajar*” debe ser marginado. El “*elogio de la lentitud*”, de Carl Honoré, ha de ser suprimido en la era del furor.

37. Estas tendencias, en la medida que van alcanzando el corazón del capitalismo, lo vuelven disruptivo. Lo tensan hacia la ruptura del “pacto social” que alcanzó con las clases medias en los países desarrollados después de la segunda guerra mundial. Particularmente cuando se vislumbran las siguientes vertientes:

a) Neocapitalismo *inestable*: Nos enfrentamos a un capitalismo de velocidad acelerada, donde es imposible detenerse gracias al impulso de la innovación tecnológica y al deseo exponencial de las empresas de incrementar las ventas. Hay aquí una fuerza enorme para licuar todo lo estable y para desarraigar al ser humano de todo lugar físico o mental permanente.

Esta inestabilidad ha devenido también en componente esencial del mercado financiero, como observa Juan Torres López en *“La crisis de las hipotecas basura”* (Sequitur, 2010). Sin la inestabilidad, volatilidad y alteraciones permanentes en las cotizaciones y precios de los activos financieros no podrían obtenerse los diferenciales que permiten las altas rentabilidades.

La lógica de la variabilidad es funcional no solo a la ganancia, sino también a la pérdida de valor. Cuando la pérdida, por su monto y calidad, afecta al mercado financiero en su conjunto, desborda a la economía productiva y perjudica el crecimiento, se habla de “crisis”, que puede ser nacional, sectorial o sistémica. Muchas veces, obligan a los Estados a inyectar liquidez o rescatar a las instituciones más afectadas, caudal que, en definitiva, deben soportar los contribuyentes. Según datos del FMI, este tipo de crisis se vienen produciendo de manera acelerada desde la década de los setenta. Ciento veinticuatro se han producido en los países en vías de desarrollo en el período 1970-2007¹⁸. A nivel global, si en las décadas de los setenta y ochenta el porcentaje de los países que sufrieron crisis bancarias se situó entre el 5 y el 10%, según la participación en la renta mundial, a mediados de los noventa alcanzaba el 20%, y a partir del 2008, el 35%¹⁹. La inseguridad de nuestro futuro a la vuelta de la esquina.

b) Neocapitalismo *totalitario*: En *The Age of Access* (Putnam, 2000) y *The Third Industrial Revolution* (Palgrave, 2011), Jeremy Rifkin constata la tendencia de la nueva economía a convertir todos los aspectos de nuestra existencia en algo que se compra y vende. Es la economía total de la vida mercantilizada, experiencia siempre renovada de compra imparable. La idea central es monetarizar la totalidad de la experiencia personal, como dijimos más arriba, convertir nuestra vida en algo dependiente de los agentes comerciales. Epígonos lógicos de la economía moderna que paulatinamente fue sustrayendo aspectos cada vez más amplios de la vida en común para transformarlos en relaciones comerciales. Hoy por hoy no hay relación humana, tiempo o institución que no pueda ser objeto potencial de una “comercialidad” omnipresente, o al menos, de ser medida por sus parámetros.

Hay aquí una lógica sistémica. En la economía del acceso la producción de bienes dejó de ser suficiente. El proceso económico se funda en una red que por su propio ímpetu se va tejiendo en torno a la totalidad de la existencia, abriéndose posteriormente a la mercantilización de toda experiencia de vida. Lo que se comercia no son solo bienes o servicios, sino relaciones humanas. De ahí el papel de la mercadotecnia y el marketing, en el que se invierten sumas estratosféricas para colonizar tanto cuanto posible el tiempo de los clientes actuales o potenciales y mantener su atención en un espacio siempre voluble.

¹⁸ STIGLITZ, op., cit., p. 14.

¹⁹ CHANG, op. cit., pp. 82-83.

Vamos hacia una existencia comercializada casi en su integridad. Y como la producción de bienes y servicios está subordinada a las posibilidades de control del cliente, esté pasa a ser el objetivo subyacente de la futura economía.

c) Transición hacia una economía *ingrúvida*. Constata Rifkin que la nueva economía impulsa un proceso de desmaterialización del capital y de los productos físicos, cuya acumulación cuantitativa era signo de riqueza en la economía industrial. Hoy se estiman cada vez más los bienes intangibles, los paquetes de información y los activos intelectuales, mientras los bienes corporales, especialmente los implicados en la innovación tecnológica, reducen lo más posible su tamaño.

Un efecto para la empresa: necesidad de entrar en carrera por reducir sus activos físicos, sus existencias, su capital inmobiliario, pues en una economía fluida la propiedad a largo plazo, sea mueble o inmueble, puede llegar a ser un obstáculo, además de representar cargas y responsabilidades para su titular de las que bien puede eximirse. De ahí que la externalización (*outsourcing*) se convierta en regla, y se traslade la responsabilidad inmediata por el servicio bien hecho a un contratista externo en una multiplicidad de recursos y procesos. La empresa se mueve del sistema de propiedad al acceso de servicios móviles a corto plazo.

Para el empresario, la desmaterialización de la propiedad ocasiona un gran cambio: declina el sentido de posesión de la propiedad privada, elemento esencial para considerarla, según los clásicos, un derecho natural. Lo mismo sucede con el ciudadano, donde la posesión estable y la "personalización" de lo propio son sustituidas poco a poco por la rápida circulación de productos obsoletos. Análoga transmutación de sentido afecta a las sociedades anónimas y a los gobiernos corporativos, particularmente en las empresas de capital flotante. El gran temor de Joseph Schumpeter, "*la evaporización del sentido de la propiedad*", se va cumpliendo. Fenómeno que según el célebre economista austríaco provocará la autodemolición del capitalismo, por la erosión de sus supuestos sociológicos. Sobre todo si se suma al abandono de la ética de la contención y de la ética familiar.

d) Neocapitalismo "ficto". Sostiene Vicente Verdú en "*El estilo del mundo*" (Anagrama, 2003) y "*El capitalismo funeral*" (Anagrama, 2009) que el neocapitalismo, no contento con generar utilidades a partir de la realidad, abre extensas redes para expandirse a lo que se superpone a ésta.

El comercio de alimentos, lleno de aditivos, colorantes, saborizantes u hormonas, es de sobra conocido. Tomates que no tiene sabor a tomates; yogurt que, en rigor, no son yogurt; pavos que tienen un leve sabor a pescado; salchichas cuyo contenido es mejor no saber. ¿No hay que ganar dinero?

La industria de la diversión –una de las más rentables del mundo– ofrece a raudales el escape a mundos irreales, a través de la venta de “experiencias” sensorialmente sentidas como si fueran realidad, casi sin mediación del entendimiento. La industria de la hiperconexión reproduce a su vez los lazos electrónicos entre seres humanos en un universo paralelo donde el tiempo y el espacio se comprimen. No hay día ni noche, no hay frío ni calor, el mapa se puede tejer sin seres de carne y huesos. ¿Maravillas de la técnica? Sin duda. Las utilidades que obtienen sus creadores son además cada vez más suculentas. Pero ¿no tendrá todo esto efectos colaterales en la inteligencia y en el equilibrio interno del hombre? En *Egobody: la fabrique de l’homme nouveau* (Fayard, 2010) de Robert Redeker y en otras muchas obras se problematizan las bondades de este nuevo mundo. Nos encaminamos, a su juicio, hacia un debilitado sustrato humano. Gramsci y su hegemonía cultural quedan en pañales.

Otra dimensión del capitalismo ficto es el capitalismo dinerario. Advierte Vicente Verdú que el dinero se desmaterializa hasta el extremo de transformarse en una cifra ordinal de una pantalla de computador. La inmensa mayoría de las transacciones comerciales ya no se realizan en efectivo, sino mediante formas privadas de dinero electrónico y de bits transformados en pura información que viajan a la velocidad de la luz. Se calcula que menos del 10% del total de lo que llamamos dinero se encuentra materializado en forma monetaria.

Para el ciudadano esto significa que el centro de su economía ya no es la propiedad, o el ahorro, o sus propios ingresos, sino la capacidad de endeudamiento (el acceso al crédito). Cesó el capitalismo fundado en el ahorro y el trabajo. Hoy lo que importa es el consumo y el gasto. El “vivir de prestado” es otra explosiva tendencia promovida por el neocapitalismo “ficto”.

e) Neocapitalismo “*platónico*”: se transita desde el capitalismo del volumen, de los bienes materiales, de la fuerza mecánica y de la manipulación de la materia al capitalismo “*platónico*”, como le llama Rifkin, el capitalismo de las ficciones, de los conceptos, de las imágenes, del influjo sobre la mente. El objetivo de cualquier industria es hoy expandir la propia presencia mental a través de la multiconexión para poder actuar sobre la conciencia humana.

f) Una nueva concepción del trabajo: *fluido y precario*. El neocapitalismo ha horadado muy rápido el mundo de las lealtades que el capitalismo tejió con tanto esfuerzo a partir de la segunda guerra mundial, particularmente en los países desarrollados, como estrategia de respuesta a la lucha de clases marxista.

Constata Richard Sennett en *The Culture of the New Capitalism* (Yale University Press, 2006) que el trabajador medio no puede ser leal a una empresa que es “*fluida*” en su propiedad, en sus planes de desarrollo, en sus estrategias de producción o en sus políticas de contratación o despido (supuesta la “*flexibi-*

lización" laboral). Por su propia lógica, la empresa nunca va a ser leal con él, ni siquiera si cumple con la antigua disciplina del mérito. Y es que se atenúa la visión clásica del trabajo como maduración paciente, transformación de uno mismo y cooperación armoniosa con el tiempo para llegar a ser el mejor en una disciplina. Ahora predomina la idea de trabajo como una mercancía de usar y tirar, que se acepta y se deja, ojalá sin sufrir ni padecer.

Un ejemplo entre muchos otros. La nueva preponderancia de los mercados financieros junto a la revolución tecnológica sustituyó en muchos lugares las seguridades relativamente estables del capitalismo empresarial por el imperativo inestable del capitalismo "flotante", donde los accionistas móviles imponen la norma en detrimento de quienes viven de la empresa: los trabajadores. De ahí deriva, recuerda Pascal Bruckner, la congelación de las rentas del trabajo, la desconexión entre el crecimiento económico y la evolución de los valores bursátiles, la disfunción de la movilidad social y el fin del contrato de trabajo establecido tras la segunda guerra mundial, garante de la estabilidad del empleo y la protección del trabajador. Es el regreso al capitalismo duro, despiadado con los "inútiles", generador de empleos de baja cualificación y escasas remuneraciones, un sistema brutal, pues carece de la perspectiva de un futuro mejor.

El universo del trabajo también ha sido penetrado por el culto a la velocidad. Ya no se labora de acuerdo al tiempo de los seres humanos, sino al ritmo de las nuevas tecnologías, que introducen, al decir de Bruckner, un nuevo estajanovismo que caza los tiempos muertos, comprime las tareas que hay que realizar en una sola persona y coloca, muchas veces, a los trabajadores en el límite de las alteraciones psíquicas o neurológicas²⁰.

38. Las tendencias precedentes nos hablan de un capitalismo *inestable, totalitario, ingrátido, ficto, platónico*, fautor de un trabajo *fluidido y precario*. Ya veremos cuál es el denominador común de este impulso.

(iii) Subordinación de la economía productiva a la economía financiera

39. A partir de la década de los ochenta, el capitalismo financiero crece de manera exponencial. La economía industrial, y en general toda forma de economía productiva, se subordina en proporción creciente al ritmo y a los intereses de este tipo de capitalismo.

²⁰ Un modelo de trabajo respetuoso de la dignidad humana, especialmente pensado para los problemas chilenos, en BURR, Sebastián, *Hacia un nuevo paradigma socio-político*, DyM, Santiago, 2010, pp. 540-570.

Según datos del FMI, entre 1980 y el 2007 la proporción entre el stock de activos financieros y la producción mundial pasó de 2,1 a 4,1. Ese mismo año, previo a la crisis, en Gran Bretaña, la proporción entre activos financieros y el PIB era de 700%, y en Estados Unidos de 900%. Al año 2012, se estimaba que los activos generados al interior de los mercados financieros globales superaban en mucho la economía real, medida según el producto interior bruto mundial, aunque las cifras no son del todo claras.

40. Son varias las causas que han concurrido a producir este efecto. Desde el punto de vista jurídico, la “desregularización” de los mercados financieros parece ser la más destacable. Durante la década de los noventa Clinton (con apoyo de Wall Street) reestructuró dichos mercados para aumentar su rentabilidad y facilitar la circulación global de sus productos. Se relajaron las normas de reservas obligatorias a los bancos comerciales y de apalancamiento a los bancos de inversión; se aumentó la capacidad de crear dinero bancario y activos financieros; se eliminaron las barreras de entrada a instituciones dedicadas a operaciones riesgosas, etc. Mayor libertad de movimientos para el capital a nivel global y mayor libertad de las instituciones que lo manejan. **El icono de estas medidas fue la Ley de Modernización de los Servicios Financieros (Gramm-Leach-Bliley Act, del 12 de noviembre de 1999).**

El modelo de producir dinero de manera rápida al interior de los mercados financieros ocasionó un efecto nocivo: la demanda de todo el sistema por rendimientos altos, y, en consecuencia, un predominio, en relevancia y cuantía, del capital que se moviliza en dichos mercados sobre el que se mueve en la economía productiva.

41. Nadie duda de la utilidad que puede prestar el capitalismo financiero cuando de manera responsable coadyuva a las necesidades económicas de las familias, a los requerimientos del emprendimiento empresarial, y en general al “engrase” de las relaciones productivas. Pero el centro de la cuestión es otro: su excesiva dilatación nos lleva a la falsa creencia de que la riqueza de las naciones no depende del trabajo, de la producción y del comercio honesto de bienes, sino de lo que George Santayana llamaba “la niebla de las finanzas”: la posibilidad de enriquecerse apostando con el dinero ajeno, de personas, corporaciones y hasta países.

42. Precisemos mejor el punto. El predominio del capitalismo financiero sobre la economía productiva ocasiona múltiples disfuncionalidades:

a) Se altera uno de los sentidos primigenios de las finanzas: el ser auxiliar de la economía real, proveyendo de capital líquido a personas, familias e industrias, ayudando al desarrollo y expansión de la empresa y al bienestar material. Estas funciones siguen existiendo, pero están cada vez más condicionadas por las

necesidades especulativas de la economía financiera, que se rige por el principio del capital "impaciente": el máximo beneficio en el más corto tiempo en base a la reproducción del capital desde sí mismo, alejado de la lógica de la satisfacción de las necesidades de la población. El "éxito empresarial" corre el riesgo de identificarse con la acumulación piramidal de los frutos del capital.

b) Pero, como observa Ha-Joon Chang en *"23 Things They Don't Tell You About Capitalism"* (Bloomsbury, 2008), la liquidez que se atribuye a los activos financieros los vuelve potencialmente perjudiciales para el resto de la economía. La organización de un proyecto empresarial puede tardar meses, años o décadas; necesita un tiempo para desarrollarse, una cierta racionalidad pausada para organizar el trabajo y la producción, una apuesta de riesgo para obtener los beneficios esperados. Constituye el sustento de trabajadores y proveedores, y satisface las necesidades más diversas de la población. Los activos financieros, en cambio, pueden crearse fácilmente; no dan trabajo a la población; su ritmo es fluido e imprevisible, pues le es esencial la movilidad inmediata y la posibilidad de transmutar de acuerdo a las necesidades siempre cambiantes del negocio especulativo. Es un capital líquido que no se aviene con las demoras del capital industrial, inserto en proyectos estables y racionales. Su velocidad le empuja a no convertirse en "capital paciente": su mirada está puesta en los beneficios inmediatos, no en el desarrollo a largo plazo de las empresas de los sectores reales.

De ahí que en la industria de bienes y servicios los papeles tiendan también a invertirse, trasladando la obtención de beneficios desde sus propios productos a la actividad financiera que teje en torno a ellos. A veces a niveles impensados, como es el caso de General Electric, Ford o General Motors, en los años anteriores a la crisis del 2008²¹.

c) El predominio de la economía financiera tiende a producir otro efecto nocivo: se va desvinculando el dinero del intercambio de bienes y servicios. El objeto del intercambio pasa a ser primordialmente el propio dinero, creando una economía especular: ya no transacciones sobre las cosas, sino transacciones sobre transacciones. El capital se direcciona para obtener beneficios que navegan, cada vez con mayor extensión, en el mundo de la especulación. Se

²¹ Los casos de Islandia, Irlanda o Letonia son otro conocido ejemplo del problema, esta vez a nivel de países. A partir de la década del 2000, optan por crecer por la vía financiera. La estrategia consiste en desregular sus mercados y ofrecerse como centros emergentes del sistema financiero mundial. El sistema se beneficia con la transacción de activos tóxicos, las OPAS hostiles, la venta en corto y la reducción de los márgenes obligatorios para comprar acciones. Son presentados como un ejemplo para el mundo. El 2007, Islandia llega a ser el quinto país más rico, con activos financieros que alcanzan el 1000% del PIB. El mismo año, Irlanda posee activos bancarios por un valor del 900% del PIB. Algo similar en Letonia. El 2008 cae toda esta superestructura financiera, hondamente afectada por la crisis subprime. Para el 2009, la economía de Islandia se contrae un 8,5%, la de Irlanda un 7,5% y la de Letonia un 16%. Estos países aún no han podido resurgir.

estima que la mayor parte de los capitales que circulan son transacciones que no se corresponden con mercancías, solo con transacciones. No hay, como dice Vicente Verdú, objeto al otro lado del espejo: solo el vidrio de la especulación.

Estas transacciones sobre transacciones han incentivado la creación jurídica de nuevos sujetos y objetos al interior de los mercados financieros, nota Torres López, de quien sacamos los casos que siguen. Aparecen los llamados "inversores institucionales": fondos de inversión, fondos de pensiones, compañías de seguro y bancos orientados a la revalorización de fondos ajenos en el mercado financiero. Su objeto, jurídicamente considerado, depende del todo de este dinero especular. En general, crean fondos de ahorros colectivos a fin de invertirlos en operaciones especulativas. Por definición no se relacionan con la economía productiva: su existencia se justifica para aprovechar los diferenciales de precios de los títulos financieros. En la estimación de Huffschmid, hacia el año 2006 las tres cuartas partes del total de activos financieros se encontraban en manos de este tipo de inversores. En un cuarto de siglo, habían pasado a controlar 2,9 billones de dólares a 62 billones, en una escala de acrecimiento de 1 a 21²².

Estos inversores institucionales requieren para sus operaciones de títulos líquidos, a fin de intercambiarlos con facilidad. De ahí la inventiva, diríase infinita, para crear nuevos instrumentos especulativos, cada vez más alejados de aquel dinero "real" vinculado a la producción de bienes y servicios. Los más eficientes de estos productos han sido los "derivados", de los que hablaremos, por su facilidad de multiplicarse. También son recurridos los "carry trade", que especulan con la divisas y los tipos de interés. Para que se vea la inmensa expansión que en este ámbito ha alcanzado el capitalismo financiero, hay que observar que entre productos derivados y productos del mercado bursátil y de divisas se movilizan diariamente unos 5,5 billones de dólares. En contraposición, se calcula que el volumen que movilizaría el comercio mundial diario sería 100 veces menor²³.

²² Los inversores institucionales, por su propia lógica, funcionan subordinando directamente la economía productiva a la economía financiera, mediante el control de ciertas empresas (a través de la compra de acciones). Su finalidad primaria no es la productividad a mediano y largo plazo, sino la obtención de beneficios bursátiles inmediatos. Especulan pura y simplemente: compran acciones para vender en el momento más oportuno con la más alta rentabilidad posible. Ya el año 1998, constata Serfati, controlaban el 50% de las acciones de las empresas norteamericanas que se cotizaban en la bolsa.

Por otro lado, es conocida la estrategia de las *stocks options* para vincular el aumento de remuneraciones de los altos directivos con el valor de las acciones a corto plazo. Cruzando los umbrales de la legalidad, durante los años noventa se utilizaron técnicas contables y financieras para hacer aumentar artificialmente el valor bursátil de las acciones, como en el célebre caso de Enron. TORRES LÓPEZ, Juan, *La crisis de las hipotecas basura*, Sequitur, Madrid, 2010, pp. 58-62.

²³ Otros productos financieros recurrentes son las empresas *private-equity*, que recogen fondos para reestructurar empresas (eufemismo que significa reducir costes) y volverlas a vender a precio más alto. O los *hedge fund*, fondos de cobertura o de alto riesgo, manejados por bancos de inversión, gestores de fondos y firmas de corredurías de bolsa. Siguen su propia lógica especulativa, sin conexión directa con las necesidades reales de la población y del proceso productivo y han sido capaces de desestabilizar las economías nacionales.

d) Los fenómenos anteriores no solo alteran la función del mercado de las finanzas y el papel del dinero en relación con la economía productiva. También desnaturalizan la actividad bancaria como intermediario financiero. Porque la banca, que antiguamente canalizaba los depósitos a ella confiados principalmente a la inversión empresarial o el consumo familiar, hoy tiende a utilizarlos en función de la rentabilidad de los mercados financieros, desvinculándose, en la medida de las posibilidades legales y de sus estrategias de negocio, del auxilio a la economía productiva.

e) Todo este panorama alimenta la lógica de las “burbujas”. Al respecto hay un dato sorprendente para el ciudadano común: el dinero circulante no está constituido solo por el dinero que crea el Estado, sino también por el dinero “bancario”, que crea el sistema financiero. El dinero “estatal” representa una muy minoritaria porción de los medios de pagos que utilizamos. Se estima, en cambio, que el dinero “bancario” fluctúa entre el 60% y el 70%.

Para aumentar el “dinero rentabilidad” el sistema financiero necesita ingeniarlas para hacer crecer el “dinero deuda”, constituido por el conjunto de activos que, dependiendo de la legislación de cada país, se pueden crear o utilizar a partir de ella. Dichos activos aumentan su valor en la medida que suben las expectativas de los inversores en torno a las ganancias que pueden obtenerse con su transacción.

Es aquí donde aparece el concepto de “burbuja”: la tendencia persistente al alza de los precios de los activos (derivados, contratos hipotecarios, divisas, petróleo, oro, mercancías, etc.) que permite rentabilidades crecientes a todos los agentes del mercado. Todos ganan, menos el consumidor final, que ve como se encarece su crédito de tasa variable o cómo tiene que comprometer sus ingresos familiares para adquirir una vivienda cada vez más sobrevalorada.

Las burbujas financieras suponen un aumento exponencial del dinero circulante fundado no en el crecimiento productivo, sino en las expectativas de rentabilidad, básicamente especulativa, de los grandes agentes del mercado financiero. Hay aquí graves problemas en cuanto al sujeto, objeto y medios del sistema: volatilidad del mercado, componente no racional de las expectativas especulativas, falta de transparencia en la información que se provee al mercado en todos sus niveles, aunque en distinto grado; mecanismo cautivo en interés de una ínfima pero poderosísima clase macrocapitalista, etc.

De esta manera, la rentabilidad del dinero bancario se funda, en última instancia, en tres columnas riesgosas: el aumento de la deuda, las expectativas no completamente racionales que los inversores ponen en los instrumentos y operaciones financieras y la necesidad de crear burbujas (o aprovecharse de ellas).

43. De los puntos precedentes se deduce que la “financiarización” de la economía altera el sentido de las finanzas, transformando los fines (la economía productiva) en un medio para el desarrollo de aquella. Lo que acarrea las siguientes consecuencias: el “capital impaciente” pasa a ser un motor fundamental de la economía, de la que ya no se puede zafar; ésta se transforma en economía “especular”: transacción sobre transacciones; el “éxito empresarial” equivale a acumulación piramidal de las rentas del capital; se desnaturaliza la actividad bancaria como intermediario financiero; el dinero se reproduce de espaldas a la realidad; emergen las “burbujas” como fenómeno habitual, que cuando explotan perjudican gravemente la economía productiva. Un capitalismo caótico.

(iv) Modelo irracional de los negocios

44. Se ha observado que el neocapitalismo rompió definitivamente con la adusta ética protestante de la gratificación diferida, tan analizada por Max Weber, respecto del primer capitalismo. Pero también arrumbó la generosa ética de la magnanimidad, que aún subsistía en algunos países católicos, como observa Rafael Gamba.

Lo que hoy está en boga no es una ética, sino un estilo de hacer negocios. Es el estilo de la gratificación inmediata, de medición por acumulación de utilidades, y de disminución de la responsabilidad empresarial (“*se privatizan los beneficios, se socializan las pérdidas*”).

45. Bennett Harrison llama a este impulso el “capital impaciente”. El capital liberado de proyectos a largo plazo, presionado por retornos inmediatos, obligado por los inversores a reproducirse aquí y ahora. ¡He ahí la nueva piedra filosofal! El capital impaciente ha transformado las mentalidades, los gobiernos corporativos, los mecanismos financieros y la valoración de las empresas. Se trabaja sobre todo por las ganancias rápidas, no por el producto bien hecho, ni por el proyecto de desarrollo social que significa una buena empresa. Menos se piensa en condiciones de trabajo y remuneraciones dignas para el sector *no* directivo ni ejecutivo.

46. Un recuento de hechos ayuda a comprender esta tendencia. Primero, lo sucedido en General Motors. Durante casi un siglo, la compañía de autos más grande del planeta, símbolo del poderío industrial de los Estados Unidos. El 1 de junio del 2009 se declaró en bancarrota. El gobierno norteamericano tuvo que intervenir reestructurándola, gastando de paso la sideral cantidad de 57.600 millones de dólares del erario nacional.

¿Qué había pasado? Según el análisis de Chang, durante las dos últimas décadas la empresa, pese a presionar en favor de medidas proteccionistas, no había podido fabricar buenos coches a precios competitivos. Mientras tanto, los di-

rectivos cobraron salarios estratosféricos por conseguir beneficios más elevados para los accionistas, a la vez que estrujaban a los otros factores productivos: empleados y proveedores. No realizaron las inversiones tecnológicas necesarias. Trataron de compensar las carencias potenciando la rama financiera (*General Motors Acceptance Corporation, GMAC*) en negocios de especulación pura. Para el 2004, el 80 por ciento de los beneficios de la empresa procedía de GMAC, no de la venta de coches. Y como la mayoría de los accionistas eran titulares de capital flotante, alentaron estas prácticas a cambio de suculentos dividendos y recompras de acciones de la compañía. Ni la estabilidad ni el futuro a largo plazo de la empresa importó. Cuando Obama pidió la renuncia al presidente de la compañía, ésta ya había naufragado. Los responsables se fueron con millones de dólares en los bolsillos. Producto de la crisis, se develaron situaciones análogas en otras empresas simbólicas, tanto en los Estados Unidos como en Europa.

47. Otro ejemplo notable es el millonario negocio de los créditos hipotecarios a los NINJA (*No income, no job, no asset*), que involucró directamente al sistema financiero e inmobiliario norteamericano. Prestar a quienes son altamente riesgosos y sobre esa base reproducir modelos de negocios era irracional para la banca pos gran depresión. Pero fue lo que pasó en la última década en EEUU: la banca comercial y la banca de inversión usaron los mismos activos subyacentes (casas originalmente hipotecadas) y las mismas actividades económicas (las generadoras de ingresos de los hipotecados) para derivar nuevos y nuevos activos, a partir de diversas titulizaciones, producto de la imaginación financiera. En primer lugar los *Mortgage Backed Securities (MBS, "Obligaciones garantizadas por hipotecas")*, que servían para reunir en un solo paquete miles de hipotecas buenas y malas ("prime" y "subprime" según la calificación de riesgo). A su vez, los MBS se integraban (hasta ciento cincuenta) en un nuevo activo que llevaban el nombre de *Collateralized Debt Obligations (CDO, Obligaciones de deuda colateralizada)*. Después se crearon CDO al cuadrado y al cubo, mediante combinaciones de CDO, por ejemplo los *Synthetic CDO*, que dieron una rentabilidad sorprendente. Finalmente los *Credit Default Swaps (CDS, coberturas por incumplimiento crediticio)* que se crearon para proteger del impago las CDO. Las agencias calificadoras mediante "re-calificaciones" ("re-rating") aminoraban los riesgos (!!) a pedido de los agentes más poderosos del mercado.

Todo este tinglado financiero se fundaba en el fondo en una mentira. Fabricaba beneficios millonarios para sus participantes sobre la base de tres supuestos irrales: que los deudores de hipotecas malas pagarían sus deudas a largo plazo, que el mercado inmobiliario se mantendría al alza indefinidamente (porque la burbuja no explotaría), que el "re-rating" bueno de las hipotecas malas por parte de las agencias calificadoras se bastaría a sí mismo. Cuando la burbuja estalló, todo el sistema se vino abajo²⁴.

²⁴ Absurdo tras absurdo. Los productos financieros, comenta Stiglitz, eran –y siguen siendo– tan complicados que los analistas necesitaban modelos técnicos de ordenador para evaluarlos. Aún así es muy

Ocurrió lo que nadie esperaba. Todo en medio del triunfalismo. Entre 2008 y 2009 se declararon insolventes los cuatro gigantes de la inversión mundial: Lehman Brothers, Merrill Lynch, Goldman Sachs y Morgan Stanley, que habían sobrevivido incluso el crash del año 29. Lehman Brother acumuló pérdidas millonarias gracias a los activos ficticios respaldados por hipotecas subprime. El 15 de septiembre del 2008 formalizó su quiebra con un pasivo de \$ 613.000 millones de dólares, el mayor en toda la historia norteamericana.

48. Relacionado con lo anterior, nadie sabe a ciencia cierta quiénes componen "el mercado". Se ha convertido en un oxímoron. En general, en la alta esfera de los negocios internacionales y en los pasillos de los Ministerios de Hacienda, los "mercados" se identifican con los grandes intereses financieros del macrocapitalismo, no con las expectativas de la micro, pequeña y mediana empresa productiva, o las necesidades del ciudadano. Al respecto, el discurso que inicia el famoso film "El lobo de Wall Street" (2013) es oportuno. Mark Hanna le desvende al broker Jordan Belfort el alto componente artificial y no racional de las transacciones al interior del mercado financiero. Lo que ha sido objeto de estudios especializados. El premio Nobel de economía, Maurice Allais, considera que por esta vía el capitalismo contemporáneo se está convirtiendo en algo parecido a un casino.

49. Vamos a otra zona del neocapitalismo. De acuerdo al análisis de Eduardo Olier en "*Codicia Financiera*" (Pearson, 2013) es una de sus lacras más vergonzosas: la economía "*Low Cost*". Es la vuelta al capitalismo manchesteriano, al mundo retratado por Dickens. Por ejemplo la "deslocalización": las grandes corporaciones de los países desarrollados han trasladado en los últimos veinte años la mano de obra a países del "tercer mundo", a fin de asegurarse salarios muy bajos, débil legislación en materia medioambiental, escasas garantías de seguridad social, frágiles condiciones de trabajo (menos costos en seguridad e higiene, jornadas laborales extensísimas). Es cierto que aportan el valor añadido de las actividades productivas a dichos países. Pero con métodos degradantes y con daños colaterales: reducción del empleo en los países del primer mundo, reducción de la calidad del producto final, confeccionado por personal menos cualificado.

La deslocalización de la industria textil, con sesenta millones de trabajadores (según cifras de la OIT), es un ejemplo ominoso. Las grandes empresas occidentales subcontratan los servicios de una mano de obra barata en China, Bangladesh, Camboya, India, Marruecos, Turquía, Filipinas, Egipto y Sri Lanka. La situación de esta industria quedó al desnudo en abril del 2013 cuando en Bangladesh un complejo de nueve pisos –el Rana Plaza– se derrumbó por falta de resistencia de los materiales. Era una fábrica textil, como otras dos mil quinientas del país, que trabajan para grandes firmas europeas y norteamericanas: Benetton, El Corte Inglés, Mango, H&M, C&A, Primark, Inditex, Le Bon Marché,

difícil conocer los riesgos. Una pirámide de incentivos perversos basados en modelos defectuosos o irreales.

Walmart, Cato Fashion, JC Penney, Iconix (Lee Cooper), Carrefour, Gap, Target, Children's Place, PVH (Calvin Klein y Tchibo), Loblaw y Mascot, entre otras.

Murieron 1.127 personas, 2.500 quedaron heridas, muchos con mutilaciones. Las víctimas laboraban en condiciones cercanas a la esclavitud, por 38 dólares mensuales, que es lo que ganaban, de acuerdo al Banco Mundial, los cuatro millones de trabajadores textiles de Bangladesh.

El gigante sueco H&M recibió un millón de protestas de consumidores europeos, al calor de la campaña "aplastados por hacer nuestra ropa". La indignación se hizo sentir contra todas las firmas europeas, que, presionadas por los gobiernos, suscribieron un acuerdo (*Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh*²⁵) para asegurar condiciones laborales mínimas. También un fondo de compensación. Se ha acusado por las víctimas que el cumplimiento ha sido moroso. Las multinacionales norteamericanas, salvo Walmart, Children's Place y Gap, se han negado hasta mayo del 2014 a aportar dinero, por temor a la judicialización del problema.

China es el país que tiene el mayor porcentaje de industria textil. Lo que pasa en su interior es censurado por el gobierno comunista. Capitalistas privados invierten felices en ella sin problemas de conciencia. Pero en Camboya, una protesta de 3.500 trabajadoras que elaboraban ropa para Nike salió a la superficie. Una carga policial dejó heridas a más de 20 mujeres. ¿La causa? Solicitar un aumento de sueldo de 14 dólares, sobre los exiguos 74 mensuales que recibían²⁶. Helena Helmmerson, directora de sostenibilidad de H&M, ha reconocido recientemente, aunque en sordina, las precarias condiciones laborales (seguridad, sueldos, jornadas) del modelo de negocios de la industria textil a nivel mundial²⁷. Lo importante es ser "exitoso", obtener suculentas ganancias...

50. En los puntos precedentes se han ilustrado cuatro estilos económicos irracionales, que afectan el corazón de la modernidad capitalista. Son frutos de un neocapitalismo que estimula la gratificación inmediata, la medición por acumulación de utilidades y la disminución de la responsabilidad empresarial.

III. La economía degradada por el neocapitalismo. Dos informes

51. La crisis financiera mundial del 2008 originada en los Estados Unidos (antecedida, en promedio, por crisis sistémicas cada cinco años) fue, sin duda,

²⁵ El documento oficial en <http://www.bangladeshaccord.org/>.

²⁶ *El País*, edición del 29 de mayo de 2013.

²⁷ Entrevista de Pablo Linde, en *El País*, edición del 16 de abril de 2014.

el resultado de la conjunción explosiva de las cuatro tendencias del neocapitalismo aquí revisadas. En sus aspectos gruesos, todas ellas aparecen, en mayor o menor medida, en el informe oficial que se redactó al efecto²⁸. Para evitar el hundimiento del sistema económico, el gobierno norteamericano tuvo que inyectar recursos (entre rescates y planes de reactivación) por un monto equivalente a lo que el país del Norte gastó en la Segunda Guerra Mundial y en el Plan Marshall en conjunto. ¿Qué nos depara el futuro?

¿Y la banca? Antiguamente era la imagen de la racionalidad económica y de la seriedad. Hoy no se puede decir lo mismo. Desde finales del año 2010, por ejemplo, *Financial Stability Board* (FSB) y el G-20 promueven los Acuerdos de Basilea III para garantizar liquidez (la solvencia ya no basta) ante la previsión de futuras crisis financieras. Todo ello, previa constatación de que las normas de seguridad acordadas previamente (Basilea I y II) fueron evadidas por la banca internacional con ingeniosas innovaciones financieras y contables²⁹.

IV. Breve digresión: Por qué la economía liberal de mercado es un fracaso social

52. En Chile no se habla de “neocapitalismo”. Se habla indistintamente de economía de mercado, economía de libre mercado o economía social de mercado. En realidad, es la economía *liberal* de mercado el sistema que se ha aplicado en nuestro país³⁰.

²⁸ Un diagnóstico oficial de la crisis y sus responsables en FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION USA (2011): *Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*, Official Government Edition, Washington, 2011, especialmente pp. 27-231 y 389-409. Vid. además LOWENSTEIN, Roger, *The End of Wall Street (180 interviews with top government officials and Wall Street CEOs)*, Penguin Group US, 2010; KRUGMAN, Paul, *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, W.W. Norton & Company Incorporated, 2009; FOSTER, John Bellamy y MAGDOFF, Fred, *The great financial crisis: causes and consequences*, Monthly Review Press, 2009; ROSS SORKIN, Andrew, *Too Big to Fail: The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial System--and Themselves*, Penguin Group US, 2010; ROUBINI, Nouriel y MIHM, Stephen, *Crisis Economics: A Crash Course in the Future of Finance*, Penguin Group US, 2010. Sobre la incidencia de la desregularización: MASON, Paul, *Meltdown: the end of the age of greed*, Verso, 2009, pp. 56-82; POSNER, Richard, op. cit., pp. 234-251. Una temprana advertencia de la crisis en RUBIN, Robert y WIESBERG, Jacob, *In an Uncertain World: Tough Choices from Wall Street to Washington*, Random House Publishing Group, 2003.

²⁹ A juicio de *Financial Stability Board*, los factores que provocaron la crisis financiera desde el ángulo del dinero bancario fueron tres: (i) multiplicación exponencial de las titulaciones, para fabricar productos derivados; (ii) aumento de los activos en los balances bancarios que disimularon el real estado de cuentas (“activos tóxicos”); (iii) disminución de la calidad de los fondos propios en relación con los riesgos. Todo lo cual ocasionó una crisis de confianza y de liquidez. BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, Basel, Switzerland: *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems - revised version June 2011*. <http://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf>

³⁰ Frickhöffer sostuvo en su época que las bases de la economía de mercado instaurada en Chile se asimilaban a las de la economía social en Alemania, por su alto grado de flexibilidad, productividad y racionalidad. FRICKHÖFFER, Wolfgang, “La implantación de una economía de mercado: el modelo alemán y el modelo chileno”, *Estudios Públicos* N° 6, 1982, pp. 89-98. Lazzano rechaza la similitud dado el influjo de la Escuela de Chicago en el modelo chileno. LASCANO, Iván, *El Ordoliberalismo alemán y la economía social*

53. Desde la perspectiva académica, el término “liberal” es convencional. Aunque la diferencia con la economía social de mercado parece clara, las denominaciones dependen en gran parte del ángulo de análisis³¹.

54. Los defensores de la economía liberal de mercado suelen profesar en Chile la creencia de que el mercado, cuando se le deja a sus solas fuerzas, brilla con las siguientes cualidades: racionalidad necesaria de los agentes económicos, atomización de la oferta, transparencia de los intercambios, ausencia de fallas (y si estas existen, se solucionan solas), etc.

La profesión de fe en estos principios puede explicar la pasividad sorprendente de los órganos contralores chilenos ante formas diversas de dominio y concentración económica en amplias zonas de nuestra economía, en perjuicio de la población.

Pero la eficiencia que se le asigna al mercado es una eficiencia teórica; puede no darse en la realidad³². Más aún, el presupuesto ideológico de que el mercado genera un orden espontáneo siempre eficiente porque nace de la libertad, necesita ser probado, contrastándolo siempre con la realidad de los mercados concretos, donde muchas veces la libertad de los grandes forma bloques de poderes privados que inhibe, estruja o tiraniza la libertad de los pequeños.

55. Cuando se aplica el término “liberal” a la economía de mercado se quiere resaltar algo más que el protagonismo de la libertad de emprendimiento y de la libre elección en la producción y asignación de recursos, denominador común a toda economía de mercado. Porque una cosa es la economía de libre mercado y otra la economía “liberal” de mercado.

de mercado, UNAB, México, 2008, pp. 168-169. Yañez niega que se pueda hablar de economía social de mercado en Chile, pues pese al progreso económico, los avances en aquella dirección no son sustanciales en ninguna de las materias relevantes, como difusión de la propiedad, vivienda, salud, seguridad social, relación empresarios-trabajadores, equidad en el ingreso. YAÑEZ, Eugenio, “La vía chilena hacia una economía social de mercado?”, *Acontecimiento*, N° 60, 2001, pp. 7-9. Más ampliamente, YAÑEZ, Eugenio, *Economía social de mercado en Chile ¿Mito o realidad?*, Hanns Seidel Stiftung, Santiago, 2005, pássim.

³¹ Albert, vr. gr., opone el modelo del Rhin al modelo neoamericano de los Estados Unidos, fundándose en el lugar que ocupa el mercado en la sociedad (o la garantía de seguridad social) para satisfacer las necesidades esenciales de la población. ALBERT, Michel, *Capitalismo contra capitalismo* (traducción de José Federico Delos), Paidós, Buenos Aires, 1997, pp. 97-102. Thurow distingue entre el modelo del Rhin, el modelo anglosajón (a partir de la era Reagan y Thatcher, aunque con diferencias entre ambos) y el modelo japonés, según el compromiso comunitario o individualista del Estado. THUROW, Lester, *El futuro del capitalismo. Cómo la economía de hoy determina el mundo del mañana* (traducción de Federico Villegas), Javier Vergara Editor, Buenos Aires, Argentina, 1996. Los modelos no se han mantenido estáticos. Primero la globalización y después el escenario de crisis económica mundial han relativizado en las dos últimas décadas las diferencias entre estos modelos dentro del género economía de mercado, en beneficio del paradigma neo-americano.

³² Sobre la eficiencia: “los mercados privados constituyen la mayoría de las veces el mejor mecanismo para mantener la eficiencia económica, para garantizar que se producen los bienes con el menor coste posible y que los que se producen son, de hecho, los que quieren los consumidores”. STIGLITZ, Joseph, *Micoeconomía*, Ariel, 1993, p. 197. Pero puede fallar en uno o más de estos supuestos.

El término “liberal” expresa, en sustancia, una filosofía profundamente utópica sobre la libertad humana, sus atributos y su función al interior de la sociedad. Utópica porque se funda en la concepción inmaculada del individuo, según célebre expresión de Plinio Correa de Oliveira.

56. A la *Weltanschauung* liberal, de origen protestante, es oportuno oponer, en el ámbito de los fundamentos, una concepción mucho más realista: la del ser humano herido por el pecado, propia del catolicismo. Un ser humano, en consecuencia, capaz de virtudes naturales, pero también de vicios. Un ser humano necesitado de redención y de ayuda. De subsidiariedad y de solidaridad.

57. La economía liberal de mercado es la ideología de mercado plasmada en la organización económica. En la medida en que sea lógica con sus presupuestos, imposibilita resolver los problemas sociales. Primero, porque no cree en ellos. La sociedad son los individuos. Segundo, porque erradica la doctrina y los criterios de la justicia de la esfera socioeconómica, la que queda abandonada a las (se supone) siempre benéficas fuerzas individualistas del mercado.

58. Un paso en el sentido opuesto es postular y difundir la siguiente premisa: el mercado en general, y el chileno en especial, es un mecanismo benéfico, que hay que proteger en sus supuestos jurídicos: propiedad privada, libertad de empresa, libre intercambio de bienes y servicios. Pero la economía de mercado supone una ordenación que le trascienda, dado que convive a menudo con fuertes dosis de irracionalidad de los agentes económicos, con la concentración y el oligopolio, con la opacidad o asimetría de la información, con el abuso puro y simple del más fuerte, lesivo de la libertad de los más débiles, etc.

La tesis de que el mercado está subordinado a órdenes que le trascienden es uno de los principios fundamentales de la economía social de mercado (*Soziale Marktwirtschaft*).

59. En principio, las políticas que son frutos de horizontes conceptuales dirigistas, como las que se dejan ver en las reformas de la “Nueva Mayoría”, no parecen ser solución a los problemas sociales, al menos en el largo plazo. En la medida en que el estatismo y la planificación igualitaria de corte socialista y demagógica impregnan dichas políticas, se tergiversa el genuino sentido de lo “social”.

V. Otra digresión. Una proyección a futuro: la economía social de mercado

60. La economía social de mercado refiere a un caudal doctrinario desarrollado por pensadores y economistas germanos, opuestos al liberalismo económico clásico y al socialismo³³. Fue implementada en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, en un país destrozado, temeroso de la tentación marxista. Bajo

³³ Entre sus figuras se encuentra Ludwig Erhard, Walter Eucken, Alfred Müller-Armack, Wilhelm Röpke y Alexander Rüstow. En algunos de ellos es clara la influencia de la doctrina social de la Iglesia.

el liderazgo de Konrad Adenauer y Ludwig Erhard conoció un notable éxito, denominado el “milagro alemán”. Competencia + crecimiento económico + bienestar para todos (o progreso social), fue su fórmula. Austria implementó pronto el esquema, que hoy se encuentra consagrado nominalmente para toda la Unión Europea en el Tratado de Lisboa.

Dos trabas pesan sobre él. Primero, el uso del modelo por la socialdemocracia para componer el Estado Providencia y ahogar la libre iniciativa. Segundo: desde los años noventa, se ha experimentado el fenómeno típico del neocapitalismo: “liberalización” del mercado financiero, deslocalización de la mano de obra y “despublicatio” sin prudencia de servicios esenciales, variable según el país. Hoy se vive en una tensión no resuelta entre el principio de libre prestación de servicios, ligado a la lógica de la acumulación de utilidades, y la protección de los servicios de interés general.

61. Injertar modelos extranjeros sin atención a la cultura, temperamento, hábitos y vocación de un país es siempre un error que hay que evitar.

No obstante, la economía social de mercado recoge o permite poner en práctica algunos principios sapienciales, de orden natural, que bien pueden ser considerados en términos afines con nuestra realidad. Y que, sobre todo, pueden cohibir, respetando las libertades, algunas de las tendencias nocivas del neocapitalismo. Resaltamos seis:

62. *El principio de los bienes sociales.* Salvo casos extremos de *laissez faire, laissez passer*, como parece ser el caso de Chile, se debe constatar, con Albert, que las sociedades de mercado reconocen la existencia de bienes *no comerciales*, cuyo valor queda excluido de la apreciación (y apropiación) por parte de las fuerzas del mercado. En lo demás, tienen cabida los bienes *comerciales* (cuya valoración y asignación corresponde solo al mercado) y los bienes *mixtos* (cuya valoración y asignación corresponde no solo al mercado sino también al Estado, por vía de prestación directa o de garantía). En la economía social de mercado la provisión de muchos de los bienes esenciales es mixta (vivienda, transporte, educación, salud, etc.), a diferencia del modelo norteamericano, donde quedan sujetos mucho más ampliamente al juego del mercado.

63. Cuidado con el término “Estado social”. Lo “social” es la participación en lo común, que aflora desde las propias entrañas de los cuerpos asociativos, no de las oficinas planificadoras de los burócratas estatales. Fluye desde abajo, no se impone desde arriba. Es asunto de vida, no de injerto tecnocrático. Lo “social”, por tanto, no se identifica con lo “público”. Tampoco con la suma aritmética de los bienes individuales.

64. *El principio de la justicia distributiva.* Tratándose de bienes humanos básicos, el hombre tiene derechos en torno a ellos fundado en títulos no exclusivamente

utilitarios, como sería su calidad de *price takers* (en condiciones ideales de mercado) o de *precio aceptante* (en condiciones reales o frecuentes de mercado). Los bienes básicos no pueden ni deben ser convertidos en bienes exclusivamente comerciales para el usuario final sin alternativas de accesibilidad al interior de una economía nacional. Son de "derecho natural", decía la doctrina clásica. El riesgo de afectar los derechos constitucionales en este punto es alto, particularmente en escenarios donde productores y distribuidores tienen poder sobre el mercado. Entonces suele suceder lo contrario de lo que imaginan los que creen en la economía liberal: la "racionalidad" en la maximización de "beneficios" de unos pocos perjudica la "utilidad" del resto de la sociedad.

65. *El principio de subordinación de la economía a los órdenes que la trascienden.* Ni la economía es la ciencia madre de todas las ciencias ni sus técnicos son los gurúes de la humanidad. La buena gestión económica está al servicio de los fines que la superan, que en la tradición cristiano-occidental suelen englobarse con el término de "bien común", objeto último de la comunidad política.

La cuestión no es si el mercado es más o menos eficiente, sino en qué medida la sociedad va a servirse de él para sus fines propios, y en lo material, para proveer a la población de los bienes necesarios que han de estar siempre en condiciones de disposición y accesibilidad.

66. *El principio de funcionamiento del mercado.* El mercado exige un marco jurídico coherente que le permita desenvolverse con suficiencia, de acuerdo al lugar más o menos amplio que se le asigne al interior de la sociedad.

Se debe garantizar la "imagen maestra" (*Leit-Bild*) del mercado, la que debe ser siempre configurada/respetada por la legislación para que su funcionamiento opere en regla. Esta imagen maestra es el libre intercambio a través del mecanismo privado de los precios. Lo que implica varias garantías de carácter constitucional o legal: libertad económica, propiedad privada, defensa de la libre competencia, defensa de los derechos del consumidor, aseguramiento de un campo razonable de acción para el mercado en la sociedad, justificación de la legislación "contra" el mercado, y freno al ejercicio abusivo de las técnicas de intervención pública en la economía.

67. *El principio de libertad de empresa integral.* La libertad de empresa no puede separarse del proceso productivo, a cuya finalidad económica sirve. Los beneficios del empresario deben armonizarse con los beneficios o utilidades del resto de los agentes que intervienen en dicho proceso (proveedores, trabajadores, consumidores, etc.). Asimismo, la libertad de empresa es una libertad *para* el mercado, por lo que le es esencial operar en un marco de defensa de la libre competencia, la que debe ser real, leal y suficiente.

68. *El Principio de subsidiariedad rectamente comprendido.* El Estado solo debe intervenir en la economía a título subsidiario, en la medida en que la libre competencia y la cooperación asociativa no alcancen a asignar con justicia (conmutativa y distributiva) los bienes y servicios que se producen en el país. Una autoridad subsidiaria no es una autoridad *paralítica*: es el poder socialmente reconocido cuya misión es la de *fomentar, estimular, ordenar, suplir y complementar (fovet, excitat, ordinat, supplet atque complet)* la actividad de los particulares³⁴.

69. *La función social de la riqueza.* La riqueza privada es un bien para la sociedad. Permite dar trabajo al interior del proceso productivo. Pero también facilita la práctica de tres virtudes: la caridad con los necesitados, la magnificencia y la magnanimidad. Con ellas se fomentan las grandes empresas no lucrativas: el esplendor de las artes, el cultivo de las ciencias, el sostenimiento de la educación, el emprendimiento guerrero, la defensa de la fe, el auxilio a la Iglesia, el cuidado del patrimonio histórico, la transmisión de las buenas maneras, la defensa de la patria, etc. Empresas todas que giran en torno a bienes difusivos, no privativos. Por tanto, el modelo óptimo de "redistribución social" del patrimonio privado no se realiza exclusivamente con impuestos, si bien esto no deba descartarse respetando la justa proporción.

VI. Conclusión

70. Desde el ángulo de la cultura económica y de la cultura en general, algunas tendencias peculiares caracterizan al neocapitalismo. A través de él la economía se va volviendo progresivamente *inhumana, irracional, inestable, ficticia, fautora del desarraigo, delicuescente y no económica.*

La economía *inhumana* se manifiesta en el predominio de la ideología economicista en el modelo de producción y en la concepción del trabajo. La economía *irracional* se expresa en los diseños disparatados de empresas, negocios e instrumentos financieros para obtener beneficios a corto plazo, aunque con ello se arruine el mercado. La economía *inestable* tiene su base en la subordinación de la economía productiva a la economía financiera, y la transformación monstruosa de los medios en fines. La economía *ficta* se construye sobre la economía de la deuda y la violación de la realidad del hombre y de la naturaleza como estrategia para expandir las zonas monetarizadas. La economía *fautora del desarraigo* es fruto del carácter revolucionario y disruptivo del capitalismo

³⁴ El patrón *fovet, excitat, ordinat, supplet atque complet* es clásico en los estudios sobre la subsidiariedad. A partir de un conocido texto de Pío XI, fue formulado por Juan XXIII en la encíclica *Mater et Magistra*, del 15 de mayo de 1961, N° 53. La frase completa es preclara: *haec autem reipublicae providentia, quae foveat, excitat, ordinat, supplet atque complet, illo "subsidiarii officii principio".*

tecnocientífico. La economía *delicuescente* se obtiene con la transformación de las naciones en meras "sociedades de consumo", para mantener el sistema. La economía *no económica* se logra con la inversión del proceso productivo, la piramidalización del capital y la emergencia del "socialismo privado" transnacional, donde, a pesar del discurso en pro de la libertad, se ahogan todos los presupuestos básicos de la economía libre, que en teoría se dice defender.

El denominador común de esta caracterización tan plurivalente del neocapitalismo parece ser la capacidad de *licuefacción* de todo lo estable, por donde se *degrada* la propia economía y se fragua su *quiebra*, a través de crisis cada vez más terminales.

71. El movimiento de dilución aún no se despliega en toda su extensión. Encuentra obstáculos en los hábitos morales y culturales según los diversos países; en zonas de la economía productiva, generalmente localizada y tradicional, que aún mantiene su antigua usanza; y en el inmenso sector "no profit" de la economía contemporánea, donde afloran de manera creciente algunas de las antiguas virtudes sociales no lucrativas.

72. Medido según sus capacidades, el neocapitalismo es claramente anticivilizatorio. Parece tener potencia para afectar incluso la propia estructura natural de la persona. A este título, puede ser ubicado dentro de la última etapa de demolición (¿previa al caos?) de la modernidad líquida. Es decir, de aquella modernidad, de la que habla Zygmunt Bauman, que después de arrumbar la herencia de la sociedad prerrevolucionaria, se yergue contra sus propias invenciones, en un proceso sin lógica humana de continua mutación.

Esta reingeniería social latente requiere que los patrones humanos se ajusten al nuevo sujeto económico: abandono de la mentalidad metafísica por la materialista y utilitaria; sustitución del hombre contemplativo por el sujeto agotado; inutilidad del ocio frente al negocio; desprecio de la visión general ante la mirada cortoplacista; retracción de la prudencia y expansión del riesgo; reemplazo de la veracidad por la opacidad; y destrucción de la templanza, fundamento del equilibrio del hombre, a fin de que se despliegue al infinito la incontinencia y el movimiento febril.

Esta tendencia produce un hombre *nuevo* y una sociedad *nueva*, tal como pretendía el materialismo marxista. Esta vez no es por medio de la lucha de clases, sino por las vías pacíficas y placenteras que ofrece el neocapitalismo.

73. Para el derecho, el neocapitalismo plantea serios desafíos. Transmuta sus instituciones (la propiedad, la libertad de empresa, el mercado de valores, etc.), o les da otro sentido. Tras la cultura económica del capital impaciente, atiza todo tipo de abusos contra la justicia (conmutativa, distributiva y legal),

especialmente sensibles en tiempos de empoderamiento de clases medias cada vez más amplias.

74. En el plano jurídico, el neocapitalismo debe ser enfrentado precisamente con *principios de justicia*. Para tales efectos es inservible la economía “liberal” de mercado que se ha fomentado en nuestro país. Tampoco es útil la ampliación de lo “público” gestionado por agentes estatales. Lo que se traduce normalmente en diversos grados de planificación socialista a fin de imponer el ideal, supuestamente histórico, de la “igualdad” por la igualdad.

La “economía social de mercado” recoge algunos principios de justicia que sería oportuno aplicar en Chile con realismo e intensa participación de los cuerpos intermedios. Ni socialismo ni liberalismo, sino realismo y anhelo de amparo de los bienes comunes de nuestra civilización.

Análisis Crítico de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS J.¹

Doctor de la Universidad de Oxford,
Máster de la Universidad de Harvard,
Máster de la Universidad de Cambridge,
Magister en Derecho Público y Licenciado en Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN: Este trabajo analiza la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia del año 2013. Sin perjuicio de valorar sus aspectos positivos, el texto se centra en la identificación y discusión crítica de sus principales deficiencias técnicas. Se destacan entre ellas los problemas conceptuales y las definiciones insatisfactorias o insuficientes, especialmente en el caso del concepto mismo de discriminación. También se discute el escaso tratamiento de las categorías sospechosas, y la adopción de un exagerado simplismo que evita referirse a la conciliación entre la discriminación y otros bienes jurídicos relevantes, tales como los derechos fundamentales. Se advierte que tal simplismo no solo es incompatible con nuestro sistema constitucional, sino que puede convertir la Convención en inaplicable.

I. Introducción

Hace un año, el 5 de junio de 2013, se adoptó en La Antigua, Guatemala, el texto de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (en adelante, la “Convención contra la Discriminación” o la “Convención”), así como su hermana, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia. Ambos textos reflejan el esfuerzo de la Organización de Estados Americanos por avanzar en la prohibición de conductas discriminatorias, lo que a su vez pareciera ser parte una tendencia mundial –o al menos occidental– en la materia². Esta tendencia internacional empalma con un fenómeno similar de carácter doméstico, donde se ha dado

¹ Agradezco los comentarios del profesor Sergio Verdugo R., así como la acuciosa labor de investigación de mi ayudante, señorita Isidora Henríquez G.

² Véanse, por ejemplo, las Directivas de la Unión Europea N°s 2000/43 y 2004/113. Véase también la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

creciente impulso a la normativa antidiscriminatoria. Hitos importantes han sido la aprobación de la Ley 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación ("Ley Zamudio"), así como la incipiente jurisprudencia a que ha dado lugar.

Cabe destacar, sin embargo, que la Convención contra la Discriminación no se encuentra vigente en el ámbito internacional³, y que tampoco ha sido suscrita ni ratificada por Chile. En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto contribuir a la reflexión acerca de la conveniencia de incorporarla a nuestro ordenamiento jurídico. Partimos de la base de que se trata de un valioso esfuerzo por combatir una de las grandes lacras sociales contemporáneas, y que presenta una serie de aspectos positivos. Entre ellos destaca una visión bastante integral del problema de la discriminación, el desarrollo conceptual de categorías fundamentales (e.g., discriminación indirecta), y la preocupación por el monitoreo y seguimiento del cumplimiento de las obligaciones que contiene.

No obstante lo anterior, nuestro propósito no es profundizar en las bondades de la Convención, cuestión que de algún modo se asume en la discusión pública, sino más bien señalar las deficiencias y dificultades que presenta desde un punto de vista técnico-jurídico. De esta forma, se busca no sólo prever problemas surgidos de su eventual ratificación, sino también advertir sus insuficiencias, algunas de las cuales podrían ser solucionadas por el derecho interno.

Finalmente, es necesario aclarar que nuestro análisis se limita a la Convención contra la Discriminación (y su ocasional contraste con el ordenamiento jurídico nacional), por lo que no se consideran las demás normas internacionales existentes en materia de no discriminación, ni los vínculos existentes entre estas y la Convención.

II. Breve descripción

La Convención contra la Discriminación consta de un preámbulo y cinco capítulos. El primero es extenso, y en él se sientan las bases de una serie de instituciones explicadas en el cuerpo del texto. Es así como las partes reafirman su compromiso con la "*erradicación total e incondicional de toda forma de discriminación e intolerancia*", y reconocen la obligación de adoptar medidas para fomentar el respeto de los derechos humanos, destacando el rol de la educación. Del mismo modo, se concibe a la discriminación como una expe-

³ El Artículo 20 de la propia Convención contra la Discriminación señala que entrará en vigor el "trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión" en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Entendemos que sólo ha sido suscrita por Argentina, Brasil, Ecuador y Uruguay, pero ningún Estado la habría ratificado aún. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp. [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2014].

riencia individual y colectiva, y se reconoce la existencia de personas sometidas a diversas formas de discriminación (multidiscriminación).

A continuación, el Capítulo I establece una serie de definiciones, tales como discriminación, discriminaciones indirecta y múltiple, e intolerancia. También se identifica una lista bastante exhaustiva de motivos o factores ilegítimos de distinción, cuestión que en doctrina se denomina “categorías sospechosas”, según analizaremos en mayor detalle más adelante. Además se afirma que las medidas especiales o acciones afirmativas no constituyen discriminación.

El Capítulo II declara que existe un “derecho a la igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia”, en la vida pública o privada, así como el derecho “al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos”.

El Capítulo III contiene una larga lista de deberes del Estado, bajo el encabezado de un compromiso general de “prevenir, eliminar, prohibir y sancionar” actos de discriminación e intolerancia. Además se expresa la obligación de designar una institución nacional que haga el seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado.

El Capítulo IV establece mecanismos y disposiciones de naturaleza procesal que involucran a los Estados partes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se contempla la creación de un comité ad hoc que monitoree el cumplimiento de la Convención contra la Discriminación.

Finalmente, el Capítulo V se refiere a materias propias de los tratados internacionales, tales como reglas de interpretación, firma y ratificación, reservas, y vigencia.

En suma, se trata de un texto bastante ambicioso, que intenta visibilizar el problema de la discriminación en diversos contextos, recogiendo una serie de tendencias y conceptualizaciones contemporáneas en la materia (e.g., acciones afirmativas, multidiscriminación, discriminación indirecta), y que impone al Estado un conjunto de obligaciones amplio y exigente. Destaca particularmente la importancia que se otorga al derecho internacional *lato sensu*, y a su penetración en los ordenamientos domésticos (e.g., jurisprudencia de tribunales internacionales como fuente directa de derechos; creación del comité ad hoc antes mencionado; ampliación de las competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Cabe también subrayar la interesante expansión del listado de categorías sospechosas, así como su especial preocupación por los migrantes y desplazados⁴.

⁴ NOGUEIRA (2014) pp. 81-82.

III. Los Problemas

1. La definición de discriminación

La Convención define en su artículo primero la discriminación como:

“cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes”.

Esta definición intenta ser amplia e inclusiva⁵. Dicha intención se demuestra tanto en el abundante uso de verbos que determinan la conducta discriminatoria (distinción, exclusión, restricción o preferencia), como en la integración de hipótesis disyuntivas respecto del objetivo o efecto de tales conductas. De esta forma, se comprende en la definición actos realizados con la intención de discriminar (aunque no produzcan ese efecto), así como aquellos que efectivamente discriminan (aun cuando hayan sido realizados sin la intención de discriminar). Lo anterior permite superar complejos problemas en torno a la importancia, naturaleza y prueba de la intención de los actos discriminatorios, y a la vez mantener el reproche jurídico a tal intención, la que se rechaza en sí misma y sin necesidad de ulterior resultado.

No obstante las bondades de esta definición, consideramos que aquella adolece de deficiencias relevantes. En primer lugar, y contraviniendo la intención de amplitud antes señalada, se trata de una noción limitada. Es así como se requiere, para que una conducta sea discriminatoria, que afecte (o al menos tenga por objeto afectar), otro derecho (su ejercicio o goce *“en condiciones de igualdad”*). En otras palabras, sólo hay discriminación si se vulnera otro derecho *adicionalmente* a la igualdad de trato. Esta visión limitada de la igualdad y la no discriminación permea toda la Convención, tal y como lo demuestran las disposiciones relativas a la discriminación múltiple (art. 1.2), las acciones afirmativas (art. 1.3), y los derechos protegidos por la Convención (art. 3), cuestión que nos parece sumamente insatisfactoria para un tratado que declara su compromiso con la *“erradicación total e incondicional de toda forma de discriminación e intolerancia”* (Preámbulo). En efecto, se producen dos problemas principales. Primero, no toda vulneración de la igualdad de trato puede formularse como la violación de otro derecho (o del ejercicio en *“igualdad de condiciones”* de otro derecho), lo que excluiría tales situaciones de la protección de la Convención. En segundo lugar, cuando se exige la vulneración de

⁵ NOGUEIRA (2014) p. 81.

“otro derecho” diferente a la igualdad, lo que se hace es relegar a esta a un rol completamente accesorio respecto del otro derecho. En la realidad, estos casos no se deciden en torno al problema de igualdad que presentan, sino que en relación al “derecho principal” vulnerado. Es así como tal derecho proveerá los criterios necesarios para determinar si la diferencia de trato en cuestión es suficientemente relevante como para constituir un tratamiento discriminatorio; cuál será el nivel o exigencia del escrutinio que se aplica a estas desviaciones; qué características personales pueden utilizarse legítimamente para distinguir entre personas, etc.⁶.

Una limitación adicional de la definición en comento dice relación con el listado de derechos “principales” protegidos, cuales serían solo aquellos “*consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes*”. Más allá de la disquisición acerca de la palabra “aplicables” (hubiera sido mejor señalar sólo “instrumentos internacionales”, de forma de evitar problemas en materia de ratificaciones, reservas, etc.), la Convención debió haberse referido expresamente al derecho interno. De esta forma, habría discriminación (para la Convención) siempre que se afectasen derechos fundamentales reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico doméstico, generando así una responsabilidad internacional del Estado adicional a lo que suceda en el orden interno. Si bien la redacción actual refleja una coherencia formal, por cuanto la Convención es un tratado internacional que hace referencia a otros tratados internacionales, dicha coherencia no es la tendencia internacional en la materia. Basta a este respecto observar el Protocolo N°12 a la Convención Europea de Derechos Humanos, que fue celebrado hace ya 14 años. Dicho pacto prohíbe, en su artículo 1, la discriminación en el “goce de todos los derechos reconocidos por la ley”⁷, lo que aduce a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y extiende la protección más allá de los derechos propiamente “fundamentales” consagrados en ellos.

Otro problema de la definición señalada es su falta de precisión en relación a la discriminación en el ámbito privado. En efecto, el texto no hace diferencia alguna entre la discriminación pública y aquella de carácter privado. Si bien las razones para sancionar ambas discriminaciones son en esencia las mismas (e.g., prevenir el daño sufrido por sus víctimas; reprochar la intención de quien discrimina; impedir la dimensión expresiva y simbólica del acto discriminatorio; prevenir efectos sociales perversos)⁸, existen diferencias relevantes entre ambas. Si bien es cierto que la prohibición de la discriminación se ha ido extendiendo paulatinamente del ámbito público a las relaciones entre los particulares, ello

⁶ DÍAZ DE VALDÉS (2014a) p. 11.

⁷ Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf [Fecha de acceso: 14 de mayo de 2014].

⁸ DÍAZ DE VALDÉS (2014b).

disto mucho de ser una regla absoluta. Todo lo contrario, la discriminación entre privados es muchas veces tolerada, como una forma de proteger otros bienes jurídicos involucrados. Así, por ejemplo, sería impensable que una norma prohibiera a una persona discriminar arbitrariamente en la elección de su cónyuge. Lo contrario constituiría una vulneración inaceptable del derecho a la vida privada y a la autonomía personal. Por lo mismo, afirmar en forma simplista y tajante, aún sobre la base de la mejor de las intenciones, que se prohíbe toda discriminación entre privados, nos parece no sólo jurídicamente erróneo, sino que un imposible en la práctica. La forma adecuada de tratar este asunto, dado su actual estado de evolución, sería establecer un rechazo general a la discriminación a nivel de principios (jurídicos o morales), pero dejando claro que no existe un derecho absoluto y no calificado a la no discriminación en todos los ámbitos.

Desde el punto de vista de nuestro derecho interno, se presentan dos dificultades, si bien nos parecen solucionables. La primera dice relación con la diferencia entre discriminación y discriminación arbitraria. Nuestra Constitución prohíbe la segunda, vale decir, aquella que es caprichosa o no racionalmente justificable⁹. A primera vista, podría pensarse que la definición de la Convención es incompatible con lo anterior, pero nos parece que el problema es sólo aparente en virtud de razones de texto y de fondo. El argumento de texto más importante es el encabezado del artículo 4 de la Convención, el cual señala que los compromisos del Estado, en cuanto a la prevención, eliminación, prohibición y sanción de la discriminación, se hacen “de acuerdo con sus normas constitucionales”. Si bien la definición de discriminación continúa siendo la misma, el artículo 4 permite que el Estado de Chile aplique la Convención y cumpla con sus obligaciones de forma que satisfaga sus normas constitucionales, las que en este caso exigen que la discriminación prohibida sea la arbitraria. En cuanto al argumento de fondo, cabe destacar que los ordenamientos jurídicos aplican ciertos estándares para apreciar la entidad de la diferencia en el trato, y así determinar la existencia de una discriminación. En otras palabras, es imposible considerar toda distinción como discriminación, aun cuando afecte derechos fundamentales. Siempre se exige algo más, cuestión que da lugar a una serie de estándares. Entre ellos, normalmente el menos demandante –o fácil de satisfacer– es la racionalidad (al menos en su versión más simple)¹⁰. En consecuencia, la exigencia por parte de la Constitución (reflejada en la práctica de los jueces nacionales) de “arbitrariedad” no hace sino explicitar uno de los

⁹ Véase, entre otras, Tribunal Constitucional (1985) Rol N°28-1985, considerandos 4-8°; Tribunal Constitucional (1998) Rol N°280-1998, considerando 24°; Tribunal Constitucional (2007) Rol N°807-2007, considerando 22°. Véase también FERNÁNDEZ (2004) pp. 73 y ss.; SILVA (2006) pp. 121 y ss.

¹⁰ En realidad, la racionalidad es un criterio que si bien es siempre deferente, puede variar notoriamente en su exigencia, desde la invocación de una razón que excluya el mero capricho, hasta el examen de plausibilidad de la misma, su efectividad, o su capacidad de persuasión. Véase MCCRUDDEN y PRECHAL (2009) p.11 y ss.; MICHELMAN (1986) pp. 25-26.

criterios posibles que, de alguna forma, están implícitos en la definición de discriminación contenida en la Convención.

Una segunda incompatibilidad, a lo menos aparente, entre el derecho interno y la Convención, se refiere a que la Ley Zamudio exige que la conducta discriminatoria afecte el "ejercicio legítimo" de un derecho fundamental. Dejando de lado la controversialidad de dicha disposición¹¹, creemos que es posible salvar la aparente contradicción. Si bien no sería aplicable el artículo 4 de la Convención, ya que la Ley Zamudio no es norma de rango constitucional, sí se aplica un argumento de fondo similar al señalado en el párrafo anterior. En efecto, es perfectamente entendible que los jueces, al aplicar la Convención, tengan en consideración factores tales como la intención y el objeto del ejercicio específico de un derecho fundamental, cuando se alega que este último estaría dando pie a una conducta discriminatoria. Ahora bien, la compatibilidad de tal examen con la Convención dependerá del contenido que se otorgue al mismo, lo que lamentablemente es una cuestión de hecho imposible de prever.

2. Ausencia o Imperfección de otras Definiciones

Cabe destacar el esfuerzo de la Convención por entregar definiciones acerca de ciertas instituciones jurídicas que han sido objeto de diversas aproximaciones, o que son fuertemente controversiales. No obstante lo anterior, es posible formular dos críticas. Una dice relación con la parcialidad de tal esfuerzo, toda vez que la Convención utiliza términos que requerían ulterior tratamiento. En especial destacamos la "igualdad jurídica efectiva" y la igualdad de oportunidades. Si bien la primera parece referir a la igualdad material o real, y la segunda a nociones de meritocracia, igualdad de acceso y "de partida", etc., se trata de conceptos medulares para la no discriminación que debieron gozar de mayor desarrollo dada la equívocidad de los mismos¹². Del mismo modo, existen conceptos que no se mencionan, pero que hubiera sido positivo incluir y desarrollar, tales como la acomodación y, muy especialmente, la discriminación directa. Esta es el "trato menos favorable que recibe un individuo en razón de una característica personal"¹³, tales como la religión o el sexo. Podría argumentarse que este concepto se deduciría del contraste entre la definición general de discriminación y aquella de discriminación indirecta, pero ello obedece a una pobre técnica legislativa. En efecto, diversos ordenamientos nacionales (e incluso supranacionales¹⁴), reconocen expresamente ambas categorías (directa e

¹¹ DÍAZ DE VALDÉS (2013) p. 284; ALVEAR y COVARRUBIAS (2012) p. 25.

¹² Véase, por ejemplo, MCCRUDDEN y PRECHAL (2009) pp. 41 y ss.; WESTEN (1990) cap. Eight; BUCHANAN (1995); NICKEL (1987); RADCLIFFE (1997); GOLDMAN (1987); FISHKIN (1987).

¹³ MCCRUDDEN y PRECHAL (2009) p. 28. Traducción propia. Véase también MCCRUDDEN (1994) pp. 2-19.

¹⁴ Directivas de la Unión Europea N°s 2000/43 y 2004/113.

indirecta)¹⁵, lo que normalmente da lugar a tratamientos jurídicos distintos para cada una (e.g., diversidad de excepciones o justificaciones aceptables, exigencia o no de intención, forma de prueba e incluso *onus probandi*). En consecuencia, no se entiende por qué se ha omitido un concepto que ya forma parte integral y fundamental del bagaje comparado en materia de discriminación.

La segunda crítica se relaciona a defectos que podemos encontrar en algunas de las definiciones entregadas. El más serio se refiere a la discriminación múltiple, definida en el artículo 1.3 de la Convención como “*cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 [nacionalidad, edad, sexo, etc.]*”. Esta forma de entender la multidiscriminación nos parece sumamente inconveniente, ya que se trata más bien de una discriminación “combinada” o “dual”.¹⁶ La multidiscriminación, en cambio, es aquella situación que se sufre por pertenecer simultáneamente a más de un grupo desaventajado. Sería el caso de una persona que, por ejemplo, no es contratada en razón de su raza y, adicionalmente, no se le otorga un subsidio de cesantía en razón de su edad. Otro caso sería el de una mujer discapacitada, la cual, en su trabajo, no recibe el mismo sueldo que sus compañeros en razón de su sexo, y que a su vez no puede acudir al baño por ausencia de estos espacios especialmente habilitados para discapacitados. Esto *no es lo que dice la Convención*. Para esta, sólo existirá multidiscriminación cuando la distinción injustificada (el acto discriminatorio) se fundamente “en forma concomitante”, en dos o más categorías o factores de discriminación. Un ejemplo sería la no contratación de una persona por ser judío y homosexual. Es así como se pone el énfasis en *la conducta* discriminatoria y *no en la situación de la persona que lo padece*, cuestión que pone de cabeza toda la teoría de la multidiscriminación¹⁷. Las consecuencias son relevantes, ya que en vez de ampliar la dimensión de actos discriminatorios y contextualizarlos en un horizonte mayor, se crea una categoría tan estrecha de “actos multidiscriminatorios”, que su utilización se hace extremadamente difícil, y cuya única consecuencia será la calificación de “discriminación agravada”. En dos palabras: multidiscriminación es lo que sufre una mujer indígena indigente, un migrante anciano discapacitado, etc., y por lo tanto obliga a adoptar políticas públicas muy focalizadas y complejas que tomen en consideración la especialidad de estos grupos. Multidiscriminación, por tanto, no debe entenderse como una categoría doctrinaria preciosa que combina dos o más formas de discriminación en un mismo acto, que es lo que parece consagrar la Convención. Este problema se repite también en el artículo 11, el cual obliga a los Estados a considerar la discriminación múltiple como agravante. Nuevamente se pone

¹⁵ E.g., en España, el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva entre la Mujer y el Hombre; en el Reino Unido, la disposición 13 de la Equality Act 2010.

¹⁶ Véase, por ejemplo, la disposición 14 de la Equality Act 2010 del Reino Unido.

¹⁷ En esta materia véase CRENSHAW (1989); GARCIA (2007); JORDAN-ZACHERY (2007); SIMIEN (2007).

el énfasis en esa categoría especial de actos “doblemente discriminatorios”, cuestión que, como ya señalamos, está lejos del núcleo de la problemática de la multidiscriminación, cual es brindar ayuda y protección especializada a subgrupos particularmente desaventajados.

Del mismo modo, nos parece deficitario el trato que se da a las medidas especiales o acciones afirmativas. En así como la Convención no entrega una definición de aquellas, cuestión en sí lamentable y que repite el problema de otros tratados internacionales¹⁸. Ahora bien, las acciones afirmativas son un amplio grupo de fenómenos que van desde medidas muy poco resistidas a otras ampliamente polémicas, tales como las cuotas¹⁹. Desde este punto de vista, alguna orientación acerca de qué considera la Convención como acción afirmativa hubiera sido útil. No obstante lo anterior, a lo menos nos entrega dos límites: aquellas no pueden entenderse como “el mantenimiento de derecho separados para grupos distintos”, y tampoco es aceptable que “se perpetúen después de alcanzados sus objetivos”. El primer límite es algo críptico, y podría interpretarse como una prohibición de las prácticas de “separados pero iguales” comunes, por ejemplo, en el contexto del racismo norteamericano de primera mitad del siglo XX. Otra forma de entender este límite sería como el rechazo a una “balcanización” permanente en la que, mediante acciones afirmativas, se cristalizan y profundizan diferencias sociales. De ser este el caso, es posible que la declaración de la Convención deba tomarse como una mera advertencia a los eventuales excesos de tales medidas. Una alternativa adicional sería la prohibición de la utilización de acciones afirmativas como una forma de asegurar derechos distintos para diversos grupos. Es decir, en vez de otorgar ciertos privilegios especiales a grupos desaventajados, se otorgan tratos diferentes a una serie de grupos (no sólo desaventajados). En definitiva, sea alguna de éstas la interpretación correcta, u otra, resulta evidente que la Convención no ha sido suficientemente clara en este punto.

El segundo límite establecido en el texto es la temporalidad de las acciones afirmativas. En cuanto medidas excepcionales, aquellas se justifican sólo en la medida que la desigualdad que pretenden corregir se mantenga (e.g., cuotas para discapacitados en la administración pública dejan de ser razonables cuando ya existe un número o proporción adecuado de aquellos en ésta). Ahora bien, la Convención parece asumir que las acciones afirmativas son *de suyo* capaces de cumplir sus objetivos, preocupándose de señalar que, cuando lo hacen, deben quedar sin efecto. Sin embargo, cabe también plantearse que las medidas afirmativas que adopte un país no sean capaces de lograr los objetivos planteados, en cuyo caso huelga la pregunta de si podrían seguir

¹⁸ E.g., Convención para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

¹⁹ Véase MCCRUDDEN (2011) pp. 157-180.

considerándose legítimas y permitidas por la Convención. En nuestra opinión, ello no es así. Como señalábamos, las acciones afirmativas son una excepción, en parte porque afectan a otras personas y a sus derechos, y por lo tanto deben demostrar idoneidad para cumplir con sus fines, mínimo exigible a toda medida que restrinja derechos fundamentales de acuerdo a los más diversos estándares (e.g., proporcionalidad, racionalidad)²⁰. Finalmente, cabe señalar que la temporalidad a que hace referencia la Convención no es pacífica a nivel de derecho comparado. Destaca a este respecto el fenómeno de la paridad política (i.e., presencia balanceada de ambos sexos, a lo menos en los órganos de representación), cuya vertiente francesa (*parité*) ha reclamado su permanencia indefinida en el tiempo como una reformulación definitiva de la democracia²¹, ideas que han encontrado adherentes en otros países (e.g., España, México)²².

En relación a la discriminación indirecta, la Convención señala en su artículo 1.2. que aquella:

“se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.”

Esta definición constituye un avance, particularmente en relación a aquellas jurisdicciones, como la chilena, que no consagran, al menos expresamente, la discriminación indirecta. No obstante lo anterior, el texto de la Convención presenta ciertos problemas. En primer término, la excepción ha sido formulada en forma curiosa. Se denota la ausencia, por ejemplo de la exigencia de medios adecuados y/o proporcionados, más allá de la justificación razonable y legítima. Esta carencia es particularmente notoria dado que los diversos estándares de revisión judicial asociados a la no discriminación consideran tanto los fines como los medios, así como la relación entre ellos (e.g., razonabilidad, proporcionalidad, escrutinio estricto, intermedio o laxo). Al eliminar la referencia a los medios, se facilita innecesariamente la invocación de excepciones a la prohibición de discriminación indirecta. Un segundo problema de la definición transcrita es que la determinación de la razonabilidad y legitimidad de la justificación “a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”, es una frase inconveniente. Si bien pudiera parecer obvia en el contexto en

²⁰ Existe una fuerte crítica que justamente denuncia que las medidas de discriminación positiva se vuelven permanentes gracias a su propio fracaso en provocar un cambio real en la situación de los grupos desaventajados. Cf. EASTLAND (1997) pp. 14-17; SOWELL (2004) pp. 3-7.

²¹ Sobre la experiencia francesa de la *parité*, véase SCOTT (2005); AMAR (1999); GASPARD et al (1992); MOSSUZ-LAVAU (1998); ALWOOD y WADIA (2000) cap. 9.

²² Cfr. TRUJILLO (2000) p. 381; MACÍAS (2008) p. 33; CERVA y ANSOLABEHRE (2009) p. 20.

que nos encontramos (tratado internacional que será aplicado por órganos internacionales), creemos que habría sido preferible omitir esta frase de forma que la razonabilidad y la legitimación también pudieran determinarse (y quizás con primacía), en relación al derecho doméstico de que se trate. Nuevamente, la coherencia formal en el lenguaje “internacional” de la Convención afecta su mayor y más efectiva aplicación.

Finalmente, cabe referirse brevemente a la definición de intolerancia adoptada por la Convención:

“Intolerancia es el acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos”.

Salta a la vista que se trata de una noción extremadamente amplia, y que repite un problema recurrente en la Convención, cual es el excesivo simplismo de su lenguaje, el que se plantea en términos que parecen absolutos y que no permiten conciliación con otros bienes jurídicos. Sin perjuicio de que analizaremos este tópico en detalle en la sección III.4 subsiguiente, quisiéramos destacar aquí que, en el caso de la definición de intolerancia, existe un problema especial con la desafortunada selección de la palabra “expresan” en la configuración del acto intolerante. En efecto, dicha redacción anuncia un conflicto frontal con la libertad de expresión, particularmente en los términos concebidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (quien hace suya en esta materia jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos), en cuanto a que la libertad de expresión protege no sólo “las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también (...) aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’”.²³

3. Tratamiento de las Categorías Sospechosas

Las categorías sospechosas son aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no pueden utilizarse legítimamente para establecer diferencias entre individuos, tales como la raza, el sexo, la religión, la opinión política, etc. La Convención contra la Discriminación incorpora una extensa lista

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): *Olmedo Bustos v. Chile*, considerando 69°.

de tales categorías, tal vez la más larga conocida, incluyendo algunas bastante novedosas como la "característica genética" y la condición física "infectocontagiosa" (artículo 1.1 inciso 2°).

En primer término, y más allá del contenido controversial de algunas de estas categorías (e.g., "identidad y expresión de género"), llama la atención que no se señale en forma expresa que la enumeración mencionada es abierta o no taxativa. Las normas jurídicas, al incorporar tales listas, son conscientes de su probable expansión en el tiempo, cuestión que en este caso pareciera no haberse respetado. Si bien el inciso respectivo termina con las palabras "cualquier otra", aquellas parecen referirse sólo a la última categoría sospechosa enunciada, cual es la condición de salud mental o física. De lo contrario la amplitud de la lista sería total, ya que no se entregaría ningún criterio de limitación (como lo harían frases tales como "cualquier otra condición social"; "o similar", etc.).

Sin embargo, el problema principal de la Convención en esta materia es que no establece expresamente cuáles son las consecuencias o particularidades de la discriminación que ocupa categorías sospechosas. Lo único que señala en forma explícita, antes de comenzar con la enumeración de tales categorías, es que "*La discriminación puede estar basada en motivos de...*". Una posibilidad sería interpretar lo anterior de forma que sólo haya discriminación si se utilizan las categorías sospechosas como factor de diferenciación. Esta alternativa nos parece errada, no sólo porque el vocablo "puede" no ilustra tal exigencia, sino porque iría en contra de los fines mismos de la Convención, al permitir que algunas diferencias de trato, iguales o más graves que aquellas basadas en las categorías enunciadas, no queden prohibidas por el sólo hecho de fundamentarse en un criterio "permitido". Cabe aquí recordar que el factor de distinción es sólo uno de los elementos a considerar para determinar si una diferenciación es o no legítima, junto con otros como el fin de la diferencia y la relación entre el medio utilizado y el fin perseguido. En otras palabras, el sólo hecho de utilizar un factor de distinción "lícito" (i.e., que no es una "categoría sospechosa"), no basta para excluir la posibilidad de discriminación. Otra alternativa consiste en entender que la Convención se limita a enumerar ciertos criterios que, al revés de lo antes planteado, *no pueden excluirse* a priori de un examen de razonabilidad. Es decir, se estaría advirtiendo que todos estos factores pueden servir de base a una diferencia arbitraria. Esta solución, sin embargo, tampoco es satisfactoria, toda vez que reduce la importancia de las categorías sospechosas de un modo absurdo, totalmente alejado de la realidad comparada actual.

En definitiva, no hay solución interpretativa que permita suplir la deficiente redacción y el silencio de la Convención en esta materia. Se trata de un problema serio, ya que la relación entre categorías sospechosas y discriminación es una de las bases del derecho antidiscriminatorio, y de ella surgen una serie de cuestiones que la Convención también debió haber abordado, tales como

si la utilización de tales categorías altera el *onus probandi*, o si aumenta la exigencia de la revisión judicial, efecto usualmente asociado a aquellas en el derecho comparado²⁴.

4. Excesivo Simplismo

Tratándose de un tratado contra la discriminación, el objeto y el énfasis de la Convención son claros. Lo anterior no obsta, sin embargo, a que opere sobre una lógica donde el único bien jurídico relevante sea la no discriminación. En otras palabras, si bien los tratados internacionales "sectoriales", como la Convención, responden, al menos parcialmente, al activismo de ciertos grupos particularmente focalizados en tales temas, el resultado es una norma jurídica. Como tal, es necesario que guarde coherencia y sistematicidad con el derecho internacional en su conjunto, y también, en lo posible, con los ordenamientos domésticos. Una consecuencia de lo anterior es la necesidad de reconocer que existen diversos bienes jurídicos relevantes que deben ser simultáneamente protegidos, y primeramente entre ellos, otros derechos fundamentales. Por lo mismo, la Convención no puede plantearse desde una perspectiva "absolutista", donde todos los demás derechos se someten sin más a la no discriminación.

La Convención, sin embargo, utiliza un lenguaje excesivamente simplista, al parecer inspirado en su evidente entusiasmo y compromiso con el combate a la discriminación. En efecto, una interpretación literalista de su texto nos llevaría a una primacía absoluta de la no discriminación sobre los demás derechos fundamentales, cuestión evidentemente errónea. Así, por ejemplo, y tal como mencionábamos más arriba, la discriminación privada no puede entenderse completamente prohibida (véanse los artículos 1.1, 1.2, 1.3, 1.5, 4.i, 4.ix. y 7), porque ello afectaría derechos esenciales como la privacidad y la autonomía. Del mismo modo, el artículo 4.i. impone al Estado la obligación de prohibir y sancionar todo "*apoyo privado o público a actividades discriminatorias o que promuevan la intolerancia, incluido su financiamiento*". Aplicar dicha norma al pie de la letra podría vulnerar derechos tan importantes como la libertad de expresión, la libertad de conciencia y la libertad religiosa. Peor aún; si no puedo utilizar la libertad de expresión para cuestionar, por ejemplo, qué constituye una discriminación, entrego al Estado un poder intolerable de censura que quedaría excluido del escrutinio público. A este respecto, cabe recordar que la libertad de expresión también pareciera estar amenazada por el tenor literal de la definición de intolerancia, según se mencionó previamente. Otra situación similar ocurre con el artículo 4.ix., el cual podría afectar la libertad de enseñanza al prohibir los "estereotipos o preconceptos" ligados a las categorías sospechosas, disposición a la que volveremos en breve.

²⁴ MCCRUDDEN Y PRECHAL (2009) pp. 23-25; ATRIA (1997) pp. 64-71. Véase también el artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva entre la Mujer y el Hombre (España).

Ahora bien, no estamos señalando que el ejercicio de otros derechos fundamentales permita discriminar impunemente. Lo que sucede es que ni la no discriminación prima siempre, ni tampoco lo hacen los otros derechos que entren en conflicto –real o aparente– con aquella. Aquí es necesario un análisis mayor, donde se considere, a lo menos, la naturaleza e intensidad de las restricciones o limitaciones a los derechos involucrados, en relación al fin de las mismas. En otras palabras, se necesita un método o fórmula de resolución de conflictos –reales o aparentes– entre derechos fundamentales (o entre derechos fundamentales y otros bienes jurídicos). Lo que no se puede hacer es crear *ex nihilo* una jerarquía automática que regule la relación entre la no discriminación y los demás derechos fundamentales (consagrados tanto en tratados internacionales como en los ordenamientos constitucionales domésticos). Cabe recordar a este respecto a la Ley Zamudio, uno de cuyos principales problemas es que justamente parece crear una suerte de jerarquía donde la no discriminación cede siempre frente al ejercicio legítimo de otro derecho (artículo 2 inciso 3°: *“Se considerarán razonables las distinciones (...) [que] se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental...”*)²⁵.

Adicionalmente al problema señalado, el excesivo simplismo y entusiasmo de varias disposiciones de la Convención conllevan un riesgo, cual es volverla inaplicable. Algunos de los ejemplos ya señalados calzan en esta categoría, tales como prohibición aparentemente total de la discriminación entre privados, así como la completa eliminación de los estereotipos. En relación al primer punto, es evidente que existen ámbitos donde la discriminación privada no puede ser efectivamente prohibida por el derecho, ya sea porque se trata de casos aislados, o porque no se consideran de relevancia, o simplemente porque quedan cubiertos por otro derecho fundamental²⁶. Ejemplos de lo anterior sería la aplicación de castigos distintos a dos hijos de edad similar en razón de un mismo hecho; o la selección de una casa en un barrio determinado en razón de prejuicios sociales; o la elección del cónyuge utilizando el cúmulo más aberrante de prejuicios y estereotipos irracionales. Todo ello queda fuera del alcance del derecho en general, y de la Convención en particular. Algo similar pasa con los estereotipos. Aquellos son simplificaciones de la realidad consistentes en el “uso de rasgos personales o grupales como indiciarios de otras habilidades”²⁷ o características. Estos pueden ser racionales (basados en evidencia estadística, e.g., “los hombres comen más que las mujeres”) o irracionales (fundamentados en un error, una generalización exagerada o una correlación estadística débil, e.g., “las mujeres son más creativas”²⁸). En general, el derecho combate los estereotipos irracionales, dado que aquellos dan lugar, junto con los prejuicios, a los males que

²⁵ DÍAZ DE VALDÉS (2013) pp. 284-285.

²⁶ DRIPPS (2006) pp. 1065-1067; LIPPERT-RASMUSSEN (2006) pp. 853-854.

²⁷ CHOUDHRY (2000) pp. 156-157. Traducción propia.

²⁸ ALEXANDER (1992) pp. 167-170; CHOUDHRY (2000) pp. 155 y ss.

el combate a la discriminación busca eliminar (dañan a las personas, suponen una intención maleficente o al menos una notoria negligencia, producen un efecto simbólico importante que se multiplica, causan graves consecuencias sociales, etc.). Los estereotipos racionales, en cambio, son imposibles de eliminar completamente, porque tales simplificaciones son necesarias para procesar la información de nuestro entorno. En otras palabras, el ser humano no puede conocer la realidad sin la ayuda de estereotipos, los que le permiten reducir a dimensiones manejables la inmensa cantidad de variables y de estímulos a que está expuesto²⁹. Por lo mismo, la ley puede prohibir algunos estereotipos racionales (e.g., cuando considere que se vinculan a prejuicios o producen efectos claramente negativos), pero jamás podrá aspirar a eliminarlos completamente.

Otro ejemplo de disposiciones de la Convención que, interpretadas literalmente, son inaplicables es el artículo 4.ix., el cual impone al Estado la obligación de prohibir y sancionar "*Cualquier restricción o limitación al uso del idioma, tradiciones, costumbres y cultura de las personas, en actividades públicas o privadas*". Esta norma evidentemente debe insertarse en un contexto de respeto a otros bienes jurídicos. Es así como sería impensable invocar la Convención para justificar la venta de menores en cuanto parte integrante de una determinada cultura. Algo similar podría señalarse respecto de la mutilación del clítoris femenino, o de la práctica del linchamiento, costumbres observadas en ciertas comunidades. En todos estos casos se hace necesario conciliar la norma trascrita con la protección de otros derechos fundamentales, tales como la libertad individual, la integridad física y el derecho al debido proceso.

5. Otros Problemas

Finalmente, existen otras dificultades que no deben dejar de mencionarse. Es así como hubiese sido conveniente aclarar si la Convención adhiere a concepciones multiculturales o simplemente pluralistas. Es decir, si basta con que el Estado respete y tolere la diversidad, o si debe promoverla en forma activa, fomentando la diferencia ahí donde hay poca o ninguna³⁰. Esta definición es importante, por cuanto provee de un marco fundamental para evaluar las acciones que el Estado deberá adoptar para cumplir con el cúmulo de obligaciones que la Convención le impone.

Lo anterior a su vez apunta a otra dificultad, cual es la gran cantidad de obligaciones que se impone al Estado, así como la amplitud y/o vaguedad de algunas de ellas, todo lo cual puede dificultar las labores de seguimiento y monitoreo de su cumplimiento. En relación a la vaguedad, un buen ejemplo es el artículo 9, el cual señala lo siguiente:

²⁹ Véase ALEXANDER (1992) pp. 167-173.

³⁰ SARTORI (2001).

“Los Estados Partes se comprometen a asegurar que sus sistemas políticos y legales reflejen apropiadamente la diversidad dentro de sus sociedades a fin de atender las necesidades especiales legítimas de cada sector de la población, de conformidad con el alcance de esta Convención.”

Podría entenderse que la Convención está llamando a incorporar cuotas políticas o asientos reservados en las asambleas legislativas y cargos ejecutivos, pero no se entiende cómo tales medidas podrían extenderse a todas las formas de diversidad existentes en la sociedad, o siquiera a todas las categorías sospechosas. En efecto, tales cuotas normalmente se construyen en relación al sexo y la raza o etnia, pero cuesta imaginarlas en otros contextos tales como la edad o la condición de salud infectocontagiosa. La diversidad en el sistema legal, en tanto, podría entenderse como el reconocimiento, al menos parcial, del valor jurídico vinculante de las costumbres y tradiciones de ciertos pueblos originarios³¹, pero no queda claro como esto pudiera extenderse a “cada sector de la población”. Tampoco es evidente el efecto de la última frase del artículo transcrito, la cual pareciera indicar algún tipo de limitación. En definitiva, se trata de una disposición que ofrece más preguntas que respuestas, y que parece servir de “marco” o “paraguas” para sustentar normativamente una serie muy diversa de medidas. De ser así, sin embargo, hubiese sido mejor no consagrarla como un deber del Estado, sino sólo como una norma habilitante.

Existen también ciertos problemas conceptuales de menor envergadura que los vistos en las secciones anteriores. Un buen ejemplo es la caracterización que hace el Preámbulo de los “principios” de igualdad y no discriminación como “conceptos democráticos dinámicos”. La calificación de “principios” no es particularmente problemática, ya que al menos la igualdad es concebida, en algunos ordenamientos domésticos, simultáneamente como un principio/valor y como un derecho³². Tampoco el caracterizarlos como conceptos de contenido evolutivo y cambiante, lo que si bien les resta certeza jurídica, también les otorga flexibilidad. Lo que es realmente curioso es su calificación de “democráticos”, cuestión que es difícil de interpretar. ¿Se refiere la Convención a que estos conceptos son parte esencial de un régimen democrático? Si es así, no hay mayor sorpresa, pero tampoco gran contribución. Si en cambio se pretende que la definición del contenido de tales principios quede sujeta al libre juego democrático, nos parece que estamos frente a una potencial fuente de conflictos. Una cosa es que las mayorías, vía el legislador, participe en la delimitación y regulación de un derecho, y otra que su contenido esencial pueda ser determinado de la misma forma. Si así fuera, la misma existencia de la Convención no tendría mayor sentido, toda vez que su aplicación quedaría sujeta a las decisiones mayoritarias de los Estados parte.

³¹ Véase, por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución Mexicana.

³² PÉREZ (2007) pp. 83 y ss.; MARTÍNEZ (2000) pp. 25-90; FERNÁNDEZ (2004) pp. 34-42.

IV. Conclusión

La Convención contra la Discriminación representa un genuino esfuerzo por contribuir en el combate contra este flagelo, toda vez que avanza en la adopción de determinaciones relevantes, reconoce y define categoría útiles, e impone una serie de obligaciones a los Estados bajo el seguimiento del sistema interamericano de protección de los derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, la Convención presenta defectos técnicos importantes, especialmente a nivel conceptual. Es así como la definición de discriminación es limitada (exigiendo la afectación de un derecho adicional a la igualdad y la no discriminación); no se trata la discriminación directa; la noción de discriminación múltiple es inconveniente, y no hay pronunciamiento respecto de la naturaleza o las consecuencias jurídicas de las categorías sospechosas.

Tal vez el principal problema de la Convención es que simplifica excesivamente la realidad, olvidando que la igualdad y la no discriminación no son los únicos bienes jurídicos protegidos, y que un lenguaje absoluto de protección de aquellas la hace inaplicable. A la inversa, sería útil que la Convención tomara en cuenta la necesidad práctica de conciliar o acomodar simultáneamente diversos bienes jurídicos, evitando de esta forma otorgar a la no discriminación una primacía automática sobre otros derechos fundamentales (en particular la libertad de expresión, la vida privada y la libertad religiosa). Del mismo modo, se debe evitar la consagración de prohibiciones totales y generales que simplemente no pueden cumplirse, tales como la interdicción de toda forma de discriminación privada, o la completa eliminación de los estereotipos.

Quizás la dificultad de fondo es que la Convención es un tratado internacional, y como tal no es el primer llamado a resolver las materias que trata, sino que sólo debiera intervenir en forma supletoria al derecho interno. Por lo mismo, es posible que estemos exigiendo demasiado a la Convención, la cual no sustituye una norma doméstica antidiscriminatoria que sea de calidad, estándar que no cumple la Ley Zamudio, y sólo en forma muy genérica nuestra Constitución Política. Por lo mismo, al pensar en la eventual suscripción y ratificación de la Convención, debiera considerarse una modificación a la normativa interna antidiscriminación, así como la adecuada utilización de reservas, particularmente en relación a los conflictos –reales o aparentes– entre derechos fundamentales.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

ALWOOD, Gill y WADIA, Khursheed (2000): *Women and politics in France 1958-2000* (London, Routledge).

AMAR, Micheline (1999): *Le piège de la parité: arguments pour un débat* (Paris, Hachette).

ATRIA, Fernando (1997): *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional* (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales).

EASTLAND, Terry (1997): *Ending Affirmative Action. The Case for Colorblind Justice* (New York, BasicBooks).

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2004): *Principio Constitucional de la Igualdad ante la Ley* (Santiago, LexisNexis).

GASPARD, Françoise; SERVAN-SCHREIBER, Claude, y LEGALL, Anne (1992): *Au pouvoir, citoyennes!: liberté, égalité, parité* (Paris, Seuil).

MARTÍNEZ, Ramón (2000): *Igualdad y Razonabilidad en la Justicia Constitucional Española* (Almería, Universidad de Almería).

MCCRUDDEN, Christopher (1994): *Equality in Law between Men and Women in the European Community* (London, Martinus Nijhoff).

MOSSUZ-LAVAU, Janine (1998): *Femmes/hommes : pour la parité* (Paris, Presses de Sciences Po).

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2007): *Dimensiones de la Igualdad* (2ª edición, Madrid, Dykinson).

SARTORI, Giovanni (2001): *La sociedad multiétnica: Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros* (España, Santillana).

SCOTT, Joan (2005): *Parité!: sexual equality and the crisis of French universalism* (London, University of Chicago).

SILVA, Alejandro (2006): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SOWELL, Thomas (2004): *Affirmative Action Around the World* (New Haven, Yale University Press).

WESTEN, Peter (1990): *Speaking of Equality* (Princeton, Princeton University Press).

2. Capítulos de Libro

CERVA, Daniela, y ANSOLABEHRE, Karina (2009): "Trabajo Introductorio: Protección de los Derechos Políticos-Electorales de las Mujeres", en TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Género y Derechos Políticos. La Protección Jurisdiccional de los Derechos Políticos-Electorales (Ciudad de México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación) pp. 9-27.

FISHKIN, James (1987): "Liberty Versus Equal Oppportunities", en PAUL, Ellen Frankel (editor), *Equal Opportunity* (Oxford, Basil Blackwell) pp. 32-48.

GOLDMAN, A. H. (1987): "The Justification of Equal Opportunity", en PAUL, Ellen Frankel (editor), *Equal Opportunity* (Oxford, Basil Blackwell) pp. 88-103.

NICKEL, J. W. (1987): "Equal Opportunity in a Pluralistic Society", en PAUL, Ellen Frankel (editor), *Equal Opportunity* (Oxford, Basil Blackwell) pp. 104-119.

3. Artículos

ALEXANDER, Larry (1992): "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141 N°1: pp. 149-219.

ALVEAR, Julio, y COVARRUBIAS, Ignacio (2012): "Hecha la Ley, Hecha la Trampa: Un Análisis de los Errores de la Legislación 'Antidiscriminación'", en *Actualidad jurídica*, vol. 13 N°26: pp. 9-30.

BUCHANAN, Allen (1995): "Equal Opportunity and Genetic Intervention", en *Social Philosophy and Policy Foundation*, vol. 12 N°2: pp. 105-135.

CHODHRY, Sujit (2000): "Distribution vs. Recognition: The Case of Anti-Discrimination Laws", en *George Mason Law Review*, vol. 9: pp. 145-178.

CRENSHAW, Kimberle (1989): "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", en *University of Chicago Legal Forum*, pp. 139-167.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2014a): "La Igualdad Constitucional. Múltiple y Compleja", en *Revista Chilena de Derecho*, en prensa.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2014b): "La Prohibición de la Discriminación Arbitraria entre Privados", en prensa.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2013): "¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?", en *Actualidad Jurídica*, vol. 14 N° 28: pp. 279-297.

DRIPPS, Donald (2006): "Is the Privilege of Private Discrimination an Artifact of an Icon?", en *San Diego Law Review*, vol. 43 N°4: pp. 1063-1070.

GARCÍA, Lisa (2007): "Intersections of Inequality: Understanding Marginalization and Privilege in the Post-Civil Rights Era", en *Politics and Gender*, vol. 3 N° 2: pp. 232-248.

JORDAN-ZACHERY, Julia S (2007): "Am I a Black Woman or a Woman Who is Black? A Few Thoughts on the Meanings of Intersectionality", en *Politics and Gender*, vol. 3 N°2: pp. 254-263.

LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. (2006): "Private Discrimination: A Prioritarian, Desert-Accommodating Account", en *San Diego Law Review*, vol. 43 N°4: pp. 817-856.

MACÍAS, María (2008): "La democracia representativa paritaria en torno a la LO 3/2007", en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N°23: pp. 22-47.

MCCRUDDEN, Christopher (2011): "A Comparative Taxonomy of 'Positive Action' and 'Affirmative Action' Policies", en *Non-Discrimination in European Private Law*: pp. 157-180.

MICHELMAN, Frank (1986): "The Meanings of Legal Equality", *The BlackLetter Journal*, pp. 24-36.

NOGUEIRA, María Beatriz (2014): "Las nuevas convenciones de la Organización de los Estados Americanos para proteger a los desplazados internos contra el racismo y la discriminación", en *Revista Migraciones Forzadas* N°45: pp. 81-82.

RADCLIFFE, Janet (1997): "Equality of Opportunity", en *Ration*, vol. X N°3: pp. 253-279.

SIMIEN, Evelyn (2007): "Doing Intersectionality Research: From Conceptual Issues to Practical Examples", en *Politics and Gender*, vol. 3 N°2: pp. 264-271.

TRUJILLO, María Antonia (2000): "La Paridad Política. Mujer y Constitución en España", en *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*: pp. 355-383.

4. Documentos Electrónicos

MCCRUDDEN, Christopher, y PRECHAL, Sacha (2009): *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, European Comission [Fecha de consulta: 14 de mayo de 2014]. Disponible en: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4553&langId=en>.

5. Normas

Equality Act 2010, de 1 de octubre de 2010 (Reino Unido).

Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva entre la Mujer y el Hombre, de 22 de marzo de 2007 (España).

Declaración de las Naciones Unidas Sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, de 13 de septiembre de 2007.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

Directiva Europea 2004/113 sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, de 13 de diciembre de 2004.

Directiva Europea 2000/43 sobre el principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, de 29 de junio de 2000.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Protocolo N° 12, de 11 de mayo de 1994.

Convención para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

6. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2007) Rol N°807-2007, 4 de octubre de 2007 [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2014] Disponible en: www.tribunalconstitucional.cl.

Tribunal Constitucional (1998) Rol N°280-1998, 20 de octubre de 1998 [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2014] Disponible en: www.tribunalconstitucional.cl.

Tribunal Constitucional (1985) Rol N°28-1985, 8 de abril de 1985 [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2014] Disponible en: www.tribunalconstitucional.cl.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): Olmedo Bustos v. Chile, 5 de febrero de 2001 [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2014] Disponible en: www.cidh.oas.org.

Las leyes orgánicas constitucionales en el régimen presidencial. Lo que el debate constituyente está olvidando

SERGIO VERDUGO R.¹

Profesor de Derecho Constitucional

FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley.

Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica de Chile.

Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo.

Profesor e investigador

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: Se denuncia un problema en la propuesta de los libros *El Otro Modelo* y *La Constitución Tramposa*, en orden a eliminar las leyes orgánicas constitucionales, ya que los mismos no consideran los efectos que tendría dicha reforma en nuestro régimen de gobierno. Atendido el fuerte presidencialismo que nuestra Constitución actual establece, este ensayo sugiere que una eventual reforma al sistema de quórums legislativos debería hacerse cargo del desproporcionado incremento de los poderes legislativos del Presidente de la República.

Introducción

En este ensayo formularé una crítica a la manera en que el debate constituyente actual está enfrentando el problema de las leyes orgánicas constitucionales ("loc" o "locs"), especialmente en el libro *La Constitución Tramposa*, de Fernando Atria², y en *El Otro Modelo*, de varios autores³. Argumentaré que la propuesta relativa a la eliminación de las locs no considera los efectos que dicha reforma traería en nuestro régimen presidencial. Si se quiere avanzar en una modificación que altere los quórums legislativos que nuestro constituyente actual dispone, deberían revisarse también las facultades legislativas del Presidente de la República, ya que de lo contrario se exacerbaría aun más un presidencialismo que ha sido criticado por los fuertes poderes que le entrega al Jefe de Estado. En

¹ Agradezco la colaboración de Jennifer Quintana, ayudante de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

² ATRIA (2013). También, ver ATRIA (2014).

³ ATRIA et al. (2013).

consecuencia, si se decide eliminar las locs sin revisar otras reglas institucionales relacionadas, se iría en la dirección contraria a lo que una parte importante de la literatura recomienda: atenuar nuestro *cesarismo* presidencial⁴.

Es necesario señalar que los argumentos que presentaré en este ensayo no obstan a las razones que he invocado en otros trabajos para defender la regla de supermayoría en ciertos contextos⁵. La posición que esgrimiré en este trabajo es independiente de dichas razones, aunque podría adicionarse a ellas si se consideran sus alcances. Como el problema del régimen político podría ser superado si los críticos de las locs sofisticaran sus argumentos (cuestión que no han hecho, al menos en *La Constitución Tramposa* y en *El Otro Modelo*), las razones que entregaré aquí no permiten descartar completamente las críticas a la regla supermayoritaria. No obstante, la importancia de este problema debería llamar la atención de quienes intervienen en este debate. En consecuencia, el objetivo de este ensayo no es defender la regla de supermayoría ni contestar sus críticas (cuestión que he hecho en otro lado⁶), sino promover la idea de que, cualquiera sea la posición que se tenga en esta discusión, ella debe (al menos) hacerse cargo del problema del *cesarismo* presidencial e incorporarla en la propuesta institucional que se formule. Si no se acepta esta idea, propuestas como las de *La Constitución Tramposa* y de *El Otro Modelo* debilitarían nuestra democracia al desequilibrar la manera en que nuestra Carta Fundamental articula los poderes legislativos, produciendo un resultado que, como mostraré más adelante, es contrario incluso a lo que los propios autores de dicha propuesta quieren para nuestro sistema político.

Este ensayo se organiza de la siguiente manera: en primer lugar (I), resumiré brevemente el debate sobre las locs. En seguida (II), daré a conocer la propuesta de *La Constitución Tramposa* y de *El Otro Modelo* en relación a las locs, explicando la manera en que dicha idea de reforma (no) considera cuestiones institucionales importantes que se relacionan. Luego (III), describiré algunos aspectos relevantes de nuestro sistema presidencial, identificando el espacio y la función que las locs tienen dentro de dicho sistema. Finalmente (IV) concluiré llamando la atención respecto del problema inadvertido que trae la propuesta institucional de dichos autores.

⁴ La expresión *cesarismo* presidencial la tomé de una de las primeras (y tal vez más importante) críticas a la Constitución de 1980: la del denominado *Grupo de los 24*, quienes bautizaron así el régimen presidencialista original de 1980. GRUPO DE LOS 24 (1981) pp. 3-4. Esta expresión ha sido utilizada por varios autores, como ocurre con las críticas tempranas a la Constitución de 1980. Ver, por ejemplo, CUMPLIDO (1984) p. 59. Este autor utiliza la expresión *cesarismo legal*, que atribuye a G. Burdeau.

⁵ Ver una defensa general en VERDUGO (2009) y una explicación de las justificaciones especiales en VERDUGO (2012). Ver una respuesta a estas ideas en BUSCH Y QUEZADA (2013) y en JIMÉNEZ et al. (2013).

⁶ Además de los textos citados en la nota anterior, también he escrito contestando algunas de las críticas que se han formulado. Ver VERDUGO (2014), contestando a JIMÉNEZ et al. (2013).

I. El debate sobre las leyes orgánicas constitucionales

Como ya advertí en la introducción, en el contexto del debate constituyente que actualmente se observa en nuestro país se ha planteado la idea de eliminar las locs por parte de dirigentes políticos⁷ y, también, de algunos académicos⁸. En general, los partidarios de esta idea sostienen que ellas le entregan un derecho a veto a la minoría parlamentaria para bloquear reformas institucionales de importancia, favoreciendo el statu quo diseñado bajo el régimen original de la Constitución de 1980 y vulnerando la igualdad política entre sus defensores y quienes promueven cambios políticos de importancia⁹. Por el otro lado, se argumenta (entre otras razones) que las locs sirven propósitos legítimos para darle estabilidad al sistema político, limitando el poder de las mayorías y evitando que las mismas puedan condicionar las reglas de la política en desmedro de los derechos de las minorías¹⁰.

Yo mismo he participado de esta discusión, argumentando que existen fines especiales que justifican la defensa de la regla de quórum supermayoritario que favorecen un debate de naturaleza casuística¹¹. Así, por ejemplo, he sostenido que la regla de supermayoría es útil para fortalecer la imparcialidad del sistema electoral y la autonomía de los órganos de control del poder, entre otros. En mi argumento sostengo además que el debate sobre las locs es esencialmente *instrumental*, ya que las justificaciones de las mismas responden a valores que, eventualmente, podrían ser satisfechos por otros arreglos institucionales con relativa eficacia¹². Las locs, entonces, no son un fin en sí mismo, sino un *instrumento* para satisfacer determinados fines que se ha estimado valioso proteger, como ocurre con la autonomía del Banco Central y la neutralidad de las reglas

⁷ Representativo de un sector importante del espectro político, resulta el *Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018, Chile de Todos* [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2014]. Disponible en <http://michellebachelet.cl/programa/>: pp. 30-35. La idea precisa se plantea brevemente en la página 34 del programa, la que no ofrece mayores explicaciones.

⁸ Entre muchos otros autores que serán debidamente citados más adelante, ver por ejemplo lo planteado en el conocido libro *El Otro Modelo*, de ATRIA et al. (2013) p. 77, pp. 90-94. Cabe hacer presente que estas críticas no son nuevas entre nosotros. En efecto, ellas ya estaban presentes en el trabajo del denominado Grupo de los 24: "No es aventurado suponer que todas las materias reservadas a "leyes orgánicas constitucionales" y a "leyes de quórum calificado", serán reguladas por la Junta de Gobierno en los próximos nueve años, y ella también dictará todas las "leyes interpretativas de la Constitución" que crea conveniente. En tales circunstancias, cuando el Congreso empiece a funcionar, le será prácticamente imposible, por los altos quórum que requeriría, modificar lo que la Junta haya prescrito sobre esas materias para implementar la autocracia". GRUPO DE LOS 24 (1981) p. 6. En un sentido similar, aunque descriptivo, John Londregan sugiere que para la Junta era más fácil dictar locs que modificar la Constitución. LONDREGAN (2000) p. 64

⁹ Varios autores han sostenido este argumento, aunque con diversas variaciones. Con matices entre ellos, ver los trabajos de MUÑOZ (2006), ZAPATA (2008) pp. 402-403, SUÁREZ (2009), SIERRA (2011), FUENTES (2012) pp. 39-41, ATRIA (2013) pp. 46-51, ATRIA (2014) pp. 20-26, BUSCH Y QUEZADA (2013), JIMÉNEZ et al. (2013).

¹⁰ Ver un resumen de los argumentos de esta posición en mi trabajo VERDUGO (2009).

¹¹ VERDUGO (2012). Ver una respuesta en JIMÉNEZ et al. (2013), y una réplica en VERDUGO (2014).

¹² He desarrollado este punto con mayor profundidad en VERDUGO (2014).

que organizan el proceso legislativo. El problema de la agenda de reformas políticas es que al proponer la eliminación de las locs, no da cuenta de la forma en que estos fines podrían seguir protegiéndose. Por eso, es que he señalado que el debate ha sido pobre e incompleto, al menos si se le considera con la pretensión de promover una reforma institucional.

La discusión sobre las locs admite varias aristas. En efecto, el problema de las supermayorías legislativas (o la defensa y crítica de la regla de mayoría) ha sido debatido desde la perspectiva de la igualdad política¹³ y de la justicia¹⁴, y también bajo la visión de la historia¹⁵ y de la ciencia política¹⁶. Desde la perspectiva de la literatura constitucionalista, ella suele asociarse a las razones por las cuales es válido limitar el poder de las mayorías y a la validez intrínseca o instrumental de la regla de mayoría¹⁷. Algunas de estas ideas han sido debatidas en el Derecho Comparado, existiendo incluso sistemas políticos que han adoptado algún tipo de forma supermayoritaria a nivel legislativo¹⁸. Los autores nacionales que escriben sobre estos puntos suelen utilizar parte de esta literatura, vinculándola al *pecado de origen* de las locs, al ser creadas por el constituyente de 1980, lo que ha impedido separar la discusión política acerca de la legitimidad de origen de esta institución, respecto de la evaluación de las virtudes y defectos de arreglos institucionales específicos¹⁹.

Resulta lamentable esta visión, ya que ella impide evaluar las instituciones vigentes en su mérito. En el contexto de un debate acerca de reformas institucionales que el país necesita, es razonable evaluar las normas políticas que nos rigen para determinar si es recomendable o no modificarlas. Así, por ejemplo, y como ha dicho el profesor Patricio Zapata, deben valorarse las contribuciones que la

¹³ Por ejemplo, SADURSKI (2008) pp. 41-91.

¹⁴ El propio Rawls dedica un capítulo de su *Teoría de la Justicia* a tratar el punto. RAWLS (1971) pp. 356-363.

¹⁵ Tal vez la obra más completa es el libro de SCHWARTZBERG (2014), quien en la primera parte de su libro explora el nacimiento de la supermayoría en la historia. Interesante resulta su análisis, en especial, de episodios como la selección del Papa.

¹⁶ Ver algunos ejemplos en DAHL (1989) pp. 135-152, RICKER (1982) y la segunda parte del libro de SCHWARTZBERG (2014).

¹⁷ Así, por ejemplo, Hans Kelsen defiende las supermayorías en ciertos contextos: KELSEN (2002) pp. 63-68. Lo mismo ocurre con BÖCKENFORDE (2000) 92-95 y con ELSTER (1993). Sin perjuicio de que estos dos últimos autores se refieren a los quórum de reforma constitucional, muchas de las razones que invocan son aplicables a las reglas de quórum a nivel legislativo. Aceptar la rigidez constitucional y no la legislativa, cuando las razones son equivalentes, responde a un formalismo que debe ser rechazado, como ya lo expliqué en VERDUGO (2014). No profundizaré aquí esta idea.

¹⁸ Varios Estados dentro de los EE.UU., por ejemplo, tienen reglas supermayoritarias para cuestiones tributarias, lo que también ha sido debatido a nivel federal. También, en materia de tratados internacionales, ellos deben ser aprobados por una regla de quórum especial por parte del Senado. Algunos países que tienen reglas de supermayoría interesantes de analizar son Bélgica y Austria. Cada país responde a realidades distintas y tienen matices diversos, razón por la cual lo que justifica una institución allá, no debiera automáticamente suponer una receta adecuada acá. La referencia al Derecho Comparado es útil para precisar que: (i) no toda regla supermayoritaria es contraria a la democracia (si entendemos que esos países son democracias que respetamos) y (ii) existen contextos donde es razonable discutir la misma.

¹⁹ Tal vez el ejemplo más representativo de lo anterior, es el trabajo de JIMÉNEZ et al. (2013).

Constitución de 1980 ha hecho²⁰, así como también las instituciones anteriores que ella ha reconocido. Por lo mismo, las propuestas de cambio constitucional deben también ser evaluadas de acuerdo a los efectos institucionales que ellas producen. La crítica que realizaré en este trabajo se dirige justamente en contra de una propuesta que no ha reparado las consecuencias negativas que genera, como explicaré en la siguiente sección.

II. La propuesta de eliminar las leyes orgánicas constitucionales

La propuesta que me interesa examinar parece haber sido suscrita por varios autores y reiterada en diversas ocasiones. Como ya lo señalé en la introducción, probablemente la que ha tenido mayor impacto es aquella contenida en el libro *El Otro Modelo* (de 5 autores)²¹ y la de Fernando Atria (quien también forma parte del grupo de autores que escribieron *El Otro Modelo*)²². Aunque las razones que utilizan otros autores críticos de las locs son similares a las de *El Otro Modelo* y a las de Atria²³, estas dos últimas tienen la ventaja de ofrecer un propósito explícito y concreto: la elaboración de una agenda específica de reformas políticas y constitucionales. Por ello, la evaluación de estos trabajos permite examinar las consecuencias institucionales que los mismos producirán en su integridad. Por consiguiente, la crítica que formulo en este ensayo no es necesariamente aplicable a lo que señalen otros autores.

Comencemos por lo planteado en *El Otro Modelo*. Este libro ofrece una agenda ambiciosa de reformas que se relacionan con la manera de ver el rol del Estado, el régimen de lo público, programas sociales y modificaciones constitucionales amplias. Dentro de su agenda de reformas políticas, *El Otro Modelo* señala que las instituciones de la Constitución de 1980 no fueron diseñadas para fortalecer la *representación*, lo que sería parte de la causa de la supuesta crisis de *representación* que hoy vivimos, razón por la cual hay que reformar varias de dichas instituciones²⁴. Dentro de las instituciones "con veto", *El Otro Modelo* identifica al sistema electoral binominal y a las locs, las que harían "irrelevantes" las elecciones parlamentarias²⁵. También, *El Otro Modelo* constata un "notorio desbalance" entre el Presidente de la República y el Congreso en materia legislativa, al punto que señala que el poder del Congreso es "un poder menor, y en el extremo inútil"²⁶.

²⁰ ZAPATA (2014) pp. 112-113.

²¹ ATRIA et al. (2013).

²² Fernando Atria ha tratado el punto en diversas ocasiones. Para efectos de este ensayo, sólo utilizaré sus obras más profundas y recientes en la materia: ATRIA (2013) y ATRIA (2014).

²³ Ver, por ejemplo, a SIERRA (2011), BUSCH y QUEZADA (2013), y JIMÉNEZ et al. (2013).

²⁴ ATRIA et al. (2013) pp. 76-79.

²⁵ ATRIA et al. (2013) p. 77.

²⁶ ATRIA et al. (2013) p. 77-78.

Parecería consistente, entonces, con el diagnóstico de *El Otro Modelo*, que se modifiquen estas tres cuestiones (presidencialismo, sistema binominal y locs), y si así fuera los autores de esta tesis podrían eludir la crítica que realizo en este ensayo. Sin embargo, lamentablemente, ello no es así, ya que los autores no examinan la conexión existente entre las locs y el régimen presidencial, razón por la cual más adelante proponen eliminar una (las locs) y postergar la revisión de la otra (la atenuación del presidencialismo). En efecto, *El Otro Modelo* distingue dos niveles diferentes de reforma²⁷: en primer lugar, la eliminación de los quórum especiales y la modificación del sistema electoral binominal (también incluyen algunos poderes del Tribunal Constitucional)²⁸; y, en segundo lugar, vendría un momento futuro con una nueva propuesta de reformas, donde se incluye al régimen político y a otras que mencionan²⁹.

Lo anterior revela que *El Otro Modelo* es incapaz de ver el problema del presidencialismo desde una perspectiva más amplia, donde este se relaciona con lo que denomina como *trampas* (probablemente siguiendo el lenguaje popularizado por Fernando Atria en *La Constitución Tramposa*). Esta es una mirada parcial que conduce a una contradicción: pide que se atenúe el presidencialismo (postergando esta reforma) y llama a eliminar las locs, con lo que fortalece el poder del Jefe de Estado, por lo menos hasta que se realice la reforma del régimen de gobierno. La experiencia de nuestra democracia desde 1980 hasta el día de hoy es que los Presidentes de la República no se inclinan por promover cambios políticos que reduzcan sus poderes. No existen los incentivos para que los Jefes de Estado disminuyan sus atribuciones, lo que puede observarse fácilmente en las reformas políticas importantes que ha habido en democracia. La reforma constitucional de 2005 proporcionó una oportunidad importante para revisar esto, pero lamentablemente quienes negociaron la reforma no llegaron a un acuerdo sustancial en dichos puntos, sin perjuicio de que hubo algunas modificaciones menores³⁰,

²⁷ ATRIA et al. (2013) pp. 91-92.

²⁸ ATRIA et al. (2013) pp. 92-95.

²⁹ ATRIA et al. (2013) pp. 96-99.

³⁰ La única reforma en esta oportunidad, relativa a los poderes del Presidente de la República, fue la disminución del período presidencial, la reducción de la edad para postular al cargo (de 40 a 35 años) y la simultaneidad de la elección del Presidente de la República con la elección de los parlamentarios. Estas modificaciones, aunque importantes, no afectan mayormente los poderes legislativos del Jefe de Estado. Sin perjuicio de eso, podría pensarse que la simultaneidad de las elecciones presidenciales y parlamentarias podría producir una probabilidad alta de que el Jefe de Estado saliera electo con mayoría en el Congreso, cuestión que en todo caso no es tan evidente atendida la existencia de una segunda vuelta en la elección presidencial. El Presidente Piñera fue un Presidente que tuvo minoría en el Congreso; y la Presidenta Bachelet tiene, por el contrario, una mayoría a lo menos teórica. Otra modificación importante el año 2005, tiene que ver con la eliminación de la facultad para designar dos senadores. Esta reforma, muy importante, se realizó en un contexto más amplio que consistía en eliminar los denominados *enclaves autoritarios*. Por otro lado, cabe recordar lo sostenido por Humberto Nogueira: para él, el poder del Presidente de la República puede crecer si éste es elegido de manera simultánea con los parlamentarios, como ocurre con los regímenes parlamentarios. Por eso, normalmente, los sistemas presidenciales regulan un "mandato fijo y delimitado, que no depende de las mayorías parlamentarias". NOGUEIRA (1993) p. 204.

e incluso un fortalecimiento del poder del Presidente de la República en ciertas áreas³¹. Por ello es que plantear una reforma de primer orden (eliminar las locs y el binominal) y una de segundo orden (modificar el régimen presidencial) en tiempos políticos distintos es un error. Dicho error podría explicarse con distintos motivos alternativos: una posibilidad (i) es que los autores no hayan observado el vínculo entre las locs y el régimen presidencial. Otra posibilidad (ii) es que los autores sean demasiado optimistas respecto de la generosidad del Presidente de la República en renunciar a sus poderes legislativos. Una última posibilidad (iii) es que se esté diseñando un sistema para que una facción política mayoritaria capture el proceso legislativo sin contrapeso, bajo el auxilio de los poderes exacerbados del Presidente de la República. La primera (i) es académicamente reprochable, la segunda (ii) es de una ingenuidad inaceptable, y la tercera (iii) puede obedecer a una motivación política de poder que es contradictoria con la agenda de reformas “de segundo nivel” propuesta por *El Otro Modelo*.

Este problema también se encuentra presente en el trabajo del profesor Fernando Atria. En su libro *La Constitución Tramposa* el autor dedica varias páginas a explicar las razones por las cuales las locs debieran ser eliminadas³². Para Atria, las locs son un *cerrojo* que funciona de manera coordinada con otras *trampas* (sistema binominal y control preventivo del Tribunal Constitucional), que estarían protegidas por una suerte de *metacerrojo* (los quórum de reforma constitucional)³³. Como la eliminación de estos elementos permitiría que la mayoría hiciera las reformas que estime pertinentes sin temer por eventuales *trampas* que la minoría política pueda utilizar, Atria sostiene que en este momento podría afirmarse que estamos en presencia de una *nueva constitución*, “incluso si el resto del texto no fuera modificado”³⁴. Ello no significa que para Atria el resto de las demandas de cambio sean irrelevantes, sino que ellas son de “segundo orden”³⁵. De esta forma, la corrección del presidencialismo exagerado tendría lugar en un momento político posterior y no simultáneo al de la eliminación de las locs³⁶.

Como puede advertirse, tanto *El Otro Modelo* como *La Constitución Tramposa* cometen el mismo error: proponen eliminar las locs sin revisar de manera

³¹ En efecto, con la reforma de 2005 el Presidente de la República puede nombrar a 3 ministros del Tribunal Constitucional y se incrementaron sus atribuciones en materia internacional. Si bien alguien podría alegar que su manejo de la agenda legislativa se vio reducido debido a que se eliminó su facultad para convocar a legislatura extraordinaria, lo cierto es que ella fue sustituida por la facultad para solicitar que se cite a sesión a cualquiera de las cámaras. Además, la reforma de 2005 terminó con la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las FF.AA. y del General Director de Carabineros, lo que fue celebrado como la eliminación de uno de los enclaves autoritarios. Esta modificación, ampliamente compartida en la literatura, entregó más poder al Presidente de la República.

³² ATRIA (2013) pp. 46-54.

³³ ATRIA (2013) p. 54.

³⁴ ATRIA (2013) p. 55.

³⁵ ATRIA (2013) p. 55.

³⁶ Estas ideas también han sido formuladas con cierto desarrollo en ATRIA (2014).

simultánea el régimen presidencial. El resultado de ello, como explicaré en la sección siguiente, es el fortalecimiento de un presidencialismo demasiado exacerbado. La explicación que ellos ofrecen, en el sentido de que la reforma del régimen de gobierno es de “segundo orden”, no corrige el problema, ya que se produciría un sistema institucional desequilibrado que no daría las garantías de ser corregido, atendido que los Presidentes de la República tienen pocos incentivos para promover la reducción de sus facultades propias. En otras palabras, una reforma de corto plazo hace poco viable una modificación de largo plazo, por lo que (si se cree en una agenda de reformas políticas de ese estilo) ellas debieran ser introducidas de manera simultánea y no de forma separada en el tiempo.

III. El régimen presidencialista reforzado y las facultades legislativas del Presidente de la República

Como ya se señaló, resulta curioso (por no decir contradictorio) que tanto *El Otro Modelo* como *La Constitución Tramposa* sean contrarios al *cesarismo* presidencial y, al mismo tiempo, posterguen conscientemente su discusión. Podría compartirse el diagnóstico que ellos realizan respecto de que el sistema presidencial es “exagerado”³⁷ y que hay una necesidad de atenuarlo y “equilibrar mejor las cosas entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional”³⁸, pero no necesariamente su receta institucional. Es que entre ambas existe, como expliqué en la sección precedente, una contradicción.

En esta sección describiré algunos elementos importantes de nuestro presidencialismo, para explicar el lugar que las locs han tenido dentro del mismo. Se trata, como se verá, de una función valiosa que hace más *democrático* nuestro sistema político al restringir los poderes de una autoridad que aparece como predominante y desequilibradamente influyente: el Presidente de la República. Por *democrático*, me refiero a que las locs (entre otros arreglos institucionales relevantes) han impedido que un actor especialmente poderoso capture para sí y monopolice la legislatura desconociendo la separación de funciones, favoreciendo algunos valores como la alternancia en el poder y el pluralismo político.

Como se verá a continuación, tanto la literatura constitucional, como la literatura politológica, concuerdan en que nuestro sistema presidencial es demasiado exacerbado³⁹, si bien existen pocos estudios empíricos y estadísticos que

³⁷ ATRIA (2013) p. 55.

³⁸ ATRIA et al. (2013) p. 96.

³⁹ Por ejemplo, ver GRUPO DE LOS 24 (1981), CUMPLIDO (1984), CEA (1987), CUMPLIDO y NOGUEIRA (1990) NOGUEIRA (1993). Claudio Fuentes ha agregado que “en términos comparados, la Constitución de 1980 es la más presidencialista de las Constituciones nacionales y quizás de América Latina”. FUENTES (2009) p. 2. Lautaro Ríos ha dicho que “muchas veces el Presidente de la República se convierte no en un colegislador –que es lo normal– sino en un legislador paralelo”. RÍOS (2013) p. 172.

demuestren de forma funcional la manera en que han actuado el Presidente de la República y el Congreso en su calidad de colegisladores⁴⁰. Cabe hacer presente, antes de profundizar en estas ideas, que el debate sobre la conveniencia del sistema presidencial por sobre otros regímenes de gobierno (como el parlamentarismo o alguna forma híbrida de semipresidencialismo), no me interesa para efectos de este trabajo⁴¹. Si bien se trata de una discusión que debe ser examinada en profundidad, el propósito de esta sección es explicar las razones por las cuales nuestro presidencialismo es demasiado exagerado, y no plantear ni discutir alternativas a él. Por ello, asumo como supuesto previo que el sistema presidencial será mantenido, como parecen sugerir, al menos en el corto plazo, *La Constitución Tramposa* y *El Otro Modelo*⁴².

Veamos primero lo que ha manifestado la literatura constitucional. Un documento importante es el elaborado por El *Grupo de los 24*, el que denominó al sistema de la Constitución de 1980 como *cesarismo presidencial*⁴³. Aunque algunas cosas han cambiado desde la crítica que este grupo formuló al texto original (hoy, la duración del mandato presidencial es de 4 y no 8 años, y ya no existe la facultad para disolver el Congreso⁴⁴, entre otras⁴⁵), varias críticas permanecen vigentes, en especial las relacionadas con los poderes legislativos del Presidente de la República⁴⁶, ya que ellas están diseñadas para producir una suerte de *jibarización*⁴⁷ del Congreso Nacional, cuestión que parece coherente con el contexto en que fue redactada la Constitución de 1980⁴⁸. No obstante, en su documento el *Grupo de los 24* entendió que las locs fortalecerían el predominio del Presidente de la República por sobre el Congreso⁴⁹. La razón entregada por el *Grupo de los 24* decía relación con la idea de que ellas serían

⁴⁰ Por ejemplo, ver algunos datos estadísticos interesantes en LONDREGAN (2000), TORO (2007), ALEMÁN y NAVIA (2009), TORO et al. (2010).

⁴¹ Sobre esta discusión existe bastante literatura. A modo ejemplar, ver la obra colectiva editada por Oscar Godoy: (1992): *Cambio de régimen político* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

⁴² Después de todo, y como dicen algunos autores, el presidencialismo es uno de los puntos "más legitimados de nuestro sistema político". ANINAT y NAVIA (2005) p. 12.

⁴³ GRUPO DE LOS 24 (1981).

⁴⁴ Se dice que la Constitución de 1980 habría promovido un "presidencialismo autoritario", que se ejemplifica en la crítica de la facultad del Presidente de la República de disolver el Congreso (inexplicable en un sistema presidencial). Ver, entre otros, a NOGUEIRA (1984).

⁴⁵ Para Viera-Gallo, la lista de cambios se extiende con la reforma de 2005, que incluye, entre otras, un fortalecimiento de las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados. A esa lista se agregan algunas modificaciones realizadas a la loc del Congreso, como ocurre con la ampliación de los plazos de las urgencias decretadas por el Presidente de la República. Ver VIERA-GALLO (2014) p. 93.

⁴⁶ Ello no significa que no hayan existido importantes reformas que han reducido los poderes del Presidente de la República. De esta forma, por ejemplo, se eliminó la facultad del Presidente de la República para insistir, que le permitía imponer al Congreso cumpliendo con una mayoría en una cámara y un tercio en la otra. Ver ARRIAGADA (1989) p. 78.

⁴⁷ Esta expresión también está tomada del GRUPO DE LOS 24 (1981) p. 4.

⁴⁸ El diseño fuertemente presidencialista de la Constitución de 1980 se explica, para Bernardino Bravo, en que ella fue redactada en un contexto de "decadencia del Parlamento" y de "agotamiento del espíritu parlamentario". BRAVO (1985) pp. 175-177.

⁴⁹ GRUPO DE LOS 24 (1981) p. 6.

dictadas por la Junta de Gobierno antes de que el Congreso entrara en vigor. De esta forma, las leyes quedarían protegidas de la mayoría parlamentaria gracias al poder de veto de la minoría. Como puede observarse, la crítica del *Grupo de los 24* tiene más que ver con el origen no consensuado y autoritario de las locs, que con la supermayoría en sí misma. Si las locs fueran diseñadas en democracia (como de hecho ha ocurrido con algunas de ellas), entonces la crítica del *Grupo de los 24* no tendría asidero, ya que ellas no operarían para restringir al Congreso. De hecho, hoy las locs deben entenderse no como un menoscabo a los poderes de los parlamentarios, sino que como una manera en que ellos pueden contener el enorme poder legislativo del Presidente de la República. Así, las locs no son una causa del predominio legislativo del Jefe de Estado, sino que una contención al mismo.

Los constitucionalistas, en general, han seguido de cerca la idea del *Grupo de los 24* del *cesarismo* presidencial. Así, por ejemplo, Nogueira señala que los presidencialismos latinoamericanos le introdujeron modificaciones al modelo norteamericano "debilitando el equilibrio de poderes y generando una preponderancia del Presidente de la República, quien se convierte en el centro de gravedad del régimen presidencialista latinoamericano"⁵⁰, cuyo poder se acrecienta cuando el Estado es centralizado (como ocurre en Chile)⁵¹. En general, en Latinoamérica, el Presidente de la República goza de facultades legislativas que no existen en el modelo norteamericano, como la posibilidad de introducir vetos parciales, la iniciativa (exclusiva en ciertos casos), las urgencias, la delegación de facultades legislativas y la intervención de los ministros de Estado en el debate parlamentario⁵². Frente a estos enormes poderes, existen algunos contrapesos al Presidente, relacionados con un mandato de duración limitada sin reelección y la acusación constitucional⁵³. Se trata de contrapesos débiles debido a (i) la alta probabilidad de que el Presidente de la República tenga mayoría parlamentaria gracias a la simultaneidad de las elecciones presidenciales y parlamentarias, y a (ii) que la acusación constitucional contra el Jefe de Estado no ha sido un instrumento idóneo de control, probablemente debido a la dificultad que implica su alto quórum y a las consecuencias extremas que produce⁵⁴.

Como ha señalado Francisco Cumplido, lo anterior tiene consecuencias en la separación de funciones, produciendo un desequilibrio entre el Presidente y

⁵⁰ NOGUEIRA (1993) p. 201.

⁵¹ NOGUEIRA (1993) p. 202.

⁵² NOGUEIRA (1993) pp. 207-215.

⁵³ NOGUEIRA (1993) pp. 215-218.

⁵⁴ Desde que retornamos a la democracia que no se ha utilizado este instrumento ni siquiera en momentos importantes de crisis política y desprestigio del Ejecutivo. Un ejemplo interesante es la actitud de la oposición parlamentaria con los escándalos de corrupción del ex Presidente Lagos, donde se prefirió colaborar con el Ejecutivo en la superación de la crisis mediante un acuerdo que finalizó en una agenda de reformas modernizadoras.

el Congreso⁵⁵. Ello implica que la Constitución de 1980 “reduce el control de éste [el Congreso] sobre el Ejecutivo, estableciendo una clara hegemonía del Jefe de Estado”⁵⁶. Dicho desequilibrio ha sido reconocido de forma temprana por varios constitucionalistas que sostuvieron esta idea durante la década de los ´80 (como José Luis Cea⁵⁷), e incluso antes de la Constitución de 1980 (como Jorge Tapia⁵⁸). Tapia señala que gracias a la reforma que sufrió la Carta de 1925 en 1970 (y que mantuvo el constituyente de 1980) el “(...) presidente de la República fue convertido en el gran legislador. Sin su voluntad no podría discutir ni un solo proyecto de ley relativo a ninguna materia importante en el orden económico, social y político (...) la contraparte ineludible de este logro fue el debilitamiento casi absoluto del Congreso Nacional y con él, el de los partidos políticos”⁵⁹. Gracias a la “aventura de Frei”, el Presidente de la República “quedó convertido en un César por gracia de una reforma constitucional democráticamente aprobada”⁶⁰. En esta misma línea, Lautaro Ríos da cuenta que en el “hiperpresidencialismo se produce una progresiva desvalorización del Congreso que llega a ser un delegante de sus funciones propias en el Ejecutivo o una caja de resonancia que se limita a ratificar las decisiones de éste”⁶¹. Hoy, estas ideas no parecen haber cambiado, como da cuenta el diagnóstico de *El Otro Modelo* ya citado, y algunos constitucionalistas que recientemente han promovido cambios para debilitar los poderes del Jefe de Estado⁶² o para fortalecer el Congreso⁶³.

La literatura politológica no ha sido muy diferente de la constitucional. En efecto, y como veremos a continuación, ella también ha reconocido un fuerte predominio del Presidente de la República en materia legislativa. Así, por ejemplo, John Londregan dice que el sistema legislativo de la Constitución de 1980 y de la loc del Congreso, le da al Presidente de la República un poder cercano a una iniciativa legislativa monopólica de facto⁶⁴. Alemán y Navia, por su parte, han estudiado el éxito que tienen los instrumentos de que dispone el Jefe de Estado en materia legislativa⁶⁵. El matiz que la literatura politológica suele advertir (a diferencia de la literatura constitucionalista), es que el constituyente de 1980

⁵⁵ CUMPLIDO Y NOGUEIRA (1990) p. 257.

⁵⁶ CUMPLIDO Y NOGUEIRA (1990) p. 258.

⁵⁷ CEA (1987) p. 35.

⁵⁸ TAPIA (1979) p. 197.

⁵⁹ TAPIA (1979) p. 198.

⁶⁰ TAPIA (1979) p. 199.

⁶¹ RÍOS (2013) p. 172.

⁶² Por ejemplo, Francisco Zúñiga ha planteado recientemente que hay que superar la “tendencia autoritaria que ha tenido nuestro régimen de gobierno desde el siglo XIX”, para luego proponer alternativamente la moderación del régimen presidencial, o derechamente su sustitución. ZÚÑIGA (2014) p. 35.

⁶³ Un buen ejemplo de propuestas de este tipo puede verse en el reciente ensayo de José Antonio VIERA-GALLO (2014).

⁶⁴ LONDREGAN (2000) p. 66.

⁶⁵ ALEMÁN y NAVIA (2009).

también diseñó un sistema de controles al Ejecutivo que matizó su fuerte poder legislativo. Siguiendo el mismo trabajo de Londregan, se advierte que el Senado tuvo un poder de bloqueo importante gracias a los senadores designados, el binominal y las locs, aunque la habilidad del Ejecutivo de dominar la agenda legislativa impedía que el Senado pudiera tener su propia agenda⁶⁶.

Siguiendo una visión similar, Claudio Fuentes describe a nuestro régimen político establecido por la Constitución de 1980 como un “Presidencialismo fiscalizado”, ya que junto con fortalecer al Ejecutivo y reducir el poder del Congreso⁶⁷, el constituyente estableció una serie de instrumentos de control del Gobierno, dando poder de veto a algunos órganos como la Contraloría y el Tribunal Constitucional⁶⁸. Aunque Fuentes no las menciona de forma explícita, a esta lista de controles debiera sumarse la creación de supermayorías legislativas, que le entregan un poder de veto a la minoría parlamentaria. Como el diseño del Ejecutivo por parte del constituyente de 1980 no le atribuía sólo funciones relacionadas con la *Administración*, sino que también le entregó grandes funciones legislativas, los controles que operan respecto de los poderes del Presidente de la República no pueden ser sólo administrativos o financieros (como los de la Contraloría)⁶⁹, sino también legislativos. En otras palabras, como el Presidente es el *gran legislador*, los vetos presentes al interior del proceso legislativo son, al mismo tiempo, una contención al mismo. De este modo, las minorías parlamentarias se convierten en actores con veto respecto de los Jefes de Estado que cuenten con mayorías simples. En este mismo sentido, Cristóbal Aninat ha señalado lo siguiente:

“Una variable clave en el poder del Congreso frente al Presidente de la República es la existencia de quórum especiales (...) la existencia de quórum especiales exige al gobierno alcanzar acuerdos más amplios para la aprobación de proyectos de ley en materias afectas a dichos quórum. Al empoderar al Congreso frente al Ejecutivo, esta circunstancia constituye una instancia adicional de cooperación entre ambos poderes del Estado”⁷⁰.

Si bien el Presidente de la República controla la agenda legislativa, el Congreso se protege frente a él gracias (entre otros motivos) a la existencia de quórum

⁶⁶ LONDREGAN (2000) pp. 82-83.

⁶⁷ Ver un resumen del fortalecimiento de los poderes de la Constitución de 1980 respecto de la Carta de 1925, en FUENTES (2012) p. 30. Estas mismas ideas también fueron desarrolladas en un trabajo anterior del autor. Ver FUENTES (2009).

⁶⁸ FUENTES (2012) p. 31.

⁶⁹ Hay que hacer presente que a la lista de los actores con veto, Fuentes agrega también algunos provenientes de instituciones militares, como el Consejo de Seguridad Nacional y las Fuerzas Armadas. No las incluyo en este análisis porque, en general, estos vetos fueron eliminados por la reforma constitucional de 2005. En todo caso, ver FUENTES (2012) pp. 32-34.

⁷⁰ ANINAT (2006) p. 140.

calificados superiores a la mayoría simple⁷¹. Si estas contenciones se eliminan, el Jefe de Estado con una mayoría simple disciplinada, podría operar sin mayores contrapesos⁷².

Sin perjuicio de lo anterior (muchas veces inadvertido en la literatura política y constitucional), las locs han sido caracterizadas como parte de una estrategia política del régimen militar para producir un inmovilismo que permitiera perpetuar las políticas adoptadas durante los '80. El mismo Fuentes, por ejemplo, utiliza la expresión "inmovilismo institucional" para caracterizar el principal efecto de las locs⁷³, las que son un mecanismo que inhibe las eventuales reformas⁷⁴.

Este efecto ha sido criticado en la literatura. Sin embargo, debe reconocerse que esta consecuencia no era generada únicamente debido a la existencia de las locs. El "inmovilismo" fue producto de un efecto acumulado de varios arreglos institucionales, tales como la existencia de senadores designados, el sistema binominal y la forma de designación de los jueces del Tribunal Constitucional. Estos arreglos institucionales han sido en su mayoría eliminados o modificados. En efecto, los senadores designados fueron derogados por el constituyente de 2005, se eliminó la influencia del Consejo de Seguridad Nacional en la designación de jueces del Tribunal Constitucional, el quórum de las locs fue reducido de 3/5 a 4/7 en la reforma de 1989, y actualmente se discute la reforma del sistema binominal, que en todo caso ya no produce los "empates" parlamentarios que sus adversarios acusaban⁷⁵. Como puede apreciarse, los arreglos institucionales que, en conjunto, producían el efecto acumulado de "inmovilismo" son sustancialmente diferentes hoy⁷⁶.

En realidad, hay que precisar que la expresión "inmovilismo" parece haber sido planteada en términos demasiado absolutos. Lo que produjeron estas institucio-

⁷¹ ANINAT (2006) p. 145.

⁷² Un interesante estudio acerca del comportamiento político de los bloques parlamentarios da cuenta que durante el Gobierno del Presidente Lagos los partidos oficialistas actuaron con unidad, posibilitando la aprobación de muchos proyectos de ley del Ejecutivo, gracias también a los acuerdos con la oposición, en especial con Renovación Nacional. Ver TORO (2007).

⁷³ Agrega que ellas serían una suerte de "camisa de hierro". FUENTES (2012) p. 39. El autor también desarrolla estas ideas en FUENTES (2009) pp. 16-17.

⁷⁴ FUENTES (2012) p. 41.

⁷⁵ Los resultados de las elecciones parlamentarias de 2013 dieron un claro predominio a las fuerzas de la Nueva Mayoría por sobre las de la Alianza.

⁷⁶ De haberse mantenido estos arreglos institucionales, probablemente las reformas futuras habrían sido menos factibles. Por ejemplo, comentando la reforma al Senado en 1989, Fuentes ha dicho que: "Si la Constitución hubiese mantenido el mismo número de senadores (26 electos y 9 designados), se hubiese hecho prácticamente imposible posibilitar reformas constitucionales. Bajo la nueva estructura del Congreso (38 electos y 9 designados) se amplió la posibilidad de buscar acuerdos con la oposición para generar reformas. Al mismo tiempo, al reducir los umbrales y eliminar la disposición que obligaba a revisar la reforma por una segunda legislatura, eventuales reformas se hicieron más probables". FUENTES (2009) p. 23.

nes de “bloqueo” fue promover una política que ha sido denominada comúnmente como “democracia de los acuerdos”, la que operó por la vía de reducir las potestades legislativas del Presidente de la República frente a sus enormes poderes. Carlos Huneeus ha sostenido que en esta época de nuestra política los consensos favorecían al Congreso⁷⁷, lo que permitía equilibrar al mismo frente al predominio del Ejecutivo. Aunque Huneeus es crítico de las locs⁷⁸, no puede desconocerse que estas instituciones, diseñadas para la transición pacífica a la democracia, sirvieron para pavimentar un camino no violento a la restauración democrática de nuestro sistema político. Los consensos políticos generados durante este importante período de nuestra historia, fueron producto de esta moderación del presidencialismo, que no debe ser menospreciada hoy. En efecto, desde hace muchos años que parte de la literatura politológica se pregunta la razón por la cual en nuestro país se ha dado lugar a una paradoja: la existencia de Presidentes muy poderosos que utilizan sus atribuciones de forma moderada, buscando acuerdos y la cooperación de las fuerzas de oposición presentes en el Congreso⁷⁹. Así, por ejemplo, y aunque no tratan el problema de las locs, Toro, Acevedo y Matamala han dado cuenta de que pese a la existencia de un presidencialismo fuerte, las políticas legislativas se han conducido en general a través de la negociación y la coordinación con los partidos con representación parlamentaria, con lo que se ha eludido el conflicto de poderes⁸⁰, uno de los principales vicios del presidencialismo⁸¹. Ello ha llamado profundamente la atención de la literatura comparada, como da cuenta Detlef Nolte: “el sistema político chileno constituye una paradoja: funciona a pesar que entremezcla rasgos que, según la literatura científica, deberían crear inestabilidad”⁸².

La moderación de Jefes de Estado sumamente poderosos es una rareza en Latinoamérica, donde los Ejecutivos fuertes en general no han temido utilizar sus poderes para capturar las instituciones⁸³. En Chile, en cambio, la existencia de un sistema de controles a las mayorías ha producido una política diferente⁸⁴. Parece

⁷⁷ HUNEEUS (2009) p. 259. En parte, ello se debe a que la Constitución fortalece a las minorías parlamentarias a través de diversos arreglos institucionales. Entre ellos, Huneeus menciona los quórum de reforma constitucional y las leyes que requieren de mayorías especiales. HUNEEUS (2009) p. 258.

⁷⁸ En otro trabajo, Huneeus dice que las locs tuvieron por objeto “asegurar la continuidad del orden institucional impuesto por un régimen militar. Lo que se establece es una tiranía de la minoría, no su defensa”. HUNEEUS (2012) p. 39.

⁷⁹ La descripción de esta paradoja se suele atribuir a Peter SIAVELIS (2002) pp. 79-111. Siavelis, en general, explica esta paradoja debido a la existencia de algunos comportamientos institucionales relacionados con el consenso y la democracia de los acuerdos.

⁸⁰ TORO et al. (2010).

⁸¹ Sobre el problema del conflicto de poderes que normalmente trae el presidencialismo, una de las obras más citadas es la de Juan LINZ (1994).

⁸² NOLTE (2003) p. 43.

⁸³ Ver un interesante trabajo sobre el caso venezolano en PENFOLD (2010). Sobre una descripción del constitucionalismo latinoamericano, que relativiza la separación de poderes y establece un Ejecutivo fuerte, ver el trabajo de Javier COUSO.

⁸⁴ Huneeus llega a decir que en Chile existe un presidencialismo “semi-soberano”, donde los Presidentes con mayoría no pueden llevar adelante todas las reformas institucionales que desean. HUNEEUS (2012).

ser que la solución para que los problemas del presidencialismo no afecten la estabilidad política de los países, radica en un sistema de frenos y contrapesos que contengan el abuso del Ejecutivo⁸⁵. Las locs han colaborado en este sentido, ya que cuando los Presidentes desean modificar aspectos regulados en ellas, deben buscar acuerdos con al menos una parte de la oposición parlamentaria, lo que ha traído algunos beneficios en la mantención de los poderes de algunos órganos de control (como la Contraloría) y en la estabilidad de algunas instituciones cuya autonomía es altamente apreciada (como el Banco Central y las municipalidades)⁸⁶. Por esta misma razón, incluso algunos Ejecutivos de la Concertación han promovido la existencia de nuevas locs, como ocurre con la loc del Ministerio Público (art. 84, introducido el año 1997), de las primarias (art. 19, N° 15) y de los estatutos del Archipiélago Juan Fernández e Isla de Pascua (art. 126 bis, introducido el año 2007). Hoy, las locs no deben ser vistas únicamente como una estrategia institucional del constituyente original de 1980 por perpetuar la obra del régimen imperante en esa época, sino también como un arreglo institucional que hoy opera de forma diferente. Al reducirse el efecto acumulado del bloqueo debido a la eliminación de otros arreglos institucionales que operaban en conjunto, el límite al poder de las mayorías que implican las locs, sirve fines independientes relacionados con las justificaciones especiales de las instituciones que regulan⁸⁷. Lo que probablemente guardan en común, es que sin ellas un Presidente con mayoría simple podría reformar reglas políticas elementales para acceder al poder, mantenerse en él, y perjudicar a los adversarios políticos. Así, sin las locs, un Presidente con mayoría simple podría reformar instituciones diversas para beneficiar a la facción política que representa, afectando la imparcialidad y neutralidad de las reglas del juego democrático. Ello ocurre, por ejemplo, con la organización de los distritos y la fórmula en materia electoral, con las reglas de proceso legislativo y con algunas instituciones que tienen la capacidad para entorpecer el poder del Jefe de Estado, como ocurre con las autonomías locales y los órganos de control. Todos ellos podrían verse amenazados por Presidentes de la República que tienen incentivos para incrementar el poder de su facción política en perjuicio de las minorías, lo que podría terminar afectando la capacidad de estas últimas para garantizar algunos valores elementales para la democracia, como la alternancia en el poder, el control del Gobierno y el pluralismo político.

Aunque Huneus plantea esto como una crítica, ello es justamente una característica que impide a nuestro Jefe de Estado monopolizar el poder político.

⁸⁵ Melo llega a esta conclusión luego de examinar los presidencialismos latinoamericanos. Frente a su diagnóstico relativo a que los modelos presidenciales no fracasaron como originalmente se predijo, este autor entrega como explicación la existencia de un sistema de controles que asegure gobernabilidad. El ejemplo que le parece más claro al autor es justamente Chile, el que contrasta con casos de abusos de poder, frecuentes en Argentina, por ejemplo. MELO (2009).

⁸⁶ El propio Nolte sostiene que los poderes del Presidente de la República son restringidos "por falta de poderes de decreto propios del Presidente, es decir, no delegados por el Legislativo, pero también por el hecho que muchas leyes necesitan un quórum especial de apoyo parlamentario que dificulta un cambio del statu quo desde la perspectiva del presidente. NOLTE (2003) p. 50.

⁸⁷ Esta materia la traté con mayor profundidad en VERDUGO (2014).

Las consideraciones anteriores sugieren las siguientes lecciones:

1. Cuando se persigue modificar las locs, al mismo tiempo se está removiendo un mecanismo de contención de los enormes poderes legislativos de Presidente de la República, lo que elimina una de las razones por las cuales hemos tenido Jefes de Estado moderados.
2. Lo anterior no es una razón para oponerse a la reforma a las locs, sino sólo para advertir que un cambio como ese puede provocar consecuencias indeseadas, incrementando todavía más nuestro fuerte presidencialismo y volviendo más irrelevante a nuestro Congreso.
3. En consecuencia, una propuesta de reforma a las locs debe hacerse cargo de los efectos concretos que ella genera en el equilibrio de poderes existentes en nuestro sistema legislativo. Por ello, es que sugiero que si se desea seguir adelante con estas reformas, a lo menos deben moderarse los poderes del Presidente de la República e incrementar los instrumentos de control político por parte de las minorías en el Congreso.
4. En cualquier caso, mi recomendación es que cuando se rediseñe el sistema de quórums legislativos, debe evaluarse de forma casuística el impacto que ello genera respecto de las instituciones que están protegidas por dichas supermayorías. En este análisis no puede quedar ausente la consideración por la extensión normativa que desarrolla la Constitución, la existencia de rigidez constitucional de dichas normas, la disposición de controles externos y la diversa representación política existente en las distintas cámaras.

IV. Conclusión

1. Varios autores cuestionan los beneficios de las locs y proponen su eliminación. En estas críticas y propuestas no ha existido un análisis simultáneo y relacionado con el régimen presidencial.
2. Lo anterior ha llevado a proponer una contradicción: se pretende reducir los poderes del Presidente de la República como una reforma de segundo orden, en circunstancias que las reformas de corto plazo que se proponen (eliminación de las locs, del poder de control preventivo del Tribunal Constitucional, de los quórums de reforma constitucional y del sistema electoral binominal) tienden a incrementar el fuerte presidencialismo que existe en nuestro país. Si se considera que en la historia reciente de las reformas a la Carta de 1980 los Jefes de Estado no han promovido una moderación de sus facultades (especialmente

en sus atribuciones legislativas), y que ellos tienen pocos incentivos para reducir sus poderes, entonces una propuesta temporalmente dividida de reformas (de primer y de segundo orden) trae el riesgo de que las de segundo orden no sean políticamente factibles. Si ello es así, entonces la existencia de un fortalecimiento del *cesarismo presidencial* es inminente.

3. Cuando se negocian reformas políticas relevantes para la contención del poder político del Ejecutivo (como ocurre con las locs), debe considerarse que ellas tienen un impacto en el equilibrio de poderes de los actores políticos involucrados. Por lo anterior, dichas reformas deben ir acompañadas de la modificación de arreglos institucionales que impidan la producción de consecuencias indeseadas por parte de quienes participan de la negociación.
4. Las locs han servido diversos fines que se relacionan con la materia específica que ellas regulan (protección de autonomías locales, imparcialidad de los órganos de control, neutralidad de las reglas que distribuyen los poderes políticos, entre otros), y son esos fines los que hay que tener en cuenta cuando se persigue realizar una reforma profunda a nuestro sistema legislativo. Junto con ello, no puede dejar de observarse que las locs han servido de contención a un Presidente de la República excepcionalmente poderoso, y que sin ellas éste podría amenazar valores importantes de nuestra democracia, como la alternancia en el poder y la separación de funciones. Cuando se propone modificar las locs, no pueden dejar de considerarse todas estas razones.

Bibliografía

1. Artículos y libros

Alemán, Eduardo – Navia, Patricio (2009): "Institutions and the Legislative Success of Strong Presidents: An Analysis of Government Bills in Chile", *The Journal of Legislative Studies*, Vol. 15: 401-419.

Aninat, Cristóbal (2006): Balance de poderes legislativos en Chile: ¿Presidencialismo exagerado o base de un sistema político cooperativo?, en *Política* (Universidad de Chile): pp. 127-148.

Aninat, Cristóbal, y Navia, Patricio (2005): *Reformas políticas: los avances y lo que falta*, en boletín seminario Expansiva, [Fecha de consulta. 15 de mayo de 2014]. Disponible en: http://politicaspublicas.udp.cl/media/publicaciones/archivos/324/Documento_completo.pdf.

Arriagada, Genaro (1992): "Después de los presidencialismos... ¿Qué?", en *Cambio de régimen político*, en Oscar Godoy (editor), (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile): pp. 57-101.

Atria, Fernando – Larraín, Guillermo – Benavente, José Miguel – Couso, Javier – Joignant, Alfredo (2013): *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo político* (Santiago, Debate).

Atria, Fernando (2013): *La Constitución Tramposa* (Santiago, LOM Ediciones).

Atria, Fernando (2014): "La Constitución tramposa y la responsabilidad del jurista", en Zúñiga, Francisco (coordinador), *Nueva Constitución y Momento Constitucional* (Santiago, Legal Publishing – Thomson Reuters, 2014), pp. 15-49.

Böckenforde, Ernst W. (2000): "Democracia como Principio Constitucional", en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid, Trotta).

Bravo, Bernardino (1985): *De Portales a Pinochet. Gobierno y régimen de gobierno en Chile*, (Santiago, Editorial jurídica de Chile – Editorial Andrés Bello).

Busch, Tania – Quezada, Flavio (2013): "Regla de mayoría e instituciones contramayoritarias. Una perspectiva para la discusión sobre un cambio constitucional en Chile", en *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile), 78 (2013), pp. 139-156.

Cea, José Luis (1987): "Rasgos de la Experiencia Democrática y Constitucional de Chile", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, pp. 25-35.

Couso, Javier: *Las Democracias Radicales y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Sp_20130420.pdf (Fecha de consulta: 26 de mayo de 2014).

Cumplido, Francisco (1984): *¿Estado de Derecho en Chile?* (Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos).

Cumplido, Francisco, y Nogueira, Humberto (1990): *Teoría de la Constitución* (Santiago, Cuadernos Universitarios Universidad Nacional Andrés Bello) 315 pp.

Dahl, Robert (1989) *Democracy and its Critics* (Yale University Press).

Elster, Jon, *Régimen de mayorías y derechos individuales*, en *De los derechos humanos, las conferencias de Oxford Amnesty* (1993) pp. 165-199.

Fuentes, Claudio (2009): *Mirando el pasado, definiendo el futuro: Diseño Constitucional en Chile 1980 – 2005*, presentado en el 28° Congreso del Latin American Studies Association, LASA, Río de Janeiro Constitucional [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2014]. Disponible en: <http://www.icsa.cl/wp-content/uploads/2009/11/LASA-Fuentes-2009.pdf>.

Fuentes, Claudio (2012): *El Pacto* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).

Huneeus, Carlos (2012): "El presidencialismo semi-soberano", en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Vol. 21 (online) [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2014]. Disponible en: <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rucp/v21nspe/v21nspea02.pdf>.

Huneeus, Carlos (2009): "La Democracia Presidencial en Chile", en *Making Presidentialism Work* (International Institute for Democracy and Electoral Assistance).

Jiménez, Guillermo – Marshall, Pablo – Muñoz, Fernando (2013): "La debilidad de las súper-mayorías", en *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Vol. 41: pp. 359-393.

- Kelsen, Hans (2002): *Esencia y Valor de la Democracia* (Granada, Editorial Comares).
- Linz, Juan (1994): "Democracy, Presidential or Parliamentary: Does It Make a Difference?", en Linz y Valenzuela (editors) *The Failure of Presidential Democracy: The Case of Latin America* (Baltimore: John Hopkins University Press).
- Londregan, John B. (2000): *Legislative Institutions and Ideology in Chile* (Cambridge University Press).
- Melo, Marcus (2009): "Strong Presidents, Robust Democracies? Separation of Powers and Rule of Law in Latin America", *Brazilian Political Science Review*, Vol. 3 (2): pp. 30-59.
- Muñoz, Fernando (2006): "Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia", en *Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano*, pp. 115-129.
- Nogueira Alcalá, Humberto (1993): *Regímenes políticos contemporáneos*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Nogueira Alcalá, Humberto (1984): "Presidencialismo democrático y presidencialismo autoritario. El art. 32 n 5 de la Constitución de 1980 y la clasificación de la forma de gobierno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11: pp. 317-323.
- Nolte, Detlef (2003): "El Congreso chileno y su aporte a la consolidación democrática en perspectiva comparada", en *Revista Ciencia Política*, Vol. 23, N°2: pp. 43-67.
- Penfold, Michael (2010): "La democracia Subyugada: El hiperpresidencialismo venezolano", *Revista de Ciencia Política*, Vol. 30 N°1: pp. 21-40.
- Rawls, John (1971): *A Theory of Justice* (Cambridge MA, London, The Belknap Press of Harvard University Press).
- Ricker, William H. (1982): *Liberalism Against Populism. A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice* (Waveland Press).
- Ríos, Lautaro (2013): "El Presidencialismo en la República de Chile", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 79: pp. 145-175.
- Risse, Mathias (2004): "Arguing for Majority Rule", en *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 12, N° 1: pp. 41-64.
- Sadurski, Wojciech (2008): *Equality and Legitimacy* (New York, Oxford University Press).
- Schwartzberg, Melissa (2014): *Counting the Many* (Nueva York, EE.UU., Cambridge University Press).
- Siavelis, Peter (2002): "Exaggerated Presidentialism and Moderate Presidents: Executive Legislative Relations in Chile", en Mogenstern – Nacif (editores): *Legislative Politics in Latin America* (Cambridge University Press) pp. 79-111.
- Sierra, Lucas - Mac-Clure, Lucas (2011): *Frente a las mayorías: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (Santiago, Centro de Estudios Públicos).

Suárez, Christian (2009): "La constitución celda o "straightjacket constitution" y la dogmática constitucional", en *Revista Universum*, Vol. 1, N° 24: pp. 248-271.

Tapia, Jorge (1979): "Democracia Versus Racionalización Política", en Gil y Chávez (coordinadores) *Evolución de la Organización Político-Constitucional en América Latina* (México, Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 179-207.

Toro, Sergio (2007): "Conducta Legislativa ante las Iniciativas del Ejecutivo: unidad de los bloques políticos en Chile", *Revista de Ciencia Política*, Vol. 27, N° 1: pp. 23-41.

Toro, Sergio – Acevedo, Carolina – Matamala, Kimberling (2010): "Quebrando Paradigmas en Contextos Presidencialistas: un Examen sobre la Capacidad Legislativa en Chile", *RIEL - Revista Iberoamericana de Estudios Legislativos*, Vol. 1, n. 1: pp. 102-110.

Verdugo, Sergio (2009): "Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales", en *Actualidad Jurídica*, Vol. 20.

Verdugo, Sergio (2012): "Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 39: pp 395-434.

Verdugo, Sergio (2014): "Las debilidades de la crítica a las súper-mayorías", en prensa.

Viera-Gallo, José Antonio (2014): "Fortalecer el Parlamento", *Revista de Derecho Público*, edición especial (marzo de 2014): pp. 91-96.

Zapata, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Zapata, Patricio (2014): "La Nueva Constitución y el Bien Común", en Zúñiga, Francisco (coordinador), *Nueva Constitución y Momento Constitucional* (Santiago, Legal Publishing – Thomson Reuters), pp. 81-115.

Zúñiga, Francisco (2014): "Nueva Constitución para Chile. Las 'bases' y las nuevas ideas político-constitucionales", en *Revista de Derecho Público*, edición especial (marzo 2014): pp. 27-42.

2. Otros

Grupo de los 24 (1981): *Las Críticas del Grupo de los 24* (APSI).

Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, *Chile de Todos* [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2014]. Disponible en <http://michellebachelet.cl/programa/>.

Sobre el estatuto penal aplicable a las sanciones administrativas en Chile

NICOLÁS ENTEICHE ROSALES

Profesor de Derecho Administrativo e investigador
UDD

RESUMEN: El presente artículo describe el estado actual de la jurisprudencia chilena, en cuanto a las normas aplicables al Derecho Administrativo sancionador. Se expone el significado de una frase que reiteradamente aparece en la jurisprudencia nacional: que los *"principios y garantías del orden penal se aplican con matices al Derecho Administrativo sancionador"*. Por último, se incentiva la inserción de las reglas del Código Penal y Procesal Penal al Derecho Administrativo sancionador.

1. Las notas que siguen están motivadas en la necesidad de individualizar los principios y reglas aplicables a las sanciones administrativas chilenas. En un anterior estudio, publicado en el número pasado de esta revista, definimos a los "castigos administrativos"¹. El próximo paso lógico es ubicar y exponer los aspectos que los individualizan de otras manifestaciones, tales como las sanciones aplicadas por un juez².

Fruto de lo anterior, a lo largo de este comentario aclararemos qué señalan las normas nacionales en lo tocante a las sanciones administrativas, y cuál es el estatuto o régimen jurídico que debe aplicárseles. Vale precisar que nos adentraremos, de modo práctico, en las sanciones correctivas, siendo sus destinatarios los particulares, y no en las correccionales, cuyos receptores son funcionarios o autoridades administrativas.

2. Ya acotamos qué se entiende por sanción administrativa, razón por la cual podemos identificar los aspectos que la circundan. Recordemos que los castigos administrativos son aquellos actos negativos o desfavorables, que una ley califica como tales, o bien que un intérprete, al observar una norma o su aplicación, concluye que posee todos los elementos esenciales que la caracterizan.

¹ Así lo hicimos en el número 29 de esta misma publicación, en el artículo titulado "Acerca de las sanciones administrativas en Chile" ENTEICHE (2014) pp. 229-238 y en nuestra ponencia titulada "Y qué es una sanción administrativa en Chile" ENTEICHE (en prensa).

² No está de más recordar que los actos desfavorables que la ley o los intérpretes determinen que constituyen sanciones administrativas, poseerán caracteres que las individualizarán de otras figuras ENTEICHE (2014), y ENTEICHE (en prensa) y ENTEICHE (inédito).

Entonces, en caso que la ley no se haya pronunciado expresamente, sabremos que existe un castigo administrativo si advertimos la presencia de los siguientes elementos: (i) que sea un acto decisorio desfavorable, (ii) que se haya emitido por un sujeto dotado de potestades públicas administrativas sobre otro, quien se encuentra sujeto a una regulación determinada, (iii) que la medida esté antecedida de un procedimiento previo, y (iv) que su finalidad sea la represión de una contravención normativa, en atención a la protección del bien jurídico que debe atender el organismo sancionador.

3. Estos actos administrativos han sido continuamente establecidos por el legislador, labor que se grafica especialmente en los organismos que realizan actividad de policía. El modo empleado para crear estas potestades consiste en plasmarlas en normas legales particulares, que radican la atribución sancionadora en determinadas materias y sobre ciertos sujetos –en adelante “leyes especiales”–.

Tal es así que las siguientes superintendencias poseen la facultad de aplicar sanciones administrativas: Electricidad y Combustibles, en el artículo 3 N° 23, de la Ley N° 18.410 de 22.5.85; Salud, en el artículo 110 N° 13, del DFL N° 1 de 4.4.96, del Ministerio de Salud; Seguridad Social en el artículo 4, letra g), de la Ley N° 16.395 de 28.1.1996; Pensiones, en el artículo 94 N° 8, del DL N° 3.500 de 13.11.80, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Educación Escolar, en el artículo 49, letra l), de la Ley N° 20.529 de 27.8.11; Medio Ambiente, en el artículo 3, letra o), de la Ley N° 20.417 de 26.1.10; Servicios Sanitarios, en el artículo 4, letra e), de la Ley N° 18.902 de 27.1.90; y Casinos de Juego, en el artículo 42 N° 11, de la Ley N° 19.995 de 7.1.05.

4. Por de pronto cabe anunciar que el precitado listado de leyes especiales, más otras que debido a la extensión de este comentario no mencionaremos, son las únicas que regulan a la actividad sancionadora de la Administración. Al contrario, fácil resulta comprobar que toda competencia para emitir o suscribir actos y contratos administrativos es creada mediante leyes especiales, pero, a diferencia de las sanciones administrativas, aquellas manifestaciones jurídicas se someten a principios y reglas contenidos en normas legales generales –en adelante, “leyes generales”–.

La facultad de dictar actos administrativos existe en múltiples leyes especiales, y la forma de emisión de éstos se regula mediante la Ley N° 19.880; de igual manera la competencia de suscribir contratos administrativos aparece en diversas normas especiales y, por otra parte, “las reglas y principios directrices mínimos, fundamentales y obligatorios” que rigen antes de su nacimiento aparecen en el artículo 9° de la Ley N° 18.575, como en parte de la Ley N° 19.886³.

³ Acerca de la Ley N° 19.880 y 19.886, en cuanto a leyes generales y aplicables a la actividad jurídica de la Administración del Estado, la Contraloría General de la República ha dicho que “constituyen leyes

5. Lo cierto y concreto, en materia de competencias sancionadoras, es que existe un problema cual es la inexistencia de una ley general que regule la forma, los principios y reglas a que debe sujetarse la Administración. Creemos que la solución dice relación con la determinación de la normativa general aplicable; y, luego de acotado lo anterior, con la precisión de los específicos elementos que componen a ésta.

Cabe puntualizar que, en razón de una similar configuración normativa, en el extranjero se viene discutiendo, desde antaño, qué reglas y principios se han de aplicar en el Derecho Administrativo sancionador, si las propias del Derecho Administrativo, o bien las del Derecho Penal. Así se ha desarrollado la escuela del Derecho Administrativo sancionador, y la del Derecho Penal Administrativo, como antagonistas⁴⁻⁵.

6. La normativa aplicable a las sanciones administrativas en Chile no es clara. Las diversas leyes especiales que entregan competencias sancionadoras se estructuran, en general, del siguiente modo: establecen al órgano sancionador, siendo éste el superior del servicio, luego describen la conducta castigada a título de infracción, para pasar a asignarles una correlativa sanción, y finalmente consagran un específico procedimiento sancionador.

Ilustra la lógica antes descrita la Ley N° 19.995, que faculta al Superintendente de Casinos de Juego para aplicar sanciones –artículo 42 N° 11–, luego pasa a detallar ciertas conductas y las sanciones con las que se puede castigar a los Casinos de Juego –artículos 44 a 54–, para concluir con la especificación del procedimiento sancionador –artículo 55–.

7. Esta técnica legislativa se repite, con más o menos detalle, en la mayoría de las normas administrativas especiales. En mérito de lo anterior, ¿Debemos entender que las sanciones administrativas agotan su contenido en las leyes especiales? ¿Queda la aplicación de los castigos administrativos al albur del caso a caso?

de bases, esto es, contienen las reglas y principios directrices mínimos, fundamentales y obligatorios". CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2005) Dictamen N° 24.152 de 19.5.05. El anterior dictamen confirmó uno anterior –Dictamen 47.500 de 2004– y, a su vez, fue ratificado con posterioridad –Dictamen N° 25.902 de 2006–.

⁴ Para una mirada véase a CORDERO (2012) pp. 134-141, en extenso NIETO (2011) pp. 172-194.

⁵ Ahora bien, en este estudio nos excusamos de adentrarnos al debate que se ha suscitado en Alemania e Italia al respecto –los cuales son, a su vez, seguidos por los españoles–, puesto que “nunca podremos considerar decisivo lo que opinen los autores de otros países, de otras épocas y con referencia a normas que no son las [chilenas] actuales” NIETO (2011) p. 162. Lo anterior queda claro con el cambio producido en España a partir de la Constitución de 1978, pues antes de ella no se reconocía la potestad sancionadora, y con posterioridad a su entrada en vigencia, su artículo 25 reconoció su existencia y estableció garantías.

Creemos que, tal como lo señala la uniforme jurisprudencia chilena, la disciplina integradora de las sanciones administrativas es el Derecho Penal⁶. Con lo anterior se descarta que el estatuto de las sanciones administrativas se componga únicamente por leyes generales y especiales del Derecho Administrativo.

8. El Derecho Penal es la cantera a la cual ha acudido la jurisprudencia chilena para encontrar el respaldo sustantivo de las sanciones administrativas. Así, la Corte Suprema afirmó este año que “la potestad sancionadora de la Administración admite un origen común con el derecho penal en el *ius puniendi* del Estado, por lo que le resultan aplicables los mismos principios, límites y garantías que en la Carta Fundamental se prescriben para el derecho punitivo, aunque ese traspaso haya de producirse con ciertos matices en consideración a la particular naturaleza de las contravenciones administrativas”⁷.

De igual modo el Tribunal Constitucional chileno señala que “las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales, al ser ambas emanaciones del *ius puniendi* estatal, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto”⁸.

Por último la Contraloría General de la República adhiere a este criterio, al mencionar que “la jurisprudencia... de esta Contraloría General ha expresado que tanto la potestad sancionadora penal como administrativa, constituyen una manifestación del *ius puniendi* general del Estado, motivo por el cual se ha entendido que los principios del derecho penal, entre ellos el de culpabilidad, son aplicables, con matices, al derecho administrativo sancionador”⁹.

9. Si bien compartimos lo resuelto por la jurisprudencia, queremos centrarnos en la causa por la que se estima que ha de aplicarse el Derecho Penal. Echado un vistazo a las precitadas consideraciones, hay una expresión que aparece machaconamente: el *ius puniendi estatal*¹⁰. Estimamos que en nuestro país el *ius puniendi*, o la existencia de un tronco común entre las sanciones administrativas y penales, es solo una de las razones que confluyen a la aplicación del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador.

⁶ El problema planteado se refleja en la siguiente frase “si al otorgar potestades sancionadoras a la Administración escapan a la previsión del legislador las reglas básicas a las cuales debe subordinarse su concreta ejecución, frente a tales habituales deficiencias o lagunas normativas sólo cabrían dos alternativas: o se deja a la autoridad en la más absoluta libertad para imponer las sanciones como mejor le plazca, o bien se remite al *corpus* de principios y garantías generales constitutivos de los derechos penal y procesal penal (ley previa, interdicción de la analogía, interpretación restrictiva, debido proceso, etc.)” ARÓSTICA (2005) p. 120.

⁷ CORTE SUPREMA (2014) sentencia rol N° 7558-2013 de 6.3.14, considerando decimotercero.

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) sentencia rol N° 1.518 de 21.10.10, considerando sexto.

⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013). Dictamen N° 13.790 de 28.2.13.

¹⁰ En la doctrina nacional han analizado esta “solución jurisprudencial” Eduardo Cordero y Eduardo Aldunate CORDERO y ALDUNATE (2012) pp. 343-344.

¿Cuál es el motivo de la inserción de la materia penal a la administrativa en nuestro país? Pueden aventurarse distintas respuestas. Una primera razón es que ambas ramas se vinculan por su común origen, al reconocerse el poder castigador de los Tribunales –en la Constitución– y el de la Administración –en múltiples normas legales¹¹; otra causa es la identidad ontológica entre los castigos administrativos y las penas¹²; finalmente puede deberse a un argumento de mera conveniencia, puesto que al no haber leyes generales aplicables es necesario acudir, de modo transitorio, al Derecho Penal¹³.

10. Como sea, el caso es que sí se aplica la normativa Penal al Derecho Administrativo sancionador chileno –en adelante “DASCh”– ¿entonces cuál es el estatuto del DASCh? Tal como lo planteamos al inicio de este estudio, pretendemos ilustrar breve y concisamente la práctica, más que la teoría¹⁴.

Tanto o más relevante que responder por qué aplicamos el Derecho Penal, es precisar qué se entiende por Derecho Penal aplicable. Para lo anterior vale recordar que nuestra jurisprudencia ha definido que los *principios y garantías del orden penal se aplican con matices al DASCh*.

11. Según la frase expuesta, es claro que sí se aplican los *principios y garantías* del Derecho Penal al DASCh. Estos principios son, según la doctrina penal chilena, los de: legalidad, el cual se resume en que “una ley previa castigue un hecho como delito [y] que fije con precisión los contornos de la figura punible”¹⁵; y culpabilidad, que implica que “la pena no puede imponerse sin reproche personal al sujeto que estaba en condiciones de obrar diversamente”¹⁶.

¹¹ BERMÚDEZ (2011) pp. 276-277.

¹² ARÓSTICA (1988) pp. 41-51.

¹³ Como lo ha propuesto ROMÁN (2010) p. 169. En concreto, el autor señala “es evidente que el ejercicio de tales potestades debe sujetarse a principios. ¿A cuáles? Nada más ni nada menos que a los principios del Derecho Administrativo Sancionador. Pero como estos principios no tienen aún una consistencia dogmática precisa, es menester, como medida de urgencia, atendido el paralelismo mas no subordinación entre esta rama y el Derecho Penal –sostiene parte importante de la doctrina que ambos son manifestación de un único *ius puniendi* estatal–, “tomar prestados” sus principios, que sí cuentan con esa consistencia, y aplicarlos –como pauta– al Derecho Administrativo Sancionador, aunque claro está de forma matizada, atendidas las particularidades de esta rama del Derecho, y si ello no es posible por la intensidad de éstas, bien puede, al no existir norma expresa que señale lo contrario –como sucede en otros ordenamientos jurídicos–, desviarse del esquema penal”.

¹⁴ Alejandro Nieto menciona que al jurista “no le interesan directamente las cuestiones de la naturaleza jurídica (y menos aún de la no jurídica) de las figuras que maneja, sino su régimen jurídico, puesto que su trabajo consiste en precisar el régimen legal aplicable a los conflictos sociales que se someten a su consideración. Lo que le importa, en otras palabras, es resolver conflictos por medio de normas jurídicas, sin necesidad, por tanto de profundizar en la naturaleza ni del conflicto ni de sus elementos” NIETO (2011) p. 153.

¹⁵ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ (2004) p. 66. De similar modo, Mario Garrido Montt estima que la legalidad “se identifica con la reserva a la ley, de manera absoluta, de todo lo relativo a la configuración del delito y a su penalización” GARRIDO MONTT (2001) pp. 30-31; consúltese además a Enrique Cury Cury (2011) p. 165. Este principio es estudiado, en el ámbito de las sanciones administrativas, por Enrique Navarro. NAVARRO (2005) pp. 126-128.

¹⁶ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ (2004) p. 72. Véanse también a GARRIDO MONTT (2001) p. 47 y CURY (2011) p. 386.

Otros principios reconocidos por la doctrina penal son el de proporcionalidad, el cual señala que “la sanción debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político-criminales perseguidos”¹⁷; y el de *non bis in idem*, que “impide que un mismo hecho sea objeto de doble calificación penal y castigar a una persona doblemente por un solo hecho”¹⁸, entre otros¹⁹.

12. Los mencionados principios son aplicados, según la uniforme jurisprudencia, *con matices* o de acuerdo a un “grado o variedad que no altera la sustancia o esencia de algo”. Entonces, descartamos que algunos principios y garantías se apliquen y otros no, pues de la afirmación que “se aplican con matices” solo podemos concluir que todos los principios se aplican. Lo que el calificativo “matiz” indica, es que el vigor con que se utilizan no es el mismo que rige en materia penal.

Así, entonces, el concepto “matiz” en la aplicación del Derecho Penal al DASCh no corresponde a la exclusión apriorística de algún principio o garantía del Derecho Penal, aun cuando no esté expresamente reconocido en la Constitución. La jurisprudencia sigue la premisa expuesta, pues ha aplicado el principio de legalidad –artículo 19 N° 3–, al DASCh, como también otros principios cuya recepción no aparece literalmente en la Constitución, tales como el de proporcionalidad²⁰ y *non bis in idem*²¹.

13. Que los principios y garantías del Derecho Penal se apliquen al DASCh no es en absoluto novedoso o innovador. Al contrario, estimamos que es novel y

¹⁷ GARRIDO MONTT (2001) p. 49. Véase también a POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ (2004) p. 71.

¹⁸ GARRIDO MONTT (2001) p. 151.

¹⁹ Otro principio que no es abordado por todos los autores es, por ejemplo, el de humanidad GARRIDO MONTT (2001) pp. 45-47.

²⁰ Interesante resulta el caso en que la Corte Suprema, desde el prisma del artículo 19 N° 20 de la Constitución, consideró aplicable el principio de proporcionalidad al DASCh. Los hechos que llegaron a conocimiento de la Corte son los siguientes: la Ilustre Municipalidad de Chillán cursó una multa a la luz de un precepto legal que contiene una sanción, el caso es que el anterior castigo no era el correspondiente a la infracción cometida, sino que era otro. La Corte, fruto de lo anterior, señaló que “de acogerse la tesis de que la multa que contempla el artículo 52 se aplica a todas las infracciones consistentes en no entregar oportunamente las declaraciones que la Ley de Rentas Municipales obliga, implicaría que cualquier tardanza en la información o comunicación de las que menciona esta Ley, tales como ampliación de giro o cambio de domicilio, deberá estar sancionada con una multa, conclusión que a todas luces resulta desproporcionada al hecho que la genera, lo que contraviene el principio de que todos los tributos y naturalmente la multas anexas deben ser proporcionales a la lesión del bien tutelado y justa su retribución a la conducta e intención del infractor” CORTE SUPREMA (2012) sentencia rol N° 3.632-2012 de 4.12.12, considerando octavo.

²¹ En este caso, la Corte Suprema conoció de dos multas aplicadas por la Inspección Provincial del Trabajo. El asunto consistió en haberse sancionado a una empresa por no pagar la remuneración de un dirigente sindical, el castigo se tradujo en una multa por no pago de remuneraciones, más otra por práctica antisindical. La Corte razonó que “la existencia de distintas disposiciones que permiten sancionar un mismo hecho en el ámbito del Derecho Laboral constituye una situación semejante al llamado concurso de delitos, en el que juega el aludido principio de *non bis in idem*, en los términos descritos en el antes mencionado artículo 75 del Código Penal...” CORTE SUPREMA (2012) sentencia rol N° 1071-2012 de 15.11.12, considerando decimonoveno.

constituye un avance la incorporación de las reglas o mandatos particulares y concretos al DASCh, contenidos en leyes generales que ordenan al Derecho Penal chileno, tales como el Código Penal y Código Procesal Penal.

Sin olvidar que la materia regida tanto por uno y por otro cuerpo normativo se encuadra, en general, en los delitos y su persecución, la incorporación de estas normas generales permite estructurar un estatuto completo y coherente de las sanciones administrativas. El sentido de la extrapolación, al igual que en el caso de los principios y garantías, es asegurar la imparcialidad en la investigación y castigo, como también el respeto de los derechos fundamentales.

14. La anterior hipótesis no es mera especulación, pues los tribunales sí incorporan las reglas contenidas en normas generales penales en sede administrativa, siempre que la ley especial no disponga expresamente una solución contraria. Si bien se argumenta que la incorporación se ocasiona en razón de los principios comunes entre el DASCh y el Derecho Penal, el resultado es que concretas disposiciones se trasladan al campo de los castigos administrativos.

El fenómeno de la importación de reglas penales ocurre, a modo ilustrativo, con la incorporación de preceptos ubicados en el Libro Primero, Título V, relativo a “la extinción de la responsabilidad penal” del Código Penal. Específicamente se aplican normas relativas a la prescripción extintiva de la infracción administrativa, y al término de la responsabilidad penal por la muerte del sancionado.

15. La prescripción extintiva de la competencia sancionadora administrativa tiene lugar, en caso que un hecho eventualmente infraccional no sea atendido por la autoridad competente, al no instruir ésta la investigación correspondiente. El plazo en que se extingue la infracción administrativa, ante el silencio de las normas especiales, aparece en el Código Penal²², tal como lo afirma la Corte Suprema, “en ausencia de una regla específica sobre el punto, las infracciones y sanciones administrativas deben prescribir en el plazo de seis meses, establecido para las faltas en los artículos 94 y 97 del Código Penal”²³.

La Contraloría General de la República ha ido más allá, al agregar que “tal como lo ha señalado la jurisprudencia administrativa, es del caso reiterar que la prescripción de las sanciones impuestas por la Administración... debe ser

²² Tal como se ha dicho por la doctrina administrativa “si la ley administrativa especial no ha llegado a concretar un plazo determinado de prescripción, eso no puede considerarse como un rechazo hacia dicha institución, pues en tal hipótesis ha de tener cabida y recibir aplicación la normativa general consultada, a ese particular, en el Código Penal. Razonar distinto implicaría vulnerar la seguridad jurídica y romper la necesaria unidad del derecho punitivo, produciéndose el contrasentido de una mayor exigencia o rigurosidad en el campo administrativo que aquel que impera en el sector represivo criminal”. ARÓSTICA (2005) p. 126.

²³ CORTE SUPREMA (2013) sentencia rol N° 9186-2012, de 17.6.13, considerando décimo.

declarada de oficio por el mismo órgano que las aplicó, lo que resulta tanto del artículo 102 del Código Penal, como de los artículos 8° de la Ley N° 18.575 y 7° de la Ley N° 19.880..."²⁴.

16. Por su parte, termina la responsabilidad administrativa en caso que el castigado por la transgresión fallezca antes que una sentencia ejecutoriada lo condene. La muerte constituye una circunstancia no resuelta en las leyes especiales, cuestión que se soluciona fácilmente al incorporar el contenido del Código Penal.

Así lo argumenta la Corte Suprema: "ante el vacío legal, resulta posible aplicar los principios generales que informan el derecho penal al ámbito de las sanciones administrativas y es así que el artículo 93 del Código Penal estatuye que la responsabilidad penal se extingue por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias, cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada"²⁵.

17. También se ha incorporado el contenido del Código Procesal Penal al DASCh. Una clara manifestación de aquello ocurre en cuanto al estándar que debe utilizar un órgano administrativo al aplicar la sanción. La situación en referencia se ilustra con una reciente sentencia del Tribunal Tributario y Aduanero de la VIII Región, este estimó aplicable el artículo 340 del Código Procesal Penal, que obliga a no condenar en caso que exista alguna duda razonable²⁶.

Si bien el parámetro de la duda razonable no es el óptimo, puesto que no obliga a quien castiga a tener completa certeza de las razones de hecho, resulta valiosa la incorporación de un precepto penal adjetivo al DASCh. Para nosotros lo ideal, en materia de estándar probatorio, es que las sanciones administrativas solo puedan aplicarse en caso que haya una infracción cierta, y no solo a propósito de una probable contravención²⁷.

²⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013) Dictamen N° 30.070 de 1.7.08.

²⁵ CORTE SUPREMA (2013) sentencia rol N° 1855-2013 de 13.6.13, considerando cuarto.

²⁶ El Tribunal conoció de la eventual infracción al artículo 97 N° 10, notificada a un contribuyente por fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos. Una de las cuestiones relevantes del proceso recayó en la declaración testifical del fiscalizador, quien no habría presenciado, de manera completa, los hechos que dieron lugar a la configuración de la infracción por la cual castigó al particular. Para considerar insuficiente la prueba aportada por el organismo público para castigar al contribuyente, el Tribunal, luego de aludir al artículo 340 del Código Procesal Penal y la lógica que lo sustenta en el ámbito penal, señaló que en el ámbito administrativo "es evidente que todo lo volcado tiende a establecer que en este tipo de infracciones se requiere fijar como estándar de prueba aquella que dé total certeza de la culpabilidad, y en caso contrario, sólo admite la presencia de dudas irrazonables, que permiten reducir el riesgo de condenar a un inocente" TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO DE LA VIII REGIÓN (2013) sentencia rit N° 10-00029-2013 de 19 de junio de 2013, considerando decimoséptimo.

²⁷ "Las sanciones únicamente pueden imponerse cuando convergen a demostrar la veracidad material del hecho reprochado como infracción a lo menos dos pruebas enteramente fidedignas y exactas, sin que concurra a desacreditarlo ninguna otra evidencia en contrario" ARÓSTICA (2012) p. 247.

18. La implementación del estatuto penal al DASCh, a falta de una norma general expresa, otorga vigencia a las garantías de los administrados y previsibilidad a la actuación del servicio sancionador. Es por esto que la progresiva aplicación de “lo penal” a “lo administrativo” es la solución que –al día de hoy– es la tendencia adecuada.

En suma estimamos que la jurisdiccionalización²⁸ de las competencias sancionadoras, tal como anotaba un autor, tiene lugar en Chile con la ratificación de la vigencia de los principios, garantías y reglas del Derecho Penal al DASCh. Esperamos que los tribunales ordinarios, y a futuro los jueces de garantía y los tribunales orales en lo penal, quienes debieran ser los naturales contralores de toda actividad que implique un castigo, continúen esta senda.

Bibliografía

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2012): “El motivo de hecho en las sanciones administrativas: notas sobre procedimiento, fundamento y justificación”, en *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional*, pp. 233-249.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2005) “Sanciones Administrativas y Prescripción”, en *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, pp. 119-126.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1988) “Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 85, N° 1, pp. 41-51.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General*, Thomson Reuters, Santiago, 2ª edición, 603 pp.

CORDERO QUINCAZARA, Eduardo (2012) “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal”, en *Revista de Derecho (Universidad Austral)*, Vol. XXV N° 2, pp. 131-157.

CORDERO QUINCAZARA, Eduardo, y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2012): “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIX, pp. 337-361.

CURY URZÚA, Enrique (2011): *Derecho penal. Parte general*, Ediciones UC, 10ª edición, 812 pp.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2014): “Acerca de las sanciones administrativas en Chile”, en *Actualidad Jurídica* N° 29: pp. 229-238.

²⁸ “El problema actual no es el de la existencia de la potestad administrativa sancionadora, y ni siquiera el de su justificación, sino mucho más sencillamente el de su juridificación. No se trata ya en otras palabras de devolver a los Jueces potestades indebidamente detentadas por la Administración, sino conseguir que ésta ofrezca en su ejercicio las mismas garantías que los Jueces y procesos penales. Y así la despenalización de las materias se corresponde con una “jurisdiccionalización” de los procedimientos y garantías” NIETO (2011) p. 89.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás (en prensa): “¿Y qué es una ‘sanción administrativa’ en Chile?”, ponencia presentada en las *X Jornadas de Derecho Administrativo. La potestad sancionadora de la administración del Estado: fundamentos, alcances y aplicaciones*, en la Universidad de los Andes, 21.11.13.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás (inédito): “La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile”.

GARRIDO MONTT, Mario (2001): “Derecho Penal, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2005): “Notas sobre potestad sancionatoria de la autoridad administrativa y principio de legalidad”, en *Revista de Derecho Público* N° 67, 118-128.

NIETO GARCÍA, Alejandro (2011) *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Editorial Tecnos, 4ª edición, 591 pp.

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal chileno Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 613 pp.

ROMÁN CORDERO, Cristian (2010): “El castigo en el derecho administrativo”, en *Derecho y humanidades*, Vol. I N° 16: pp. 155-171.

ROMÁN CORDERO, Cristian (2007): “Los principios del Derecho Administrativo Sancionador Chileno”, en *Revista de Derecho Público*, N° 69, I: pp. 24-35.

Jurisprudencia

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013): Dictamen N° 13.790, de 28.2.13 [Fecha de consulta: 8 de mayo de 2013] Disponible en: <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=F606EA3835AF2D5B84257B26007DC01C>.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2013): Dictamen N° 30.070, de 1.7.08 [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2013] Disponible en: <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=BA955CF6E81E254484257480006E1D86>.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2005): Dictamen N° 24.152, de 19.5.05 [Fecha de consulta: 19 de mayo de 2013] <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=324E432E8D591F93842571BD004E043D>.

CORTE SUPREMA (2014): “Compañía Minera Zaldivar S.A con Secretaria Regional Ministerial de Salud”, sentencia rol N° 7558-2013 de 6 de marzo de 2014, Tercera Sala [Fecha de consulta: 8 de mayo de 2013] Disponible en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=1345405&CRR_IdDocumento=917444.

CORTE SUPREMA (2013): “Weinstein Manieu, Alejandro Esteban, con Heitmann Ghigliotto Ingrid” sentencia rol N° 9186-2012 de 17 de junio de 2013, Tercera Sala, [Fecha de consulta: 8.5.13] Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/Down->

loadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=1189053&CRR_IdDocumento=774675.

CORTE SUPREMA (2013): "Zegers Dominguez, Juan Francisco, con Superintendencia de Valores y Seguros" sentencia rol N° 1855-2013 de 13 de junio de 2013, Tercera Sala, [Fecha de consulta: 8.5.13] Disponible en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=1188284&CRR_IdDocumento=773980.

CORTE SUPREMA (2012): "Frutícola Olmué S.A. contra I. Municipalidad de Chillán" sentencia rol N° 3.632-2012 de 4 de diciembre de 2012, Tercera Sala, [Fecha de consulta: 8.5.13] Disponible en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=1140578&CRR_IdDocumento=729934.

CORTE SUPREMA (2012): "Dirección General del Trabajo con Productos del Mar Ventisque-ro S.A." sentencia rol N° 1071-2012 de 15 de noviembre de 2012, Cuarta Sala, [Fecha de consulta: 8.5.13] Disponible en: http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=1135113&CRR_IdDocumento=724917.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010): sentencia rol N° 1.518, de 21 de octubre de 2010 [Fecha de consulta: 8.5.13] Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1587>.

TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO DE LA VIII REGIÓN (2013) "Javier Henríquez Molina con VIII Dirección regional del Servicio de Impuestos Internos de Concepción", sentencia rit N° 10-00029-2013 de 19 de junio de 2013.

Régimen jurídico de la naturaleza en la Constitución de Ecuador

RAUL F. CAMPUSANO DROGUETT

Abogado Universidad de Chile
Master en Derecho, Universidad de Leiden, Holanda
Master of Arts, Universidad de Notre Dame, USA
Profesor de Derecho Internacional, UDD

TOMAS RODRÍGUEZ MONREAL

Egresado de Derecho, UDD

RESUMEN: El año 2009 Ecuador aprobó una nueva Constitución para su país. Se trata de un texto innovador que intenta una refundación de las bases jurídicas de ese Estado integrando conceptos novedosos como el "buen vivir". Otro de los aspectos centrales de la nueva Constitución es su aproximación biocéntrica a los temas relacionados con la naturaleza, los recursos naturales y el medio ambiente. En este trabajo se presentarán algunos aspectos de la normativa que otorga a la naturaleza personalidad jurídica declarándola sujeto de derecho.

1. Antecedentes

La teoría jurídica prevalente entre nosotros enseña que solo las personas (incluida la ficción de la persona jurídica) pueden ser sujetos de derecho. Sin embargo, la nueva Constitución de Ecuador, de 2009, consagra a la naturaleza como sujeto de derecho. Este artículo tiene por finalidad presentar la normativa constitucional ecuatoriana sobre la materia y abrir una reflexión inicial sobre la aplicación y consecuencias de esta decisión normativa¹.

2. Aproximación biocéntrica a la teoría de la personalidad jurídica

Tradicionalmente han sido considerados sujetos de derechos solo las personas, ya sean naturales o jurídicas, es decir, los únicos capaces de actuar en una relación jurídica, considerando todo lo demás como el objeto de la relación

¹ Este trabajo se basa parcialmente en la Tesis de Grado de Tomás Rodríguez, dirigida por Raúl Campusano.

jurídica creada o reconocida por el ordenamiento jurídico². Ésta es la posición tradicional jurídica romanista, donde se establece la teoría antropocéntrica que percibe al ser humano como el centro del universo y a la naturaleza, en la medida que le sea útil, la protege, o sea, se protege, ya que su deterioro pone en evidente riesgo las condiciones de una vida adecuada, en el ámbito ambiental, para los seres humanos.

La teoría antropocéntrica sostiene que el medio ambiente no está dotado de un valor intrínseco propiamente tal, sino que simplemente se hace evidente que al destruir el medio que rodea al hombre, éste se arriesga a poner su propia existencia en peligro o por lo menos menoscabar una vida adecuada en el planeta Tierra³. Así, se ha sostenido que todo lo que es inferior al hombre ha sido creado para que éste lo use y disfrute a su antojo, como es la propia naturaleza, vale decir, todo lo que pertenece al reino animal o vegetal depende del hombre y pasa a ser parte de su propiedad o patrimonio. De esto se desprende que a estas cosas se las protege no por el hecho de ser tales, sino que se protegen porque pertenecen al ser humano, en definitiva lo que se cuida es su derecho de propiedad. Esta posición ha sido la que predomina entre nosotros y se encuentra plasmada en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países del planeta y en la mayoría de los instrumentos internacionales⁴. Es así como bajo el alero de esta teoría es que muchas de las decisiones que se toman a nivel internacional para proteger la naturaleza se hacen con el objeto del exclusivo beneficio y protección del ser humano, otorgándole así preferencia al desarrollo económico por sobre el interés del medio ambiente, generando el deterioro que esto significa para la naturaleza.

La nueva Constitución del Ecuador pone como eje central de las relaciones ambientales a la Naturaleza y la eleva a la categoría de sujeto de derecho. La Carta de la Naturaleza de las Naciones Unidas en el año 1982 indicaba que la especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y materias nutritivas, que toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el ser humano ha de guiarse por un código de acción moral. Se busca reconocer el valor intrínseco de la naturaleza y que el hombre no es el centro de todas las relaciones jurídicas, sino que es parte del

² BEDÓN GARZÓN, René (2012) "La naturaleza como sujeto de Derechos", en Universidade Católica de Santos (coord.), *A efectividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na América Latina* (5ª Edición del Congreso internacional sobre medio ambiente y Derecho ambiental) pp. 71-83.

³ BEDÓN GARZÓN, René (2012) Op. Cit.

⁴ Según la Convención Marco de las Naciones Unidas, el Cambio climático es un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana, que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables.

ecosistema y de la naturaleza y que tiene el deber de respetar todas las formas de vida existentes y convivir con ellas⁵.

Alberto Acosta señala que el otorgarle derechos a la naturaleza es simple, pero a la vez complejo. Postula que en lugar de mantener el divorcio entre la Naturaleza y el ser humano lo que hay que hacer es buscar su reencuentro y para lograr esto es necesario que los objetivos económicos de un país se subordinen al funcionamiento de los sistemas naturales, sin perder de vista el respeto a la dignidad humana y la mejoría de la calidad de vida de las personas, estableciendo que el crecimiento económico es un fin y no un medio⁶.

La Constitución del Ecuador es la primera en reconocer los derechos de la naturaleza y, según Eduardo Galeano, la considera un sujeto de derecho al igual que las personas, tanto las naturales como las jurídicas, y esto se ve plasmado en el artículo 10° de su Constitución, el cual dispone: *“Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”*.

En el inciso primero se establece que las personas, grupos, colectividades y nacionalidades son titulares y gozan de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales, lo cual a su vez, e incluyendo el inciso segundo de esta disposición, se ratifica con los principios de aplicación de los derechos, que son los mismos para estos dos sujetos⁷. Adicionalmente hay que agregar que se establece que todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía⁸. Una vez más queda de manifiesto la equiparación entre todos los derechos, entre los cuales se incluyen los derechos de la Naturaleza⁹.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el artículo 14 del mismo cuerpo legal establece que: *“Se reconoce el derecho de la población a vivir en un am-*

⁵ CORTEZ, David (2009) “Genealogía del buen vivir en la nueva Constitución Ecuatoriana”, en VIII Congreso internacional de filosofía intercultural, Vol. 30 (online) [Fecha de consulta: 08 de octubre de 2013]. Disponible en: <http://homepage.univie.ac.at/heike.wagner/SUMAK%20KAWASAY%20EN%20ECUADOR.%20DAVID%20CORTEZ.pdf>.

⁶ ACOSTA, Alberto (2010) “El buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi”, Friedrich Ebert Stiftung, Polycypaper 9 (online) [Fecha de consulta: 17 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/07671.pdf>.

⁷ SUÁREZ, Sofía (2012) “Efectivización de los derechos de la naturaleza: evolución jurisprudencial”, en Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, número 27 (online) [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://www.ceda.org.ec/descargas/Analisis/CEDA_analisis_N%C2%BA27_noviembre_2012_evolucion_jurisprudencial_DDNN.pdf.

⁸ Constitución de la República del Ecuador, artículo 11 n° 6.

⁹ SUÁREZ, Sofía (2012) “Efectivización de los derechos de la naturaleza: evolución jurisprudencial”, en Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, número 27 (online) [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://www.ceda.org.ec/descargas/Analisis/CEDA_analisis_N%C2%BA27_noviembre_2012_evolucion_jurisprudencial_DDNN.pdf.

*biente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumakkawsay*¹⁰. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados”.

Esto genera aparentemente un conflicto entre estas dos normas constitucionales, ya que la naturaleza tendría un doble carácter¹¹, el de sujeto de derecho bajo el amparo del artículo 10 y el de objeto de derecho según el artículo 14 de la Constitución ecuatoriana. Esto tuvo diversas interpretaciones, por una parte algunos sostenían que la naturaleza no es un pleno sujeto de derecho, ya que el ordenamiento jurídico de ese país solo puede regular los derechos de las personas y no de las cosas, en este caso la naturaleza no puede contraer obligaciones, no tiene capacidad de ejercicio ni de interponer acciones legales para su propia protección. Y por otra parte se sostuvo que la norma constitucional era clara y precisa al establecer que la naturaleza era un pleno sujeto de derechos y que por lo tanto eso era suficiente para dejar zanjada la controversia¹².

El hecho que la norma constitucional¹³ establezca que la naturaleza es sujeto de derecho es suficiente para considerarla como tal y eso se fundamenta en que el ordenamiento jurídico del Ecuador sí entrega las herramientas necesarias para la aplicación de estos derechos¹⁴. Si bien la naturaleza no puede representarse por sí misma, existen los mecanismos de aplicación que serán objeto de análisis más adelante.

3. Fundamentos del otorgamiento a la naturaleza de derechos propios

René Bedón Garzón¹⁵ en su obra *“La naturaleza como sujeto de derechos”*, señala los aspectos en que la Mesa Uno de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador en 2008 se fundamentó para otorgarle derechos propios a la naturaleza:

¹⁰ DÁVALOS, Pablo (2008) *SumakKawsay (la vida en plenitud)*, publicada en su sitio web el 5 de agosto de 2008 [Fecha de consulta: 09 de septiembre de 2013]. Disponible en: <http://www.puce.edu.ec/documentos/CuestionessobrelSumakKawsay.pdf>.

¹¹ BEDÓN GARZÓN, René (2012) “La naturaleza como sujeto de derechos”, en UniversidadeCatolica de Santos (coord.), *A efectividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na Americalberica* (5ª Edición del Congreso internacional sobre medio ambiente y derecho ambiental) pp. 71-83.

¹² BEDÓN GARZÓN, René (2012) “La naturaleza como sujeto de derechos”, en UniversidadeCatolica de Santos (coord.), *A efectividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na Americalberica* (5ª Edición del Congreso internacional sobre medio ambiente y derecho ambiental) pp. 71-83.

¹³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 10°

¹⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional, artículo 6°.

¹⁵ BEDÓN GARZÓN, René (2012) “La naturaleza como sujeto de derechos”, en Universidade Catolica de Santos (coord.), *A efectividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na Americalberica* (5ª Edición del Congreso internacional sobre medio ambiente y derecho ambiental) pp. 71-83.

“El fundamento jurídico se apoya en el principio de progresividad que sostiene que el derecho es por esencia evolutivo y mutable, no estático o rígido. Las normas legales cambian en la medida que la sociedad se transforma, aparecen nuevas relaciones sociales y se generan nuevas dinámicas de interacción. Sostiene que la naturaleza no es solo un objeto de apropiación y satisfacción de las necesidades del hombre, sino un ser vivo capaz de ser titular de derechos.

El fundamento económico señala que es necesario establecer un nuevo sistema de explotación de recursos naturales, ya que siendo la naturaleza sujeto de derechos, las personas y colectividades de todas formas tienen derecho a su uso, pero en forma limitada. Según Alberto Acosta, el objetivo era “buscar un mecanismo para proteger a la naturaleza y a partir de esa visión abrir la puerta a un nuevo régimen de desarrollo en Ecuador”. En cuanto al fundamento de la dimensión filosófica “el ser humano debe dejar de lado su posición antropocéntrica, en la que el mismo se asume amo y señor de todo lo que pueda conquistar para dar paso a una posición biocéntrica en la que él se considera parte de todo lo que le rodea”.

Estos fundamentos parecen esenciales para entender por qué se le otorgan a la naturaleza derechos propios, ya que al establecer que el derecho es esencialmente mutable, deja de manifiesto que un ordenamiento jurídico debe adecuarse a la realidad actual en la que vivimos y no quedarse con antiguas normas que no coinciden en su aplicación a las necesidades del presente o futuro.

Además, la Asamblea Constituyente en su fundamento económico es clara al manifestar que los recursos naturales pueden y deben ser extraídos, pero con responsabilidad, de manera tal que no quedemos desprovistos de recursos naturales, es decir, explotemos las bondades de la naturaleza, pero en forma limitada. Luego en el último punto planteado por Bedón, es importante rescatar el alejamiento que hace la Asamblea Constituyente de la teoría antropocéntrica, para dar paso al biocentrismo y de esta forma otorgarle protección a la naturaleza considerándola como un nuevo sujeto de derecho.

4. ¿Qué derechos tiene la naturaleza en la Constitución de Ecuador?

La Asamblea Constituyente de Ecuador fue convocada para la redacción de una nueva Constitución, esta iniciativa fue obra del candidato a la presidencia de la república Rafael Vicente Correa Delgado, con el fin de sustituir la Carta Magna del año 1998. La principal propuesta de la campaña para las elecciones presidenciales fue la de realizar una Asamblea Constituyente. El Presidente Correa buscaba poner fin a una de las crisis políticas más grandes que atravesaba

Ecuador en las últimas décadas¹⁶. La constitución de la asamblea fue ordenada por los votantes en la consulta popular del 15 de abril del 2007, logrando de esta manera el partido de Rafael Correa más del 70% de los votos. La Asamblea Constituyente finalizó su labor principal, que era la redacción de la nueva Constitución, cuyo texto fue aprobado por 94 de un total de 130 asambleístas. El 28 de septiembre del 2008 la nueva Constitución fue aprobada y el 20 de octubre del mismo año fue publicada en el Registro Oficial.

Al tratarse de una Constitución fundamentada en la teoría del neoconstitucionalismo, se destaca el hecho de que no es necesario contar con una legislación que desarrolle los preceptos constitucionales, sino que éstos son directa e inmediatamente aplicables, por lo tanto, a pesar de que en la actualidad no exista normativa que regule los derechos de la naturaleza, a través de algunas jurisprudencias se han ido desarrollando y materializando estos derechos¹⁷. La primera sentencia que se resuelve a favor de la naturaleza considerada como sujeto de derechos es parte de una reflexión más adelante¹⁸.

Bajo el alero de estos artículos, que conforman el capítulo séptimo de la Carta Magna ecuatoriana, se enmarca el reconocimiento y regulación de los derechos de la naturaleza. En primer lugar, el derecho a que se respete su existencia, mantenimiento y regeneración. Artículo 71: *“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”*.

Este artículo causó controversia en Ecuador, ya que algunos señalaban que esto podía afectar la vida cotidiana de los ciudadanos ecuatorianos, como, por ejemplo, en que se podrían ver imposibilitados de consumir los recursos naturales que la madre tierra brinda a los habitantes de una nación toda vez que estaba

¹⁶ VINUEZA, Ramiro (2005) *Ecuador: crisis tras crisis*. Publicada en su sitio web 22 de diciembre de 2005 [Fecha de consulta: 14 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=26125&umt=ecuador_crisis_tras_crisis.

¹⁷ SUÁREZ, Sofía (2012) “Efectivización de los derechos de la naturaleza: evolución jurisprudencial”, en Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, número 27 (online) [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://www.ceda.org.ec/descargas/Analisis/CEDA_analisis_N%C2%BA27_noviembre_2012_evolucion_jurisprudencial_DDNN.pdf.

¹⁸ BARRAGAN, Daniel (2013) *Primer fallo a favor de derecho de la naturaleza se analizó en foro sobre acceso a la justicia*. Publicada en su sitio web el 12 de marzo de 2013 [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://www.accessinitiative.org/blog/2013/03/primer-fallo-a-favor-de-derechos-de-la-naturaleza-se-analiza-en-foro-sobre-acceso-a-la->.

protegida su existencia. Si nos vamos al objeto principal del otorgamiento de este derecho, es que dichos recursos sí se podrán explotar y consumir, pero con prudencia, de manera tal que se respete el derecho a existir que tiene la naturaleza además de su mantenimiento y regeneración, precisando entonces que lo que busca este derecho no es coartar la libertad de los hombres para el consumo de los recursos naturales, sino más bien la protección integral del ecosistema¹⁹. René Bedón se refiere a esto señalando que por protección integral debemos entender que es aquella que permite el uso de los recursos naturales, pero de tal forma que no afecten negativamente a la naturaleza como un todo²⁰.

Así mismo establece que será el Estado quien tendrá la misión de incentivar tanto a las personas naturales como jurídicas y a los colectivos el respeto a los derechos de la naturaleza garantizados por la Constitución, protegiéndola y promoviendo el respeto a todos los elementos que conforman el ecosistema. Señala además que cualquier persona, comunidad o pueblo tendrá la legitimación activa para hacer valer estos derechos ante la autoridad pública correspondiente con el objeto de aplicar los principios establecidos en la Constitución cuando ellos procedan, que, para este caso en particular, podríamos aplicar algunos de los principios señalados en el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

Derecho a la restauración. Dentro del mismo capítulo de este texto legal se enmarca el segundo derecho que se le reconoce a la naturaleza, que se encuentra situado en el artículo 72 de la Constitución del Ecuador, el cual establece: *“La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”*.

El objeto de esta norma constitucional es proteger a la naturaleza de eventuales impactos ambientales que pueda sufrir otorgándole el derecho a la restauración, es por este motivo que este artículo es muy importante, porque permite el consumo y explotación de los recursos naturales tal y como lo señala el artículo 74 inciso 1° de la Constitución²¹, pero con prudencia, ya que si no se hace la

¹⁹ BEDÓN GARZÓN, René (2012) “La naturaleza como sujeto de derechos”, en Universidade Católica de Santos (coord.), *A efectividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na América Latina* (5ª Edición del Congreso internacional sobre medio ambiente y derecho ambiental) pp. 71-83.

²⁰ BEDÓN GARZÓN, René (2012) “La naturaleza como sujeto de derechos”, en Universidade Católica de Santos (coord.), *A efectividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na América Latina* (5ª Edición del Congreso internacional sobre medio ambiente y derecho ambiental) pp. 71-83.

²¹ Artículo 74 inciso 1°: Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.

aplicación de esta virtud tan fundamental en los seres humanos, los propios explotadores de la naturaleza se verán en la obligación de resarcir esos daños restaurándola, derecho que está reconocido expresamente por la Constitución. Es prudente advertir que algunos actores claves en la redacción del texto constitucional entienden la restauración, en buena medida, como un modo de reparación que incluye disposiciones típicas de remediación ambiental, junto a otras de compensación o indemnización a personas o comunidades afectadas por los impactos ambientales²².

Este derecho a la restauración, tal y como lo señala el ya citado artículo, es independiente de la indemnización de perjuicios que busque reparar los daños que se cometen en contra de personas tanto jurídicas como naturales, es decir, el daño ambiental que se produce a la naturaleza se repara promoviendo su restauración, pero esta reparación es totalmente independiente de la indemnización pecuniaria que deberá pagar el que causa el daño a las personas o colectividades que el impacto ambiental negativo causó en ellos.

Con esto se pretende que las demandas por daños ambientales busquen la restauración de la naturaleza como sujeto de derecho y no como ocurría antes en Ecuador, demandando eventos negativos provocados a la naturaleza con el fin de obtener una indemnización que aumente su patrimonio tomando como pretexto el daño ambiental, y esto ocurre porque como en diversas legislaciones la naturaleza es un bien, el daño ambiental afecta el derecho de propiedad y no el derecho de la naturaleza.

Aplicación de medidas de precaución y restricción por parte del Estado. Artículo 73: *“El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional”.*

Lo que busca este derecho es plasmar el principio precautorio, que tiene como objeto anticiparse y restringir determinadas actividades que el Estado considere que pueden conducir a la desaparición o extinción de especies tanto animal como vegetal, así como también será el Estado quien deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la destrucción y la alteración constante del medio ambiente con el propósito de cuidar este nuevo sujeto de derecho²³. A su turno el inciso segundo de este artículo prohíbe expresamente la introducción de organismos y materiales tanto orgánicos como inorgánicos que puedan modi-

²² GUDYNAS, Eduardo (2009): “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”, *Revista de estudios sociales*, N° 32: p. 39.

²³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 73, inciso 1°.

ficar en forma definitiva el patrimonio genético nacional. Esto debe entenderse en relación con el derecho de la naturaleza establecido en el artículo 71, que exige el respeto del medio ambiente en cuanto a su existencia como tal, su mantención y regeneración con el propósito de que no sea el hombre quien tenga el manejo total sobre la naturaleza imponiendo estructuras de control de su desarrollo, ya que de esa manera no se estarían respetando sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos propios de la madre tierra.

Derecho de las personas a beneficiarse de las riquezas de la naturaleza. Artículo 74: *“Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado”.*

El texto constitucional en este artículo consagra a la naturaleza como objeto de relaciones jurídicas al señalar que las personas, las comunidades, pueblos y nacionalidades podrán beneficiarse de las bondades que brinda la naturaleza y que les permitan el buen vivir²⁴. El tema en cuestión está en cómo el ser humano se beneficia de ella, porque aquellos que no consumen sus recursos con prudencia y sin tener conciencia del daño ambiental que provocan, podrían llegar a beneficiarse de ella sin respetar los ciclos evolutivos de la madre tierra y de esta manera generar la posible extinción de diversas especies, es aquí entonces cuando toma fuerza el otorgar a la naturaleza derechos propios protegidos con rango constitucional, justamente para evitar dichas catástrofes ambientales que los hombres estamos provocando día a día sin tener en consideración las generaciones futuras que están por venir.

En el inciso segundo del mismo artículo se la considera como sujeto de derechos y objeto a la vez en el sentido de que la naturaleza no es susceptible de ser apropiada (sujeto de derechos), pero además agrega que su uso, producción, prestación y aprovechamiento (objeto de derechos) será regulado únicamente por el Estado, justamente con el objeto de evitar que el ser humano se beneficie de sus riquezas sin límite alguno. Aunque el propio artículo lo señala, en el sentido de que el hombre puede beneficiarse de los recursos naturales que permitan un buen vivir, es importante la intervención del Estado en esta materia, tomando un rol activo para evitar diversos impactos ambientales negativos que podemos producir nosotros, los hombres, si nos beneficiáramos de las bondades de los recursos naturales sin restricción ni control de ninguna autoridad pública, ya que si este último fuera el escenario, probablemente muchas de las especies hoy protegidas como sujeto de derechos en Ecuador estarían extintas.

²⁴ NIEL, Maité (2011) “El concepto del buen vivir”, Trabajo de investigación (Universidad Carlos III de Madrid), Online. [Fecha de consulta: 6 de octubre de 2013]. Disponible en: <http://www.fondoindigena.org/apc-aa-files/11cff670a2ec169cc25379afa3d771db/53.pdf>.

Retomando el punto anterior por el cual se entiende que la naturaleza no puede ser apropiada porque es un sujeto de derechos y no un objeto de relaciones jurídicas (salvo en los casos en que se le considera como tal) como lo era antes, concurre una cierta similitud con la esclavitud²⁵, teniendo en cuenta que los esclavos eran considerados objetos susceptible de apropiación, viviendo así en un régimen de abusos por parte de sus dueños, al cual con posterioridad a la abolición de la esclavitud pasan a ser sujeto de derechos teniendo de esta forma los mismo derechos que todas las personas. Si fue posible hacer que estas personas pasaran de ser un mero objeto de una relación jurídica a sujetos de derechos, para así otorgarles una debida protección evitando los abusos a los cuales eran sometidos, ¿sería posible hacer lo mismo con la naturaleza?

De lo anterior es importante señalar lo que piensa Alberto Acosta en el sentido de que la liberación de la naturaleza de esta condición de sujeto sin derechos o de simple objeto de propiedad, exige un esfuerzo político que le reconozca como sujeto de derechos y esta lucha de liberación empieza por reconocer que el sistema capitalista terminará por destruir las condiciones biofísicas de existencia²⁶. Este pensamiento propio de las comunidades protectoras ambientales y de los pueblos indígenas del Ecuador fue el que tomó en consideración el para ese entonces candidato a la presidencia de la República para las elecciones del 2006, Rafael Correa, quien propuso en su campaña la realización de una Asamblea Constituyente para lograr la creación de una nueva Constitución que entre otras cosas, velara por los derechos de la naturaleza. Finalmente, como ya sabemos, esta nueva Constitución del 2008 (actualmente en vigencia) crea los derechos de la naturaleza regulados entre los artículos anteriormente analizados y reconocidos en el artículo 10 inciso segundo del mismo texto legal.

5. Aplicación de los derechos de la naturaleza

Exigibilidad de los derechos de la naturaleza. El reconocimiento de los derechos de este nuevo sujeto plantea en forma simultánea el tema de la titularidad y la tutela. La titularidad dice relación con la condición de ser sujeto de derechos y la tutela con quien representa o hace aplicables estos derechos, es decir, que la naturaleza deja de ser un objeto susceptible de apropiación por las personas para que componga parte de su patrimonio, sino que es un sujeto que tiene derechos propios²⁷. Continúa afirmando Martínez que el sistema de tutela de

²⁵ Concepto Esclavo, disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=esclavo>.

²⁶ ACOSTA, Alberto (2010) "El buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi", Friedrich Ebert Stiftung, Policypaper 9 (online) [Fecha de consulta: 17 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/07671.pdf>.

²⁷ MARTINEZ, Esperanza (2008): "Los derechos de la Naturaleza", Maippa, Oilwatch [Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2013]. Disponible en: http://www.oilwatchesudamerica.org/docs/maippa_derechos_de_la_naturaleza.pdf.

los derechos de la naturaleza puede y debe ser compartido entre los individuos y las colectividades que tienen derecho a interponer acciones en representación de la naturaleza²⁸.

Es posible observar que los derechos de la naturaleza se quedan en lo teórico y existe una escasez de autores que abarquen el cómo este nuevo sujeto de derechos participa en la vida del derecho y cómo se aplican éstos, vale decir, cómo la naturaleza se puede manifestar o defender ante una agresión o menoscabo de su legítimo ejercicio. Por este motivo es que ante la premisa de que la naturaleza puede además de ser objeto de derechos, ser sujeto de derechos de determinadas relaciones jurídicas, surge la pregunta de cómo hacemos aplicables los derechos de la madre tierra que se encuentran reconocidos en la Constitución del Ecuador. Enfrentándose a esta interrogante, la Constitución del Ecuador resuelve el problema entregando la legitimación activa a cualquier persona para que represente a la naturaleza, lo que se desprende del artículo 71 inciso 2° al establecer que todas las personas, comunidades, pueblos o nacionalidades pueden exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Ahora bien respecto a los principios aplicables a todos los derechos es menester señalar lo que establece el artículo 11 n° 1 de la Constitución del Ecuador, que dispone: *“Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”*.

Del mismo modo el artículo 11 n° 3 de la Constitución señala que los derechos y garantías constitucionales son directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, incluyendo, por supuesto, los derechos de la naturaleza y además propugna dejar de manifiesto de que no hay como alegar la falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento²⁹. Este artículo dispone que: *“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar*

²⁸ MARTINEZ, Esperanza (2008): “Los derechos de la Naturaleza”, Maippa, Oilwatch [Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2013]. Disponible en: http://www.oilwatchesudamerica.org/docs/maippa_derechos_de_la_naturaleza.pdf.

²⁹ SUÁREZ, Sofía (2012) “Efectivización de los derechos de la naturaleza: evolución jurisprudencial”, en Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, número 27 (online) [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://www.ceda.org.ec/descargas/Analisis/CEDA_analisis_N%C2%BA27_noviembre_2012_evolucion_jurisprudencial_DDNN.pdf.

su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

Según Sofía Suarez, abogada de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, estas disposiciones constituyen la base jurídica para la exigibilidad de los derechos de la naturaleza y que no es necesario contar con una normativa específica para que se apliquen efectivamente estos derechos, ya que todas estas disposiciones constitucionales son aplicables en forma directa e inmediata³⁰.

Método de aplicabilidad de los derechos de la naturaleza. A lo largo de la vigencia de la nueva Constitución del Ecuador (2008), han sido pocos los casos en los que se ha recurrido al sistema judicial para hacer efectivos los derechos de la naturaleza. Para aplicar estos derechos es necesario recurrir a las garantías jurisdiccionales que dispone la Constitución del Ecuador, tales como una acción de protección, acción por incumplimiento o alguna medida cautelar establecidas en el artículo 6° de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional.

Dichas garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución³¹, se encuentran reguladas en el título tercero de la Carta Fundamental, partiendo por las disposiciones comunes reguladas en el artículo 86 dejando de manifiesto quién puede ejercer las acciones previstas en la Constitución, cuál será la autoridad competente para conocer de esa acción, la forma de ejercerla, la forma de notificar, la explicación del procedimiento, qué ocurre con la sentencia y su remisión a la Corte Constitucional para que realice su jurisprudencia. El ya mencionado artículo dispone lo siguiente: *“Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias*³². Además la Constitución regula detalladamente

³⁰ SUÁREZ, Sofía (2012) “Efectivización de los derechos de la naturaleza: evolución jurisprudencial”, en Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, número 27 (online) [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://www.ceda.org.ec/descargas/Analisis/CEDA_analisis_N%C2%BA27_noviembre_2012_evolucion_jurisprudencial_DDNN.pdf.

³¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional, artículo 6°.

³² Serán hábiles todos los días y horas. Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no

los mecanismos para poder hacer exigible los derechos de la naturaleza y uno de ellos es la acción de protección, tema que abordaremos en esta investigación, tratada en el artículo 88 del mismo texto legal, que establece:

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

Este mecanismo, como bien señala el artículo y explica Suárez, tiene como finalidad el amparo de los derechos reconocidos en la Constitución que puede interponerse cuando existe una vulneración de derechos constitucionales producto de una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular y cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho que se violó, estos tres requisitos copulativos para que proceda esta acción están claramente establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esta acción de protección es similar a lo que en la legislación chilena se conoce como recurso de protección³³, que concede a todas las personas que, como consecuencias de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufren privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales establecidas en la Constitución Política de la República de Chile.

Otro mecanismo para materializar el cuidado de la naturaleza, continua explicando Suárez, corresponde a las medidas cautelares, que son aquellas que tienen como finalidad evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho reconocido en la Constitución, esto está establecido en el artículo 87, que señala: *“Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.*

suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia”.

³³ Constitución Política de la República de Chile, artículo 20.

Para que procedan las medidas cautelares y así darle una mayor protección a este nuevo sujeto de derecho, se estima que el juez o jueza deber tener conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave³⁴ con violar un derecho. Esta amenaza o violación se considerará como grave en la medida que pueda provocar daños irreversibles o por la frecuencia o intensidad de la violación. Para el caso que a nosotros nos interesa una manifestación de violación del derecho de la naturaleza se puede percibir cuando no se le respeta su existencia, mantenimiento o bien su regeneración, violando así un derecho constitucional resguardado. Y por último encontramos la acción de incumplimiento, regulada en el artículo 93 de la Constitución del Ecuador y es aquella que garantiza la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos cuando contengan una obligación clara, expresa y exigible, de hacer o no hacer y qué tribunal será el competente para conocer de la acción que eventualmente se podría interponer³⁵.

6. Acción de protección constitucional

La primera acción de protección constitucional a favor de la naturaleza es el caso La Naturaleza contra el Gobierno Provincial de Loja. Esta acción de protección se interpuso el 30 de marzo del 2011 por Richard Fredrick Wheeler y Eleanor GeerHuddle en contra del director de la procuraduría general del Estado en Loja, Paulo Carrión, el prefecto provincial Rubén Bustamante, el director regional de Loja de Oro Carlos Espinosa González y contra Zamora Chinchipe del Ministerio del Ambiente.

La acción se presentó ante el Juzgado Tercero de lo Civil de Loja a favor del río Vilcabamba. Los accionantes expresaron que hace aproximadamente tres años el Gobierno Provincial de Loja comenzó la ampliación de una carretera, sin contar con los estudios de impacto ambiental necesarios para llevar a cabo una obra de esta envergadura. Producto de esta construcción se generaron grandes depósitos de piedras y material de excavación extraídos de la carretera en el cauce del río Vilcabamba, provocando así un gran daño a la naturaleza y además a los predios colindantes³⁶ con el río, que se vieron afectados debido al aumento del caudal provocado por las lluvias entre marzo y abril del año 2009.

³⁴ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 27, inciso 2°.

³⁵ Artículo 93: "La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional".

³⁶ Predios de los cuales los demandantes son dueños.

Es importante señalar que en los inviernos³⁷ anteriores con las lluvias propias de esa temporada del año y de la zona donde se encuentra el río en Ecuador, no hubo dicho aumento de caudal, por ende es de manifiesto que los daños que se le causaron a la naturaleza (Río Vilcabamba) y a los predios colindantes provienen de dichos depósitos que arrastraban río abajo miles de toneladas de los desechos de la construcción de la carretera. Estos desechos compuestos de piedras, arena, grava e incluso arboles desmembraron las orillas del río de forma directa, causando excavaciones muy grandes en sus terrenos y llevándose de esa forma una hectárea y media de los terrenos de su propiedad. Posteriormente ya en diciembre del 2010 nuevamente el Gobierno Provincial de Loja empezó a depositar en el Río Vilcabamba grandes cantidades de piedras y material de excavación extraídos del ensanchamiento y que sin estudios de impacto ambiental se hacen en la carretera produciendo de esta forma un grave daño a la naturaleza, ya que el Río Vilcabamba lo están convirtiendo prácticamente en un basurero de tierra, piedras, arena y árboles, señala el caso³⁸.

A su turno, esta acción de protección se fundamentó bajo la presunción que el daño podría causarse³⁹ nuevamente durante el próximo invierno (refiriéndose al invierno de 2010-2011), basándose en que el Gobierno Provincial de Loja no cuenta con un estudio de impacto ambiental para realizar la carretera y mucho menos para realizar depósitos de escombros en el río Vilcabamba.

Mediante sentencia dictada el 15 de diciembre del 2010, la Sra. Jueza Temporal del Juzgado Tercero en lo Civil de Loja niega la acción de protección por falta de legitimación en la causa al no haberse demandado ni citado al Procurador Síndico del Gobierno Provincial, por lo cual los accionantes deciden apelar esta sentencia ante la Corte Provincial de Loja, la que finalmente concede la acción de protección, la causa queda radicada en la sala penal de dicho tribunal y que para resolver toma en consideración los siguientes aspectos: Según lo que señala el numeral tercero inciso segundo del artículo 86 de la Constitución del Ecuador, este tribunal es plenamente competente para conocer de dicha impugnación (refiriéndose a la apelación de la sentencia que negó primeramente la acción de protección)⁴⁰.

El abogado del demandado, Paulo Carrión, señaló que la acción era improcedente de conformidad con el artículo 50 letra a) del COOTAD⁴¹. La represen-

³⁷ Entre diciembre y abril en Ecuador.

³⁸ Sentencia Corte Provincial de Loja. Juicio N° 11121-2011-0010. Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>.

³⁹ BLACIO AGUIRRE, Galo (2009) *La Acción de protección en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Publicada en su sitio web el 24 de agosto de 2009 [Fecha de Consulta 6 de enero de 2014]. Disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/24/la-accion-de-proteccion-en-nuestro-ordenamiento-juridico-ecuatoriano>.

⁴⁰ Artículo 86 n° 3 inciso 2°: Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.

⁴¹ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

tación judicial del Gobierno Provincial es conjunta con el Procurador Síndico, a quien no se ha citado y esto ha sido aceptado por el tribunal a quo como falta de legitimación en la causa. Ante esto la Corte provincial de Loja para resolver esta situación de la legitimación de la causa tomó en cuenta una teoría clásica según la cual la legitimación nace de la titularidad real de la relación sustancial, y otra teoría moderna que establece que la legitimación existe por el solo hecho de afirmar dicha titularidad, aunque al fin del proceso se establezca que ella no existía⁴². Producto de estas dos teorías hay un principio muy sencillo que facilita la solución del problema de la legitimación, citando la sentencia el principio esta formulado así: *“están legitimadas en la causa las personas que jurídica y directamente van a ser afectadas en sus derechos por la sentencia. En el caso que nos ocupa, quien puede ser afectado en sus derechos por una sentencia es el Gobierno Provincial de Loja, legalmente representado por el prefecto, quien sí fue citado y ha comparecido a juicio, incluso representando por un abogado de la misma procuraduría Síndica del Gobierno Provincial; una sentencia material o de fondo no afectaría ni obligaría al Procurador Síndico”*. Este punto es importante porque la sala penal de la Corte Provincial de Loja dejó de manifiesto que el tribunal incurre en un error al no aceptar la acción de protección producto de la falta de citación del Procurador Síndico, mostrando dos teorías con las cuales pretende dar una solución al conflicto de la legitimación en esta causa y así dar curso a la acción de protección presentada a favor de la naturaleza.

La Corte Provincial de Loja en su sentencia⁴³ señaló que la correcta individualización e integración de la autoridad responsable de la vulneración de los derechos constitucionales era una exigencia necesaria para asegurar la legitimación en la causa dentro del trámite de la acción de protección así como también propugnar que se pueda dictar una sentencia sin vicios de nulidad, que a fin de cuentas es lo que genera la falta de personería. Ahora bien el carácter de preferente, breve y sumario de una acción de protección descarta que el incumplimiento de identificar y citar al verdadero responsable de la violación Constitucional sea de exclusiva responsabilidad de los accionantes, ya que como al proponer una acción de protección no se requiere el patrocinio de un abogado, se le impone al Juez Constitucional en su calidad de concededor del derecho y promotor de la actuación, la obligación subsidiaria de corregir los errores en que hayan podido incurrir los accionantes, vale decir, que el tribunal a quo (Juzgado Tercero de lo Civil de Loja) de oficio debió disponer que se citara al Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Loja y no simplemente limitarse a negar dicha acción de protección. A su vez la propia sentencia señaló que el procedimiento es válido por haber sido tramitado conforme a las normas propias de la acción, y que se puede y debe hacer un pronunciamiento de fondo.

⁴² Considerando segundo Sentencia Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>.

⁴³ Considerando sexto Sentencia Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>.

El tribunal expresó que dada la indiscutible y elemental importancia que tiene la naturaleza y teniendo en cuenta como hecho notorio o evidente su proceso de degradación, la acción de protección resulta la única vía idónea y eficaz para poner fin y remediar de manera inmediata un daño ambiental focalizado. A su turno el tribunal señaló que hasta tanto se demuestre objetivamente que no existe la probabilidad o el peligro cierto de que las tareas que se realicen en una determinada zona produzcan contaminación o conlleven daño ambiental, es deber de los jueces constitucionales propender el inmediato resguardo y hacer efectiva la tutela judicial de los derechos de la naturaleza, efectuando lo que fuera necesario para evitar que sea contaminada⁴⁴. Hay que tener en cuenta que el tribunal razonó de una forma tal que establece que se deben aplicar todas las formas necesarias para resguardar la naturaleza, no solo ante la certeza de daño al medio ambiente, sino que también ante la probabilidad de que dicho daño ocurra.

La Corte Provincial de Loja en su considerando octavo estableció que la importancia de la naturaleza es tan evidente e indiscutible que los daños que en ella se producen son de carácter generacional, con lo cual quiere expresar que por su envergadura son daños que no solo repercuten en la generación actual sino que sus efectos van a impactar negativamente a las generaciones futuras⁴⁵.

La Corte Provincial de Loja agregó que los accionantes no debían probar los perjuicios que se le estaban causando a la naturaleza producto de los desechos que estaban siendo arrojados al caudal del río Vilcabamba, sino que quien tiene la carga de probar que no existen dichos perjuicios es el Gobierno Provincial de Loja. Se llegó a esta conclusión después de hacer una aplicación del artículo 397 numerando primero parte final de la Constitución del Ecuador al establecer que: *“La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”*. La sala puso énfasis en esto, lo cual implica que será el propio Gobierno Provincial de Loja quien deberá probar que la construcción de la carretera no está generando un daño ambiental en la zona⁴⁶.

Posteriormente, la propia entidad demandada presentó un documento donde el subsecretario de calidad ambiental del Ministerio del Ambiente, en una comunicación, con fecha 10 de mayo de 2010, concluye y le recomienda al Gobierno Provincial de Loja que en una inspección se logró determinar que los trabajos que viene realizando el Gobierno Provincial de Loja en la apertura de la

⁴⁴ Considerando quinto Sentencia Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>.

⁴⁵ Considerando octavo Sentencia Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>.

⁴⁶ Considerando décimo Sentencia Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>.

vía entre Vilcabamba y Quinara han provocado daños ambientales en la parte baja del Río Vilcabamba, generando de esta forma inundaciones producto de los materiales, individualizados con anterioridad, que se han arrojado al río. Además se constató que los terrenos de la denunciante, Eleanor GeerHuddle y otras colonas, han sido afectados aproximadamente en 5.000 metros, a consecuencia de las inundaciones. Se le recomienda también al Gobierno Provincial de Loja presentar en un término de 30 días un plan de remediación y rehabilitación de áreas afectadas en el Río Vilcabamba y a las propiedades de los colonos afectados. El Gobierno Provincial de Loja deberá presentar inmediatamente al Ministerio del Ambiente los permisos ambientales otorgados por la autoridad ambiental de manera previa para la construcción de la carretera que une Vilcabamba con Quinara, además de aplicar una serie de medidas correctivas como la limpieza del suelo contaminado por el combustible derramado con el objeto de evitar la propagación de la contaminación ambiental y a su turno ubicar algún sitio adecuado para depositar los escombros y acumulación de material resultante de la construcción de la carretera⁴⁷.

Este comunicado recibido por el Gobierno Provincial de Loja en mayo de 2010 fue ignorado, no siguiendo con las recomendaciones que ahí se indicaban, ya que de lo contrario los depósitos no hubiesen continuado afectando dicha zona producto de las inundaciones que ahí se generaron, ya que como se mencionó antes en diciembre del 2010 nuevamente esta entidad estatal depositó desechos en el cauce del río. Para la Corte provincial de Loja resultó errado que el Gobierno Provincial de Loja, siendo la autoridad ambiental de aplicación responsable en la provincia⁴⁸ incumpla con su obligación legal de proteger el medio ambiente, ensanchando una carretera sin iniciar el proceso de licenciamiento ambiental ante el Ministerio del Ambiente, ni contar con el estudio de impacto ambiental ni su correspondiente licencia o permiso ambiental⁴⁹.

Por último, la Corte Provincial de Loja en cuanto al alegato del Gobierno Provincial de que la población de Vilcabamba, Quinara, entre otros, necesitaban una carretera, manifiesta el Juez que ante el conflicto de dos intereses protegidos constitucionalmente la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso en concreto y a la luz de

⁴⁷ Considerando décimo Sentencia Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>.

⁴⁸ Según la potestad que obtuvo mediante la resolución ministerial N° 020, publicada en el Registro Oficial 391 el 06 de abril de 2004, donde se acreditaba al Gobierno Provincial de Loja ante el sistema único de manejo ambiental para utilizar el sello por un periodo de tres años, siendo esto renovado por otra resolución ministerial en el año 2007 a lo cual se suma otra renovación aprobada por el Ministerio de Ambiente para conferirle al Gobierno Provincial de Loja la utilización del sello en el año 2010 por tres años más, de lo cual se desprende que a la fecha en que ocurren los hechos descritos en el caso, el Gobierno Provincial de Loja era la autoridad ambiental de aplicación responsable en la provincia.

⁴⁹ Considerando décimo primero Sentencia Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>

los principios y valores constitucionales, pero la sala considera que no existe una colisión de ambos derechos ni que hay que sacrificar alguno de ellos, ya que la construcción de la carretera no es materia de discusión en el sentido que el tribunal no pretende que ésta no se construya, sino que se lleve a cabo respetando los derechos constitucionales de la naturaleza y en caso de concurrir necesariamente a realizar dicha ponderación de derechos constitucionales resulta de mayor importancia el respetar los derechos de la naturaleza para vivir en un medio ambiente sano. Por ende la necesidad de carreteras de la población no faculta al Gobierno Provincial de Loja a construir o en este caso ensanchar una carretera sin contar con los permisos o licencias ambientales adecuadas para llevar a cabo este tipo de obras.

La Corte resolvió aceptar la acción de protección a favor de la naturaleza y revocar la sentencia impugnada declarando que la entidad demandada está violentando los derechos de la naturaleza (considerándola claramente como un sujeto de derechos), específicamente el derecho establecido a su favor en el artículo 71 inciso primero, que señala que la naturaleza tiene derecho a que se le respete integralmente su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. La Corte ordenó al Gobierno Provincial de Loja que en un plazo de 5 días inicie todas las recomendaciones⁵⁰ que el subsecretario le ha hecho y en caso de que ello no ocurra, este tribunal con la facultad que le otorga el cumplimiento de las sentencias se verá en la obligación de suspender la obra⁵¹.

Para velar por el cumplimiento de la sentencia es que de conformidad al artículo 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional delega el seguimiento del cumplimiento de la sentencia al Director Regional de Loja, el Oro y Zamora y Chinchipe del Ministerio del Ambiente y a la Defensora del pueblo de Loja, quienes informarán periódicamente el cumplimiento a esta sala, pudiendo deducir las acciones que estimen necesarias para cumplir con esta delegación⁵² y por último ordenar a la entidad demandada a pedir disculpas públicas por construir una carretera sin contar con los permisos ambientales correspondientes, cosa que deberá hacer realizando una publicación en un diario de la localidad de Loja⁵³.

⁵⁰ Considerando décimo de la Sentencia Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>.

⁵¹ Segundo punto resolutivo de la Sentencia de la Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja11.pdf>.

⁵² Tercer punto resolutivo de la Sentencia de la Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>.

⁵³ Cuarto punto resolutivo de la Sentencia de la Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>.

7. Conclusiones

El hecho de que en un país tan rico en bienes naturales como lo es Ecuador, prime en su Constitución la teoría biocéntrica en desmedro de la antropocéntrica parece digno de atención, especialmente la incorporación del artículo 10 inciso segundo que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos y además la de los artículos 71, 72, 73 y 74, que velan por la aplicación y establecen los derechos de la naturaleza. Esto es interpretado por varios como un acierto, toda vez que este nuevo sujeto de derechos se encuentra protegido por diversos mecanismos, siendo el método más eficaz la acción de protección, otorgándole a la naturaleza la protección medioambiental que requiere. Cabe reconocer, considerando la resolución del tribunal (Acción de Protección, 11121-2011-0010), que el juez sí le otorga la calidad de sujeto de derechos a la naturaleza haciendo una asertiva aplicación de estos derechos garantizados por la Constitución del Ecuador, esto se debe a que revoca la sentencia de primera instancia, haciendo un particular llamado de atención a la jueza del Juzgado Tercero en lo Civil de Loja por no ajustarse a derecho⁵⁴ al denegar la acción de protección que a juicio de la Corte Provincial de Loja sí era procedente, resolviendo de esa forma y en virtud de los principios y teorías expuestas con anterioridad el problema de la personería para así manifestar la relevancia que reviste el estatus de sujeto de derechos de la naturaleza.

Para parte de la doctrina parece adecuada la aplicación de estos derechos también porque el tribunal entiende que los daños a la naturaleza son daños de carácter generacional, en el sentido que los abusos que se cometan hoy día al medio ambiente no nos afectarán a nosotros, sino que a las generaciones venideras. Por ende, poner en primer plano la aplicación del artículo 71 de la Constitución del Ecuador comprendiendo que el Gobierno Provincial de Loja al depositar dichos materiales de excavación al cauce del Río Vilcabamba, no estaba respetando la existencia, el mantenimiento y mucho menos la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, es fundamental para la resolución de este caso, porque la Corte Provincial de Loja jamás pone en tela de juicio la necesidad de la construcción de la vía entre Vilcabamba y Quinara, como lo expone la parte demandada, sino que el juez lo que hace es aplicar la importancia de la naturaleza en la vida de los seres humanos, al solicitar que el ensanchamiento de esta ruta se haga con los permisos y estudios de impacto ambiental adecuados para la construcción de dicha obra. De ahí entonces que el juez en este caso en particular sí le reconoce la calidad de sujeto de derechos a la naturaleza y en virtud de ellos es que realiza una adecuada interpretación y aplicación de los derechos constitucionales de este sujeto, toda vez que el tribunal pretende autorizar que se siga construyendo la obra,

⁵⁴ Cuarto punto resolutive de la Sentencia de la Corte Provincial de Loja, Disponible en: <http://mario-melo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>

cumpliendo una serie de requisitos, que tienen por objeto velar por el cuidado del medio ambiente y específicamente por los derechos de la naturaleza que amparan al Río Vilcabamba.

Es aún muy temprano para levantar conclusiones sobre si la naturaleza será considerada como sujeto de derecho por los ordenamientos jurídicos de la región y del mundo. El ejemplo de Ecuador está siendo seguido por Bolivia y es posible que tenga un efecto también en otros países de la región. Sin embargo, la mayoría de los Estados sudamericanos están muy lejos de adoptar estas normas y concepciones. Ciertamente, Chile y su Constitución se encuentran en las antípodas de la ecuatoriana. El tiempo irá mostrando qué aproximación es más eficaz para proteger el medio ambiente y el bienestar de las personas.

8. Bibliografía

ACOSTA, Alberto (2010) "El buen vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecrist", Friedrich Ebert Stiftung, Policypaper 9 (online) [Fecha de consulta: 17 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/07671.pdf>.

BARRAGAN, Daniel (2013) *Primer fallo a favor de derecho de la naturaleza se analizó en foro sobre acceso a la justicia*. Publicada en su sitio web el 12 de marzo de 2013 [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2013]. Disponible en: <http://www.accessinitiative.org/blog/2013/03/primer-fallo-a-favor-de-derechos-de-la-naturaleza-se-analiza-en-foro-sobre-acceso-a-la->.

BEDÓN GARZÓN, René (2012) "La naturaleza como sujeto de derechos", en Universidade-Catolica de Santos (coord.), *A efetividade do direito ambiental e a gestão do meio ambiente na Americalberica* (5ª Edición del Congreso Internacional sobre Medio Ambiente y Derecho Ambiental) pp. 71-83.

BLACIO AGUIRRE, Galo (2009) *La Acción de protección en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Publicada en su sitio web el 24 de agosto de 2009 [Fecha de Consulta 6 de enero de 2014]. Disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/24/la-accion-de-proteccion-en-nuestro-ordenamiento-juridico-ecuatoriano>.

CORTEZ, David (2009) "Genealogía del buen vivir en la nueva Constitución ecuatoriana", en VIII Congreso internacional de filosofía intercultural, Vol. 30 (online) [Fecha de consulta: 08 de octubre de 2013]. Disponible en: <http://homepage.univie.ac.at/heike.wagner/SUMAK%20KAWASAY%20EN%20ECUADOR.%20DAVID%20CORTEZ.pdf>.

DÁVALOS, Pablo (2008) *SumakKawsay (la vida en plenitud)*, publicada en su sitio web el 5 de agosto de 2008 [Fecha de consulta: 09 de septiembre de 2013]. Disponible en: <http://www.puce.edu.ec/documentos/CuestionessobreelSumakKawsay.pdf>.

GUDYNAS, Eduardo (2009): "La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador", *Revista de estudios sociales*, N° 32: pp. 34-47.

MARTÍNEZ, Esperanza (2008): "Los derechos de la Naturaleza", Maippa, Oilwatch [Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2013]. Disponible en: http://www.oilwatchesudamerica.org/docs/maippa_derechos_de_la_naturaleza.pdf.

NIEL, Maité (2011) "El concepto del buen vivir", Trabajo de investigación (Universidad Carlos III de Madrid), Online. [Fecha de consulta: 6 de octubre de 2013]. Disponible en: <http://www.fondoindigena.org/apc-aa-files/11cff670a2ec169cc25379afa3d771db/53.pdf>.

SUÁREZ, Sofía (2012) "Efectivización de los derechos de la naturaleza: evolución jurisprudencial", en Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, número 27 (online) [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://www.ceda.org.ec/descargas/Analisis/CEDA_analisis_N%C2%BA27_noviembre_2012_evolucion_jurisprudencial_DDNN.pdf.

VINUEZA, Ramiro (2005) *Ecuador: crisis tras crisis*. Publicada en su sitio web 22 de diciembre de 2005 [Fecha de consulta: 14 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=26125&umt=ecuador_crisis_tras_crisis.

WILHELMI, Marco Aparicio (2013) "Hacia una justicia social, cultural y ecológica: el reto del Buen Vivir en las Constituciones de Ecuador y Bolivia", en Universitat de Girona [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2013]. Disponible en: http://www.upf.edu/upfsolidaria/_pdf/Justicia_ecoloxgica_y_Buen_Vivir_Marco_Aparicio.pdf.

Jurisprudencia

Corte provincial de justicia de Loja-Sala Penal (2011): Rol 11121-2011-0010, 30 de marzo de 2011 [Fecha de consulta: 02 de julio de 2013] Disponible en: <http://mariomelo.files.wordpress.com/2011/04/proteccion-derechosnatura-loja-11.pdf>.

Normas

Ley de garantías jurisdiccionales y de control constitucional, Registro oficial/ 52, 22 de octubre de 2009. (Ecuador)

Constitución de la República del Ecuador.

Constitución Política de la República de Chile.

Marco jurídico chileno sobre protección de variedades vegetales

PAZ MORONI BÁEZ

Abogada en Moroni & Lagos Asociados

Postítulo en Derecho Ambiental, Universidad del Desarrollo

Alumna Magíster en Derecho Ambiental y Recursos Naturales,

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: Este artículo trata sobre el sistema jurídico chileno de protección de las variedades vegetales, recorriendo desde su antecedente más inmediato, el Decreto Ley N° 1764, hasta el polémico proyecto de ley que pretende derogar el actual régimen de protección, para adecuarlo a la normativa internacional actual.

Introducción

El Estado de Chile otorga protección a los creadores de nuevas variedades vegetales, por medio de un sistema *sui generis* de protección de propiedad intelectual, conocido como derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales, que se encuentra recogido en la Ley N° 19.342 y su reglamento, quedando prohibida toda posibilidad de protección por medio de otras herramientas legales, como patentes industriales. Más adelante abordaremos en mayor detalle estas ideas, lo esencial es señalar que este sistema se basa en la Convención Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales UPOV, del cual Chile es parte desde 1996 cuando ratificó el Acta de 1978 del Convenio de la UPOV y que actualmente estaría en proceso de ratificar el Acta de 1991 de dicho convenio, siendo el objetivo principal de este instrumento internacional reconocer y garantizar un derecho al obtentor de una nueva variedad vegetal.

A través de este artículo analizaremos la normativa aplicable a los derechos de obtentores tanto a nivel nacional como internacional y analizaremos las principales diferencias entre el actual sistema de protección y el proyecto de ley que debiese promulgarse para hacer efectiva la aplicación del acta de 1991 del Convenio de la UPOV.

Antecedentes del derecho de propiedad sobre una variedad o cultivar en el ordenamiento jurídico chileno

En Chile la protección de nuevas variedades vegetales data de 1977, con la dictación del Decreto Ley (DL) N° 1764, del Ministerio de Agricultura, que fija-

ba normas para la investigación, producción y comercio de semillas. El marco jurídico concebido para tal protección era el Título II de dicho decreto y su reglamento que se dictó con posterioridad; en esta normativa se establecía un Registro de Propiedad de Variedades o Cultivares, que tenía por objeto "...constituir y proteger el **derecho de propiedad de los creadores de nuevas variedades o cultivares...**" (artículo 7 del DL N° 1764). Este registro era dependiente del Ministerio de Agricultura y su director debía ser un ingeniero agrónomo especialista en semillas del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) designado por el Ministro de Agricultura.

Este derecho de propiedad sobre una variedad o cultivar debía constituirse mediante su inscripción en el mencionado registro de propiedad y confería a su titular "**...el derecho exclusivo para producir y comerciar la semilla de la variedad protegida, por el tiempo que en cada caso corresponda de acuerdo con las normas que fije el Presidente de la República [...] Este derecho es comerciable, transferible y transmisible y el sucesor podrá usar, gozar y disponer de él por el plazo que falte a su titular, en la misma forma y condiciones que éste**".

En cuanto a los requisitos exigidos para que una variedad pueda ser inscrita en el registro de propiedad de variedades, el reglamento general del DL N° 1764 para las semillas de cultivo, contenido en el Decreto N° 188 del Ministerio de Agricultura de 1978, establecía que sólo podían ser inscritas aquellas variedades o cultivares que sean nuevas, individualizables, suficientemente homogéneas y estables (Artículo 7). Siendo coincidentes los requisitos con el actual sistema establecido para la protección de nuevas variedades vegetales, que corresponde al marco jurídico establecido por la Ley N° 19.342 dictada en el año 1994 y su reglamento del año 1996, que regulan los derechos de los obtentores sobre sus creaciones, por lo que no desarrollaremos mayormente estos conceptos, ya que serán analizados más adelante. Si bien el actual cuerpo normativo mantiene en términos generales un sistema similar de protección al establecido en el DL N° 1764, existen algunas diferencias importantes entre ambos cuerpos normativos, por ejemplo, y a modo de reflexión, en el derogado sistema de derechos de propiedad de variedades o cultivares su aplicabilidad sólo se extendía a los cultivos de especies agrícolas, sin embargo, por medio de la Ley N° 19.342 el alcance de la protección se extiende a todos los géneros y especies botánicas que existan y en general sobre todas las partes de la planta.

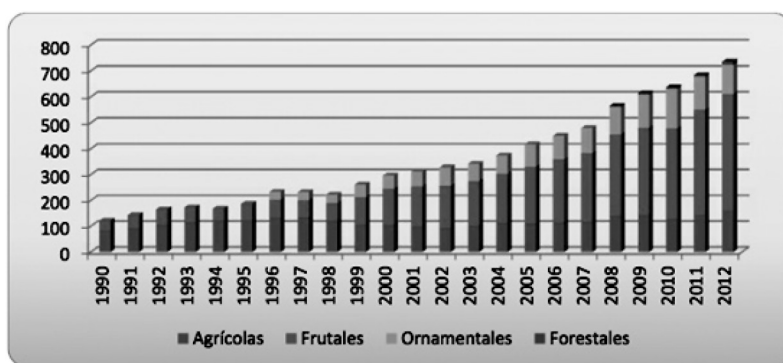
Asimismo, otra gran diferencia está dada por la posibilidad de inscribir como marca comercial la denominación de la variedad vegetal, situación permitida por el antiguo DL N° 1764, se establecía que la inscripción de la variedad en

¹ Decreto Ley N° 1764, del Ministerio de Agricultura, que fija normas para investigación, producción y comercio de semillas, artículo 8.

el registro de propiedades de variedades autorizaba a su titular para solicitar la inscripción de esa misma variedad en el registro de marcas, en esa época, a cargo de la Dirección de Industria y Comercio del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Esta situación se modificó por la Ley N° 19.342 y por la Ley N° 19.039 de propiedad industrial, negando toda posibilidad de proteger por medio de patentes a las plantas, sino solo conforme a lo dispuesto por la Ley N° 19.342².

El nuevo marco jurídico con el que contaba Chile para la protección de los derechos de los obtentores favoreció el comercio de semillas y en este sentido después de la entrada en vigencia de la ley que regula los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales (según se muestra en el gráfico de *evolución de las inscripciones vigentes en el Registro de Variedades Protegidas*) es notorio el aumento de las inscripciones de nuevas variedades, esto se debe fundamentalmente a que *“la implementación de la Ley N° 19.342 provocó un gran impacto en el interés por la importación de nuevas variedades, principalmente para los fruticultores, ampliando el abanico de especies y por lo tanto de fruta para exportación. En las especies ornamentales se aumentó considerablemente la multiplicación de bulbos para exportación. En las especies agrícolas el impacto ha sido que a la fecha, más del 50% de la superficie de papas corresponde a variedades protegidas de creación nacional”*³.

Gráfico: Evolución de inscripciones vigentes en el RVP



Fuente: División Semillas, SAG

² **Artículo 37 de la Ley N° 19.039:** No se considera invención y quedarán excluidos de la protección por patente de esta ley: letra b) Las plantas y los animales, excepto los microorganismos que cumplan las condiciones generales de patentabilidad. Las variedades vegetales sólo gozarán de protección de acuerdo con lo dispuesto por la ley N° 19.342, sobre Derechos de Obtentores de Nuevas Variedades Vegetales.

Artículo 21 de la Ley N° 19.342: El obtentor deberá proponer un nombre para la variedad, el que será su designación genérica. En particular, deberá ser diferente de cualquiera denominación que designe una variedad preexistente de la misma especie botánica o de una especie semejante.

El nombre deberá ser suficientemente característico, no podrá componerse solamente de cifras; deberá impedir su confusión con el de otras variedades ya reconocidas y no podrá inducir a error acerca de las características de la variedad o de la identidad del obtentor.

El nombre de una variedad no podrá registrarse como marca comercial.

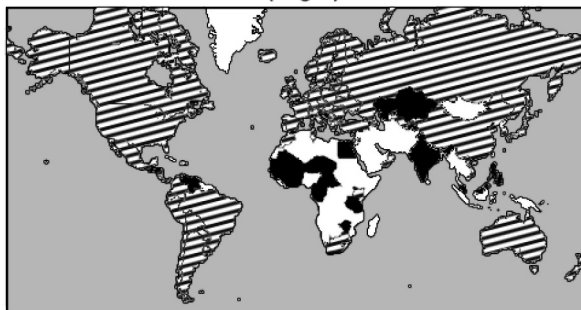
³ SERVICIO AGRICOLA Y GANADERO (2013), División Semillas. *Registro de variedades protegidas, Informe Estadístico*. Disponible en: http://www.sag.cl/sites/default/files/estadisticas_registro_de_variedades_protegidas_2013_vb_0.pdf.

Actualmente en Chile “*existen 700 variedades protegidas, las cuales son la base de la agricultura y fruticultura chilenas y han permitido a Chile ser líder mundial en rendimientos de cultivos y exportaciones frutícolas, siendo por lejos los principales beneficiados con estos atributos: la agricultura y los agricultores chilenos, incluyendo a los pequeños agricultores*”⁴. Es más, en el caso particular de las “*obtencciones vegetales con características como mejor productividad, elevada calidad y resistencia a las plagas y enfermedades constituyen un elemento clave en el incremento de la productividad y de la calidad del producto en los ámbitos de la agricultura, la horticultura y silvicultura que minimiza, al mismo tiempo, la incidencia en el medio ambiente*”⁵. Es innegable que el régimen jurídico de los derechos de obtentores hicieron económicamente más interesante la inversión en programas de mejoramiento vegetal en distintas especies botánicas, pero que principalmente van en directo beneficio de actividades económicas tales como la agricultura, la industria forestal, forrajeras, el comercio de flores ornamentales, etc.

Convención Internacional de Variedades Vegetales UPOV: ¿qué es, qué protege y cuál es su relación con nuestro país?

La Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, en adelante UPOV, es una organización intergubernamental con sede en Ginebra, Suiza, y fue constituida el 2 de diciembre de 1961 en París, por el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales o “Convenio de la UPOV”, siendo a partir de este momento que comenzaron a reconocerse en todo el mundo los derechos de propiedad intelectual de los obtentores sobre sus creaciones o variedades vegetales⁶.

71 miembros de la UPOV (rayas)
16 Estados y 1 organización en proceso de adhesión
(negro)



Fuente: <http://www.upov.int/overview/es/upov.html>

⁴ ANPROS, *Aclaraciones elaboradas por ANPROS con respecto a los efectos de la adhesión de Chile al Acta de UPOV 91*, p.1. Disponible en: http://www.anproschile.cl/upload/files/aclaraciones_upov.pdf

⁵ <http://www.upov.int/overview/es/improvement.html>

⁶ http://www.upov.int/about/es/upov_system.html

La misión del Convenio de la UPOV es la promoción de un sistema de propiedad intelectual de protección, que brinde las suficientes garantías a los creadores de nuevas variedades vegetales por medio de *derechos de obtentores* que permitan fomentar la innovación en el trabajo de fitomejoramiento para el desarrollo de obtenciones vegetales con miras al beneficio social.

Al día de hoy, casi todos los países del mundo son miembros o están en proceso de adhesión al Convenio de la UPOV (ver mapa), solo quedarían fuera –por el momento– algunos países de África, Groenlandia, Cuba, Jamaica, Haití, Puerto Rico, El Salvador, Belice, Guyana, Surinam, Guyana Francesa, Madagascar, los países del Medio Oriente, Indonesia, Papua Nueva Guinea y Corea de Norte⁷.

El Convenio de la UPOV protege las variedades vegetales nuevas, entendiendo por variedad vegetal “a un grupo de plantas definido con mayor precisión, seleccionado dentro de una especie, que presentan una serie de características comunes”⁸. Esto significa, en términos simples, que si hablamos de la lechuga –*lactuca sativa*, según su nombre científico– esta representaría en el reino vegetal una determinada especie, sin embargo, dentro de esta especie pueden haber diferentes lechugas con características particulares, como por ejemplo: escarola, española, iceberg, trocadero, hoja de roble, etc. Por lo tanto, lo que se protege es una nueva variedad de lechuga que no se encuentra en el comercio, que resulta ser además distinta a las existentes y sus caracteres son homogéneos y estables de una generación a otra.

El Convenio de la UPOV ha sido revisado en tres oportunidades distintas: en noviembre de 1972, octubre de 1978 y en marzo de 1991, con el objeto de reflejar los cambios tecnológicos en el campo del fitomejoramiento y la experiencia adquirida mediante la aplicación del Convenio de la UPOV.

En cuanto a Chile, este ratificó el Acta de 1978 y actualmente está en proceso de ratificar el Convenio de la UPOV en su versión de 1991. En cuanto a su proceso de adhesión al Acta de 1978, este “...se inició en mayo de 1995 [...]

⁷ Algunos datos ilustrativos: Cuba y Puerto Rico, a pesar de no poseer leyes basadas en el Convenio UPOV, sí tienen cultivos transgénicos en su país, lo que demuestra que no hay una relación directa entre el Convenio de la UPOV y los organismos genéticamente modificados (OGM). Por otro lado, Haití y Groenlandia son un claro ejemplo del agotamiento de los recursos naturales, por malas prácticas extractivas de los mismos y una economía para nada sustentable que han acabado con los bosques y ello ha revertido en suelos poco fértiles que han terminado con la agricultura como actividad económica, practicándose contemporáneamente solo como de subsistencia.

Según datos estadísticos de la FAO, el 80% de las tierras agrícolas en el África subsahariana y Asia es manejado por pequeños agricultores; lo que significa que de la pequeña agricultura proviene el suministro de hasta el 80% de los alimentos tanto en el Asia como en el África subsahariana. Información estadística disponible en línea: <http://www.fao.org/docrep/018/ar588s/ar588s.pdf>.

Un ejemplo distinto es el caso de Francia, que si bien es miembro del Convenio de la UPOV, reguló en un cuerpo normativo distinto la prohibición de la comercialización, utilización y cultivo del maíz transgénicos en su país.

⁸ <http://www.upov.int/overview/es/variety.html>.

concretándose el 5 de diciembre de 1995 y entró en vigor el 5 de enero de 1996. La norma que incorporó este Convenio a nuestra legislación fue el Decreto N° 18 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 23 de marzo de 1996⁹. Resultó ser un trámite expedito, puesto que la Ley N° 19.342 era altamente coincidente con el Convenio de la UPOV, por lo que no hubo problemas para que Chile se incorporara rápidamente como *Estado de la Unión*¹⁰.

Así las cosas, *“La Ley N° 19.342 fue presentada para su discusión en el Congreso Nacional el 28 de enero de 1993, bajo el mandato del Presidente Patricio Aylwin Azócar¹¹. Entre los argumentos a favor de la aprobación de la normativa, el Mensaje Presidencial señaló que “resulta del todo conveniente adecuar las normas nacionales sobre esta materia a las que rigen en el contexto internacional”, destacando que “es necesario modificar otros aspectos menores de nuestra legislación, a fin de adecuarlos a las normas de la Convención UPOV 1978, de suerte que, de tomarse la decisión de que nuestro país se haga miembro de tal Organización Internacional, el trámite de admisión sea expedito”¹².*

Una vez entrado en vigor el Convenio de la UPOV, se dicta el Reglamento de la Ley N° 19.342, establecido por el Decreto N° 373 del Ministerio de Agricultura, publicado el 28 de diciembre de 1996, completándose con este último cuerpo normativo el marco jurídico vigente en Chile sobre protección de variedades vegetales.

Actualmente, Chile está en proceso de ratificar el Acta de 1991; *“con fecha 31 de marzo de 2009 el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet presentó al Congreso Nacional un Proyecto de Acuerdo para aprobar el Convenio de la UPOV revisado por el Acta de 1991 [...] Asimismo, este Proyecto de Acuerdo indicó que la incorporación de los estándares del Acta de 1991 de la UPOV a la legislación chilena, a través del Proyecto de Ley que deroga la Ley N° 19.342 y regula los derechos sobre las nuevas variedades vegetales, resulta complementaria, y “responde a las necesidades actuales del sector agrícola nacional”, “permite posicionar a Chile como una potencia agroalimentaria y forestal”, “fortalece la industria de investigación, desarrollo e innovación”, y “atrae inversión extranjera”. En razón de ello, “el gobierno presentó al Congreso Nacional un Proyecto de Ley que regula los derechos sobre obtenciones vegetales y deroga la Ley N° 19.342, con fecha del 13 de enero de 2009”¹³. A la fecha el trámite legislativo no ha terminado y Chile*

⁹ VARGAS CÁRDENAS, Andrea (2011) *Asesoría Técnica Parlamentaria BCN, Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. Proceso de adhesión de Chile y otros países*, Área Gobierno, Defensa y Relaciones Internacionales, biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p.1. Disponible en: http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/10958/1/89409_GRID_20110411_Chile-UPOV-1991-3-Comentarios.doc.

¹⁰ Término utilizado para referirse a un Estado parte del Convenio de la UPOV que ha suscrito dicho convenio a través de alguna de sus Actas.

¹¹ Congreso Nacional: Boletín 910-01. 28/01/1993.

¹² Congreso Nacional: Boletín 910-01. 28/01/1993.

¹³ VARGAS CÁRDENAS, Andrea (2011) p. 6.

no ha ratificado el acta de UPOV de 1991. Es más, durante el año 2003, Chile celebró con Estados Unidos un Tratado de Libre Comercio, mediante el cual se obligó a ratificar o adherir al Convenio de la UPOV en su versión de 1991 antes del 1 de enero de 2009, conforme al artículo 17.1.3 de dicho tratado.

Respecto a las Actas de 1978 y 1991, que son las que ha aprobado Chile, existen diferencias sustanciales que determinan el nivel de protección para los obtentores. A continuación trataremos las diferencias que a nuestro juicio son las más relevantes, entre ambas actas:

¿Qué variedades se protegen?

Conforme al Acta de 1978 del Convenio de la UPOV, cada país es libre de designar las variedades que desea proteger, si bien esta protección es aplicable a todos los géneros y especies botánicas, no existe un imperativo de que así sea. Es más, los Estados miembros del Convenio de la UPOV pueden limitar la aplicación del Convenio dentro de un género o de una especie a las variedades que tengan un sistema particular de reproducción o de multiplicación o cierta utilización final¹⁴. A diferencia del Acta de 1991, en donde sí existe el imperativo de obligatoriedad de extender la protección por parte de los Estados miembros a todos los géneros y especies vegetales¹⁵.

¿Cuál es el plazo de protección?

Según el Acta de 1978, se establece un plazo diferenciado respecto de las vides, los árboles forestales, los árboles frutales y los árboles ornamentales, con inclusión, en cada caso, de sus portainjertos, el cual no podrá ser inferior a dieciocho años a partir de la fecha de concesión del título de protección y de 15 años para las demás especies¹⁶. Por su parte, en el Acta de 1991 se aumenta el plazo de protección, siendo este de una duración no inferior de 25 años para árboles y vides y una duración no inferior a 20 años para las demás especies¹⁷.

Nótese que lo que se establece es un plazo mínimo de protección, siendo cada Estado miembro libre de establecer un plazo mayor.

¿Cuál es el alcance de la protección?

En el Acta de 1978 el alcance de protección se extiende al material de reproducción o de multiplicación vegetativa de la variedad protegida¹⁸. Mientras que,

¹⁴ Acta de 1978 del Convenio de la UPOV, Convención internacional de variedades vegetales, artículo 2 número 2.

¹⁵ Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, artículo 3.

¹⁶ Acta de 1978 del Convenio de la UPOV, artículo 8.

¹⁷ Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, artículo 19.

¹⁸ De acuerdo al artículo 5 n° 4 del Acta de 1978 del Convenio de la UPOV: "Cada Estado de la Unión, bien sea en su propia legislación o en acuerdos especiales tales como los que se mencionan en el Artículo

en el Acta de 1991 el ámbito de protección se extiende no sólo al material de reproducción, sino que también al producto de la cosecha. Esto significa que el alcance de la protección se extiende a los productos elaborados a partir de esa cosecha (ejemplo: el caso de la harina), siempre y cuando haya sido obtenido por utilización no autorizada del material de reproducción o de multiplicación de la variedad protegida. Este nuevo alcance en la protección aumenta manifiestamente las posibilidades de ganancias sobre las variedades protegidas.

¿Se pueden utilizar variedades protegidas para crear otras?

No será necesaria la autorización del obtentor para emplear la variedad como origen inicial de variación con vistas a la creación de otras variedades, ni para la comercialización de éstas. En cambio, se requerirá dicha autorización cuando se haga necesario el empleo repetido de la variedad para la producción comercial de otra variedad (art. 5 n° 3 Acta de 1978 del Convenio de la UPOV).

Se permite el uso de la variedad sin necesidad de autorización por parte del obtentor, la excepción en este caso esta constituida por "...el empleo repetido de la variedad para la producción comercial de otra variedad", en este caso sí se requiere autorización del titular (Art. 5 número 3 Acta de 1978 del Convenio de la UPOV).

En el Acta de 1991 esta situación se modificó, restringiéndose el empleo de la variedad protegida para la creación de otras variedades requiriéndose la autorización en la mayoría de los casos del obtentor o titular del derecho, salvo que se trate de **variedades esencialmente derivadas**, que son aquellas que conforme al artículo 14 numeral 5 b) del Acta de 1991:

- i) *se derivan principalmente de la variedad inicial, o de una variedad que a su vez se deriva principalmente de la variedad inicial, conservando al mismo tiempo las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial,*
- ii) *se distinguen claramente de la variedad inicial, y*
- iii) *salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes de la derivación, es conforme a la variedad inicial en la expresión de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial.*

29, podrá conceder a los obtentores, para ciertos géneros o especies botánicas, un derecho más amplio que el que se define en el párrafo 1) del presente artículo, el cual podrá extenderse especialmente hasta el producto comercializado. Un Estado de la Unión que conceda tal derecho tendrá la facultad de limitar su beneficio a los nacionales de los Estados de la Unión que concedan un derecho idéntico, así como a las personas naturales o jurídicas con domicilio o residencia en uno de dichos Estados." (FACULTATIVO para los Estados miembros de la UPOV)

¿Cómo se regula el privilegio del agricultor?

Lo primero es señalar que el privilegio del agricultor no debe confundirse con el derecho del agricultor; este último se encuentra consagrado en el tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura o *TIRFAA* (según su sigla en inglés) de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y responde a una necesidad de “reconocer la enorme contribución que han aportado y siguen aportando las comunidades locales e indígenas y los agricultores de todas las regiones del mundo, en particular los de los centros de origen y diversidad de las plantas cultivadas, a la conservación y el desarrollo de los recursos fitogenéticos que constituyen la base de la producción alimentaria y agrícola en el mundo entero [...] por medio de la adopción de medidas pertinentes para proteger y promover los derechos del agricultor”¹⁹. Sin embargo, hace una referencia al privilegio del agricultor en el artículo 9.3, señalando que el derecho del agricultor consagrado en este tratado internacional *no se interpretará en el sentido de limitar cualquier derecho que tengan los agricultores a conservar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra o propagación conservado en las fincas, con arreglo a la legislación nacional y según proceda.*

En el Acta de 1978 del Convenio de la UPOV no se reguló el privilegio del agricultor, por lo que los agricultores pueden seguir realizando la práctica agrícola de guardar parte de su cosecha para ser utilizada como semillas en el próximo cultivo, constituyendo ésta una costumbre tradicional de campesinos e indígenas y que vienen realizando desde tiempos inmemoriales. Sin embargo, en el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, esta situación cambió regulándose en su artículo 15 número 2 el privilegio del agricultor como una *Excepción facultativa*, es decir, cada Estado de la Unión podrá restringir el derecho de obtentor respecto de toda variedad, dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, con el fin de permitir a los agricultores utilizar con fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo, en su propia explotación, de la variedad protegida o de una variedad derivada esencialmente de la variedad protegida o de una variedad que no se distinga claramente de la variedad protegida.

¿Se permite una doble protección por patentes y derechos de obtentores?

Conforme al Acta de 1978 del Convenio de la UPOV, cada Estado de la Unión puede reconocer el derecho del obtentor previsto por el presente Convenio

¹⁹ Tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, artículo 9.

mediante la concesión de un título de protección particular o de una patente. No obstante, el Estado miembro del Convenio y cuya legislación nacional admita la protección en ambas formas, deberá aplicar solamente una de ellas a un mismo género o una misma especie botánica, según lo preceptuado por el artículo 2 del Acta recién aludida. Por su parte, esta situación fue modificada en el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, permitiendo una doble protección por patentes y derechos de obtentores de vegetales.

Alcances de la Ley N° 19.342 que regula derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales

La Ley N° 19.342 o Ley, en adelante, protege la creación de nuevas variedades vegetales por medio de un derecho de propiedad intelectual *sui generis*, que se le concede a su creador u obtentor para que pueda usar, gozar y disponer de él a su arbitrio, obviamente no siendo contrario a la ley o contrario al derecho ajeno y sujeto a plazo extintivo, puesto que una vez terminado el plazo fijado para tales efectos, la variedad protegida pasa a ser de dominio público.

Es un derecho comerciable, transferible y transmisible y el heredero o cesionario podrá usar, gozar y disponer de él por el plazo que le falte a su antecesor, en la misma forma y condiciones que éste. Asimismo, el titular del derecho podrá otorgar las licencias que estime convenientes para la utilización por terceros de la variedad protegida²⁰.

El obtentor o creador de estas nuevas variedades vegetales es definido por la Ley en comento como: *“La persona natural o jurídica que, en forma natural o mediante trabajo genético, ha descubierto y, por lo tanto, logrado una nueva variedad vegetal”*²¹. Respecto a esta definición, se ha llegado al consenso que el simple descubrimiento o hallazgo no facultaría a la persona para gozar de la protección, sino que es necesaria la puesta a punto de la misma. Este concepto de *puesta a punto*, es incorporado posteriormente por el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV y es descrito como aquel proceso de reproducción o multiplicación y evaluación de la variedad en cuestión. *“Cuando se revisó el Convenio en 1991, pese al hecho de que al efectuar selecciones dentro de una variación preexistente pasaba por una actividad normal de los obtentores, se consideró útil incluir una definición de obtentor a fin de poner de relieve el hecho de que el Convenio de la UPOV también preveía la protección de variedades que habían sido “descubiertas”.* Sin embargo, en la Conferencia Diplomática, los delegados eran conscientes de que los descubrimientos eran muy importantes para la mejora vegetal, pero reconocieron que en la práctica un descubrimiento debe evaluarse y difundirse antes de poder ser

²⁰ Ley N° 19.342, que regula los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales, Artículo 6.

²¹ Ley N° 19.342, artículo 2 letra a)

explotado. Este es el motivo por el que se decidió utilizar en el Artículo 1.iv) del Acta de 1991 la noción de obtentor incluyendo a la persona que haya creado o descubierto y puesto a punto una variedad. La referencia al "origen", artificial o natural, de la variación inicial que ha dado lugar a la variedad, que figura en el Artículo 6.1)a) del Acta de 1978 ya no aparece. En el Acta de 1991, el "descubrimiento" describe la actividad de "selección dentro de la variación natural", mientras que la "puesta a punto" describe el proceso de "reproducción o multiplicación y evaluación"²².

Conforme al artículo 3 de la Ley N° 19.342, este derecho consiste en someter a la autorización exclusiva de su titular:

- a) La producción del material de multiplicación de dicha variedad.
- b) La venta, la oferta o exposición a la venta de ese material.
- c) La comercialización, la importación o exportación del mismo.
- d) El empleo repetido de la nueva variedad para la producción comercial de otra variedad.
- e) La utilización de las plantas ornamentales o de partes de dichas plantas que, normalmente, son comercializadas para fines distintos al de propagación, con vista a la producción de plantas ornamentales o de flores cortadas.

El derecho del obtentor se puede ejercer sobre todos los géneros y especies botánicas y se aplica, en general, sobre la planta completa, comprendiendo todo tipo de flores, frutos o semillas y cualquier parte de la misma que pueda ser utilizada como material de multiplicación.

En otras palabras, el alcance de la protección de los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales se extiende al material de multiplicación de la variedad, es decir, a las semillas, partes de la planta y/o a la planta completa.

Sin embargo, para gozar de esta protección legal, las variedades vegetales deben satisfacer determinados requisitos y por lo mismo no cualquier variedad vegetal descubierta puede ser objeto de protección, sino que es necesario que las variedades sean nuevas, distintas, homogéneas y estables y posean una denominación genérica distinta a cualquier designación preexistente. En cuanto al carácter de novedad, la Ley atiende a si la variedad ha sido objeto de comercio

²² Consejo de la UPOV (2002), *La Noción de Obtentor y de lo Notoriamente Conocido en el Sistema de Protección de Obtenciones Vegetales Basado en el Convenio de la UPOV*, aprobado en la decimonovena sesión extraordinaria del 19 de abril de 2002, p. 5.

en el país y se establecen reglas específicas para su determinación; la condición de distinción va orientada a establecer si la variedad que se pretende proteger puede distinguirse por uno o varios caracteres importantes de cualquier otra variedad que sea *notoriamente conocida*, al momento de solicitarse la protección. *“La noción de lo “notoriamente conocido” tiene su significado natural. Se trata de una prueba a nivel mundial. La candidata a la protección debe distinguirse claramente de cualquier otra variedad cuya existencia sea notoriamente conocida en la fecha de solicitud de protección en cualquier parte del mundo”*²³.

Respecto a la homogeneidad y estabilidad; en el primer caso, se requiere que la variedad sea suficientemente uniforme en sus caracteres pertinentes, y en el segundo, que sus caracteres esenciales se mantengan inalterados después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas.

El derecho del obtentor se constituye por su inscripción en el Registro de Variedades Protegidas de un extracto del acuerdo del Comité Calificador que ordenó la inscripción y el otorgamiento del título correspondiente, el que debe contener una descripción objetiva de la variedad con referencia a los archivos técnicos²⁴. El Comité Calificador de Variedades, es el encargado de conocer y pronunciarse sobre las solicitudes de reconocimiento del derecho del obtentor, para lo cual podrá disponer que se practiquen las inspecciones, pruebas, ensayos y demás acciones que correspondan²⁵.

En cuanto al plazo de protección, este se cuenta desde la fecha de inscripción del derecho del obtentor en el Registro de Variedades Protegidas, que corresponderá a 18 años para árboles y vides y a 15 años para las demás especies. Sólo una vez que las variedades hayan cumplido su período de protección o cuyo derecho haya caducado, **serán consideradas de uso público**²⁶.

Finalmente, llama la atención hacer una reflexión entorno a la naturaleza jurídica de este derecho, puesto que de ello dependen las garantías establecidas para

²³ Consejo de la UPOV (2002), p. 7.

²⁴ “Todo obtentor de variedades, tanto nacional como extranjero, que desee proteger en Chile una nueva variedad de su creación, puede inscribirla en el Registro de Variedades Protegidas. Si cumple con el procedimiento y las normas, obtendrá un Certificado de Inscripción de la variedad. Una vez otorgada la inscripción definitiva, se entrega un Título de Obtención. El Registro de Variedades Protegidas es administrado por el Servicio Agrícola y Ganadero”. Disponible en: <http://webdesa.sag.gob.cl/ambitos-de-accion/variedades-protegidas>.

²⁵ Otras funciones del Comité Calificador de variedades son: Reconocer, cuando fuere procedente, el derecho del obtentor de una nueva variedad, en forma provisional o definitiva; disponer su inscripción en el Registro de Variedades Protegidas y el otorgamiento del correspondiente título; Reconocer el derecho de prioridad cuando la protección de una variedad haya sido solicitada previamente en el extranjero; Declarar la caducidad del derecho del obtentor y ordenar la cancelación de la inscripción en el Registro de Variedades Protegidas y del correspondiente título, cuando fuere procedente y ejercer las demás funciones y atribuciones que le encomienden las leyes y reglamentos. (Ley N° 19.342, Artículo 18).

²⁶ Ley N° 19.342, Artículo 11.

su protección. Conforme al *“Convenio de la UPOV se prevé una forma sui generis de protección por **propiedad intelectual** adaptada específicamente al proceso de fitomejoramiento y elaborada con el fin de alentar a los obtentores a desarrollar obtenciones vegetales. Las innovaciones en otras esferas de la tecnología relativas a las plantas están protegidas por otras formas de derechos de propiedad intelectual, entre ellas y en particular, las patentes.”*²⁷ En el ordenamiento jurídico chileno el derecho de propiedad intelectual es un derecho consagrado y amparado por la Constitución Política de la República en su artículo 19 número 25, sin embargo no solo se garantizan la propiedad intelectual e industrial, sino también cualquier otra creación análoga, así el inciso 3° del citado artículo establece que *“... Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.”* Esto quiere decir que jurídicamente los derechos de obtentores pueden ser amparados mediante la acción cautelar de protección toda vez que reconocerían una naturaleza jurídica de derechos de propiedad intelectual, pero del tipo de *“creación análoga”*, quedando el titular de estos derechos amparado frente a actos u omisiones arbitrarios o ilegales que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de su derecho.

Reflexión sobre el polémico proyecto de ley socialmente conocido como “Ley Monsanto” (boletín N° 6355-01)

En la actualidad, el proyecto de ley que derogaría la actual Ley N° 19.342 fue retirado de su tramitación por el actual gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet²⁸, sin embargo persisten los compromisos internacionales adquiridos por Chile al aprobar dicho proyecto. En razón de ello, analizaremos este proyecto de ley y abordaremos sus diferencias más relevantes con la Ley N° 19.342, para finalmente remitirnos someramente a algunos temas de contingencia social.

Este polémico proyecto buscaba establecer un nuevo régimen jurídico con mayores garantías para los obtentores de nuevas variedades vegetales, en orden al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV y que principalmente apuntaban a los siguientes lineamientos:

1. Aumentar los plazos de protección de las variedades vegetales protegidas: de 25 años para árboles y vides y 20 años para las demás especies.

²⁷ UPOV, capítulo 3: *La Necesidad de Proteger las Variedades Vegetales*, en *El Sistema de la UPOV de Protección de Variedades Vegetales*, Disponible en: http://www.upov.int/about/es/upov_system.html#P116_11748.

²⁸ El 17 de marzo de 2014, se anuncia por parte del actual gobierno de Chile, el retiro del proyecto de ley que derogaría la actual ley de obtentores de nuevas variedades vegetales. En palabras de la ministra secretaria general de la presidencia doña Ximena Rincón: *“el gobierno se comprometió a un análisis que resguarde los derechos de las comunidades agrícolas, los pequeños y medianos agricultores, el patrimonio de las semillas en nuestro país”*. Fuente: diario el mostrador. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/pais/2014/03/17/gobierno-retira-de-tramitacion-la-ley-monsanto-2/>.

2. Incorporar el concepto de variedades esencialmente derivadas, pues la actual ley no lo define y se limita a señalar que el derecho del obtentor sobre una variedad no impide que otra persona pueda emplearla para crear una nueva variedad, sin contar con la autorización del obtentor de la variedad primitiva que sirvió de medio para obtenerla y sólo cuando la variedad original deba ser utilizada permanentemente para la producción de la nueva, se necesitará la autorización del obtentor de ella. Con esta modificación se pretende evitar que terceros utilicen indiscriminadamente una variedad protegida sin retribuir una ganancia a su creador u obtentor.
3. Extender el alcance de la protección del derecho del obtentor, que antes solo alcanzaba al material de multiplicación de la variedad protegida y ahora sería hasta el producto de la cosecha cuando haya sido obtenido por utilización no autorizada del material de propagación de la variedad protegida;
4. Regular en términos más estrictos el privilegio del agricultor, estableciendo en el artículo 48 del proyecto de ley que: *Los agricultores podrán emplear con fines de propagación en sus propias explotaciones, parte del producto de la cosecha obtenido del cultivo en sus propias explotaciones de material de propagación de una variedad protegida, que haya sido debidamente adquirido y no sea híbrido o sintético, sólo en los siguientes casos: a) En especies de propagación por semillas, que serán establecidas en el reglamento de esta ley, y b) En la especie Solanum tuberosum L (papa). En ambos casos, los agricultores no podrán reservar para sí, por cada temporada, una cantidad de material superior a la adquirida originalmente del titular o proveedor autorizado; la observancia del cumplimiento de las disposiciones de este artículo será de responsabilidad exclusiva de los titulares de las obtenciones vegetales.* A diferencia de lo que ocurre con la actual Ley N° 19.342, que establece que el agricultor podrá utilizar para su propia explotación la cosecha de material de reproducción debidamente adquirido, pero este material no podrá ser publicitado ni transferido a cualquier título como semilla, limitándolo a fines no comerciales.
5. Se mantienen los requisitos para poder inscribir una nueva variedad vegetal. Pero respecto del requisito de novedad, se establecen algunas diferencias importantes: en la actual Ley, la novedad se remite a la variedad misma, en cambio en el proyecto de ley la novedad también se aplica al material de propagación y/o al producto de la cosecha de la variedad protegida. Otra gran diferencia está dada por los actos capaces de destruir la novedad, que en la Ley N° 19.342 están dados por la venta y comercialización de la variedad, mientras que en el proyecto de ley se contempla además de la venta de la variedad, su entrega a terceros de

otra manera, para fines de explotación de dicha variedad. Sin embargo, el proyecto de ley contempla una excepción a este requisito y en el inciso final de su artículo 6 establece que no dejará de ser nueva una variedad cuando el material haya sido entregado a terceros con fines de experimentación, investigación, desarrollo o pruebas de campo.

A nivel social y por el revuelo que ha causado este proyecto de ley, quisiéramos hacer referencia a dos aspectos esenciales en la materia:

Lo primero es advertir que tanto la Ley N° 19.342 y el proyecto de ley que derogaría la actual ley regulan y fomentan el fitomejoramiento y según la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, UPOV, el fitomejoramiento corresponde al *descubrimiento o la creación de una variación genética en una especie vegetal y la selección, dentro de esa variación, de plantas con características deseables que pueden heredarse de manera estable. Mediante la selección final de plantas superiores, los obtentores dan origen a una o más variedades vegetales. Los obtentores utilizan toda la tecnología disponible tanto para crear variaciones genéticas, como para efectuar una selección dentro de esa variación*²⁹. Para llevar a cabo este trabajo existen varias técnicas de fitomejoramiento, ya sean técnicas convencionales o de ingeniería genética³⁰.

²⁹ UPOV, *El Sistema de la UPOV de Protección de Variedades Vegetales*, Información en línea: http://www.upov.int/about/es/upov_system.html#P68_3003

³⁰ Algunos de estos procedimientos son:

1. Selección artificial y cruzamientos selectivos: El hombre selecciona las plantas que le ofrecen más ventajas (mejores frutos, mayor crecimiento, mayor resistencia a enfermedades, etc.), y realiza cruzamientos selectivos entre esas variedades para obtener descendencia con mejores rendimientos.
2. Hibridación (intervarietal, interespecífica, intergenérica): El hombre realiza cruzamientos no solo entre diferentes variedades de una misma especie, sino también interespecíficos (entre especies) e inclusive intergenéricos (entre diferentes géneros). Estos cruzamientos generan híbridos: mezcla entre dos especies o géneros diferentes, pero sexualmente compatibles que da como resultado una descendencia cuya combinación de genes será al azar, diferente de los progenitores.
3. Mutagénesis inducida (agentes mutagénicos): Esta técnica se utiliza desde mediados del siglo XX. Por medio del uso de sustancias químicas o radiaciones se inducen mutaciones al azar en el genoma que generan cambios en la planta y luego se selecciona a los individuos que presenten las características deseadas.
4. Polinización y fertilización in vitro: Existen barreras sexuales entre organismos de diferentes especies y géneros. El hombre puede atravesar estas barreras a través de la polinización (traslado del polen que contiene los gametos masculinos de la planta, hacia la estructura reproductiva femenina). Cuando el hombre aprende a polinizar artificialmente estas plantas y se genera la unión de los gametos, se pueden cultivar los embriones in vitro.
5. Cultivo in vitro de células, tejidos y órganos vegetales: También se cultivan células, tejidos u órganos en medios nutritivos en frascos. Esta técnica acompaña otras técnicas de mejoramiento vegetal. El cultivo in vitro es posible debido a que las plantas tienen una propiedad denominada totipotencialidad celular: toda célula viva e íntegra de una planta, sin importar el grado de especialización alcanzado, es capaz de regenerar una planta entera igual a la original.
6. Obtención de haploides: Cultivo in vitro de estructuras sexuales haploides que generan organismos haploides que pueden aportar caracteres agronómicos importantes.
7. Variación somaclonal (cultivo in vitro o a campo): Mediante cultivo de células o tejidos in vitro se pueden generar variaciones.
8. Ingeniería genética: Las técnicas tradicionales de hibridación mezclaron durante varios años miles y miles de genes y muchas generaciones de plantas con el fin de obtener una característica deseada. La biotecnología acelera este proceso permitiendo a los científicos tomar solamente los genes deseados

Como podemos observar, la variación genética de una variedad vegetal no es sinónimo de transgenia, si bien se da una relación de género y especie, en la práctica el fitomejoramiento abarca distintas técnicas para crear una nueva variedad y no todas ellas causan los impactos de los organismos transgénicos. Sin ir más lejos, el Instituto de Investigaciones Agropecuarias de Chile, INIA, que es el organismo público dependiente del Ministerio de Agricultura encargado de realizar las investigaciones en esta materia, *“ejecuta hoy 16 programas de mejoramiento genético vegetal, abarcando: cereales de grano pequeño (trigo, triticale, avena, arroz), maíz choclero y dulce, leguminosas de grano (porotos, lupino), papas, hortalizas, forrajeras y frutales. En su historia, INIA ha generado más de 260 variedades de las distintas especies y mantiene en el registro de propiedad del Servicio Agrícola y Ganadero, SAG, 31 variedades; además de aquellas de uso público, que están en el Listado de Variedades Oficialmente Descritas (LVOD) del SAG”*³¹. Para ello, el INIA utiliza procedimientos distintos a la transgenia para el mejoramiento de las distintas variedades que produce, a la fecha *“los impactos de estos programas son cuantiosos. Por ejemplo, 95% del trigo candeal y más del 40% del trigo harinero sembrado hoy en Chile son variedades INIA; en avena (primer producto de exportación de la Araucanía), más del 70% de la superficie sembrada corresponde a Supernova INIA; en caso del arroz, hablamos del 100%; en papa, 60% del mercado pertenece a variedades INIA; en lupino amargo, recientemente se creó Boroa INIA, a disposición de los pequeños agricultores de la Araucanía. Y desde 1962 a la fecha, las exportaciones de semilla y el abastecimiento nacional de Trébol Rosado, obedecen a trabajos del Instituto”*³².

Finalmente, señalar que llamar “Ley Monsanto” a una ley que protege el trabajo de fitomejoramiento en toda su expresión es un reduccionismo que no favorece a las demás empresas que realizan fitomejoramiento no transgénico y además corresponden a la mayoría de empresas en comparación con las empresas transgénicas que hay en Chile. La transgenia es solo una de las formas de mejoramiento genético y en Chile si bien existen empresas que cultivan transgénicos, sólo se permiten para semilleros de exportación, debemos tener presente que en la actualidad existen una infinidad de variedades vegetales modificadas por medio de otras técnicas de mejoramiento vegetal y que día a día comemos y que gozan de protección legal, por medio de los derechos de obtentores y que van en directo beneficio de la innovación y desarrollo tecnológico del país. Por lo tanto, hablar de Ley Monsanto es hablar directamente de una ley de transgénicos, puesto que esta transnacional se ha caracterizado por producir

de una planta, logrando de ese modo los resultados buscados en tan sólo una generación. Para más información sobre los procedimientos de mejoramiento genético, puede revisar la página: http://www.chilebio.cl/mejoramiento_vegetal.php#

³¹ ORTEGA, Fernando (2013), “Mejoramiento genético vegetal: Importancia para los agricultores y necesidad de UPOV ‘91”, en Revista *Tierra Adentro*, edición N° 103, publicación bimestral de junio-julio 2013, del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA), Chile, Ministerio de Agricultura, p. 4.

³² Ídem.

variedades transgénicas de maíz y soya principalmente, situación que no se condice con la realidad jurídica de la ley de obtentores de nuevas variedades vegetales. Para conocimiento público en el 2006, los senadores Alberto Espina, Juan Antonio Coloma, Eduardo Frei, Andrés Allamand y Fernando Flores presentaron el proyecto de ley sobre bioseguridad de vegetales genéticamente modificados (VGM). Entre otros puntos, la iniciativa permitía el cultivo y la comercialización de transgénicos en el país, y luego de dos años fue aprobado en primer trámite por el Senado. Ese mismo año el proyecto quedó con su trámite congelado³³.

Por otro lado es menester mencionar que el SAG mantiene una Lista de Variedades Oficialmente Descritas o LVOD que registra alrededor de 1554 variedades (fuente: página web del SAG, a octubre de 2013), figuran en esta lista las variedades inscritas en el Registro de Variedades Protegidas y que han pasado a ser de uso público, las del Registro de Variedades Aptas para Certificación y aquellas variedades de semilla que por no estar en tales registros han sido incluidas a solicitud de los interesados como semilla corriente³⁴. Esta lista es muy útil a la hora de determinar si la nueva variedad vegetal que se pretende proteger cumple con el carácter de distinta respecto del concepto de lo notoriamente conocido ya analizado. Esto quiere decir que las semillas corrientes o utilizadas de siempre por los agricultores no son susceptibles de dominio por derechos de obtentores, ya que no cumplirían con el requisito de novedad.

Conclusiones

- El sistema jurídico chileno de protección de variedades vegetales responde a una fuerte tendencia de promoción de los derechos de propiedad intelectual para incentivar el trabajo en innovación y desarrollo de nuevas tecnologías y el avance de la ciencia en el área de la biotecnología. Al día de hoy, se erige como el sistema más eficaz y garantista para proteger las creaciones de los obtentores de estas nuevas variedades.
- Asimismo, es importante no caer en el error de etiquetar todo trabajo de fitomejoramiento como transgenia, puesto que los organismos transgénicos, como ya señalamos, serían una especie dentro de los procedimientos de mejoramiento vegetal, pero no son los únicos. Debemos entender que la regulación de los transgénicos debe ser dada por un cuerpo normativo nuevo y único, puesto que la actual ley no tiene como objetivo tales medidas, sino que responde a la regulación jurídica de otra

³³ URQUIETA, Claudia (2001), "Proyecto de ley abre debate sobre cultivos transgénicos en Chile-Gobierno reimpulsó iniciativa legal que abre puerta a esta tecnología". En el diario *La Tercera*, del 17 de abril de 2011. Disponible en: <http://diario.latercera.com/2011/04/17/01/contenido/pais/31-66074-9-proyecto-de-ley-abre-debate-sobre-cultivos-transgenicos-en-chile.shtml>

³⁴ www.sag.cl

realidad como es la promoción de la ciencia y la tecnología a través del financiamiento de los fitomejoradores para impulsarlos a seguir creando nuevas plantas para nuestra comodidad, exigencias y satisfacción.

- Por otro lado, el proyecto del ley que fue retirado de su tramitación y que derogaría la actual Ley N° 19.342, para analizar de mejor manera las implicancias que pudiese tener tanto en los pequeños agricultores como en el patrimonio genético del país, según argumentos del Ejecutivo, debiera apuntar a no limitar el privilegio del agricultor, especialmente para los pequeños agricultores, que son a quienes afecta directamente, y se recomienda aplicar el principio precautorio en todos aquellos asuntos en los cuales no tengamos la certeza científica de su inocuidad para el medio ambiente y la salud de las personas. Asimismo se podrían restringir las prerrogativas dadas a los obtentores limitando a un listado las especies que pueden ser mejoradas genéticamente, que los pequeños agricultores no tengan que pagar cada vez que requieran sembrar y se les permita guardar parte de su cosecha para un próximo cultivo, aunque sea por un periodo determinado de tiempo, se debería establecer un *royalty* para los grandes agricultores.
- Paralelamente con la tramitación de este proyecto de ley, debiera legislarse sobre la protección y promoción de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales.

Bibliografía

1. Documentos de formato electrónico:

AMCHAM Chile, (2010) *La Propiedad Intelectual en Chile y el Tratado de Libre Comercio con EEUU*, serie de estudio técnicos, documento n° 2, 2010. Disponible en: <http://www.amchamchile.cl/sites/default/files/SET%20documento%202%20actualizado.pdf>.

ANPROS (2004) *Primer Seminario de Propiedad Intelectual Vegetal: "Protección de Variedades Vegetales", legislación e impacto en el sector agrícola*, resumen de las presentaciones realizadas en el seminario 2004. Disponible en: <http://www.anpros.cl/documentos//LibroSeminarioFinal.pdf>.

ANPROS (2004) *Primer Seminario de Propiedad Intelectual Vegetal: "Protección de Variedades Vegetales", legislación e impacto en el sector agrícola*, resumen de las presentaciones realizadas en el seminario 2004. Disponible en: <http://www.anpros.cl/documentos//LibroSeminarioFinal.pdf>.

Consejo de la UPOV (2002), *La Noción de Obtentor y de lo Notoriamente Conocido en el Sistema de Protección de Obtenciones Vegetales Basado en el Convenio de la UPOV*, aprobado en la decimonovena sesión extraordinaria del 19 de abril de 2002. Disponible en: <http://www.upov.int>.

ORTEGA, Fernando (2013), "Mejoramiento genético vegetal: Importancia para los agricultores y necesidad de UPOV '91", en Revista *Tierra Adentro*, edición n° 103, publicación bimestral de junio – julio 2013, del Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA), Chile, Ministerio de Agricultura. Disponible en: www.inia.cl.

SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO (2013), División Semillas. *Registro de variedades protegidas, Informe Estadístico*. Disponible en: http://www.sag.cl/sites/default/files/estadisticas_registro_de_variedades_protegidas_2013_vb_0.pdf.

VARGAS CARDENAS, Andrea (2011) *Asesoría Técnica Parlamentaria BCN, Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. Proceso de adhesión de Chile y otros países*, Área Gobierno, Defensa y Relaciones Internacionales, biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 1. Disponible en: http://transparencia.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/10958/1/89409_GRID_20110411_Chile-UPOV-1991-3-_Comentarios.doc.

UPOV (2013), *Situación en relación con la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), status de países UPOV*. Disponible en: <http://www.upov.int>.

UPOV, capítulo 3: *La Necesidad de Proteger las Variedades Vegetales*, en *El Sistema de la UPOV de Protección de Variedades Vegetales*, Disponible en: http://www.upov.int/about/es/upov_system.html#P116_11748.

URQUIETA, Claudia (2001), "Proyecto de ley abre debate sobre cultivos transgénicos en Chile-Gobierno reimpulsó iniciativa legal que abre puerta a esta tecnología." En el diario *La Tercera*, del 17 de abril de 2011. Disponible en: <http://diario.latercera.com/2011/04/17/01/contenido/pais/31-66074-9-proyecto-de-ley-abre-debate-sobre-cultivos-transgenicos-en-chile.shtml>.

2. Normas

Ley N° 19.342, que regula los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales, de noviembre de 1994.

Reglamento de la Ley N° 19.342, que regula los derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales, Decreto N° 373 de 1996 del Ministerio de Agricultura.

Decreto Ley N° 1764, que fijaba normas para la investigación, producción y comercio de semillas, del Ministerio de Agricultura de 1977.

Reglamento general del Decreto Ley N° 1764, Decreto N° 188 del Ministerio de Agricultura de 1978.

Ley N° 19.039, sobre propiedad industrial.

Convención Internacional de Variedades Vegetales UPOV en sus actas de 1978 y 1991.

Tratado internacional sobre los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.

3. Sitios web

SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO: www.sag.cl.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: www.bcn.cl.

UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBTENCIONES VEGETALES: www.upov.int.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN: www.fao.org.

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN AGROPECUARIA: www.inia.cl.

Naturaleza jurídica y potestades del Comité de Ministros en conformidad a la Ley N° 19.300

RODRIGO BENÍTEZ URETA

Profesor de Derecho Ambiental

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

EDESIO CARRASCO QUIROGA

Profesor de Derecho Ambiental

*FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
Y DE LA UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO*

JAVIER HERRERA VALVERDE

Profesor de Derecho Administrativo

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

RESUMEN: El artículo revisa en su dimensión orgánica, sustantiva y procedimental al Comité de Ministros creado por la Ley N° 20.417. Para ello se describe su estructura y ubicación dentro de la Administración del Estado. Igualmente, se explican sus potestades y el procedimiento que debe seguir a fin de resolver las reclamaciones que le son presentadas. Lo expuesto permite comprender la importancia de este órgano, explicar la forma en que funciona y los mecanismos de control a los que está sujeto.

I. Introducción

A partir de los cambios que introdujo la Ley N° 20.417 el año 2010, la institucionalidad ambiental sufrió modificaciones importantes. Si bien desde esa fecha en adelante el Ministerio del Medio Ambiente (MMA), el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) y los Tribunales Ambientales (TA) han sido objeto de análisis, poco se ha dicho acerca del rol que cumple el Comité de Ministros (Comité) en esta nueva estructura organizacional. Pese a que algunos confunden recurrentemente a este órgano con el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, no hay duda, entre otras razones adicionales, que este órgano requiere ser explicado a fin de evitar estas y otras confusiones existentes.

En efecto, es tal su importancia que buena parte de los proyectos de inversión de mayor escala están sujetos a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental

(EIA). En caso que así lo disponga el responsable del proyecto o aquellas personas que participaron del proceso de participación ciudadana si sus observaciones no fueron debidamente consideradas, la discusión del proyecto continúa ante este órgano en caso que se presenten recursos administrativos ante él. Si a eso se suma lo resuelto por la Excma. Corte Suprema a propósito del fallo referido a la central termoeléctrica "Punta Alcalde", no hay duda que su estructura, sus límites y los procedimientos de actuación que ostenta deben ser analizados detenidamente.

En tales términos, este artículo describe la naturaleza jurídica del Comité y su estructura orgánica. Posteriormente se adentra en las potestades que le han sido atribuidas, explicando sus posibilidades y límites. Finalmente, abarca las instancias procedimentales más relevantes que debe seguir a fin de adoptar una decisión.

II. Naturaleza jurídica del Comité de Ministros

2.1 El Comité de Ministros es un órgano de la Administración del Estado, no obstante la ley no describió todos los elementos fundantes de un servicio público propiamente tal

Como es sabido, el Comité fue incorporado por el artículo primero, N° 25, letra a) de la Ley N° 20.417, como un órgano de la Administración del Estado, provisto de potestades públicas para resolver los recursos de reclamación establecidos en los artículos 20, 25 quinquies y 29 de la misma ley, aun cuando su creación no haya cumplido con todos los requisitos establecidos por la Ley N° 18.575 de 1986, del Ministerio del Interior, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, para entenderlo, en términos estrictos, como un *servicio público*.

En efecto, la doctrina¹ respecto a esta materia ha indicado que los elementos que configuran los servicios públicos son aquellos que dicen relación con su terminología (naturaleza), finalidad, patrimonio, bienes, régimen jurídico, trabajadores, actos que emite, régimen de control, responsabilidad y representación.

No nos referiremos a aspectos relativos a su patrimonio, bienes, régimen jurídico, trabajadores y régimen de control, pues creemos que aquellos pueden ser perfectamente entendidas en su propia dimensión. Distinto es el caso de las demás materias señaladas, desde que respecto del Comité la Ley N° 20.417 no se refirió, en particular, a su naturaleza (terminología), responsabilidad y representación, no obstante describió su integración, atribuciones (competencia) y procedimiento.

¹ SOTO KLOSS (2012), p. 255, y SILVA CIMMA (1995), p. 67.

(i) Naturaleza organizativa

El artículo 20 de la Ley N° 19.300 nada dice al respecto. Sin embargo, es dable indicar que se trata de un *órgano colegiado* que está integrado por el Ministro del Medio Ambiente, que lo preside, y por los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Turismo; de Agricultura; de Energía y de Minería, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Como aparece a simple vista, el Comité es un órgano colegiado que está compuesto por Ministros de Estado que constituyen órganos centralizados (no personificados) que ejercen la función administrativa bajo la personalidad jurídica del Fisco, conforme lo establece el artículo 26 de la Ley N°18.575.

¿Es un órgano fiscal (no personificado)? Sí, toda vez que está integrado por los Ministros de Estado, que son órganos que ejercen la función administrativa, componen la personalidad jurídica del Fisco, y actúan bajo su manto protector.

Entonces se trata de un órgano de la Administración del Estado, aun cuando no tenga todos los elementos configurativos de cualquier servicio público, no personificado, vale decir, que actúa bajo la personalidad jurídica del Fisco.

Sin embargo, hasta ahí, la caracterización no es completa ¿Dónde se sitúa, entonces, este órgano, si supuestamente forma parte de la Administración del Estado? ¿Es un órgano del Ministerio del Medio Ambiente o bien del Servicio de Evaluación Ambiental? La respuesta no es fácil, pero desde ya podemos decir que no es posible ubicarlo en ninguno de los organismos señalados en razón de los argumentos que se exponen.

(ii) Actos que dicta

Como todo órgano colegiado o pluripersonal, las decisiones que adopta se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente, conforme señala el inciso sexto del artículo 3° de la ley N° 19.880

En este caso, conforme a lo dispuesto en la Resolución Exenta N°446, de 27 de julio de 2011, de la Dirección Ejecutiva del SEA, que contiene el Estatuto Interno de Organización y Funcionamiento del Comité (Estatuto Interno), el Director Ejecutivo tiene delegada la potestad para efectos de materializar (escriturar) los acuerdos que adopte el Comité.

Respecto de su contenido, una exigencia predicable a todo acto administrativo es que éste sea fundado (inciso cuarto del artículo 41 de la Ley N° 19.880), que

en el caso del Comité queda expresado en el artículo 20, que dispone que “*De lo resuelto mediante dicha resolución fundada, se podrá reclamar...*”.

Como se verá posteriormente, sus actos, que son de carácter administrativo, son susceptibles de ser impugnados ante el Tribunal Ambiental, conforme aparece del inciso penúltimo del artículo 20 de la Ley N° 19.300.

(iii) Responsabilidad administrativa

Existen diversos aspectos que se pueden indicar sobre este asunto. Sin embargo, en términos concretos, la responsabilidad por los daños cometidos por los órganos que integran el Comité es del Fisco. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad de la autoridad que dictó el acto, produjo el hecho o incurrió en la omisión antijurídica, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Política de la República.

(iv) Representación judicial y extrajudicial

Respecto de la representación del Comité, cabe indicar que el artículo 20 de la Ley N° 19.300 nada dice, tampoco el Estatuto Interno, por lo que sobre este aspecto entendemos que la representación extrajudicial del Comité se encuentra radicada en el Ministro del Medio Ambiente, en razón de tener atribuida por la ley la presidencia de dicho Comité, y la judicial, en el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, en conformidad con lo dispuesto en el DFL N° 1, de 1993, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, cuando el Consejo considere involucrados los intereses del Estado, sin perjuicio de la facultad del presidente del Comité de delegar en quien estime la facultad para representarlo judicialmente.

Como se puede apreciar, del texto mismo del artículo 20 de la Ley N° 19.300 se desprende que la forma en que se estructura el Comité es la colegiada. En este sentido, que no se hayan definido los elementos propios de un servicio público en caso alguno implica negarle el sentido de órgano administrativo que ejerce una función pública al referido Comité.

2.2 El Comité de Ministros no forma parte de la estructura orgánica del Servicio de Evaluación Ambiental: constituye un órgano resolutivo *sui generis*

(i) A diferencia del Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, el Comité de Ministros no forma parte del SEA

Como aparece de la historia fidedigna de su establecimiento², el Comité de Ministros fue establecido como un órgano que buscaba otorgar certeza y efi-

² Véase FERNÁNDEZ (2012), p. 176

ciencia para todos los interesados en el ejercicio de las potestades resolutorias respecto de reclamaciones, las que hasta ese entonces eran de cargo del Consejo Directivo, el cual formaba parte de la estructura orgánica de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA)³, junto con la Dirección Ejecutiva, el Consejo Consultivo y las Comisiones Regionales del Medio Ambiente⁴.

En efecto, dentro de sus competencias, se encontraba la de conocer los recursos de reclamación en materia de Estudios de Impacto Ambiental (EIA) en el caso del artículo 20, cuando dichos recursos se referían a Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) dictadas por el Director Ejecutivo de la CONAMA o por sus Direcciones Regionales.

El caso es que el citado Consejo Directivo, conforme lo disponía el artículo 71 de la Ley N° 19.300, estaba integrado por trece Ministros, es decir, bajo una lógica de integración colegiada amplia, formando parte de la CONAMA, toda vez que de acuerdo a lo preceptuado en el mencionado artículo 71 de la ley, le correspondía *“la dirección superior”* de la CONAMA, cuestión que, a mayor abundamiento, la Contraloría General de la República en el dictamen N° 31.714, de 2001, también entendió en los siguientes términos:

“Tratándose de una resolución de calificación ambiental dictada por la Dirección Ejecutiva es claro que la autoridad superior a que alude la disposición que se analiza es el Consejo Directivo, tanto porque no existe otra a la cual reconocerle esa calidad, como porque conforme a lo preceptuado en el mencionado artículo 71, a ese Consejo le corresponde la ‘dirección superior’ de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, de lo que se sigue a la vez que, por su parte, en el caso de las Comisiones Regionales, la autoridad superior a la que le corresponde conocer el recurso de reclamación de que se trata, que no puede sino ser el Director Ejecutivo, quien, como se ha dicho, es el Jefe Superior del Servicio”.

Ahora bien, según se desprende de la historia fidedigna de la Ley N° 20.417, el legislador si bien contempló un órgano colegiado para resolver estas materias, no mantuvo una disposición como la del artículo 71, que le atribuía a dicho Consejo un rol planificador, normativo y coordinador, con competencias *“más bien propias de un ministerio que de un servicio público”*⁵, lo que refleja la intención del legislador de excluir a este órgano de la estructura orgánica del SEA, otorgándole, al efecto, precisas potestades de carácter resolutivo en relación a los recursos de reclamación del responsable del proyecto o actividad y de la ciudadanía.

³ CORDERO VEGA (1996), p. 85.

⁴ Aun cuando, siguiendo a BERMÚDEZ (2007), p. 215, no representaba un ente jerárquico de la COREMA.

⁵ CORDERO VEGA (1996), p. 89.

(ii) El Comité de Ministros tiene potestades de revisión respecto de los actos administrativos del SEA, por lo que no puede formar parte del órgano cuyos actos son revisados administrativamente

Conforme se ha explicado, la Ley N° 20.417⁶, en virtud del inciso cuarto N° 2 del artículo 65 de la Constitución Política de la República, dispuso la creación de un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica, patrimonio propio y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente denominado SEA, cuya función principal consiste en administrar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y calificar ambientalmente los proyectos o actividades que ingresan a dicho sistema, conforme al artículo 10 de la Ley N° 19.300.

Por otra parte, el legislador también dispuso el establecimiento de un órgano colegiado o pluripersonal, no personificado, de carácter resolutivo (el Comité), encargado de conocer y resolver los recursos de reclamación de los artículos 20, 25 quinquies y 29 de la Ley N° 19.300.

Como aparece de manifiesto, se trata de dos órganos distintos. Uno que administra y califica ambientalmente, el SEA, cuya "administración y dirección superior del Servicio estará a cargo de un Director Ejecutivo, quien será el Jefe Superior del Servicio y tendrá su representación legal", conforme lo señala el artículo 82 de la Ley N°19.300; y otro que resuelve, con potestades amplias, si lo calificado se ajusta a derecho y al mérito de la evaluación ambiental.

Si se pensare en un sentido contrario, esto es, que si el Comité formara parte del SEA, ocurriría que órganos centralizados (no personificados) como sus integrantes, formarían parte de un servicio público descentralizado y personificado. Así, de esa forma, se quebrantaría el sentido más puro de la descentralización, como mecanismo para atenuar la centralización, que implica "sacar del centro" la gestión de un sector de la Administración en virtud de una ley para radicarla en un órgano con autonomía normativa, financiera y de gestión propia⁷, sujeto, en este caso, a la supervigilancia del Ministerio del Medio Ambiente.

En segundo lugar, si se estimare que el Comité de Ministros forma parte del SEA, sus órganos serían dependientes del Director Ejecutivo del SEA, en tanto Jefe Superior del Servicio, bajo el *principio de jerarquía*, cuestión que carece de todo asidero jurídico desde que los órganos centralizados están sometidos a la confianza exclusiva del Presidente de la República, especialmente en relación

⁶ Para un panorama general sobre la nueva institucionalidad ambiental, véase el trabajo de BOETTIGER (2010), pp. 429-454, quien explica, adecuadamente, su origen, tramitación y aprobación. Igualmente, el trabajo de BERMÚDEZ (2013a), p. 485-491. También se pueden encontrar antecedentes y fundamentos en HERVÉ, GUILLOF Y PÉREZ (2010), 288 pp.

⁷ SOTO KLOSS (2012), p. 253.

con los Ministros de Estado, no obstante que sus potestades para efectos de conocer y revisar la juridicidad de las reclamaciones hayan sido conferidas por una ley distinta a su ley orgánica respectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que si bien el Comité no forma parte del SEA ni viceversa, ambos órganos se relacionan jurídicamente para efectos de conocer de las reclamaciones presentadas según los artículos 20, 25 quinquies y 29 de la ley N° 19.300, considerando, especialmente, que la tramitación del procedimiento de esos recursos requiere la dictación de una serie de actos administrativos de mero trámite, previos a su resolución definitiva por el Comité, todo ello bajo los *principios de coordinación*⁸, *cooperación*⁹ y *de lealtad institucional*¹⁰, lo que implica no sólo la articulación de la actuación administrativa para optimizar la intervención, sino también, como lo afirma el profesor Sánchez Morón, para que ciertos deberes recíprocos entre Administraciones puedan materializarse, tales como: (i) respetar el ejercicio legítimo de competencias ajenas; (ii) ponderar en el ejercicio de las competencias propias todos los intereses públicos afectados; (iii) facilitar información a las Administraciones para el ejercicio de sus propias competencias; y (iv) prestar la cooperación y asistencia activas que otras Administraciones pudieran precisar.

Como se puede apreciar, la circunstancia que el SEA constituya un servicio público descentralizado, significa que la ley lo ha dotado de personalidad jurídica, con el fin de darle mayor autonomía de gestión e independencia respecto al Poder Central, pero siempre bajo la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente, por lo que si el Comité formase parte de ese organismo, desde luego, tal independencia y autonomía se vería disminuida.

(iii) La Corte Suprema ha entendido que la relación entre el SEA y el Comité es de supervigilancia y no de jerarquía

En efecto, la Excm. Corte Suprema, en la sentencia de fecha 17 de enero de 2014, recaída en los autos Rol N° 6563-2013, particularmente en su considerando décimo noveno, ha señalado que:

“...el Comité de Ministros previsto en el artículo 20 de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente no es su superior jerárquico (respecto del SEA), pues no existe a su respecto una relación de subordinación o dependencia.

Por el contrario, la revisión que cabe efectuar al referido Comité de Ministros respecto de la decisión emanada de la Comisión de Evaluación no puede sino

⁸ COSCULLUELA (2012), p. 171-173.

⁹ SCHIMDT-ASSMAN (2003), p. 391.

¹⁰ SÁNCHEZ (2012), p. 266.

ser calificada como un acto de tutela, o de control administrativo o de supervigilancia, emanado de un vínculo distinto del jerárquico”.

Como es dable apreciar, el SEA y el Comité no están sujetos al principio de jerarquía entre ellos, toda vez que no hay a su respecto un *“sistema de estructuración escalonada, y normalmente piramidal, de los diversos órganos y en virtud del cual los del nivel superior mandan sobre los del inferior, cuya actividad dirigen y controlan para reducir a unidad y coordinar hacia un determinado fin la actividad del conjunto”*¹¹. Por el contrario, existe un vínculo distinto, de supervigilancia, que significa que no habiendo un vínculo de dependencia, únicamente existe un *“control que los agentes del Estado ejercen sobre los actos de los órganos descentralizados para hacer respetar la legalidad, evitar abusos y preservar el interés nacional en el ámbito de los intereses locales o técnicos”*¹².

2.3 Existe una distinta regulación jurídica de ambos órganos: Comité de Ministros y SEA.

Respecto de este aspecto, cabe indicar que se trata de órganos regulados en dos Títulos y Párrafos distintos: el SEA, regulado en cuanto a su composición, atribuciones y funcionamiento en el Párrafo 6° denominado: *“Del Servicio de Evaluación Ambiental”* inserto en el Título Final de la ley denominado *“Del Ministerio del Medio Ambiente”*, y por su parte, el Comité, regulado en el párrafo 2° *“Del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”*, inserto en el Título II denominado: *“De los Instrumentos de Gestión Ambiental”*.

Lo anterior explica algo evidente, pues si se tratase de órganos dependientes estarían regulados en el mismo Título, cuestión que no ocurre en el presente caso, desde que se ha entendido al Comité como un garante y revisor de la juridicidad y mérito técnico de las RCA de los EIA y de las resoluciones que realicen una revisión de la RCA al amparo de lo dispuesto en el artículo 25 quinquies, potestades exclusivas y excluyentes que lo configuran como un órgano dotado de una finalidad pública distinta a la del SEA.

Como puede apreciarse, la competencia atribuida por la ley al Comité se refiere a la revisión de la juridicidad de determinadas actuaciones de un órgano de distinta naturaleza, como lo es el SEA, por lo que carecería de todo asidero considerar como parte de ese Servicio al Comité que es la instancia que precisamente ha dispuesto la ley para efectos de conocer y resolver dichos recursos.

En tales términos, y bajo una lógica funcional del SEIA, es dable pensar que el legislador distinguió entre ambos órganos con la finalidad de que la instancia

¹¹ PARADA (2012), p. 42.

¹² ARGANDOÑA (1985), p. 80. En el mismo sentido, SOTO KLOSS (2012), pp. 194-195.

recursiva –al menos en los recursos que la ley le confiere competencia– fuese conocida por un órgano de naturaleza y rango legal diferenciado.

En consecuencia, el Comité al estar integrado por órganos centralizados o no personificados, y que actúan en el derecho público bajo la personalidad jurídica del Fisco, no forma parte de la estructura orgánica del SEA, desde que este fue creado por la ley N° 20.417 como un órgano dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio para ejercer las potestades que le ha encomendado la Ley N° 19.300, y que se refieren especialmente a la administración del SEIA, conforme lo señala la letra a) y siguientes del artículo 81 de la ley.

III. Potestades del Comité de Ministros

3.1 Las razones de una búsqueda interpretativa

Revisada la estructura orgánica del Comité establecida en el artículo 20 de la ley N° 19.300, corresponde adentrarse en el estudio de las potestades que el legislador le ha atribuido. Sin duda se trata de una materia de sumo interés en el marco del SEIA, puesto que gran parte de la fase recursiva recae en este órgano colegiado.

Han sido ya objeto de discusión los alcances de esta potestad y si el Comité puede, en definitiva, autorizar proyectos rechazados en la instancia regional, imponer nuevas exigencias o condiciones, o rechazar proyectos que habían obtenido una calificación favorable. Es, sin duda, una pregunta de vital importancia, puesto que de su respuesta depende que el Comité pueda participar activamente en la gestión ambiental del país, o por el contrario, ser un ente pasivo, limitado únicamente a analizar vicios de legalidad formal.

Nos enfrentamos entonces a la necesidad de mirar con detenimiento el campo de actuación del Comité. Sus posibilidades y límites. Sus márgenes de actuación. En otras palabras, cuáles son las facultades del Comité para resolver las reclamaciones presentadas. Obviamente el margen lo fija el propio artículo 20 y el tenor propio de cada reclamación administrativa. No obstante, tanto la norma señalada como el detalle de cada recurso son insuficientes para arribar a una conclusión certera respecto de sus potestades.

3.2 Las potestades conferidas al Comité de Ministros

Como es sabido, las potestades conferidas por la ley al Comité se refieren a materias relacionadas con la revisión de determinados actos administrativos que emanan del SEA, entre las cuales se cuenta:

- i) Conocer y resolver los recursos de reclamación que se presenten en contra de las resoluciones que rechacen o establezcan condiciones o exigencias a un EIA, en conformidad al artículo 20 de la Ley N° 19.300, cuando éste sea presentado por el responsable del proyecto.

Asimismo, cuando dicho recurso sea presentado por las personas que hubieren formulado observaciones al EIA y que estimaren que sus observaciones no han sido consideradas, en conformidad al artículo 29 de la Ley N° 19.300; y,

- ii) Conocer y resolver las reclamaciones en contra de las resoluciones que realicen la revisión de una RCA, de acuerdo al artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300.

Como se puede apreciar de una simple lectura, al Comité se le han conferido potestades para efectos de revisar (i) la juridicidad, oportunidad, y conveniencia de las RCA en cuanto a las condiciones o exigencias impuestas o bien cuando en los fundamentos de la misma las observaciones opuestas no hubieren sido debidamente consideradas; y (ii) controlar la legalidad y mérito técnico de la resolución que realice la revisión de la RCA, conforme al artículo 25 quinquies.

3.3 La regulación general de los recursos administrativos

Los recursos administrativos constituyen una garantía para el administrado¹³, al permitirle a la propia Administración la revisión y el control de sus propios actos¹⁴, pudiendo evitar las perniciosas consecuencias de un actuar errado, así como también que se concurra innecesariamente a la vía jurisdiccional. Esta institución permite, de esta manera, la modificación o anulación de un acto administrativo cuando sus efectos puedan generar algún tipo de perjuicio a sus destinatarios.

Así, este tipo de recursos pueden definirse como *“mecanismos dispuestos en favor de los ciudadanos, de carácter impugnatorio, en los que se solicita por razones de legalidad o mérito, y ante la propia Administración, que un acto administrativo previamente dictado sea dejado sin efecto”*¹⁵.

Tal como dispone el artículo 10 de la Ley N° 18.575: *“Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley... sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”*, lo que demuestra, entonces, que nuestro ordenamiento considera una regla general¹⁶ aplicable a cualquier

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2011), p. 534; ESCUÍN Y BELANDO (2011), p. 38; PAREJO (2012), p. 619.

¹⁴ BERMÚDEZ (2013), p. 10.

¹⁵ BERMÚDEZ (2011), p. 181.

¹⁶ BERMÚDEZ (2013), p. 11.

clase de acto administrativo, lo cual permite a la Administración volver sobre lo actuado y enmendar, en su caso, una decisión errada¹⁷.

En la misma línea, el inciso tercero del artículo 15, el artículo 56 y el inciso final del artículo 59 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, se refieren a principios generales en materia de impugnación de actos administrativos.

En primer lugar, el inciso tercero del artículo 15 establece que *“La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo”*. Con ello, se reconoce la facultad del órgano revisor para actuar por sí mismo, no exigiéndose necesariamente retrotraer un procedimiento a la etapa anterior al recurso, siendo perfectamente factible que la decisión sobre el recurso sea en sí misma el acto de reemplazo.

Por su parte, el artículo 56 dispone que: *“La autoridad correspondiente ordenará que se corrijan por la administración o por el interesado, en su caso, los vicios que advierta en el procedimiento, fijando plazos para tal efecto”*. Por tanto, existiría una potestad amplia de subsanación de vicios por parte de la autoridad revisora.

Finalmente, el inciso final del artículo 59 señala que *“La resolución que acoja el recurso podrá modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado”*. Es decir, el ámbito de decisión del ente revisor es sin duda extenso y no encuentra mayores limitaciones en las reglas generales del derecho administrativo.

De la lectura de las disposiciones citadas, no queda duda alguna que desde el punto de vista del derecho administrativo general, existe la posibilidad de que la Administración vuelva sobre sus actos y, al respecto, los órganos a cargo de ello tengan una amplia facultad revisora.

Lo anterior ha sido, además, reconocido por el Tribunal Constitucional al señalar que:

*“Los recursos son mecanismos destinados a pedir ante la misma autoridad que dictó el acto, o ante su superior, que revise, modifique o enmiende lo resuelto por ella misma previamente. Los recursos administrativos son una manifestación del principio de impugnabilidad (artículo 15, Ley N° 19.880). Dicho principio es parte de la garantía que para las personas significa todo procedimiento administrativo”*¹⁸.

¹⁷ ESCUÍN Y BELANDO (2011), p. 42.

¹⁸ Considerando vigésimo de la sentencia del Excelentísimo Tribunal Constitucional, de fecha 18 de octubre de 2011, recaída en los autos rol N° 2036-11.

3.4 Análisis particular de la norma fundante del recurso de reclamación: artículo 20 de la Ley N° 19.300

Para un correcto análisis, se hace pertinente revisar de qué manera la ley ambiental recoge el recurso de reclamación y cuál es el alcance que le otorga.

En efecto, el artículo 20 a que se ha hecho referencia establece en su inciso primero que:

“... En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería”.

Como se puede apreciar, el citado artículo establece una reclamación administrativa que constituye una *“vía administrativa especial de impugnación que opera en sede administrativa, al margen o sin perjuicio del mecanismo judicial de impugnación previsto en la misma norma”*¹⁹, en términos parecidos al recurso jerárquico o de alzada, pero sin constituir uno de esta naturaleza, desde que, como se ha explicado respecto de la potestad de revisión, existe un vínculo de supervigilancia o tutela y no de jerarquía.

De esta manera, en lo que se refiere al Comité, procede el recurso de reclamación bajo dos supuestos:

- i) Por parte del responsable de un proyecto o actividad sólo tratándose de un EIA, y en dos escenarios diversos: (a) cuando se rechace el proyecto; y, (b) cuando aprobado un proyecto se establezcan condiciones o exigencias; y
- ii) Cuando de conformidad al artículo 29 de la Ley N° 19.300 las personas naturales o jurídicas que han formulado observaciones al proyecto evaluado ejerzan el recurso de reclamación ante el Comité en los mismos términos que se indican en el artículo 20, esto es, tratándose de un EIA y sólo en la medida en que sus observaciones *“... no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental”*.

Por su parte, el inciso final del artículo 20 de la Ley N° 19.300, que entrega la competencia al Comité para resolver, dispone que:

¹⁹ FERRADA (2013), p. 6.

“La resolución que niegue lugar o que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, será notificada a todos los organismos del Estado que sean competentes para resolver sobre la realización del respectivo proyecto o actividad”.

En consecuencia, revisadas las normas descritas, ¿cuáles son las implicancias del inciso que se ha reproducido? Sin duda que muchas, pero la más relevante es que el Comité tiene un margen amplio para resolver las reclamaciones que le son presentadas. Estas se traducen en que el Comité puede:

- i) Revocar una RCA favorable o desfavorable respecto de un proyecto o actividad; y/o
- ii) Permitir el establecimiento de condiciones o exigencias a un proyecto o actividad, lo que puede resultar en la adición o eliminación de determinadas condicionantes en relación a los impactos que puedan generarse.

Todo lo anterior en la medida que lo haga de manera fundada, razonada²⁰ y cumpliendo plenamente con el principio de proporcionalidad²¹.

Lo expuesto guarda relación a su turno con el D.S. N° 40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que dispone en sus incisos segundo y tercero del artículo 81:

“La resolución que resuelva la reclamación se fundará en el mérito de los antecedentes que consten en el respectivo expediente de evaluación del Estudio o Declaración, los antecedentes presentados por el reclamante y, si correspondiere, los informes evacuados por los órganos y por el o los terceros requeridos.

Si la resolución acoge la reclamación, deberá indicar expresamente las partes de la resolución reclamada que serán modificados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 de este Reglamento”.

De la norma transcrita se sigue que el Comité se encuentra plenamente facultado para calificar el proyecto en forma favorable o desfavorable, y en el primer caso, para hacer enmiendas en forma directa a la resolución recurrida.

Se puede concluir, así, preliminarmente desde el prisma de la legislación propiamente ambiental que regula el SEIA y que crea el Comité, que su competencia puede definirse como *amplia* para efectos de la toma de decisiones. Dicho de otro modo, el Comité encuentra en su ley un margen de apreciación que

²⁰ Véase MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2011).

²¹ Véase ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012).

va más allá de un control estricto de legalidad, pudiendo referirse a aspectos como la oportunidad, mérito y conveniencia de las condiciones o exigencias impuestas, pudiendo, incluso, aprobar o rechazar en la medida que eso no implique un ejercicio de evaluación propiamente tal.

Lo anterior ha sido reconocido en forma expresa por la Excma. Corte Suprema últimamente al indicar que:

*"... así las cosas, resulta evidente que la competencia del Comité de Ministros establecido en el artículo 20 de la Ley N° 19.300 es amplia y le permite, basado en los elementos de juicio que apareje el reclamante y en los que el mismo recabe, revisar no sólo formalmente la decisión reclamada, sino que, además, puede hacerlo desde el punto de vista del mérito de los antecedentes, circunstancia que le habilita, a su vez, para aprobar un proyecto inicialmente rechazado, aplicándole, si lo estima necesario, condiciones o exigencias que, a su juicio, resulten idóneas o adecuadas para lograr los objetivos propios de la normativa de protección medioambiental, incluyendo entre ellas medidas de mitigación o compensación que tiendan a la consecución de ese fin y, especialmente, a la salvaguardia del medio ambiente y de la salud de la población que podrían ser afectados por el respectivo proyecto"*²².

Pero no sólo se trata de una potestad amplia. La propia Corte ha señalado en el mismo fallo citado que el Comité tiene un rol de "tutela" al señalar que:

*"Por el contrario, la revisión que cabe efectuar al referido Comité de Ministros respecto de la decisión emanada de la Comisión de Evaluación no puede sino ser calificada como un acto de tutela, o de control administrativo o de supervigilancia, emanado de un vínculo distinto del jerárquico"*²³.

Por lo anterior, la propia Corte afirma que:

*"En cuento a las atribuciones que el poder central reserva para sí en lo relativo a los procedimientos de tutela sobre actos, se ha sostenido que ellos "pueden referirse a la legalidad o a la oportunidad o mérito de los mismos" (op. cit, página 106), de lo que se deduce que una reclamación como la prevista en el artículo 20 de la Ley N° 19.300 no se halla restringida, por su propia naturaleza, a meras consideraciones de legalidad, sino que puede extenderse también a otras de mérito, oportunidad o conveniencia, lo que se ha de determinar al tenor de la disposición legal respectiva"*²⁴.

²² Rol N° 6563-2013, considerando 22.

²³ Rol N° 6563-2013, considerando 19.

²⁴ Considerando vigésimo de la sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 17 de enero de 2014, Rol N 6563-2013.

De esta forma, la potestad que se le reconoce al Comité no sólo es amplia –lo que abarca asuntos de legalidad, mérito, oportunidad o conveniencia–, sino de “tutela”, lo que, a juicio de la Corte, se refiere al control, apreciación que es correcta pero insuficiente en cuanto a la acepción que a la tutela se le da en nuestro derecho.

Tal es así, que la tutela está entendida no sólo en su dimensión controladora, como lo hace el fallo citado de la referencia en relación al derecho administrativo, sino también en relación a la protección de derechos y de recursos efectivos para hacerlos valer, no debiendo existir dificultades o entorpecimientos para el ejercicio de ese control. En otras palabras, la tutela entendida en sentido amplio resguarda que ante el Comité haya una igual protección de los derechos de las personas que recurren ante él como de quienes puedan verse afectados por sus decisiones, incluyendo un justo y racional procedimiento ante dicho órgano²⁵. Para ello, tanto las reclamaciones del responsable del proyecto como de quienes participaron en el proceso de participación ciudadana deben recibir el mismo trato.

3.5 La congruencia como principio orientador

Expuestas las competencias con que cuenta el Comité, no puede dejarse de señalar que en su forma de resolver debe, también, ajustarse a cierta congruencia administrativa, particularmente en relación al expediente.

En este sentido, y como bien señala Escuin Palop, “*El ámbito de revisión está determinado, pues, no por las cuestiones que plantee el expediente, sino por las pretensiones del recurrente, de tal manera que los aspectos del acto impugnado cuya revisión no se pide expresamente quedan consentidos*”²⁶. Es decir, la autoridad administrativa puede revisar el acto administrativo impugnado sólo según el margen que definan el o los recurrentes en sus pretensiones. En definitiva, la competencia para actuar se encuentra acotada por las peticiones concretas formuladas. De esta manera, la autoridad al resolver una reclamación debe necesariamente atenerse a lo pedido por las partes.

Como resultado de la aplicación de este principio, tenemos que el Comité encuentra en la propia reclamación el ámbito de su competencia. De ello se sigue que si en el recurso se solicita, por ejemplo, revocar la calificación ambiental de un proyecto, el Comité se encuentra plenamente facultado para ello. En el mismo sentido, si se solicita calificar favorablemente un proyecto o actividad que ha sido rechazado en una primera instancia, o imponer o eliminar una

²⁵ Véase BORDALÍ (2011), para efectos de comprender adecuadamente el concepto de tutela en relación a la protección de derechos en el ámbito judicial.

²⁶ ESCUÍN Y BELANDO (2011), p. 203.

condición impuesta (medida de mitigación, compensación o restauración), ello implica que también tendría atribuciones para ello.

Lo anterior cabe, como es lógico, dentro de esa potestad amplia que la Corte Suprema le ha reconocido recientemente. No obstante, una discusión distinta es si el Comité puede, con antecedentes nuevos o distintos a los que tuvo presente la Comisión de Evaluación respectiva, cambiar la decisión del órgano calificador.

Al respecto, si bien la Corte Suprema ha estimado conforme un proceder en tales términos, el profesor Luis Cordero ha manifestado una opinión contraria, señalando que la *"...respuesta en tal caso me parece que es negativa y excede la regla de resolución de los recursos. La verdad es que en este caso no es que se produzcan diferencias de apreciación (legalidad – oportunidad) sobre un mismo expediente administrativo, que admita una nueva revisión en base a los mismos antecedentes. Sino que, por el contrario, los hechos debatidos son distintos en un lugar que en otro, porque hay algo (la medida de compensación ofrecida) que no formó parte de la evaluación original. En tal caso, la decisión excede los ámbitos del recurso administrativo y revive ficticiamente la evaluación original. El voto de mayoría confunde, en mi opinión, las competencias de las que dispone el organismo que resuelve el recurso para requerir antecedentes con el propósito de ilustrar una decisión sobre la base de un procedimiento ya instruido, con la potestad de realizar una evaluación ex novo"*²⁷.

Sin perjuicio de la opinión del profesor Cordero, no hay duda, a partir del fallo ya citado reiteradamente, que estamos ante una discusión que, al menos desde la perspectiva del régimen de recursos administrativos en el ámbito ambiental, parece abierta y sujeta a un escrutinio estricto, situación necesaria a fin de resolver y precisar los márgenes de una competencia que pese a su amplitud requiere contornos que la delimiten.

IV. Procedimiento aplicable a las reclamaciones que se ventilan ante el Comité de Ministros

Habiendo ya explicado la estructura, el lugar y las competencias que tiene el Comité dentro de la Administración del Estado, conviene detenerse en el procedimiento que este debe seguir a fin de resolver las reclamaciones que le son presentadas.

En ese sentido, debemos anotar que con la interposición del recurso de reclamación se abre un nuevo procedimiento, en este caso recursivo, desde que la

²⁷ CORDERO VEGA (2014).

*"interposición de ellos (los recursos administrativos) provocará siempre el inicio de nuevo procedimiento administrativo; esta vez, de segundo grado o recursivo..."*²⁸.

Por eso, debemos detenernos en la actual ley a fin de definir qué nos dice esta sobre la forma en que los recursos sometidos a su conocimiento deben resolverse. Así, el artículo 20 de la ley dispone, dentro de los aspectos procedimentales, lo siguiente:

4.1 Legitimación activa

De acuerdo a los artículos 20 y 29 de la ley, el responsable del proyecto o quienes hayan participado del proceso de participación ciudadana y sus observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en la RCA de un EIA, pueden interponer los recursos administrativos correspondientes ante este órgano. La importancia de lo señalado estriba en que de lo resuelto por el Comité puede reclamarse, posteriormente, ante el Tribunal Ambiental competente.

Pese a que ambos artículos son claros en reconocer este derecho a las partes intervinientes en el procedimiento de evaluación o que se apersonen a él²⁹, este no es un asunto pacífico. De hecho, actualmente, ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, esta situación se encuentra controvertida, habiendo ya dicho tribunal definido que la determinación de la legitimidad activa para reclamar ante él –cuestión que incide en la legitimación activa previa para recurrir administrativamente ante el Comité– puede ser resuelta en la sentencia definitiva³⁰.

Pese a eso, estimamos que el agotamiento previo de la vía administrativa³¹ es el presupuesto básico del contencioso-administrativo ambiental. Por lo tanto, la acción judicial contemplada en los números 5) y 6) del artículo 17 de la Ley N° 20.600 presupone un reclamo administrativo anterior. En consecuencia, es la legitimidad activa ante el Comité (en sede administrativa) la que abre, posteriormente, una legitimidad activa ante el Tribunal Ambiental competente (en sede judicial).

Lo expuesto coincide con lo señalado por el profesor Jorge Bermúdez, quien ha señalado que la acción ante el tribunal ambiental competente importa el agotamiento previo de la vía administrativa, lo *"que implica la interposición de los recursos administrativos especiales a que se refiere el art. 20 LBGMA"*. Para ello,

²⁸ MORAGA (2010), pp. 271-272.

²⁹ Útil para estos efectos es el artículo 21 y sus respectivos numerales de la Ley N° 19.880, el que fija criterios para determinar la calidad de interesado en un procedimiento administrativo. Véase, también, FERRADA (2013).

³⁰ Véase la causa Rol N° 16- 2013. Disponible en www.tribunalambiental.cl.

³¹ En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011), pp. 536-538.

añade, corresponde sólo al *"titular del proyecto o actividad sometido al SEIA"* o a las *"organizaciones ciudadanas"* cuyas *"observaciones no fueron consideradas en la RCA"* la posibilidad de interponer dicha acción³².

Sin perjuicio de lo descrito, conviene detenerse, también, en la determinación de la legitimidad activa para solicitar la revisión de una RCA en conformidad al artículo 25 quinquies de la ley. La razón estriba en que dicho artículo en su inciso final dispone que el acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20, es decir, ante el Comité.

Desde ya, conviene explicar que la acción ante el Comité procede únicamente en caso que el acto administrativo realice la revisión. De esta forma, en caso de no revisarse la RCA, total o parcialmente, no hay acción administrativa ante este órgano. Todo, sin perjuicio de las acciones generales, administrativas y judiciales, que el ordenamiento jurídico nacional dispone.

No obstante, un asunto importante está dado por la legitimación activa para acudir ante el Comité, toda vez que su regulación es distinta a la dispuesta en relación a los recursos de reclamación referidos a proyectos o actividades previamente calificados. En efecto, dicha norma dispone que podrá revisarse la RCA *"de oficio o a petición del titular o del directamente afectado"*. De esta forma, el margen de legitimación activa para posteriormente recurrir ante el Comité se extiende en este caso no sólo al titular o responsable del proyecto (incluso cuando se solicita de oficio o por el directamente afectado), sino también a una categoría más amplia: el directamente afectado. Por lo tanto, la pregunta evidente es ¿Quiénes son los directamente afectados cuando ejecutándose un proyecto las variables evaluadas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas variaron sustantivamente en relación a lo proyectado o no se verificaron?

Despejado el hecho que el titular puede ser uno de estos legitimados, lo concreto es que por directamente afectados nos referimos a aquellos que sufran de manera evidente un perjuicio por el cambio o no verificación de las variables ambientales del proyecto o actividad. Para ello, y como una forma de acotar y de otorgar algunos criterios que permitan precisar dicho carácter, lo que en ningún caso constituye un límite a dicha calidad, creemos que la propia ley nos da un punto de partida en su caracterización.

Es evidente, si se razona en clave ambiental –no siendo por cierto esta la única arista para entender la calidad de afectado–, que si está en riesgo la salud de ciertas personas producto del cambio no previsto en los efluentes, emisiones o residuos, hay un menoscabo a ciertos recursos naturales en cantidad o ca-

³² BERMÚDEZ (2013), p. 504.

alidad que utilizan ciertas comunidades; o es necesario un reasentamiento o relocalización de personas, todo producto de variables ambientales que no evolucionaron en la forma prevista o no se verificaron en un proyecto o actividad determinada, quienes estén en esas situaciones u otras análogas tendrían, razonablemente, la calidad de afectados³³.

Pero ello no es suficiente. Deben ser “directamente” afectados, por lo tanto, deben estar en una posición subjetiva y jurídica tal, que permita determinar claramente un vínculo causal entre esa afectación y las variables que se reclaman no haber evolucionado en la forma prevista o que no se verificaron, siendo esencial para determinar aquello si el afectado se encuentra dentro o fuera del área de influencia del proyecto.

En otras palabras, la calidad de directamente afectado presupone un “interés”, el que en ningún caso puede limitarse estrictamente a uno de carácter patrimonial, actual y directo, sino a uno que, sin excluir su visión tradicional, incorpore los criterios de naturaleza ambiental descritos.

Esta interpretación ha sido, además, recientemente desarrollada por el Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia de fecha 3 de marzo de 2014, en la causa Rol N° 6 – 2013 (acumulada en relación al Rol N° 7 y Rol N° 8 del mismo año). Dicho tribunal ha señalado, pese a que lo hace bajo la lógica del derecho administrativo sancionador a la luz del número 3) del artículo 18, señalando que directamente afectados son aquellos que, por ejemplo, “*habitan o desarrollan sus actividades en el área de influencia del proyecto*”³⁴. Para ello, reafirma más adelante, al referirse a la calidad de directamente afectado, que el incumplimiento de la RCA por la compañía afecta directamente a quienes “*habitan o realizan actividades dentro del área de influencia del proyecto, ya que los mayores incumplimientos se relacionan con el componente agua, principal elemento de preocupación para cualquier regante que se encuentre dentro del área de influencia*”³⁵. Por eso, señala el tribunal, el habitar o realizar esas actividades constituye un “*criterio fundamental para determinar su calidad de ‘directamente afectados’*”³⁶.

4.2 Plazo de resolución

A fin de resolver las reclamaciones, el Comité dispone de un “*plazo fatal de sesenta días contado desde la interposición del recurso*” (inciso primero). Sin

³³ Es importante señalar que otras normas del ordenamiento jurídico nacional, como el número 17 del artículo 3° de la ley N° 18.410, también se refieren a la categoría de “afectado” ante el desperfecto de instalaciones eléctricas de diversas índole quienes pueden reclamar ante la Superintendencia de Electricidad y Combustible.

³⁴ Considerando décimo séptimo.

³⁵ Considerando décimo noveno.

³⁶ Considerando vigésimo.

perjuicio de esta disposición, debemos señalar que los plazos para la Administración del Estado no son fatales. Lo importante es el cumplimiento del deber impuesto por ley al órgano respectivo, sin desmedro de las responsabilidades que se originen.

Es importante señalar que los plazos fatales son una excepción en la legislación administrativa vigente y, como tales, al ser de derecho estricto, deben ser expresamente señalados por el texto legal. Es así como la Contraloría General de la República ha señalado en reiteradas ocasiones que la *“dilación no incide en la validez del procedimiento llevado a cabo, teniendo en consideración que, por regla general, la Administración puede cumplir válidamente sus actuaciones en una fecha posterior a la preestablecida, atendido que los plazos que la rigen no tienen el carácter de fatales, lo que debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en que puedan incurrir los causantes de tal retardo”*³⁷.

En vista de lo expuesto, el simple vencimiento del plazo para resolver no origina por sí sólo la ineficacia de las actuaciones administrativas que se realicen con posterioridad, por lo que difícilmente pueden llegar a constituir un vicio de ilegalidad propiamente tal. Sin embargo, debe señalarse que la Corte Suprema, recientemente, ha exhortado al Comité a que sus acuerdos coincidan, en la oportunidad correspondiente, con la resolución que se pronuncia sobre las reclamaciones del proyecto, señalando que, en todo caso, *“es la autoridad la cual debe cuidar de entregar su decisión en la misma oportunidad en que extiende la resolución fundada”*³⁸.

4.3 Solicitud de informes

Una vez presentado el recurso, el Comité de Ministros *“deberá solicitar siempre informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación ambiental”* (inciso tercero). Esta norma está en concordancia con lo dispuesto por el artículo 37 de la ley N° 19.880, que dispone que para la resolución de un procedimiento, *“se solicitarán aquellos informes que señalen las disposiciones legales y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de requerirlos”*.

Obviamente, la ley ha exigido al Comité pedir informes a los organismos sectoriales que participaron en la evaluación, pero nada dice respecto de su valor probatorio. Esta disposición pretende que la decisión del Comité sea motivada y que ciertamente, como se verá más adelante, guarde armonía o congruencia

³⁷ Dictamen N° 49.044, de 2013. En ese sentido, se aplica el criterio contenido en el dictamen N° 77.444, de 2012.

³⁸ Considerando noveno de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de enero de 2014, Rol N° 6.563-2013.

con el procedimiento llevado adelante ante la autoridad que calificó previamente el proyecto o actividad (Comisión de Evaluación o Director Ejecutivo).

Con independencia de lo que resuelva el Comité, lo que se espera es que esos informes se evacúen también fundadamente y los servicios correspondientes lo hagan dentro del ámbito de su competencia. Si bien es el oficio enviado por el Comité el que determina los límites de esas respuestas por parte de los servicios requeridos, no hay duda que dichas opiniones deben ser técnicas, pues permiten *"ilustrar o servir de fundamento a las resoluciones a dictar por el órgano competente"*³⁹.

No obstante, es importante señalar que este deber no es exigible en relación a los procedimientos de revisión de la RCA (artículo 25 quinquies), toda vez que la ley establece, expresamente, que es en relación a los EIA en los que se deben pedir estos informes, cuestión que no obsta a que sí se puedan pedir, por otras consideraciones, en razón de un procedimiento de esas características.

Por último, es importante no olvidar que estos informes no tienen el carácter de vinculantes, toda vez que la ley nada dice al respecto y por lo tanto la aplicación supletoria del artículo 38 de la Ley N° 19.800, referido al valor de los informes, se hace aplicable. Esta dispone que salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes, situación que cobra un sentido práctico no menor para efectos de las decisiones que el Comité debe adoptar.

4.4 Medidas para mejor resolver

Con la finalidad de resolver las reclamaciones, el Comité puede, además, *"solicitar a terceros, de acreditada calidad técnica en las materias de que se trate, un informe independiente con el objeto de ilustrar adecuadamente la decisión"*. Un reglamento, establecerá la forma en que se *"seleccionará a dicho comité y las condiciones a las que deberá ajustarse la solicitud del informe"* (inciso segundo).

Obviamente estos terceros deben, tal como lo señala la ley, tener varias cualidades para que sus informes, en caso de ser requeridos, cumplan con la finalidad que ha buscado el legislador, cual es, en último término, aportar con nuevos antecedentes técnicos para ilustrar de mejor forma decisiones que en la mayoría de los casos son técnica y políticamente complejas.

Así, los informes pueden solicitarse a terceros, entes o personas ajenos al Comité, de reconocida aptitud técnica en los asuntos de que trate la solicitud de informe, siempre que tenga por objeto ilustrar, de mejor forma, una decisión.

³⁹ COSCULLUELA (2012), p. 364.

En otras palabras, se trata de pruebas adicionales para resolver un asunto determinado. Para ello, la calidad de independiente no deja de ser un asunto menor, toda vez que se presume que dichos informes no sólo deben ser evacuados por alguien que no solo sea independiente en relación al Comité (vínculo de jerarquía), sino además imparcial en cuanto al responsable del proyecto o de quienes (personas naturales o jurídicas) hayan interpuesto recursos de reclamación (vínculo de relación). Es decir, al margen de sus habilidades o pericias, se requiere de informes que aseguren un justo y racional procedimiento, evacuados de manera libre, sin la intromisión, presión o influencia de terceros. Los informes deben estar al margen de prejuicios, amistad, encono o partidismo en relación a quienes intervienen en el procedimiento ante el Comité y versar, idealmente, en palabras de Jesús Gonzales Pérez, sobre hechos influyentes o pertinentes a los fines del proceso y a hechos dudosos o controvertidos⁴⁰.

Dejamos constancia, eso sí, que el actual Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental (D.S N° 40/2012) regula este asunto en su artículo 80 recogiendo los criterios previamente expuestos, agregando en relación a ello tres criterios de selección adicionales que resultan plenamente aplicables, tales como la *"objetividad, la confiabilidad y el buen juicio"*.

Por último, la Excma. Corte Suprema ha señalado a este respecto que el Comité *"si cuenta con atribuciones para recabar antecedentes por sí mismo, ello se debe a la necesidad en que el Comité puede hallarse de reunir elementos de juicio que arrojen luz sobre sus pesquisas y que, por lo mismo, le permitan adoptar una decisión fundada, incluso si ella resulta ser contradictoria con la que es objeto de su revisión"*⁴¹.

4.5 Decisión

Toda resolución administrativa debe cumplir con una motivación. Debe expresar siempre las razones de hecho y de derecho que determinaron lo decidido. En este caso, de rechazarse o acogerse, total o parcialmente, los recursos de reclamación presentados por parte del Comité o en el caso de adoptarse otra decisión –tal como pedir nuevos informes–, la decisión, en cualquier caso, deberá ser fundada. Naturalmente, que dicha decisión, tal como lo hemos expuesto previamente, debe encuadrarse dentro del ámbito de competencias del Comité, lo que se explicó en el título anterior.

4.6 Notificación

La resolución que resuelva el reclamo deberá ser notificada a todos los *"organismos del Estado que sean competentes para resolver sobre la realización del proyecto o actividad"* (inciso final).

⁴⁰ GONZALEZ (2001), p. 330.

⁴¹ Considerando vigésimo primero de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de enero de 2014, Rol N° 6.563-2013.

Como es natural, los acuerdos del Comité y las resoluciones que los contienen producen sus efectos una vez que son notificados a las partes. Por lo tanto, respecto de esta materia, no hay duda que las reglas generales en materia de notificación de actos administrativos deben cumplirse, siendo esencial que las resoluciones se notifiquen en su texto íntegro a los interesados en el procedimiento (artículo 45 de la Ley N° 19.880). De igual forma, si se afecta a un número indeterminado de personas adoptando normas de general aplicación, la decisión debe publicarse en el *Diario Oficial* (letras a) y b) del artículo 48 de la ley N° 19.880), situación que ocurre, además, generalmente, cuando hay reclamantes que no es posible ubicar, han cambiado de dirección, el correo postal arriba con dificultades o el proyecto tiene una cierta importancia a nivel nacional.

4.7 Reclamación judicial

Resuelto el recurso de reclamación, se podrá reclamar ante el Tribunal Ambiental competente dentro del plazo de treinta días (inciso cuarto). La competencia del tribunal estará, eso sí, determinada no por quien resuelve el recurso (el Comité con sede en Santiago), sino por la región o regiones en la que fue evaluado y calificado. En relación a los plazos, el artículo 88 de la ley fija una regla que es concordante con lo dispuesto en la Ley N° 19.880, esto es, un plazo que debe contarse (los treinta días) en razón de días hábiles, "*entendiéndose por inhábiles los días sábado, domingo y festivos*" (artículo 88 de la ley).

4.8 Limitaciones a la duplicidad de actuaciones

Igualmente, el artículo 21 de la Ley N° 19.300 dispone que en caso de haberse rechazado un EIA podrá presentarse un nuevo proyecto a evaluación, pero en caso de haberse interpuesto el recurso de reclamación ante el Comité de Ministros, el nuevo ingreso no podrá materializarse hasta que se resuelva el recurso de reclamación o hubiere quedado ejecutoriada la sentencia que se pronuncie sobre la reclamación (inciso segundo).

La regla que dispone el artículo citado parece de toda lógica con la finalidad de ordenar la actuación administrativa y no generar una duplicidad innecesaria respecto de un determinado proyecto, y de esa forma cumplir adecuadamente con el principio de eficiencia y coordinación que nuestra legislación exige a la Administración del Estado.

4.9 Disposiciones comunes

Por último, no hay duda que el procedimiento descrito, pese a sus reglas especiales, está sujeto a las etapas de inicio, instrucción y decisión propias de cada procedimiento administrativo, lo que obliga, como primer trámite, a declarar admisibles las reclamaciones presentadas y una vez que eso ocurra, a instruir

los oficios o informes a terceros que correspondan y que sean necesarios para decidir. A lo anterior, tampoco puede descartarse un proceso de información pública en caso que así lo requiera el Comité. Dicho período, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley N° 19.880, no podrá ser inferior a diez días.

En tales términos, la propia ministra Ana Gloria Chevesich y el ministro Haroldo Brito, en relación a la aprobación de la central termoeléctrica Punta Alcalde, en un voto de minoría insinuaron, tácitamente, esta opción al señalar, en relación a un conjunto de consideraciones referidas a la participación ciudadana que *"... dada la relevancia que se reconoce a las observaciones de la comunidad, en la fase ante el Comité de Ministros también debió realizarse la consulta que resultaba imprescindible ante el nuevo antecedente relativo al índice de contaminación y la propuesta de solución del titular del proyecto. Ante tal deber, de naturaleza legal según se ha venido diciendo, no se advierten razones valederas que justifiquen el proceder omisivo de la autoridad ambiental –prescindencia de los demás interesados–, pues la cuestión no consiste sólo en adoptar una resolución de mérito correcta, sino, también, en que esta sea consecuencia de un debate que involucre a todos los concernientes al proyecto: empresarios y demás personas, porque de esta manera se acrecienta la participación y se ofrecen mejores posibilidades a la resolución"*⁴².

V. Palabras finales

De acuerdo a lo expuesto, se ha revisado en su triple dimensión (orgánica, sustantiva y procedimental) al Comité. Se trata de un órgano nuevo que pese a sus antecedentes en el Consejo Directivo de la CONAMA, tiene enormes implicancias en la estructura de la institucionalidad ambiental y respecto del cual se hace necesario una revisión de sus características principales en este trabajo. No cabe duda que sus complejidades jurídicas, técnicas y políticas seguirán configurando un debate nacional que recién comienza, pero que respecto del cual se requería una base sobre la cual sustentar posiciones. Este trabajo pretende contribuir a eso y dar luces para configurar sus lineamientos futuros.

Bibliografía

Libros

ARGANDOÑA, Manuel Daniel (1985): *La organización administrativa en Chile: Bases fundamentales*. Segunda edición (Editorial Jurídica de Chile), 145 pp.

ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2012): *Derecho Ambiental Chileno. Parte General*. Tercera edición actualizada. (Abeledo Perrot – Thomson Reuters), 402 pp.

⁴² Considerando sexto del voto de minoría de los ministros Chevesich y Brito en relación a la sentencia de fecha 17 de enero de 2014, Rol N° 6563-2013.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2007): *Fundamentos de Derecho Ambiental*. (Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 285 pp.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General*. Segunda edición actualizada. (Abeledo Perrot – Thomson Reuters), 603 pp.

CORDERO VEGA, Luis (1996): *Institucionalidad ambiental en el derecho chileno*. (Editorial Jurídica ConoSur Ltda.), 182 pp.

COSCULLUELA MONTANER, L. (2012), *Manual de Derecho Administrativo Parte General*. Vigésima tercera edición (Civitas Thomson Reuters), 682 pp.

ESCUÍN PALOP, Vicente, y BELANDO GARÍN, Beatriz (2011): *Los recursos administrativos* (Civitas), 506 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2011): *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Duodécima edición (Civitas), 767 pp.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2001), *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Tercera edición (Civitas), 724 pp.

HERVÉ, Dominique, GUILLOF, Matías, y PÉREZ, Raimundo (2010): *Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Antecedentes y Fundamentos*. Programa de Derecho y Política Ambiental (Ediciones Universidad Diego Portales), 288 pp.

MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado*. (Editorial Abeledo Perrot - Legal Publishing), 574 pp.

PARADA, Ramón (2012): *Derecho Administrativo II: Organización y empleo público*. (Marcial Pons), 583 pp.

PAREJO ALFONSO, Luciano (2012): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Quinta edición revisada y actualizada (Editorial Tirant Lo Blanch), 990 pp.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2012): *Derecho Administrativo Parte General*. Octava edición (Editorial Tecnos), 954 pp.

SCHIMDT-ASSMAN (2003), E., *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, 473 pp.

SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Servicio Público*. Primera edición (Editorial Jurídica de Chile), 323 pp.

SOTO KLOSS, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. Tercera edición. (Editorial Abeledo Perrot), 966 pp.

Artículos de revistas

ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José Ignacio, y ZÚÑIGA, Francisco (2012): "El principio de la proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, 2012, pp. 65-116.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila (2010): "Nueva institucionalidad ambiental", en: *Revista Actualidad Jurídica*, N° 22, Universidad del Desarrollo, Santiago, pp. 429-454.

BORDALÍ, Andrés (2011): "Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial", en: *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 38, N° 2, pp. 311-337.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2013a): "Administración y Jurisdicción Ambiental: La institucionalidad ambiental frente al nuevo contencioso-administrativo", en: *La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno*. IX Jornadas de Derecho Administrativo, Juan Carlos Ferrada Bórquez (coordinador), Editorial Thomson Reuters, pp. 485-511.

MARTÍNEZ, José Ignacio, y ZÚÑIGA, Francisco (2011): "El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1, 2011, pp. 199-226.

Informes en Derecho

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2013b): "Alcance de las competencias del Comité de Ministros que conoce del recurso administrativo especial del art. 20 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente", Informe evacuado en la causa seguida ante la Excma. Corte Suprema de Justicia, en los autos rol N° 6563-2013, caratulada "Juana Quinsacara Troncoso y otros contra Comité de Ministros de la Ley de Bases del Medio Ambiente", 24 pp.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2013): "El régimen jurídico de la impugnación administrativa del acto terminal en el sistema de evaluación de impacto ambiental por vía de la reclamación especial prevista en el artículo 20 de la Ley N° 19.300 de Bases del Medio Ambiente", Informe evacuado en la causa seguida ante la Excma. Corte Suprema de Justicia, en los autos rol N° 6563-2013, caratulada "Juana Quinsacara Troncoso y otros contra Comité de Ministros de la Ley de Bases del Medio Ambiente", 19 pp.

Tesis

FERNÁNDEZ GROSSETETE, María de los Ángeles (2012): "Historia sistematizada de la Ley 20.417: Instrumentos de gestión ambiental y otras materias", Memoria para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 401 pp.

Jurisprudencia Judicial y Administrativa

Corte Suprema

Sentencia la Excma. Corte Suprema, de fecha 17 de enero de 2014, recaída en los autos Rol de ingreso N° 6563-2013, caratulada "Juana Quinsacara Troncoso y otros contra Comité de Ministros de la Ley de Bases del Medio Ambiente".

Contraloría General de la República

Dictamen N° 31.714, de 2001.

Dictamen N° 77.444, de 2012.

Dictamen N° 49.044, de 2013.

Otras fuentes

CORDERO VEGA, Luis (2014): Recursos administrativos y evaluación ambiental. *El Mercurio Legal*, 23 de enero de 2014.

Investigación criminalística militar

RODRIGO VERA LAMA¹

RESUMEN: El propósito de este trabajo es estudiar la investigación criminalística en el sistema de Justicia Militar. El análisis será realizado desde un punto de vista judicial y policial.

Aspectos preliminares de administración de justicia

Para comenzar corresponde detenerse en materias conceptuales, a fin de establecer los parámetros de actuación de la Justicia Militar. También prevenimos que las referencias a Tribunales Militares o Fiscalías Militares (Ejército y Carabineros) deben considerarse extensivas a las Navales y de Aviación.

Cuando hablamos de investigación criminalística apuntamos a la pesquisa técnica que se realiza con el fin de obtener elementos de convicción para acreditar la existencia de un delito y sus partícipes; y no a los procedimientos legales de investigación criminal, sin perjuicio de constituir estos el margen de actuación.

La Constitución Política de la República² en su artículo 76 señala que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la Ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos (...) Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la Ley, los Tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren (...) La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial

¹ Oficial del Servicio de Justicia Militar. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción con distinción máxima. Premio a la mejor Memoria de Prueba en Derecho Constitucional en 2006 sobre el tema Inteligencia. Autor del libro *Sistema de Inteligencia del Estado a la luz del Derecho* (Editorial Librotecnia). Expositor invitado en la cátedra Inteligencia de la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos (ANEPE). Fiscal Militar Letrado Titular de Angol, cargo donde le ha correspondido la dirección y ejecución de investigaciones judiciales delictuales de alta complejidad vinculadas a la conflictividad político-social mapuche y a la seguridad institucional.

² *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 24 de octubre de 1980.

y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar. La misma Carta Fundamental en el inciso final del artículo 83 señala que el ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los Tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar³ y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen. De estas normas fluye, entre otras cosas, la independencia de los Tribunales y la posibilidad de impartir órdenes a la Policía para practicar los actos investigativos o de instrucción. Siguiendo este orden de ideas, el artículo 101 de la Constitución expresa que las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional. Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas solo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública. Como se aprecia, el constituyente señala que las Fuerzas Armadas son esenciales para la seguridad nacional, y, en consecuencia, se trata del último recurso con el que cuenta el Estado para asegurar su existencia. Cuando las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública no son suficientes para garantizar la seguridad y orden público interior se recurre a las Fuerzas Armadas a través del respectivo estado de excepción constitucional. De ahí que es especialmente relevante que tanto la responsabilidad disciplinaria como criminal de sus miembros se pueda hacer efectiva de la mejor manera posible a través de investigaciones eficaces, ya que de lo contrario se pone en riesgo la subsistencia de la República, pues difícilmente la van a proteger efectivos que delinquen o quebrantan gravemente la disciplina.

El Código Orgánico de Tribunales⁴ en el artículo 5° inciso 3° prescribe que forman parte del Poder Judicial como Tribunales especiales, los Tribunales Militares en tiempo de paz, los cuales se regirán en su organización y atribuciones por las disposiciones contenidas en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias. El mismo Código Orgánico, en el artículo 11 (aplicable según el artículo 4° del CJM) reitera las normas constitucionales, en lo relativo a la facultad de recurrir a la Policía para ejecutar actos de instrucción y que las órdenes judiciales se deben cumplir sin más trámite.

³ *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 19 de diciembre de 1944.

⁴ *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 9 de julio de 1943.

En cuanto a la Policía, el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.961⁵ señala que Carabineros de Chile es una institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley. El artículo 3° inciso 3° nos dice que la investigación de los delitos que las autoridades competentes encomienden a Carabineros podrá ser desarrollada en sus laboratorios y organismos especializados. Finalmente, el artículo 4° inciso 1° manifiesta que Carabineros de Chile prestará a las autoridades judiciales el auxilio de la fuerza pública que éstas soliciten en el ejercicio de sus atribuciones. Por su parte, en lo referido a la Policía de Investigaciones, el artículo 1° de su Ley Orgánica, contenida en el DL N° 2.460⁶, preceptúa que la Policía de Investigaciones de Chile es una Institución Policial de carácter profesional, técnico y científico, integrante de las Fuerzas de Orden, dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, cuyo personal estará sometido a un régimen jerárquico y disciplinario estricto. Se vinculará administrativamente con el referido Ministerio a través de la Subsecretaría del Interior. El artículo 5° dispone que corresponde en especial a la Policía de Investigaciones de Chile (...) dar cumplimiento a las órdenes emanadas del Ministerio Público para los efectos de la investigación, así como a las órdenes emanadas de las autoridades judiciales (...) prestar su cooperación a los Tribunales con competencia en lo criminal. El artículo 6° expresa que los servicios policiales en todo el territorio de la República estarán a cargo de Investigaciones y de Carabineros de Chile, salvo en lo que se refiere a las Policías Marítima y Militares y otras excepciones que prescriba la Ley. El artículo 7°: La Institución dará al Ministerio Público y a las autoridades judiciales con competencia en lo criminal, el auxilio que le soliciten en el ejercicio de sus atribuciones. Finalmente, el artículo 31: Los peritos del Laboratorio de Criminalística cumplirán los cometidos que les encomienden los Tribunales, con absoluta independencia respecto de los funcionarios superiores de Policía de Investigaciones de Chile y darán cuenta de ello directamente al juez que les haya encomendado la diligencia.

Con respecto a la Policía Militar, solo se hace referencia a ella en el mismo artículo 6° de la Ley Orgánica de la PDI. Si se realiza el análisis en lo tocante al Ejército, a diferencia de la Armada, no existe una Unidad de ese tipo, es decir, una especie de símil de la Policía Marítima. En todo caso el artículo 281 N° 2 del Código de Procedimiento Penal⁷ considera como fuerza pública, para efectos de ejecutar una orden de detención, al Ejército, estando además obligada la fuerza pública militar a prestar auxilio cuando existe peligro de fuga o resisten-

⁵ *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 7 de marzo de 1990.

⁶ *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 24 de enero de 1979.

⁷ *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 13 de febrero de 1906.

cia, según el artículo 289. Sin perjuicio de lo antes expresado, lo que hay es un servicio administrativo permanente, como el que tiene el resto de las Fuerzas Armadas, denominado Policía Militar, con funciones acotadas a actividades de orden, seguridad y protección física del personal, material e instalaciones, así como la vigilancia y control del tránsito en la zona jurisdiccional de la unidad a la cual pertenece, y se encarga de la custodia, atención y traslado de prisioneros de guerra, pero sin desplegar actividades de investigación criminalística.

Aunque la Constitución no señala dentro de las Fuerzas de Orden y Seguridad a la Policía Marítima, no obstante la referencia que realiza el artículo 6° del DL N° 2.460, lo cierto es que esta entidad existe y desarrolla funciones policiales, aunque acotadas a ciertos lugares, constituyendo un "servicio público marítimo que resulta cada vez más especializado y técnico sobre las materias propias o inherentes a su actividad"⁸. Así, el artículo 95 del DL N° 2.222⁹, Ley de Navegación, determina que la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (DIRECTEMAR), por intermedio de las Autoridades Marítimas y del personal de su dependencia, ejercerá la policía marítima en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional y en los demás lugares que su Ley Orgánica señala. El artículo 96: La Autoridad Marítima y su personal, en el desempeño de sus funciones de policía marítima, tendrán el carácter de fuerza pública, y serán aplicables en tal caso los artículos 410, 411, 416 y 417 del Código de Justicia Militar. Finalmente, el artículo 97 establece que la Autoridad Marítima velará también por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que deban ejecutarse en su zona jurisdiccional. Por su parte, el DFL N° 292¹⁰, Ley Orgánica de la DIRECTEMAR, en el artículo 3° letra l) señala que corresponde a la Dirección ejercer la Policía Marítima, Fluvial y Lacustre. El Director y las Autoridades Marítimas y los demás funcionarios en quienes el Director o las Autoridades Marítimas deleguen tales facultades, podrán efectuar allanamientos, incautaciones y arrestos, dentro de sus funciones de Policía Marítima. Los lugares donde puede ejercer sus funciones están señalados en el artículo 6°¹¹. Complementan esto los artículos 30 y siguientes del mismo DFL, así como el Decreto Supremo N° 1.340 bis, Reglamento General de Policía Marítima, Fluvial y Lacustre.

⁸ RICCI BURGOS, Eduardo. La Actividad Policial de la Autoridad Marítima: ¿Procedimientos de Orden Público Interno o Reglas de Enfrentamiento?, en *Revista de Marina*, N° 915, Armada de Chile, Valparaíso, Marzo – Abril, 1999, p. 127.

⁹ *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 31 de mayo de 1978.

¹⁰ *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 5 de agosto de 1953.

¹¹ La Corte de Apelaciones de Concepción (Causa rol 283 – 2007 RPP) confirmó la resolución del Juzgado de Garantía de Coronel que excluyó prueba por haber sido ilegal la actuación de unos funcionarios de la Policía Marítima al haber efectuado un control de identidad fuera de recintos portuarios o de naves o artefactos navales según lo prescribe el artículo 34 letra b) del DFL N° 292. La prueba excluida decía relación con las declaraciones sobre la forma de imponerse de los hechos de la acusación, las acciones desplegadas y la ubicación y retención del imputado.

Con respecto a las funciones de policía que desarrolla la autoridad aeronáutica, solo se hace referencia a esta en los artículos 20 y 22 de la Ley N° 19.974¹² de Inteligencia, pero en la práctica no existe una unidad que desempeñe funciones de investigación criminalística para el Ministerio Público o autoridades judiciales y que dependa de la Dirección General de Aeronáutica Civil, no obstante la existencia de AVSEC (*Aviation Security*) que tiene una misión orientada a la seguridad aeroportuaria, capacitándose su personal en la Escuela Técnica Aeronáutica.

En cuanto a la organización judicial militar, el Código de Justicia Militar en el artículo 1° señala que la facultad de conocer en las causas civiles y criminales de la jurisdicción militar, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales que establece este Código. Los artículos 13 y 71 expresan que en tiempo de paz y guerra, respectivamente, la jurisdicción militar será ejercida, entre otros, por los Fiscales. De estas disposiciones se concluye que las Fiscalías Militares son Tribunales Especiales, y los Fiscales son Jueces de Instrucción, no obstante que las expresiones "Fiscalía" y "Fiscal" pueden generar confusión con las Fiscalías del Ministerio Público y con las Fiscalías Administrativas de los organismos de la Administración del Estado.

Cuando la investigación criminalística la realiza un órgano jurisdiccional, hablaremos de investigación criminalística judicial. Si la ejecuta una fuerza policial, bajo las órdenes de una Fiscalía, la denominaremos investigación criminalística policial.

Finalmente, atendido que el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal señala que Gendarmería de Chile deberá cumplir las órdenes y resoluciones de los Tribunales de Justicia respecto de los delitos cometidos en el interior de los establecimientos penales, sin perjuicio que el Tribunal pueda encomendar su cumplimiento a Carabineros de Chile o a la Policía de Investigaciones, podemos señalar que existe la investigación criminalística penitenciaria. Esta institución cuenta con el Departamento de Investigación y Análisis Penitenciario, dependiente de la Subdirección Operativa¹³.

Contrainteligencia e investigación criminalística

La Ley N° 19.974 define contrainteligencia en el artículo 2° letra b) como aquella parte de la actividad de inteligencia cuya finalidad es detectar, localizar y neutralizar las acciones de inteligencia desarrolladas por otros Estados o

¹² *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 2 de octubre de 2004.

¹³ Resolución N° 4.478 / Exenta de 08.MAY.2012. Gendarmería de Chile.

por personas, organizaciones o grupos extranjeros, o por sus agentes locales, dirigidas contra la seguridad del Estado y la defensa nacional.

El artículo 20 expresa que la inteligencia militar es una función que corresponde exclusivamente a los servicios de inteligencia de las Fuerzas Armadas y a la Dirección de Inteligencia de Defensa del Estado Mayor de la Defensa Nacional. Comprende la inteligencia y la contrainteligencia necesarias para detectar, neutralizar y contrarrestar, dentro y fuera del país, las actividades que puedan afectar la defensa nacional. Excepcionalmente, dentro de las funciones de policía que le corresponden a la autoridad marítima y a la aeronáutica, la inteligencia naval y la aérea podrán realizar el procesamiento de información de carácter policial que recaben.

Luego, el artículo 21 nos dice que la inteligencia policial es una función que corresponde exclusivamente a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones de Chile, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 20 (autoridad marítima y aeronáutica). Comprende el procesamiento de la información relacionada con las actividades de personas, grupos y organizaciones que de cualquier manera afecten o puedan afectar las condiciones del orden público y de la seguridad pública interior.

Desde una perspectiva doctrinaria clásica, recurriremos a la antigua conceptualización de Sherman Kent, quien expresaba que inteligencia es conocimiento, organización y actividad.¹⁴ Pues bien, respecto de esta última expresaremos que aquí se incluye la inteligencia propiamente tal, contrainteligencia y operaciones especiales como funciones o actividades secundarias. La contrainteligencia se materializa a través de medidas de negación activas (operaciones especiales de contrainteligencia), pasivas (seguridad institucional, seguridad civil, seguridad de puertos, fronteras y viajes, vigilancia y control de las comunicaciones y protección de personas importantes), y de medidas positivas de contrainteligencia (engañar al adversario). En lo que aquí interesa, es en la contrainteligencia como seguridad institucional (v.gr. seguridad militar) donde se realizan actividades de investigación que a veces se aproximan a la investigación criminalística, no obstante que respecto del personal de inteligencia, las instancias de especialización (v.gr. curso de inteligencia) no están orientadas a instruir en investigación criminalística ni en su marco jurídico procedimental. Además, sin perjuicio de que las normas legales que rigen una y otra actividad son diferentes al igual que las atribuciones que confieren, no debe olvidarse la razón de ser de cada una de ellas. La investigación criminalística apunta a establecer la existencia de un delito y sus partícipes, es decir, responsabilidad penal, en cambio, la contrainteligencia, por ser una actividad secundaria, que

¹⁴ KENT, Sherman. *Inteligencia Estratégica: para la política mundial norteamericana*, Pleamar, Buenos Aires, 1986.

forma parte de la función primaria inteligencia definida en el artículo 2° letra a) de la Ley N° 19.974 como el proceso sistemático de recolección, evaluación y análisis de información, cuya finalidad es producir conocimiento útil para la toma de decisiones; solo debe referirse a esto último, es decir, al proceso decisonal de la autoridad respectiva en el nivel estratégico, operativo o táctico, y cooperar con la investigación criminalística judicial a través del procedimiento establecido en el artículo 39 de la Ley N° 19.974.

Conviene también detenerse a analizar la situación del límite entre inteligencia policial e investigación criminalística en nuestro país, toda vez que son las mismas instituciones, que por un lado son policías auxiliares de la administración de Justicia y del Ministerio Público, y, por otro, son organismos de inteligencia. Esto, porque ha sucedido en la práctica que a las unidades de inteligencia policial, en delitos de cierta complejidad que representan un peligro para la seguridad del Estado, se les dan órdenes de investigar sobre hechos ya acaecidos, debiendo recolectar evidencia para presentar en juicio y detener a los imputados, para en definitiva declarar en las audiencias respectivas, los mismos agentes en su calidad de investigadores y aprehensores. Así, no resulta conveniente desde ningún punto de vista que los organismos realicen funciones investigativas para el Ministerio Público o Tribunales de Justicia, sino que lo apropiado es que se designen grupos especiales para tales misiones, y los organismos de inteligencia solo contribuyan indirectamente a las investigaciones. Es apropiado explicar, a propósito de la "judicialización" de la inteligencia, que una situación diferente es la prueba pericial de inteligencia, utilizada a menudo en procesos vinculados a terrorismo o crimen organizado, donde a veces se busca acreditar penalmente una asociación ilícita y se precisa de expertos en el área a fin de esclarecer hechos que no se descubren en un primer examen, por la complejidad de las organizaciones delictivas (v.gr. cómo se organiza, prepara y actúa un grupo subversivo).

Investigación administrativa e investigación criminalística

Por ser un tema que habitualmente produce confusión, analizaremos el caso de la responsabilidad administrativa y su relación con la investigación criminalística.

Así, el artículo 1° inciso final de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948¹⁵ establece que el personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa conforme lo determinen los reglamentos de disciplina y las ordenanzas generales de las respectivas Instituciones,

¹⁵ *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 27 de febrero de 1990.

sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle. A su vez, el artículo 153 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, DFL N° 1¹⁶, señala que el personal que infrinja sus obligaciones y deberes funcionarios incurrirá en responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la civil o penal que pueda afectarle. La sanción administrativa o disciplinaria es independiente de la responsabilidad civil o penal y, en consecuencia, la condena, el sobreseimiento y la sentencia absolutoria no excluyen la acción disciplinaria. Por su parte, el artículo 155 del mismo Estatuto consagra que las infracciones en que incurra el personal podrán establecerse, cuando corresponda y atendida su gravedad, mediante una investigación sumaria administrativa dispuesta por la autoridad competente, la que tendrá por objeto verificar la existencia de los hechos, la individualización de los responsables y su participación, si los hubiere. El procedimiento para la sustanciación de estas investigaciones será el contenido en el Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas para las Fuerzas Armadas. El artículo 433 del Código de Justicia Militar expresa que toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito. Siguiendo con el análisis de normas, el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, aprobado por el DS N° 1.445¹⁷, en el artículo 45 dispone que el hecho de que una falta contra los deberes militares o contra la disciplina haya sido castigada conforme a este Reglamento, no impide que ella pueda ser sometida al ejercicio de una acción penal. Finalmente, el Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas (ISA) de las Fuerzas Armadas, contenido en el DS N° 277¹⁸, define a éstas, en el artículo 1º, como el conjunto de actuaciones y diligencias practicadas en una Fiscalía Administrativa, formada por un Fiscal y un Secretario, nombrados por resolución competente, para averiguar y establecer las causas, naturaleza, circunstancias y los responsables de aquellos accidentes, irregularidades y otros sucesos que no son de común ocurrencia, acaecidos en el servicio o con ocasión de él, que deben ser conocidos, calificados y resueltos por la Autoridad Militar, Naval o Aérea. Por su parte, el artículo 10º señala que si durante la tramitación de una ISA aparecieran hechos que revistan caracteres de delito, el Fiscal deberá de inmediato enviar, por intermedio de la autoridad que ordenó la investigación, copias autorizadas de los antecedentes necesarios al Juzgado Militar, Naval o de Aviación que corresponda, a fin de que dicho Tribunal califique si los hechos son o no constitutivos de delito.

A la luz de las disposiciones precitadas se concluye que la investigación administrativa y la criminal viajan por caminos diferentes, pues persiguen objetivos

¹⁶ *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 27 de octubre de 1997.

¹⁷ *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, 14 de diciembre de 1951.

¹⁸ Promulgado el 9 de abril de 1974.

distintos. De todas formas, lo ideal es que los investigadores administrativos también sean especializados y se dediquen con exclusividad a estos asuntos a fin de lograr la profesionalización de la justicia disciplinaria, pues hay cosas que no puede conseguir en el corto y mediano plazo la investigación judicial, pero sí la administrativa, no obstante carecer de las atribuciones legales con las que cuenta un órgano jurisdiccional investigador. Por ejemplo, si un militar comete un delito y es objeto de una eficiente investigación criminalística, logrando determinar la existencia del hecho así como la participación punible, es sometido a proceso y obtiene la libertad provisional, de todas maneras habrá que esperar un largo tiempo hasta que haya una sentencia ejecutoriada (con sus respectivas penas accesorias comunes y militares de inhabilitación, degradación, destitución, separación o pérdida del estado militar) para recién pensar en su alejamiento de la Institución, sin perjuicio de que pueda ser objeto de una pena alternativa y no deba cesar en sus funciones según la jurisprudencia de la Contraloría General de la República. Sin embargo, por la vía administrativa, es posible eliminarlo rápidamente de las filas, verbigracia, a través de la medida disciplinaria de licenciamiento del servicio.

En cuanto a la posibilidad de compartir información entre la investigación administrativa y la judicial, se debe distinguir respecto de quién la solicita. De esta forma, si la Fiscalía Militar solicita antecedentes a la Fiscalía Administrativa, debemos partir advirtiendo que el artículo 14° del Reglamento de ISA establece que las actuaciones y diligencias de las investigaciones serán reservadas y solo podrán conocer de ellas el Fiscal y el Secretario, la Autoridad que dispuso su substanciación, los Superiores jerárquicos directos de éstos, los Oficiales de Justicia que deban informar en ellas y los inculcados o afectados, en su oportunidad. Una vez terminada la investigación se le podrá dar publicidad, siempre que así lo estime conveniente la Autoridad a quien le haya correspondido resolver. Al Fiscal y al Secretario les está estrictamente prohibido comentar o divulgar los hechos que conozcan con motivo de la investigación, aun después de terminada ésta. La transgresión de esta prohibición se considerará, según su trascendencia, falta grave o gravísima, a menos que constituya delito. Luego, el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal señala que toda persona que tenga objetos o papeles que puedan servir para la investigación será obligada a exhibirlos y entregarlos. Si la persona que los tenga, o bajo cuya custodia o autoridad estén, rehúsa la exhibición, podrá ser apremiada del mismo modo que el testigo que se niega a prestar declaración, salvo que fuere de aquéllas a quienes la ley autoriza para negarse a declarar como testigo. Tratándose de documentos que tengan el carácter de secretos de acuerdo a las disposiciones del Código de Justicia Militar (artículo 436), se aplicará lo dispuesto en el artículo 53 bis de este Código. A su vez, esta última norma dispone que cuando el Juez de la causa estime necesario agregar al proceso documentos que tengan el carácter de secretos de acuerdo a las disposiciones del Código de Justicia Militar, procederá en conformidad a lo preceptuado en

los artículos 144 y 144 bis de dicho Código. Finalmente, el primero de estos preceptos consagra que cuando el Fiscal de la causa estime necesario agregar al proceso documentos secretos pertenecientes a las Fuerzas Armadas o a Carabineros de Chile, los requerirá al respectivo Comandante en Jefe Institucional o al General Director de Carabineros, según corresponda, previa dictación de una resolución fundada que transcribirá junto a la solicitud. Sin embargo, si la autoridad requerida considera que su remisión puede afectar la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas, podrá rehusarse a ella. Si el Fiscal estimare indispensable la medida, procederá a elevar los antecedentes a la Corte Suprema para su resolución, Tribunal que en este caso se integrará en la forma prevista en el artículo 70-A de este Código; y la segunda de estas normas dispone que el Fiscal dispondrá la formación de un cuaderno separado para agregar los documentos secretos que le sean remitidos. Al mismo cuaderno se incorporarán las declaraciones de testigos que se requiera mantener en reserva para preservar secretos que interesen a la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas. De los antecedentes que obren en dicho cuaderno se dará conocimiento a los abogados de las partes solo en cuanto sirvan de fundamento de la acusación, del sobreseimiento o de la sentencia definitiva. Si se quisiera hacerlos valer ante los Tribunales Superiores, ello se comunicará previamente al Presidente del Tribunal respectivo, quien dispondrá, en tal caso, que la audiencia pertinente no sea pública. Todos los que hubieren tomado conocimiento de tales antecedentes estarán obligados a mantener el secreto de su existencia y contenido. Las disposiciones de este artículo serán aplicables aun cuando se hubiere cerrado el sumario o se hubiere dictado sentencia firme o ejecutoriada en el proceso. De todos estos preceptos se colige el procedimiento para solicitar antecedentes, donde la solicitud primero se debe dirigir a la Fiscalía Administrativa, y si ésta estima que estos tienen el carácter de secretos, hará presente dicha situación a la Fiscalía Militar para que la solicitud se dirija al respectivo Comandante en Jefe.

Por su parte, cuando es la Fiscalía Administrativa la que solicita antecedentes al Tribunal Militar, debemos partir observando que el artículo 68 del Reglamento de ISA, relativo a petición de información, nada dice sobre el particular. Así, aplicando las reglas generales del Código de Justicia Militar (artículos 129 y 130) y Código de Procedimiento Penal (artículo 78), de donde se sigue que solo el sumario es secreto¹⁹, se concluye que una vez cerrado éste, no hay impedimento para proporcionar los antecedentes solicitados por la autoridad administrativa; aprovechándose así las capacidades investigativas del órgano judicial que cuenta con mayores atribuciones y especialización.

¹⁹ Esto sin perjuicio de las excepciones de protección de testigos (artículo 198 Código de Procedimiento Penal) y documentos secretos de las FF. AA. y Carabineros (artículo 144 bis Código de Justicia Militar), donde la reserva rige aun después de cerrado el sumario.

La ciencia de la investigación criminalística

Si se pretende considerar la investigación criminalística como disciplina científica, necesariamente sus cultores, los investigadores, deben estar a la altura de esta ciencia, ya que, de lo contrario, la inexistencia de una sólida base intelectual hará que las misiones no se puedan desarrollar a cabalidad y con todo el éxito y eficiencia que se precisa. Así como los científicos de las ciencias químicas que realizan sus investigaciones en un laboratorio requieren una especial capacidad intelectual para avanzar en su disciplina, el investigador criminalístico necesariamente para alcanzar el éxito debe tener una elevada capacidad intelectual y haberse sometido a un exigente régimen de estudio sistemático, dominar los límites jurídicos de su actuación, conocer a cabalidad el grupo objetivo, en este caso a los militares, su historia, organización, etc.

A continuación reseñaremos los elementos básicos de la investigación criminalística, que hemos modestamente sintetizado de la siguiente forma:

- a) Conocimiento. Implica tener cultura general y cultura particular institucional y criminal. Poseer una “base de datos mental” para luego relacionarla con los hechos verificados. En el caso específico de la Justicia Militar, como el grupo objetivo son los militares, debe el investigador tener nociones sobre ellos, como se organizan, su historia, sus reglas sociales, leyes aplicables, delitos antes cometidos por militares, etc. Aquí también se incluye la habilidad para reclutar y manejar informantes a los que luego recurrir. Esto se logra con experiencia y autoaprendizaje, lo que supone motivación personal.
- b) Observación. Capacidad para examinar atentamente un hecho criminal, buscando hasta los detalles más ínfimos y así obtener la información necesaria para el posterior análisis.
- c) Razonamiento. Ordenar las ideas para llegar a una conclusión. Sin profundizar en esta materia, diremos que este proceso lógico puede ser inductivo (de lo particular a lo general), deductivo (de lo general a lo particular) y abductivo (lo más evidente).

Lo anterior es, desde luego, sin perjuicio de los aspectos técnicos propios de la investigación moderna, como son los exámenes de laboratorio practicados por peritos, no obstante que los elementos antes descritos son el supuesto de los peritajes. Por ejemplo, si no se posee capacidad de observación, no podemos encontrar un cabello en un sitio del suceso para luego practicar un examen de ácido desoxirribonucleico (ADN). Además, por ningún motivo debe renunciarse al método investigativo antes sintetizado bajo el pretexto del avance tecnológico. Se han conocido casos donde los investigadores depositan toda

su confianza en, por ejemplo, una intervención telefónica, abandonando las habilidades para reclutar y manejar informantes.

Investigación criminalística policial

En este acápite estudiaremos la función que desarrolla Carabineros y la Policía de Investigaciones en el sistema de Justicia Militar, en lo que a investigación criminalística se refiere.

Así, en el Código de Justicia Militar la única referencia que se hace a la policía como auxiliar de la administración de justicia es para efectos de la citación de civiles (artículo 117). Luego, en virtud del artículo 121, que dispone que en todos los casos no previstos en este Código, se aplicarán las reglas de procedimiento que correspondan a los Tribunales ordinarios en los juicios de más rápida tramitación, interpretadas dentro del espíritu de la mayor rapidez de los procedimientos y de la mayor buena fe en las actuaciones; se recurre al Código de Procedimiento Penal.

Así, el artículo 74 de este último establece que la Policía de Investigaciones de Chile deberá cumplir en sus respectivos territorios jurisdiccionales las órdenes y resoluciones emanadas de los Tribunales de Justicia y también fuera de ellos, cuando éstos así lo dispongan. Carabineros de Chile deberá desempeñar las funciones indicadas precedentemente en aquellos lugares en que no exista Policía de Investigaciones y, aun existiendo, cuando el Tribunal así lo resuelva.

Posteriormente, el artículo 74 bis: No obstante las atribuciones que correspondan al Presidente de la República, el personal de la Policía de Investigaciones de Chile, en cuanto auxiliar de la administración de justicia, quedará sujeto a la jurisdicción correccional y económica de los Tribunales de justicia respectivos, sin perjuicio de la intervención de los Tribunales superiores que corresponda.

El artículo 74 bis A por su parte señala que los funcionarios de las instituciones indicadas en el artículo 74 solo podrán cumplir, en lo que se refiere a la investigación de los delitos, las órdenes emanadas de autoridad competente. Estas órdenes deberán constar siempre por escrito y serán exhibidas a la persona a quien afecten al efectuarse su cumplimiento, cualquiera que sea la autoridad de que provengan o la persona contra quien se dicten, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 260, 261, 262 y 282 y en el siguiente inciso. El Juez que conoce de un proceso podrá designar funcionarios determinados de las instituciones señaladas en el artículo 74, para que se hagan cargo preferentemente de la investigación de delitos de especial gravedad o complejidad, o para el cumplimiento de órdenes judiciales.

Siguiendo este orden de ideas, el artículo 74 bis B prescribe que se prohíbe a todo funcionario de las instituciones indicadas en el artículo 74 dar informacio-

nes sobre los resultados de las pesquisas que practiquen y de las órdenes que deban cumplir. El Juez podrá dar conocimiento a los funcionarios investigadores de los datos del proceso que estime conducentes al éxito de las indagaciones que se les encarguen. Asimismo, podrá proporcionarles copia de los informes, autopsias y demás pericias, cuando sean solicitadas por los jefes de las unidades que tengan a su cargo la investigación del caso. Los funcionarios que hayan tomado conocimiento de datos del proceso o recibido copias de los informes indicados en el inciso precedente, quedan obligados a no revelarlos. La infracción de las disposiciones de los incisos primero y tercero de este artículo será sancionada con reclusión o presidio menor en su grado mínimo a medio, a menos que los hechos constituyan otro delito sancionado con igual o mayor pena.

El artículo 110 inciso 2° dispone que las informaciones que la Policía proporcione sobre hechos en que haya intervenido, que se relaten en las comunicaciones o partes que se envíen a los Tribunales, tendrán el mérito de un antecedente que el juez apreciará conforme a las reglas generales, sin perjuicio de que pueda citar a los funcionarios respectivos para interrogarlos sobre esos hechos, o para otras diligencias del proceso; y sin perjuicio también del derecho de los inculpados para solicitar que se les interroge al respecto, se les caree o contrainterroge.

En cuanto a las órdenes de investigar dadas a la Policía, el artículo 120 bis consagra que éstas facultan a los organismos para practicar las diligencias que el juez determine y las siguientes, salvo expresa exclusión o limitación: 1° Conservar las huellas del delito y hacerlas constar; 2° Recoger los instrumentos usados para llevar a cabo el hecho delictuoso, salvo en cuanto sea necesario mantenerlos en el lugar en que fueron encontrados para su examen personal por el Juez; 3° Hacer constar el estado de las personas, cosas o lugares mediante inspecciones o con los medios a que se refiere el artículo 113 u otras operaciones aceptadas por la policía científica, y requerir la intervención de organismos especializados en la investigación, según la naturaleza del delito; 4° Citar a los testigos presenciales del hecho delictuoso investigado para que comparezcan al Tribunal a primera audiencia, entregándoles una boleta o comprobante de la citación. Si el testigo no compareciere, el juez podrá ordenar su arresto para obtener la comparecencia. Tratándose de los delitos de hurto o robo, requerir del denunciante una declaración jurada sobre la preexistencia de las cosas sustraídas y una apreciación de su valor; 5° Consignar sumariamente las declaraciones que se allanaren a prestar el inculpado o los testigos; y 6° Proceder a la citación del inculpado.

De lo anterior se colige que no existe una policía especializada en el ámbito militar. En consecuencia, si existen Tribunales especiales para la investigación de ilícitos castrenses, resulta coherente que también exista una policía especializada. Por ejemplo en Estados Unidos cada Fuerza Armada cuenta con un organismo investigativo especializado: U.S. Army Criminal Investigation Command –CID, Naval Criminal Investigative Service –NCIS, y Air Force Office of

Special Investigations –OSI. Refuerza la idea antes expresada el hecho de que dos de los fundamentos de la existencia de la Justicia Militar independiente son: a) “Necesidad, exigida por la disciplina, de que los propios jefes militares, que tienen la potestad de mando, posean, asimismo, la potestad disciplinaria y la jurisdicción penal militar para castigar todos aquellos hechos (faltas o delitos) que signifiquen transgresiones a la disciplina. La intervención de autoridades extrañas en el conocimiento de esos hechos constituiría un factor de relajamiento de la disciplina, que es la base fundamental en que descansan las Fuerzas Armadas y sin la cual éstas no podrían existir; y b) “Necesidad de que las infracciones a la disciplina sean juzgadas por técnicos, y es indudable que los jefes militares están en mejor situación de apreciar el alcance de esas transgresiones”²⁰. Luego, estos motivos se resumen en evitar la intervención de extraños al sistema y la especialización del organismo investigador, reconocida en el artículo 1° inciso 3° de la Ley N° 18.948: “Derivado de las particulares exigencias que impone la función militar y la carrera profesional, los organismos y el personal que la desarrollan, así como sus institutos de formación profesional, se ajustarán a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que se establecen en esta Ley y en la legislación respectiva”. Se une a estos fundamentos la circunstancia de que la forma de actuar del delincuente militar –entrenado y en consecuencia potencialmente más peligroso– difiere de la del civil.

Ahora bien, sin perjuicio de que Carabineros es una policía de carácter militar que realiza funciones investigativas, se trata de una Institución con un rol eminentemente preventivo, diversa de las Fuerzas Armadas, ya que pertenece a las de Orden y Seguridad Pública, y no tiene una orientación específica a la investigación criminalística militar. Por lo demás, en ninguna escuela matriz de las policías se instruye en procedimiento investigativo delictual militar, estando en ambas instituciones el modelo educativo enfocado a perseguir solo a la delincuencia común.

Finalmente, la investigación criminalística policial no es un requisito esencial en el procedimiento militar. No es obligatorio para el Juez emitir una orden de investigar a las policías, pues toda la investigación la puede realizar el magistrado auxiliado por peritos cuando sea necesario.

Investigación criminalística judicial

En el sistema de Justicia Militar son los Fiscales quienes realizan la función investigativa criminal. De ahí que el artículo 25 del Código del ramo señale que los Fiscales son los funcionarios encargados de la sustanciación de los procesos

²⁰ ASTROSA HERRERA, Renato. *Código de Justicia Militar Comentado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, pp. 2-3.

y formación de las causas de la jurisdicción militar, en primera instancia. Sus atribuciones, en general, son: (...) en materia penal, instruir y sustanciar todos los procesos, recogiendo y consignando todas las pruebas pertinentes, deteniendo a los inculcados y produciendo todos los elementos de convicción que sean del caso. En tiempo de guerra tienen las mismas atribuciones y deberes investigativos según lo disponen los artículos 80 y 180. Luego, a la luz de estas disposiciones fluye que la razón de ser de las Fiscalías Militares es la investigación criminal (incluida la criminalística) especializada no teniendo el rol de sentenciadores no obstante ser jueces, a diferencia del sistema de los antiguos Juzgados del Crimen, donde los magistrados debían investigar, acusar y sentenciar, sin perjuicio de que a veces incluso les correspondía abocarse a asuntos de orden civil, laboral y de menores en los juzgados con competencia común. Además, decimos esto de la especialización no solo porque eso expresa el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales al considerar a los Tribunales Militares como especiales, sino que también porque es una de las razones doctrinarias que se mencionan para justificar la existencia de esta justicia autónoma, según lo vimos precedentemente. Por eso para ser Fiscal Militar no es requisito ser abogado, sino que oficial de las Fuerzas Armadas o Carabineros, existiendo en Chile Fiscalías no letradas.

Ahora bien, no obstante tener la condición de militares, “en el desempeño de sus funciones, los Fiscales deben hacer abstracción del grado o cargo profesional que desempeñan. Desde que han entrado al engranaje judicial, se han convertido nada más que en instrumentos de la justicia, sin otra relación jerárquica más que con sus superiores de la jurisdicción correspondiente y sin otra sujeción que a las leyes del ramo. De ahí que en el ejercicio de sus deberes no puedan admitir la intervención de ninguna influencia extraña al Poder Judicial, aun cuando como militares o profesionales, en el terreno administrativo y estrictamente técnico, estén sometidos a otras jerarquías”²¹. Sin perjuicio de aquello, no debe desconocerse el carácter especialísimo de los investigadores judiciales castrenses, pues son militares que realizan actividades jurisdiccionales, lo que los hace únicos y no homologables con funcionarios de otros órganos judiciales o de persecución criminal.

En cuanto a las reglas de pesquisa o investigación, en nuestro sistema éstas son bien precisas. Además del artículo 121 ya citado, que permite la aplicación supletoria de otras leyes, el 135 del Código de Justicia Militar señala que el Fiscal encargado de levantar el sumario procederá inmediatamente a la comprobación del delito y averiguación del delincuente, ajustándose en cuanto fuere posible, y compatible con la celeridad de los procedimientos, a las reglas dadas en el Título III, Primera Parte del Libro II, del Código de Procedimiento Penal.

²¹ Ídem, p. 748.

Por su parte, aquel Título III (artículo 108 a 245) contiene reglas de investigación criminalística, donde queda de manifiesto el rol investigador del magistrado o Fiscal Militar: La existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, debiendo la investigación del juez ser objetiva (artículos 108 y 109); El delito se comprueba con el examen practicado por el juez, auxiliado por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración y de las huellas, rastros y señales que haya dejado el hecho; con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutó; con documentos de carácter público o privado; o con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia (artículo 110); El delincuente puede ser determinado por uno o más de los medios expresados en el artículo que precede, y además por la confesión de él mismo (artículo 111); El juez debe personalmente tomar nota de los rastros o señales del delito, y describir detalladamente en el proceso el sitio del suceso (artículos 112 y 116); Levantar planos, filmaciones, etc. (artículos 113-113 ter); El juez debe recoger los instrumentos de comisión del delito y los efectos de él (artículo 114); Reglas para la comprobación del delito de homicidio, aborto y suicidio (artículos 121 a 137) señalando procedimientos investigativos específicos que debe seguir el juez para, verbigracia, envenenamientos, inmersión y atropellamiento; Lesiones corporales (artículos 138 a 145); Delitos sexuales (artículo 145 bis); Delitos contra la propiedad (artículos 146-148); Falsedad (artículo 149 a 154); e Incendio (artículo 155); Normas sobre allanamientos, intervención de comunicaciones, etc. (artículos 156 a 183); Disposiciones sobre documentos (artículos 184 a 188); Declaraciones de testigos (artículos 189 a 220) donde se contienen procedimientos detallados de interrogación; y peritajes (artículos 221 a 245). También hay normas en lo relativo al inculpado, cómo interrogarlo, la prohibición de coacción, promesas y amenazas, técnicas de identificación de éste y la práctica de indagaciones necesarias para apreciar el carácter y la conducta anterior del mismo (artículos 318 a 350 bis).

De esta manera, a diferencia de la reforma procesal penal, en el denominado "sistema antiguo" por el que se rige la Justicia Militar, se le confiere al órgano judicial la responsabilidad de investigar, e incluso hay reglas legales precisas para que el Juez realice personalmente la investigación criminalística (artículos 108 y siguientes), debiendo, desde luego, proceder el magistrado con una acrecentada sagacidad, es decir, "perspicacia para escoger los medios y procedimientos adecuados al objetivo de su misión"²². Por exceder el propósito de nuestra modesta investigación, no profundizaremos en técnicas específicas. Sin embargo, esbozaremos una investigación dirigida y ejecutada por un antiguo Fiscal Militar y Auditor General del Ejército, el General de Brigada Leonidas Bravo

²² Ídem.

Ríos, sobre hechos acaecidos en el año 1943, donde queda de manifiesto la habilidad investigativa de este oficial del Servicio de Justicia Militar, pues, hace 70 años, sus conocimientos de balística unidos a una gran sagacidad permitieron dar con el paradero del autor de un disparo mediante la comparación del proyectil balístico hallado en el cuerpo de la víctima, con las estrías del cañón, previa incautación de 80 revólveres usados el día de los hechos²³.

En consecuencia, y sin perjuicio de que el Fiscal Militar debe ser una persona versada en el Derecho y tener una buena gestión de los procesos, lo cierto es que, a nuestro juicio, lo fundamental es que sea un eximio investigador criminalístico, con dedicación exclusiva, imprimiéndoles a sus averiguaciones el sello del buen criterio jurídico para que tengan valor en el proceso criminal. De ahí que no sea del todo apropiada la expresión "tramitar una causa". Preferimos "investigar un caso".

Por otra parte, es un hecho innegable que no todos los abogados tienen la misma formación, variando sustancialmente de una universidad a otra.²⁴ Por ejemplo en nuestra Facultad²⁵ fuimos preparados en medicina legal, estudiamos desde la fecundación hasta distinguir un orificio de entrada y salida de proyectil balístico en un cuerpo humano, pasando por conocer las diferencias entre las equimosis y las livideces cadavéricas. Sin embargo, no en todas las Escuelas de Derecho se instruye en estas materias.

Así, teniendo presente lo antes expresado; considerando la dificultad normativa y económica que representa la creación de un cuerpo investigativo castrense; que la investigación criminalística judicial es obligatoria (artículos 108 y siguientes) a diferencia de la policial, que es facultativa; y, que se deben investigar hechos delictivos cometidos por efectivos en comisión de servicio en el extranjero y en territorios donde se desarrollan operaciones militares en tiempo de guerra (artículo 3° del CJM), situaciones complejas donde las Fiscalías probablemente no contarán con los organismos que les cooperan habitualmente en las pesquisas desarrolladas en territorio nacional en tiempo de paz; resulta conveniente que existan cursos de especialización en investigación criminalística militar, en los que se consideren materias tales como Derechos Fundamentales, Derecho Penal común y militar, Derecho Procesal Penal común

²³ BRAVO RÍOS, Leonidas. *Lo que supo un auditor de guerra*, Editorial del Pacífico S. A., Santiago, 1955, pp. 148-159.

²⁴ Este tema ha sido analizado desde hace varios años en diversas esferas. Por ejemplo, en los discursos de inauguración del año judicial 2010 y 2011, el Presidente de la Excma. Corte Suprema manifestó que: "preocupaba el grado de preparación académica de estos profesionales para asumir con idoneidad la defensa de asuntos de carácter jurisdiccional y el procedimiento que cada facultad disponía para la obtención del grado de licenciado, al advertirse diferentes sistemas con mayor y menor seriedad y distintas exigencias para conceder tal grado".

²⁵ Existe desde 1865, cuando se creó el Curso Fiscal de Leyes en Concepción, siendo la segunda Escuela de Derecho más antigua de Chile.

y militar, criminología, historia, psicología y sociología militar, comunicación oral y escrita, medicina legal, introducción al laboratorio de criminalística (huellografía, balística, etc.), planificación, dirección y ejecución de investigaciones usando procedimientos tradicionales y especiales (v. gr. análisis de tráfico de llamadas telefónicas), técnicas de toma de declaraciones, contrainteligencia en lo relativo a seguridad militar, etc.

A estos cursos de especialización deberían acceder los oficiales que se desempeñan en las Fiscalías, y el personal de secretaría que colabora directamente en las investigaciones. En cuanto a la tipología del curso, puede adoptar la forma de especialidad secundaria, pues, como vimos, son diversas las materias que se deben estudiar.

Resulta igualmente pertinente, a fin de comprender de mejor forma la vida militar y permitir su adecuado empleo en operaciones militares, que el personal que cumple funciones en las Fiscalías, en las categorías de empleados civiles y personal a contrata, sin instrucción militar, realice cursos especiales de reserva, o bien tenga un periodo de adoctrinamiento dentro del curso de investigación criminalística, y así pueda adquirir conocimientos básicos militares.

A su vez, poseer conocimientos especializados y recurrir solo de manera residual a la policía (v. gr. si se realiza una intervención telefónica que la captación sea con medios técnicos policiales por su elevado costo, pero la escucha, análisis y transcripción se haga por personal capacitado de la Fiscalía Militar bajo la supervisión del Fiscal) aumenta el éxito de las pesquisas al ser los miembros de la Fiscalía Militar los que más saben de un caso determinado; produce mayor legitimación de los investigadores militares en la sociedad en general y en la Institución (vgr. Ejército) en particular, al ser vistos como elementos capacitados; genera un mayor espíritu de cuerpo en el grupo investigador; permite ejercer un mejor control sobre la policía respecto de las diligencias que practica, al conocer con precisión los procedimientos criminalísticos; y conlleva mantener el caso en el ámbito estrictamente institucional castrense, que a fin de cuentas es una de las razones de la existencia de la Justicia Militar. Así, la intervención de la policía en aspectos investigativos debería orientarse a asuntos administrativos (v. gr. citar civiles), realizar pesquisas, por transparencia, en ciertos casos cuando un civil sea la víctima (en el futuro esta función también la deberían cumplir los investigadores judiciales militares) y apoyar con medios técnicos tales como laboratorios y secciones especializadas en balística, huellas, química, entre otros.

La existencia de cursos de este tipo también es coherente con el sistema de justicia ordinaria criminal, donde los diversos operadores del Poder Judicial, Ministerio Público, Policías, etc., permanentemente reciben capacitación en las materias respecto de las cuales son competentes, y actúan a través de unidades especializadas; y está acorde con lo dispuesto en la Constitución Política

(artículo 101) y la Ley Orgánica Constitucional de las FF. AA. (artículo 2°), que define a éstas como cuerpos profesionales.

Ahora bien, además de la especialización, es necesario dotar de medios logísticos adecuados a las unidades investigativas, conexión a bases de datos (v. gr. Servicio de Registro Civil e Identificación), etc. También, el personal que habitualmente trabaja vestido de paisano, en ciertas actividades debe identificarse, por ejemplo, llevando vestuario corporativo. El uso de estas prendas coadyuva a lograr una adecuada percepción por la sociedad y hace que el personal aumente su sentido de pertenencia a la organización. Aprovechamos de mencionar en esta oportunidad que los fundamentos del vestir de civil –y no exhibir la condición de militar– del personal de las Fiscalías, según nuestro parecer, son: a) Lograr una mejor interacción con los civiles víctimas de delitos, a fin de que no relacionen al investigador con el presunto victimario militar, proyectando una correcta imagen de transparencia e independencia; b) A veces corresponde pesquisar a personal de mayor antigüedad que el investigador del organismo judicial, de tal manera que desde el punto de vista de la psicología militar no resulta apropiado que esa diferencia de graduación se haga patente llevando uniforme. Así, el trabajar de civil da primacía a la función judicial sobre el grado militar; c) Establecer la diferencia entre la institución Ejército de Chile, que tiene sus ejes de acción, y el órgano que forma parte del Poder Judicial, a fin de que las personas perciban que es una entidad independiente integrante de otro poder del Estado la que ejecuta el trabajo investigativo y juzga; y d) Pasar desapercibido permite conocer una mayor cantidad de hechos delictuales y realizar la pesquisa judicial de oficio. Por eso el artículo 128 del CJM obliga al Fiscal a investigar cuando tome conocimiento de un delito. En el mismo sentido el artículo 105 del Código de Procedimiento Penal: sin esperar denuncia, ni querrela alguna, deberá el juez competente instruir sumario de oficio, siempre que, por conocimiento personal, por avisos confidenciales, por notoriedad o por cualquier otro medio, llegare a su noticia la perpetración de un crimen o simple delito de acción pública. En relación a esos “avisos confidenciales”, que son proporcionados por los informantes, el artículo 92 del mismo Código señala que los Tribunales no darán curso a denuncias hechas por personas desconocidas ni a delaciones, a no ser que contengan datos precisos que hagan verosímil que se ha cometido el hecho denunciado o delatado. En tal caso procederá el Juez, previamente, a verificar los datos con el mayor secreto, procurando no comprometer la reputación de la persona inculpada. Estas normas reafirman lo antes expresado: la habilidad investigativa que debe tener el personal que trabaja en las Fiscalías.

Fuentes consultadas

Constitución Política de la República.

Ley Orgánica Constitucional N° 18.961.

Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948.
Código de Justicia Militar.

Código Orgánico de Tribunales.

Código de Procedimiento Penal.

Ley N° 19.974.

DFL N° 1.

DFL N° 292.

DL N° 2.222.

DL N° 2.460.

DS N° 277.

DS N° 1.445.

Resolución N° 4.478 / Exenta de 08.MAY.2012. Gendarmería de Chile.

ASTROSA HERRERA, Renato. *Código de Justicia Militar Comentado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.

BRAVO RÍOS, Leonidas. *Lo que supo un auditor de guerra*, Editorial del Pacífico S. A., Santiago, 1955.

KENT, Sherman. *Inteligencia Estratégica: para la política mundial norteamericana*, Pleamar, Buenos Aires, 1986.

RICCI BURGOS, Eduardo. "La Actividad Policial de la Autoridad Marítima: ¿Procedimientos de Orden Público Interno o Reglas de Enfrentamiento?", en *Revista de Marina*, N° 915, Armada de Chile, Valparaíso, Marzo-Abril, 1999.

La fuerza mayor y sus interrogantes conceptuales. Un análisis desde la perspectiva del derecho francés de la responsabilidad civil

RENZO MUNITA MARAMBIO¹

Abogado (UCSC),
Magíster y Doctorando en Derecho Privado,
Universidad Pierre Mendès France, Grenoble 2, Francia.
Profesor Becario de Derecho Civil,
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.
Becario Programa Becas-Chile, CONICYT

RESUMEN: El motor del presente estudio tiene por objeto responder a una serie de interrogantes respecto de la noción de la fuerza mayor, desde la perspectiva del derecho francés de la Responsabilidad Civil. Desde un plano general, la fuerza mayor corresponde a una institución dinámica, y como no, si los mismos codificadores impulsaron dicho espíritu mediante la referencia abierta a la figura exoneratoria en el Código Civil, esto es, sin precisar concepto, elementos o fundamentos. Lo anterior ha obligado a la doctrina a estudiar la noción en examen arribando a conclusiones no siempre seguidas por la jurisprudencia.

Ideas preliminares

1.- El Código Civil francés no es un texto de definiciones. De aquí que la fuerza mayor no se identifique con un concepto establecido en el texto legal. Lo expuesto ha exigido que sean la doctrina y la jurisprudencia quienes asuman la interesante tarea de establecer las bases fundamentales de la noción, su estructura y su manera de actuar. En efecto, **la falta de precisión del legislador** parece a primera vista contradictoria en atención a la trascendencia de la retención de los caracteres de la fuerza mayor². Sin embargo, comprobamos que fue esta falta de precisión justamente la intención de los codificadores³,

¹ Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

Las disposiciones legales citadas corresponden al Código Civil francés.

² Así lo desprendemos de lo enseñado por el profesor J-Y Cholet, quien manifiesta: “la fuerza mayor es un concepto de nuestro derecho en que su importancia aparece como inversamente proporcional a su precisión”, en nota al fallo del TI St Denis, 25.08.1983, D. 1985, p. 26.

³ En este sentido Portalis expone: “El oficio de las leyes es fijar, desde una visión amplia, las máximas generales del Derecho; de establecer principios fecundos en consecuencias, y no de descender en el detalle

constituyendo **una técnica que persigue el libre desarrollo de la noción.**

2.- En conformidad a lo indicado, el objeto de nuestro trabajo consiste en analizar una institución reconocida por el legislador, cierto, pero construida por los estudios de la doctrina, además de un importante número de sentencias judiciales, tanto de la Corte de Casación como de las Cortes de Apelaciones. En concreto, nos concentraremos en la labor de proponer respuestas frente a las dificultades de interpretación surgidas a consecuencia de la aplicación de la institución en referencia, desde el punto de vista de su posición jurídica, **en una primera parte**; abocándonos, **en una segunda parte**, al análisis de sus presupuestos estructurales⁴.

I. La fuerza mayor, una noción jurídica incierta

3.- El estudio de la fuerza mayor implica distinguirla de ciertas nociones con las cuales es habitualmente identificada. **Así, trataremos de justificar que la fuerza mayor no es sinónimo de caso fortuito (A) y que la fuerza mayor no es sinónimo de causa extraña (B).** Muy por el contrario, cada uno de los conceptos, que si bien están íntimamente involucrados, abarcan ámbitos de aplicación diferentes y que exigen el reconocimiento de una autonomía propia.

A.- Fuerza mayor y caso fortuito

4.- Corresponde a una discusión clásica de principios del siglo XX la relativa a la determinación de las diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor. De esto, reconocemos la existencia de una doctrina autorizada que plantea una distinción entre ambos conceptos (a), opuesta a una corriente no menos importante que rechaza la diferencia entre las indicadas nociones (b), está última, impactada por una actual reactivación de la distinción (c).

a) Fuerza mayor y caso fortuito, dos nociones diferentes

5.- La distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito es originaria del Derecho Romano. En Roma, ambos conceptos cubrían dominios diferentes. El caso fortuito abarcaba el denominado *casus*, mientras que la fuerza mayor

de las cuestiones que pueden nacer en cada materia. Es labor del magistrado y de los jurisconsultos, impregnados del espíritu general de las leyes, dirigir la aplicación", en Discurso preliminar pronunciado por Portalis ante el CE durante la presentación del Código Civil, en *Nacimiento del Código Civil*, presentación de F. Ewald, Flammarion, 2004.

⁴ Hacemos presente que, por razones de extensión, en este trabajo no nos pronunciaremos sobre otro aspecto fundamental del tema en estudio: el fundamento de la exoneración del deudor o del agente. Esperamos que el punto mencionado podamos atacarlo en un próximo trabajo.

comprendía lo referente a la *vis mayor*. El *casus* correspondía a un fenómeno imprevisible, no necesariamente irresistible; mientras que la *vis mayor*, a un fenómeno irresistible aun cuando éste había podido ser previsto por el deudor. Ambas hipótesis abarcaban la exoneración del deudor de una obligación de dar o entregar un cuerpo cierto. Luego, la *vis mayor*, exoneraba siempre al deudor de una obligación de cuerpo cierto, no de una obligación de género, pues el género no perece (*genera non pereunt*). Y, por otro lado, si el *casus* generaba la destrucción del cuerpo cierto, también liberaba al deudor⁵.

6.- De la técnica legislativa romana, es lógico desprender que el caso fortuito se identificaba con la imprevisibilidad del fenómeno y la fuerza mayor con la irresistibilidad del mismo⁶. Ambos elementos podían coexistir, pero no necesariamente. Es por lo anterior que la exoneración del deudor era posible aun con la sola imprevisibilidad del fenómeno (*casus*). Lo indicado, de aplicarse, permitía al deudor disponer de un campo mucho más amplio de posibilidades de exoneración frente al incumplimiento de la obligación. Siguiendo el presentado razonamiento, importantes autores elaboraron sus argumentos, sosteniendo la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito⁷.

⁵ En este sentido: J. Moury, *Force majeure: éloge de la sobriété*, RTD civ. 01.07.2004, p. 471.

⁶ Ver, G. Lepointe et R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Libr. Recueil Sirey, Paris, 1954, p. 359 et s.

⁷ Así J. Raduant expone en su tesis: "*Sin embargo, la potencia de las palabra ejerce su influencia siendo imposible que la palabra fortuito, en el caso fortuito, no atraiga la atención sobre la idea de imprevisto, como la palabra mayor, en la fuerza mayor, sobre la idea de irresistible. De aquí, la tendencia natural a hacer dominar estas dos ideas en la definición de los términos respectivos. El descubrimiento no es moderno y la tradición transmitía esta distinción: ¿Ulpiano no definía la fuerza mayor como: omnen vim cui resisti non potest, y el caso fortuito como: casus quos nullum humanum consilium praevidere potest?*", en *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris, 1920, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie. Ed., pp. 173-174. En la misma línea doctrinal A. Colin, H. Capitant et J. de la Morandière distinguen entre la imposibilidad relativa de ejecución (caso fortuito) y la imposibilidad absoluta de ejecución (fuerza mayor), respectivamente, en virtud de los siguientes conceptos: "*La imposibilidad relativa de ejecución, es decir, aquella que ha podido impedir el cumplimiento de la obligación del deudor respectivo (...), pero en la que una voluntad mejor armada, mejor instrumentalizada, habría podido triunfar*" y "*la imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo irresistible, para todos, incluso para el hombre más fuerte y el más inteligente*", en *Cours élémentaire de droit civil français*, 10e ed. por L. Julliot de La Morandière, Paris, 1948-1951, Dalloz, T.II. n° 126. Por su parte Ch. Beudant –siempre en la distinción entre ambos conceptos, pero en otro orden de ideas– entiende por caso fortuito: "*un evento natural que ocasiona un daño, por ejemplo: una inundación, un terremoto*", y por fuerza mayor: "*un evento que no dejando de ser natural, proviene de la voluntad de una persona distinta que aquella respecto de la cual la víctima de un daño entiende hacer recaer la responsabilidad del perjuicio, por ejemplo: orden o defensa de la ley o de una autoridad legalmente establecida y establecida de forma regular*", en *Cours de droit civil français*, 1ª ed., *Les contrats et les obligations*, appendice, 1ra ed. Paris, 1905, par R. Beudant Paris, Rousseau, n° 1174. Distinguen también el caso fortuito de la fuerza mayor los padres de la teoría del riesgo, los celebres autores L. Jossierand y A. Exner, pero desde una perspectiva diferente: la limitación de las posibilidades del deudor. Así, L. Jossierand considera que lo esencial entre las dos nociones es la exterioridad del evento constitutivo de fuerza mayor, mientras que el caso fortuito es caracterizado por la ausencia de exterioridad. Refiriéndose a la fuerza mayor expone: "*la exterioridad, parece primero fácil a precisar: el evento exterior es aquel que es extraño al deudor, que proviene del exterior, que hace interrupción en el círculo de la empresa fuera del cual él se formó y que impide al deudor ejercer su acción normal, la de cumplir su obligación. Es la tormenta la que hace derrumbarse una casa, volcarse un automóvil*". Mientras que el caso fortuito se

7.- En contra de esta doble visión, existen quienes rechazan diferenciar el caso fortuito de la fuerza mayor.

b) Rechazo material de la distinción

8.- Una importante parte de la doctrina clásica francesa sostiene que **no hay razón en fundamentar una distinción que el legislador no ha establecido**, y además que dicho ejercicio **carece de interés jurídico**⁸.

opone a la fuerza mayor en cuanto a la condición de exterioridad *“todos los obstáculos de procedencia externa, que se oponen a los eventos fortuitos, a los casos fortuitos, los cuales se producen en el interior de la empresa y nacen de su funcionamiento mismo: la explosión de una caldera, ruptura de un mecanismo, etc.”*, en L. Josserand, *Traité général théorique et pratique de Droit Commercial. Les Transports*, Paris. 1910 Arthur Rousseau, ed., n° 573. A. Exner, por su parte, inspirador de la tesis de L. Josserand, reconocía al evento constitutivo de fuerza mayor, en su característica de exterioridad. En ausencia de la exterioridad del evento, estaríamos –según él– en presencia de un caso fortuito, el cual no presentaría la aptitud suficiente para exonerar al deudor. Lo anterior, pues es un fenómeno generado en el ámbito interno de su responsabilidad. Expuso el autor: *“El mayor número de accidentes que acaecen en el curso de un transporte tienen por causa un hecho que se produce al interior de la empresa. Esta circunstancia basta para retirar el carácter de fuerza mayor”*. Y más adelante agregaba: *“Todo lo que el demandado podría agregar para su justificación sería sin efecto. No hay fuerza mayor, porque los accidentes acaecidos en el interior de la empresa no son jamás de una absoluta claridad”*, en *La notion de la force majeure, Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, Paris 1892, Librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, Larose & Forcel, ed, pp. 96-96.

⁸ Así, M. Planiol enseña: *“Parece haber aquí una simple cuestión de palabras. El caso fortuito que impide la ejecución de la obligación no libera al deudor a menos que se trate de un evento extraño a su actividad y que sea insuperable e imprevisible”*, luego agrega refiriéndose a Exner y a Josserand: *“Es porque ellos tienen una noción demasiado estrecha de la culpa contractual que proponen hacer al deudor responsable del caso fortuito”*, en *Traité élémentaire de droit civil*, Paris 1943, Librairie générale de droit et de jurisprudence, T. II, n° 727. En idénticos términos G. Ripert y J. Boulanger, en *Traite de Droit civil*, Paris 1957, Librairie générale de droit et de jurisprudence, T. II, n° 809. Por su parte H. Lalou y P. Azzard consideran que la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor sólo podría revestir importancia en materia contractual, ya que en materia extracontractual dicha distinción carece de sentido práctico. Así entonces en materia contractual los autores referidos analizan los artículos 1953 y 1954 del Código Civil y consideran que la primera norma citada parece referirse al caso fortuito, mientras que la segunda a la fuerza mayor. Los autores enseñan el mismo razonamiento para los artículos 1772 y 1773 del Código Civil. Luego, en materia extracontractual, manifiestan que hacer distinciones resulta inútil: *“Pero en materia extracontractual estas distinciones no tienen ningún interés práctico. Que un evento dañoso sea denominado fuerza mayor o caso fortuito, compromete la responsabilidad del agente a menos que sea absolutamente imposible prevenirlo o evitar sus efectos”*, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris 1962, Dalloz, n° 271. Los autores H. y L. Mazeaud y J. Mazeaud, fundamentan su oposición a la distinción, en lo expuesto por los primeros comentaristas del Código Civil, así citan a J. Bonnetcase y a A. Tunc, en *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, Paris 1970, 6ta ed., Montchrétien, T. II, N° 1559. El primero de los autores manifiesta: *“durante mucho tiempo nadie vió una diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor”*, en J. Bonnetcase par H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud loc. cit., y el segundo sostiene –respecto de la distinción comentada– que ambos conceptos presentan un carácter de *“dos hermanos siameses de la no responsabilidad”* en A. Tunc par H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, loc. cit. A consecuencia de lo anterior H. y L. Mazeaud y J. Mazeaud exponen de manera categórica su total oposición a la distinción de conceptos y manifiestan: *“Sin duda aquellos que se concentran en una observación de terminología jurídica, sin considerar ningún interés práctico, no realizan ninguna crítica seria”*. A su turno, los autores rechazan una vinculación del caso fortuito a la imprevisibilidad del evento y de la fuerza mayor a la irresistibilidad del fenómeno, sosteniendo: *“este sistema es peligroso, pues puede conducir a declarar que todo evento que presenta uno de los caracteres requeridos constituye una causa de exoneración, lo cual sería desconocer directamente la intención de los redactores”*. Finalmente terminan por rechazar que la imprevisibilidad no es suficiente para exonerar al deudor: *“El individuo debe responder de todos los riesgos que ha creado, solo los eventos de fuerza mayor pueden exonerarlo, permanece obligado”*.

En esta misma línea, profesores exponentes de la doctrina moderna –aunque con ciertas excepciones que ya analizaremos– parecen no participar del examen de las eventuales diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor⁹. Su principal fundamento es que la jurisprudencia ni antes ni ahora ha reconocido una distinción entre ambas nociones y que, por tanto, no vale la pena intentar justificar una distinción sin trascendencia jurídica¹⁰.

9.- Desde un punto de vista material, constatamos, que **el Código Civil no verificó distinciones expresas relativas al caso fortuito y a la fuerza mayor**. Por lo cual, es difícil determinar diferencias de régimen entre las dos nociones. Existen en el Código disposiciones que emplean solamente la expresión caso fortuito (por ej. el art. 855 inc. 1^o¹¹); otras sólo el término fuerza mayor (por ej. el art. 1730¹²); otras emplean ambos términos conjuntamente (así, el art. 1733¹³). En síntesis, **pareciera que el legislador no asignó una trascendencia considerable a la distinción entre ambos términos**. Tampoco la jurisprudencia ha reconocido diferencias substanciales entre los conceptos, ni en la Corte de Casación ni en Cortes de Apelaciones. Estas últimas, que en sus fallos constituyen una de las manifestaciones más claras del Derecho vivo, **reconocen una jurisprudencia constante relativa a la similitud de términos**, sin atribuir caracteres especiales al caso fortuito y

si solamente existe un caso fortuito (en el sentido de ser un fenómeno imprevisible, pero no irresistible)", en H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, *ibíd.*

⁹ En Chile, la doctrina entiende que ambos conceptos son sinónimos. Revisar la doctrina citada (p. de p. n° 1) por el profesor C. Pizarro Wilson en *La fuerza mayor como defensa del deudor. A propósito de la restricción de suministro de gas a Chile*, Gaceta Jurídica 208, 2004. Por su parte, constituye lectura obligada el trabajo de la profesora María Graciela Brantt titulado *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual: concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2010.

¹⁰ En este sentido el decano J. Carbonnier expresa: "Podemos entender la noción de fuerza mayor o de caso fortuito (los dos conceptos son prácticamente sinónimos) sea en una definición general, sea a través de la diversidad de aplicaciones que recubre", en *Droit civil. Les obligations*, Paris 2000, 22e ed., Presses universitaires de France, n° 162. Los profesores F. Terre, I. Lequette, Ph. Simler indican al respecto: "corrientemente, los autores del Código han empleado indiferentemente las dos expresiones, y de forma general, la jurisprudencia no admite una distinción del caso fortuito y de la fuerza mayor", en G. Légier, *Les obligations*, Paris 2008, 19e edición, Mémentos Dalloz - Série droit privé, pp 89. El profesor Ch. Larroumet, en el mismo sentido, manifiesta: "En una cierta época, la doctrina pretendió hacer una distinción entre las dos nociones que no suponía los mismos elementos. A justo título ella no ha sido seguida por la jurisprudencia, para la cual no se trata aquí que de dos términos correspondientes a una noción única", en Ch. Larroumet, *Les obligations - Le Contrat*, T. III, Paris 2007, 6e ed., *Economica*, n° 722. Los autores G. Marty, P. Raynaud y Ph. Jestaz por su parte, también abogan por la identidad de conceptos: "En todo caso es difícil sumar a estas diferencias de terminología, verdaderas diferencias de régimen. Comprendemos entonces que el acuerdo sea observado por la doctrina reciente para renunciar a establecer una distinción general entre caso fortuito y fuerza mayor, las cuales tienen el mismo efecto exoneratorio", en *Les Obligations*, Paris 1988-1989, 2e édition, Sirey, n° 552.

¹¹ "Le bien qui a péri par cas fortuit et sans la faute du donataire n'est pas sujet à rapport".

¹² "S'il a été fait un état des lieux entre le bailleur et le preneur, celui-ci doit rendre la chose telle qu'il la reçue, suivant cet état, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure".

¹³ "Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve : Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction. Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine".

equiparándolo a la fuerza mayor¹⁴. Sin perjuicio de lo anterior, reconocemos la independencia –a lo menos terminológica del caso fortuito– en la aplicación jurisprudencial de las disposiciones del Código Civil que emplean el concepto de caso fortuito sin hacer referencia a la fuerza mayor¹⁵. **Estimamos, que lo anterior es sólo consecuencia de la coherencia que debe existir entre el juez y la norma empleada como fundamento de su decisión, sin que pueda permitir la justificación de la distinción de las figuras referidas.**

10.- Según lo establecido –y reiteramos– *desde un punto de vista material*, parece no ser posible colegir diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Pero, estimamos, que esto **no nos debe conducir a desconocer toda distinción entre ambas instituciones.**

c) Reactivación de la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor

11.- *Desde una perspectiva intelectual*, es posible considerar una notable diferencia entre los conceptos señalados. Ya no desde el análisis de la exterioridad o de la interioridad del evento calificable como fuerza mayor o caso fortuito, respectivamente, según la lógica de L. Jossierand y A. Exner (ver supra, página 3, cita n° 6), sino desde su vínculo con la causa extraña.

12.- La fuerza mayor **no debe entenderse como un sinónimo del caso fortuito**, sino más bien como el fundamento de la total exoneración del deudor. Así la **fuerza mayor** –justificada por sus caracteres de irresistibilidad y de imprevisibilidad– permite liberar totalmente al deudor o al agente, pues dichos caracteres son los que categorizan a una *causa extraña como totalmente liberatoria*. Por otro lado, debemos entender por causa extraña: *todo impedimento total o parcial del nexo causal entre el incumplimiento contractual o entre la acción u omisión delictual y el daño*. Y como **una de las especies de la causa extraña al caso fortuito**, el cual se refiere *a todo evento anónimo o de la naturaleza que puede alterar el referido nexo causal*. Luego, un **caso fortuito** que altera un nexo causal **puede ser elevado a la calidad de causa extraña totalmente exoneratoria si presenta los caracteres de la fuerza mayor**. Esto permite reconocer el doble carácter del caso fortuito, sea una especie de causa

¹⁴ En la especie, el tribunal retiene la fuerza mayor caracterizándola como sinónimo de caso fortuito en diversas materias. CA Bastia, 16.06.2010, Juris-Data n°: 2010-017767 (enfermedad); CA Aix-en-Provence, 21.01.2010, Juris-Data n°: 2010-001331 (incendio); CA NIMES, 10.10.2006, Juris-Data n° 2006-315628 (gérmen en árboles frutales).

¹⁵ Así por ejemplo, en aplicación del artículo 1722 del Código Civil, el tribunal retiene el carácter de caso fortuito del incendio sin referirse a la fuerza mayor: CA Grenoble, 08.10.2008, Juris-Data n° 2008-371839; CA Paris, 20.03.2008, Juris-Data n° 2008-362272; CA NIMES, 22.01.2008, Juris-Data n° 2008-357128; CA AIX EN PROVENCE, 05.11.2007, Juris-Data n° 2007-361374.

extraña, sea una variedad de la fuerza mayor si el evento natural o anónimo comprende los caracteres de irresistibilidad e imprevisibilidad. Entendiendo, finalmente, a la fuerza mayor como una especie de la causa extraña desde la perspectiva de la extensión de la exoneración¹⁶.

13.- Del examen de los extractos citados desprendemos que la fuerza mayor no es sinónimo de caso fortuito, pues el caso fortuito es una especie de la causa extraña, y puede constituir una variedad de la fuerza mayor si comprende sus caracteres¹⁷. Además, la fuerza mayor es también una especie de causa extraña analizada desde la perspectiva de la exoneración total del deudor o del agente. Por otra parte, no podemos desconocer que aun cuando la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor de L. Josserand y A. Exner no tuvo el suficiente peso como para ganar un reconocimiento jurisprudencial, es y será útil desde el punto de vista de no atribuir un efecto exoneratorio a un evento que no es ajeno al ámbito de atribuciones del deudor o del agente. Así, la exterioridad será siempre requerida no ya desde el punto de vista de una exigencia propia de la fuerza mayor, **sino que desde la órbita de la causa extraña.**

14.- En consideración de lo anterior, la tesis de los profesores G. Viney, P. Jourdain y Ch. Larroumet, presenta un interés importante, pues permite entender de manera clara cómo opera intelectualmente el fenómeno denominado fuerza mayor y su evidente diferencia del caso fortuito. Fuerza es de constatar, que no existe aún alguna sentencia judicial que reconozca expresamente esta aproximación intelectual. Sin embargo, consideramos que esto no quita impacto a la tesis expuesta. Lo dicho, ya que cuando el juez determina que un evento de la naturaleza o anónimo puede ser considerado como una causa extraña totalmente exoneratoria (pues presenta los caracteres de la fuerza mayor), está reconociendo implícitamente al caso fortuito. De manera tal, que no es determinante que el juez se refiera expresamente al caso fortuito –en cuanto a término– en cada sentencia, sin que por esto desconozca su existencia.

¹⁶ Sostenedores de esta posición son los profesores G. Viney y P. Jourdain y el profesor Ch. Larroumet. G. Viney y P. Jourdain en fundamento de su tesis exponen: "*Sentencias extremadamente numerosas afirman que, para justificar la exoneración total, el "caso fortuito" (entendido acá como fenómeno natural o evento anónimo) debe haber sido imprevisible e irresistible o insuperable para el demandado, y esta jurisprudencia es común a la responsabilidad contractual como a la delictual*", en *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, Paris 2006, 3e édition, LGDG, n° 395. Por otro lado, el profesor Ch. Larroumet enseña: "*la causa extraña es triple desde el punto de vista de la naturaleza del evento exterior considerado: ella puede proceder del hecho de la víctima, del hecho de un tercero, o de un caso fortuito. El caso fortuito es entonces una variedad de causa extraña teniendo en cuenta la naturaleza del evento en causa*" –luego agrega– "*la causa extraña es doble en cuanto a la extensión del efecto exoneratorio: ella puede comprender una exoneración total si ella es constitutiva de fuerza mayor, o de una exoneración parcial, si el evento exterior no presenta los caracteres de la fuerza mayor*" –y termina diciendo– "*la fuerza mayor es entonces una variedad de causa extraña considerada bajo el sólo ángulo de la extensión de la exoneración. En fin, el caso fortuito es una variedad de fuerza mayor si el evento natural o anónimo, imprevisible e irresistible exonera totalmente al responsable*", en *Les obligations - la responsabilité civile extracontractuelle*, T. V, Paris 2007, 1e édition, Economica, n° 400.

¹⁷ También denominado fuerza mayor "*stricto sensu*". P. Jourdain, J.- Cl. Resp. Civ. et ass. fasc. 160 n° 107.

15.- Por otro lado, este planteamiento puede ser justificado a la luz del Anteproyecto de Reforma de Derecho de Obligaciones. El referido anteproyecto en su artículo 1349 dispone:

“La responsabilidad no es comprometida cuando el daño es debido a una causa extraña que presenta los caracteres de la fuerza mayor.

La causa extraña puede provenir de un caso fortuito, del hecho de la víctima o del hecho de un tercero respecto del cual el demandado no tiene que responder.

La fuerza mayor consiste en un evento irresistible que el agente no podía prever o respecto del cual no podía evitar los efectos por medidas apropiadas”.

16.- Leemos como el propuesto cuerpo normativo reconoce expresamente al caso fortuito como una especie de causa extraña, el cual no es sinónimo de la fuerza mayor. Lo anterior, pues la misma disposición asigna un concepto diferente a la institución (acorde con los movimientos jurisprudenciales de la época de redacción del proyecto). Consideramos la autoridad incontestable del anteproyecto señalado, tanto por el prestigio de los profesores que han participado en su redacción y porque comprende –en palabras del profesor D. Mazeaud– *“toda la tradición jurídica francesa”*¹⁸. La referida autoridad nos puede conducir a una correcta interpretación del Derecho actual, en donde la fuerza mayor ocupa un espacio importante. De aquí que no parezca adecuado utilizar ambos términos indistintamente. Creemos que la doctrina debería considerar la noción de causa extraña al momento de referirse a la fuerza mayor. Lo previo, conducirá necesariamente al caso fortuito como fenómeno autónomo e independiente de ésta.

17.- Una vez aclarado el límite entre la fuerza mayor y el caso fortuito, es necesario establecer otra de sus fronteras naturales, esta es la demarcación entre la fuerza mayor y la causa extraña.

B.- Fuerza mayor y causa extraña

18.- Más nítida, consideramos, es la distinción entre la fuerza mayor y la causa extraña, **esta última identificada indisolublemente con la exterioridad del evento (B), se encuentra unida a la fuerza mayor en virtud de una relación de género a especie (A).**

A) Relación de género a especie entre las dos nociones

19.- Una opinión autorizada define la causa extraña en los siguientes términos: *“la causa extraña es un evento en el cual la persona, a la que la responsabilidad*

¹⁸ Conferencia Université Pierre Mèndes France – Grenoble II. *Les mutations du Droit des Obligations*. Grenoble, 04.05.2011.

*de un daño es atribuida, busca ampararse, para demostrar que el hecho que le es imputado no es la única causa ni tampoco la causa principal del perjuicio invocado. El objetivo perseguido es entonces, lógicamente, obtener una exoneración o, al menos, una atenuación de la responsabilidad*¹⁹.

20.- El término causa extraña lo detectamos en el Código Civil en el artículo 1147²⁰. Dicho concepto, según su ubicación, parece ser exclusivamente aplicable en materia de responsabilidad contractual. Por otro lado, reconocemos que en materia de responsabilidad delictual el codificador no consagró una norma similar relativa a la exoneración del agente. Pues bien, a partir de la sentencia *Teffaine*²¹ y posteriormente a través la sentencia *Jand`heur*²² (decisiones judiciales que consagraron la responsabilidad general por el hecho de las cosas²³ en virtud del art. 1384 inc. 1²⁴ del Código Civil, y que en términos de las mismas sentencias sólo reconocen como mecanismo liberatorio el caso fortuito, la fuerza mayor o una causa extraña no imputable) ha sido la jurisprudencia la encargada de extender su campo de aplicación también en ese dominio. Las indicadas sentencias contemplan la similitud entre caso fortuito y fuerza mayor (que a nuestro juicio es errada) y además la causa extraña como vías de exoneración. Se entiende que la referencia a la causa extraña es sólo para efectos de distinguir el caso fortuito de la culpa de la víctima o del hecho de un tercero, especies de causa extraña²⁵.

¹⁹ G. Viney et P. Jourdain op. cit. n° 383.

²⁰ "Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part".

²¹ Cas. civ., 16.06.1896: DP 1897, I, p. 433, nota R. Saleilles; S. 1897, I, p. 17, nota A. Esmein. La Corte retiene la responsabilidad del empresario, en razón a la explosión de una máquina a vapor que había causado la muerte de un mecánico, producto de un vicio de construcción que no tenía manera de conocer.

²² Cámaras reunidas, 13.02.1930, *Grands arrêts*, n° 199; D. 1930.I.57, nota G. Ripert. Se retuvo la responsabilidad objetiva del conductor de un automóvil por el atropello causado a un peatón.

²³ Para que opere la responsabilidad general por el hecho de las cosas, tres condiciones son necesarias: primero, la existencia de una cosa susceptible de apropiación; segundo, que temporalmente se encuentre al origen del daño; y tercero, que comprometa la responsabilidad de quien la tiene bajo su guarda, es decir, quien efectivamente presenta un poder de uso, control y dirección de la cosa, sea, en carácter de propietario, sea en carácter de guardián provisorio. La exoneración depende de la prueba de una causa extraña o que la cosa no ha cumplido más que un rol pasivo en la producción del daño, tanto respecto de su ubicación normal, cuanto a su comportamiento. Su ausencia de culpa no es prueba suficiente.

²⁴ "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde". A modo de ilustración. Una persona que salía de su vehículo estacionado en el parking de un centro comercial, se golpeó contra un muro de concreto que se encontraba en el camino hacia la entrada del establecimiento. A consecuencia del impacto, la víctima cayó y se lesionó. Recurrió en responsabilidad contra el centro comercial, bajo el fundamento de la responsabilidad por el hecho de las cosas del artículo 1384 inciso 1°. Los jueces de fondo rechazaron su pretensión, pues la víctima no demostró que el muro había cumplido un rol activo en la producción de daño. La Corte de Casación, a su turno, confirmó el criterio, estableciendo: "el muro de concreto, cosa inerte, no estaba ubicado en una posición anormal Cámaras reunidas, 13.02.1930, *Grands arrêts*, n° 199; D. 1930.I.57, nota G. Ripert. y no había jugado ningún rol activo en la caída de la víctima". Cas. 2da civ., 29.03.2012, n°10/27553.

²⁵ En este sentido J. Flour, J.L. Aubert y É. Savaux consideran: "De hecho, por una parte el caso fortuito y la fuerza mayor son generalmente considerados como sinónimos. Por otra parte, la causa extraña no

21.- Sin perjuicio de lo anterior, la evolución jurisprudencial condujo a restringir el impacto exoneratorio de las indicadas especies de causa extraña, condicionando su efecto liberatorio total a la verificación de los caracteres de la fuerza mayor incorporados a la culpa de la víctima²⁶ o al hecho del tercero²⁷. Dicha limitación también ha sido acusada por la doctrina, para cada una de las dos causas extrañas. A falta de caracteres de fuerza mayor el efecto exoneratorio de los mencionados eventos será necesariamente parcial. Es por esto que hoy no parece necesario distinguir los fenómenos, pudiendo ser todos cubiertos bajo la noción genérica de causa extraña. Sobre este punto, los autores antes citados indican: *“La causa extraña en lugar de constituir un modo de exoneración particular, puede configurar el término genérico, capaz de englobar la fuerza mayor propiamente tal (caso fortuito, para nosotros), la culpa de la víctima o la culpa de un tercero”*²⁸.

22.- Es de toda lógica considerar que la causa extraña tanto en materia delictual como en materia contractual está integrada **–en atención a la naturaleza del evento–** por tres especies, a saber: el caso fortuito, la culpa de la víctima y el hecho del tercero. Y que, siguiendo la tesis del profesor Ch. Larroumet, ya expuesta más arriba: *“la fuerza mayor es una variedad de causa extraña considerada bajo el ángulo de la extensión de la exoneración”*. Entonces, si la extensión de la exoneración es total (pues el fenómeno exterior está revestido de los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad) será posible reconocer como una variedad y no como un sinónimo de la causa extraña a la fuerza mayor. **Existiendo entre ambas nociones una relación de género a especie.**

23.- Ahora bien, el criterio anteriormente indicado no ha estado exento de **oscuridades jurídicas** que han identificado la fuerza mayor con la causa extraña como dos **elementos idénticos**. En efecto, la jurisprudencia ha asimilado a la fuerza mayor con la culpa de la víctima o con el hecho del tercero²⁹, lo cual, en consideración a lo que ha sido expuesto es un error. Sobre este aspecto puntualizan los profesores F. Chabas y F. Gréau que las decisiones judiciales referidas son *relativamente raras*³⁰, en atención a la evolución jurisprudencial iniciada tras las sentencias *Teffaine* y *Jand’heur*, citadas más arriba. Actualmente, la indicada relación de género a especie ha sido reconocida. Esta afirmación es posible de justificar en virtud de la sentencia de rectificación de la Asamblea

era mencionada distintamente a menos que para dejar un lugar a la culpa de la víctima y a la culpa de un tercero, culpas que a la época eran consideradas como exoneratorias” en Les obligations. T. 2, Le fait juridique”, Paris 2009, 13va ed., Sirey: Dalloz, n° 269.

²⁶ Civ. 13.04.1934, S., 1934, 1, p. 313, nota H. Mazeaud; Civ. 2^{da}, 17.06.1987, D., 1987, p. 162; Civ. 1^{er}, 21.10.1997, Bull. civ. I, n° 288.

²⁷ Civ. 2^{da}, 22.02.1989, Resp. civ. et assur., 1989, comm., n° 137; Soc., 07.04.1993, JCP, 1994, éd. E, I, 527, nota P.-A. Antonmattei.

²⁸ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *ibid*.

²⁹ CA Paris, 06.05.1961, Gaz. Pal. 1961. 2. 78; CA Lyon, 28 févr. 1996, JCP 1997. IV. 177.

³⁰ F. Chabas y F. Gréau, *Rép. civ. Dalloz*, V° Force Majeure, 2007, n°2.

Plenaria de 17 de enero de 2003³¹ **por la que se substituyó la expresión fuerza mayor a la de causa extraña.** Dicha rectificación fue necesaria a consecuencia de la imprecisión terminológica cometida en dos sentencias relativas a la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores³². En una de ellas, para liberar a los padres de su responsabilidad era necesaria una causa extraña; y para la otra, la fuerza mayor. **La rectificación permite, entonces, reconocer ahora jurisprudencialmente la defendida relación de género a especie entre ambas nociones.** Aun cuando en nuestro análisis jurisprudencial hemos detectado otra sentencia de Corte de Apelaciones que comete la misma imprecisión de lenguaje³³.

24.- Dicha relación de género a especie ha sido también reconocida por parte de la doctrina. Así el profesor Ph. Brun considera: *“la causa extraña es un género, respecto de la cual la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, y el evento de fuerza mayor son especies”*³⁴. Es interesante la expresión utilizada por el mencionado profesor, para referirse al caso fortuito que presenta los caracteres de la fuerza mayor: *“el evento de fuerza mayor”*. También los profesores F. Chabas y P. Gréau en esta línea indican: *“la relación parece ser la del género y la especie”*³⁵.

25.- Sin perjuicio de lo anterior, no toda la doctrina es unánime en este criterio, pues hay quienes sostienen que la noción de **causa extraña es vaga e imprecisa**, debiendo ser excluida de la discusión a menos que se le dé un significado particular, el cual a la luz del análisis parece no tener. Indican que la causa extraña no permitiría determinar en ella misma cuál es el rol exoneratorio del evento que la identifica³⁶, luego la noción sería absorbida en su poder exoneratorio por la fuerza mayor. En este sentido, lo enseñado por H. et L. Mazeaud y A. Tunc: *“la noción de causa extraña no imputable del artículo 1147 del Código Civil, no es otra que la fuerza mayor del artículo 1148”*³⁷.

26.- **Expresamos nuestro respetuoso rechazo a las opiniones de tan importantes autores.** No podemos desconocer la existencia de la causa extraña y sus especies –desde la perspectiva de la extensión de la liberación– total o parcialmente exoneratoria. Estimamos que la fuerza mayor sería un concepto vacío si no estuviera sujeta a la estructura de la causa extraña. Esto,

³¹ Cas. As. Plen.17.01.2003, D. 2003.591, nota P. Jourdain.

³² Cas. As. Plen. 13.12.2002, D. 2003, nota P. Jourdain.

³³ No puede exonerarse de esta obligación que demostrando que la deterioración de los bienes depositados es debido a una causa extraña o a una fuerza mayor. CA Rouen, 29.03.2006 - n° 04/02919, 04/3231, 04/3095.

³⁴ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris 2009, 2e édition, Litec, n° 267.

³⁵ F. Chabas et P. Gréau, op. cit. n° 3.

³⁶ D.Denis, J.- Cl. Resp. civ. et assur. Fasc. 150-6, n° 13, por P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Thèse Montpellier, 1992, L.G.D.J. n° 135.

³⁷ H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuel et contractuel*, T. I, 5ta ed., n° 665.

pues no basta que un evento sea irresistible o imprevisible para que sea exoneratorio, requiere también que sea exterior a las atribuciones del demandado. Así, **la causa extraña identificada íntimamente con la exigencia de la exterioridad del fenómeno** puede llegar a exonerar totalmente sólo si el evento presenta los caracteres de la fuerza mayor. Además, esta relación de género a especie es evidente –creemos– **si apreciamos que no toda causa extraña es capaz de exonerar completamente al deudor**, por ello no podemos desconocer la existencia de la institución.

27.- Por otro lado, sostenemos que el Derecho es una ciencia que vive, y que el Código Civil no tiene el monopolio del Derecho Civil. Es por esto que hemos analizado la útil jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones, que da prueba de la indicada relación entre la causa extraña y la fuerza mayor. **En efecto, la CA de Douai, 23.11.2006, Juris-Data n° 2006-331730 (en materia de responsabilidad civil por el hecho de los animales), consideró:** *“En los términos del artículo 1385 del Código Civil, el propietario de un animal es responsable de los daños causados por éste a menos que pruebe que ha estado en la imposibilidad de evitar este daño bajo el efecto de una causa extraña, la cual no puede serle imputada. En la especie, una vaca se escapó de su cerco, a consecuencia de un accidente de circulación que había dañado el cerco en el que se encontraba el animal. El bovino en su trayecto por la ruta colisionó con un vehículo. La conductora lesionada comprometió la responsabilidad del propietario del animal. Los jueces consideraron que el propietario, al cual no se le había comunicado el acaecimiento del primer accidente, no tuvo posibilidades de paliar las consecuencias de la degradación del cerco. Se trata entonces, para él, de un evento imprevisible e irresistible que presenta las características de la fuerza mayor y que lo exonera de toda responsabilidad”*. La sentencia reconoce la existencia de una causa extraña constituida por la destrucción del cerco del animal. Dicha causa extraña presenta los caracteres de la fuerza mayor respecto del propietario del animal constituyendo una causa extraña totalmente liberatoria. Asimismo, **la CA de Douai, 30.04.1998, Juris-Data n° 1998-710127 (en materia de transporte), manifestó:** *“Para ser exonerado de la presunción de responsabilidad establecida por (...), el transportista, sujeto a una obligación de resultado, debe probar que el daño fue debido a una causa extraña calificable de fuerza mayor, luego, a un evento que no ha podido ser previsto ni evitado, a pesar del cuidado y de la diligencia aportada”*. Estimamos que la sentencia es diametralmente clara en cuanto a la relación de género a especie entre las instituciones: *“causa extraña calificable de fuerza mayor”*³⁸.

³⁸ En otras especies, **la CA de Bordeaux, 09.12.1996, Juris-Data n° 1996-048194 (en materia de construcción), enseñó:** *“el contratista es exonerado de toda responsabilidad desde que las fisuras de los muros exteriores del inmueble se deben esencialmente a la sequía. En la especie, teniendo en cuenta la imprevisibilidad del acaecimiento de un período de sequía, no corresponde al contratista prever estudios de suelo, onerosos para el cliente y que habrían sido realizados para anteponerse a un evento muy hipotético”*. De la sentencia se desprende el carácter de causa extraña de la sequía, la cual es totalmente

28.- Establecida –en nuestro criterio– la relación innegable entre la fuerza mayor y la causa extraña, el análisis obliga a determinar el elemento que diferencia ambas nociones. Entendemos que la disparidad de conceptos encuentra fundamento en la exterioridad del evento, componente esencial de la causa extraña, mas no de la fuerza mayor.

B) La causa extraña y la exigencia de la exterioridad del evento

29.- Reconocemos la importancia en doctrina del desarrollo de la noción de la exterioridad³⁹, **en el cuadro de su carácter de elemento insustituible de la causa extraña**. Dicho criterio ha sido defendido fuertemente por los profesores G. Viney y P. Jourdain⁴⁰, así como por el profesor Ch. Larroumet⁴¹.

30.- En contra de esta posición, hacemos referencia a la discusión que durante años los autores han sostenido sobre la exigencia de la exterioridad en cuanto a su carácter de elemento de la fuerza mayor. Si bien algunos profesores, como el decano J. Carbonnier⁴² o A. Bénabent⁴³, han atribuido su dominio como elemento de la causa extraña, consideran que ésta (causa extraña) es también un elemento de la fuerza mayor. Otros, aun cuando reconocen abiertamente su rol como elemento de la fuerza mayor en materia de responsabilidad delictual, la niegan tajantemente en materia de responsabilidad contractual⁴⁴. Detectamos también autores que parecen desconocer toda su relevancia, llegando al punto de proponer una supresión del examen en materia de responsabilidades por culpa⁴⁵. Se ha defendido también el desconocimiento de la exterioridad en materia del “hecho de un tercero” o del “hecho de la víctima”⁴⁶ (aun cuando creemos que respecto del “hecho de la víctima” la exigencia de exterioridad

exoneratoria por su carácter de imprevisible (el juez no se pronuncia sobre la irresistibilidad, pero no es el momento de cuestionar este punto). Por su parte **la CA de Paris, 28.02.1995 (en materia de responsabilidad contractual), considera:** “La SNCF está sujeta, en su calidad de transportista, a una obligación de seguridad respecto de los pasajeros (...), salvo que establezca que la inejecución proveniente de una causa extraña pueda consistir en una culpa exclusiva de la víctima que presente los caracteres de imprevisibilidad y de irresistibilidad de la fuerza mayor”. La sentencia identifica, en buen criterio, una especie de causa extraña –la culpa de la víctima– la cual permite liberar totalmente al demandado si presenta los caracteres de la fuerza mayor.

³⁹ Para un análisis en Derecho Chileno y Comparado, revisar el trabajo de la citada profesora María Graciela Brantt Zumarán, *La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato*. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (Valparaíso, Chile). XXXIII (2° Semestre 2009), pp. 39-102.

⁴⁰ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 384.

⁴¹ Ch. Larroumet, op.cit. n° 400.

⁴² J. Carbonnier, op. cit. p. 308.

⁴³ A. Bénabent, *Les obligations*, Paris 2010, 12e édition, Montchrestien, n° 322.

⁴⁴ H. et L. et J. Mazeaud, op. cit. n° 1566 (criticando la noción de exterioridad de los defensores de la teoría del riesgo).

⁴⁵ P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, Tesis Paris II, n° 613 et ss. por Ph. Brun, op. cit. n° 279.

⁴⁶ Ver en este punto, G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 385.

no es contestada en jurisprudencia, pues la existencia de ésta es prácticamente un componente de la naturaleza de la indicada especie de causa extraña, y la noción es retenida solo en circunstancias muy especiales⁴⁷); mientras que otra importante voz manifiesta que la exterioridad constituye “una noción autónoma de la calificación de la fuerza mayor”⁴⁸. Por último, agregamos que un célebre profesor indica que en el campo de la responsabilidad delictual la exterioridad de la fuerza mayor constituye el elemento fundamental y único en la materia estudiada⁴⁹. En fin, hacemos presente que la defensa del abandono⁵⁰ por la Corte de Casación de la exigencia de la exterioridad (opinión rechazada en doctrina⁵¹⁻⁵² bajo la justificación de la jurisprudencia de la misma Corte de Casación⁵³) se opone a su reconocimiento expreso por las Cortes de Apelaciones⁵⁴.

31.- Los profesores G. Viney et P. Jourdain trasladan sabiamente el debate, **no la estudian en la perspectiva de la fuerza mayor** –especie de la causa extraña (desde el punto de vista de la extensión de la exoneración)–, **sino en cuanto a su rol de noción indispensable de la causa extraña**. Lo indicado les permite definir a la exterioridad, diciendo que ésta significa “*simplemente que el demandado no puede invocar, para escapar a su responsabilidad, ni un hecho que habría el mismo provocado o que en cuyo origen estaría, ni un hecho respecto del cual una regla jurídica cualquiera le impone precisamente garantizar las consecuencias perjudiciales para terceros*”⁵⁵. En otras palabras, si bien tradicionalmente, la exterioridad del evento ha sido considerada como un elemento más de la fuerza mayor (junto a la irresistibilidad y la imprevisibilidad) –y en ese escenario discutida su dimensión– ahora la noción en examen es

⁴⁷ “Esta situación se verifica en particular cuando la víctima se pone a disposición del demandado y ha seguido escrupulosamente sus directivas, por ejemplo en el curso de una operación de rescate”, G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 387

⁴⁸ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 2da ed., Thémis Droit Puf, París, 2010, p. 182.

⁴⁹ A. Tunc, *Force majeure et responsabilité délictuelle*, RTD civ. 1946, p. 199.

⁵⁰ P. Jourdain, *Force majeure: L'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire*, Recueil Dalloz 2006, Jurisprudence, p. 1566.

⁵¹ “La condición de la exterioridad parece haber sido abandonada por la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación en 2006 (14.04.2006 n°s 04-18.902 y 02-11.168), pues ella no retuvo el dúplico de la imprevisibilidad y de la irresistibilidad; sin embargo esto no es cierto, porque el comunicado de prensa de la Corte de Casación sobre las sentencias del 14.04.2006 menciona la exterioridad”. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris 2010, 8e édition, n° 1816.

⁵² Estimamos, además, que la referencia a las sentencias de la Asamblea Plenaria 14.04.2006 n°s 04-18.902 y 02-11.168, como fundamento a la supresión de la condición de exterioridad, no es efectiva. Lo anterior, pues las sentencias determinan cuáles son los elementos de la fuerza mayor. La exterioridad es un elemento de la causa extraña que no tenía por qué ser considerada en dicha calificación.

⁵³ Con respecto a la ausencia de exterioridad en la caída de un ascensor: Civ. 3ra, 01.04.2009, n° 08-10.070, Bull. Civ. III, n° 71; con respecto a los daños causados por un aluvión: Civ. 2da, 02.04.2009, n° 08-11.191, RCA 2009, n° 127.

⁵⁴ En este sentido, se ha reconocido la exterioridad en materia de enfermedad de Alzheimer: CA Douai, 29.02.2008; en materia de choque de una pala mecánica con un tendido de alimentación eléctrica: CA Nancy, 22.01.1998 - n° 96003765; en materia de los daños a consecuencia de un huracán: CA Paris, 12.02.2010 - n° 07/12483.

⁵⁵ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 385.

elevada a una condición *sine qua non* del género: causa extraña⁵⁶. En palabras simples, podríamos estimar que la exterioridad de la causa extraña obedece a una aplicación del principio que prohíbe al demandado exonerarse invocando un hecho del cual debe responder. Lo referido –estimamos– inspiró al consejero B. Petit a sostener que la noción en examen no es más que “la expresión de una garantía”⁵⁷.

32.- Resulta fundamental el análisis de la condición de exterioridad, pues en su ausencia simplemente no podemos atribuir al fenómeno su calidad exoneratoria, sea total si presenta los caracteres de la fuerza mayor, sea parcial si no los presenta. Asimismo, reconocemos que la determinación de la exigencia de exterioridad no puede ser definida de una manera uniforme para todos los eventos susceptibles de ser considerados como exoneratorios. La noción puede ser analizada desde una diversidad de parámetros, sea respecto de la persona del deudor o del agente, sea respecto de la cosa que se guarda, o bien de las personas por las que se debe responder o de la empresa que se dirige.

33.- En fin, el examen de la exterioridad y, en consecuencia, de la causa extraña, reviste interés en todo sistema de responsabilidad, **pero presenta una especial relevancia en el dominio de los sistemas de responsabilidad objetiva**. Lo anterior, ya que la prueba de la ausencia de culpa –medio de exoneración en sistemas de responsabilidad subjetiva– no constituye argumento suficiente para liberar al deudor de una obligación de resultado (art. 1147), o al agente en el dominio de la responsabilidad general por el hecho de las cosas (1384 inc. 1º), o al obligado a responder por el hecho de quien está bajo su guarda (1384 inc. 1º), o a los padres por el hecho de sus hijos menores (1384 inc. 4º), o al mandante por el hecho de su mandatario (1384 inc. 5º).

34.- Ahora bien, aun cuando el artículo 1147 es una norma de aplicación contractual, no debemos limitar el desarrollo de la causa extraña sólo a este dominio. Ya que la institución comentada presenta una evidente importancia en materia de responsabilidad delictual. A esto debemos agregar que en Francia la jurisprudencia en aplicación de razonamientos delictuales ha modelado la causa extraña y la propia fuerza mayor. Por su parte, en el dominio de la **responsabilidad contractual**, si bien –la causa extraña totalmente exoneratoria– **reviste una importante aplicación (b)** en cuanto a la liberación del deudor en materia de obligaciones de resultado (aun cuando el deudor de una obligación de medios también puede liberarse por la prueba de una causa extraña exoneratoria, pero dicha prueba naturalmente es más compleja que la simple acreditación de su ausencia de culpa), **en materia de responsabilidad delictual la aplicación de la exterioridad presenta un desarrollo**

⁵⁶ Ch. Larroumet, op. cit. n° 398.

⁵⁷ Informe del consejero B. Petit a propósito de las sentencias de la Asamblea Plenaria de 14.04.2009.

notable (a). Lo indicado, en relación a que lógicamente no todo daño está mediata o inmediatamente enmarcado bajo un vínculo contractual. Por tanto, el desarrollo casuístico de la institución es una palpable consecuencia de su aplicación fuera del contrato.

(a) En materia delictual

35.- La aplicación de la exterioridad reviste una extensa diversificación en sus diferentes especies de responsabilidad objetiva, sea en el capítulo de la **responsabilidad por el hecho de otro, sea en el de la responsabilidad por el hecho de las cosas.**

36.- En la primera especie, la ley es clara al establecer que el mandante es responsable por el **hecho de sus mandatarios** en la medida en que estos no hayan realizado el acto culpable configurando un abuso de funciones, de conformidad al art. 1384 inc. 5⁵⁸. Además, los **padres son responsables por el hecho de sus hijos menores** en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1384 inc. 4⁵⁹. Por otra parte, en materia jurisprudencial este principio no ha estado exento de evolución. Pues se ha detectado en el artículo 1384 al. 1 del Código Civil un **principio de aplicación general de la responsabilidad por el hecho de otro**, aplicable a las personas naturales o jurídicas que de manera permanente controlan, organizan y dirigen el modo de vida de ciertos individuos⁶⁰. Luego, significaría un atentado a la exigencia de la exterioridad de la causa extraña que el hecho del mandatario, del hijo menor o de quien está sujeto a un modelo de control, organización y dirección permanente, constituyera un fenómeno respecto del cual el guardián no deba responder. Y que, en consecuencia, este fenómeno permitiera liberar a quienes deben responder por el hecho dañoso de estas personas. En este punto ha sido resuelto por la Corte de Casación que: *“el estado de salud del mandatario que ejerce el uso, la dirección y el control de una cosa por cuenta del propietario no es una causa extraña exoneratoria del propietario”*⁶¹. Cerramos este párrafo haciendo presente que respecto de la responsabilidad de los padres la jurisprudencia se muestra aun más exigente a la hora de su eventual exoneración. Puesto que aun cuando el hecho hubiera sido irresistible e imprevisible respecto de los hijos, la Corte de Casación se rehúsa a retener la exoneración de los padres⁶².

⁵⁸ *“Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés”.*

⁵⁹ *“Le père et la mère, en tant qu’ils exercent l’autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux”.*

⁶⁰ As. Ple., 29.03.1991, D. 1991.324, nota Ch. Larroumet.

⁶¹ Cas. 2^a civ. 04.11.1965, D. 1966. 394, nota Plancqueel.

⁶² Así por ejemplo: Cass. 2^e civ. 02.12.1998, Bull. civ. II, n° 292; CA Chambéry, 04.01.2000, Resp. civ. et assur. 2000, comm. 318, nota L. Grynbaum.

37.- En la segunda especie, a partir de la evolución jurisprudencial que ha consagrado –como ya indicamos– un principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas⁶³ a partir de lo dispuesto por el art. 1384 inc. 1º, y además de las decisiones judiciales que han aplicado lo dispuesto en el art. 1385⁶⁴ respecto de la responsabilidad por el hecho de los animales, se ha determinado que jamás el vicio interno de la cosa o del animal pueden constituir una causa extraña exoneratoria. De aquí que se haya establecido que el neumático reventado constituye un vicio interno de la cosa que impide su calificación como evento exoneratorio⁶⁵, el mismo criterio se ha retenido en materia de ruptura de un mecanismo de un vehículo⁶⁶, o por la explosión de un televisor⁶⁷. Por su parte, en el marco de la relación entre la responsabilidad delictual por el hecho de las cosas y los fenómenos naturales se aplica un criterio similar, así por ejemplo: ciertas sentencias consideran que el propietario del terreno permanece responsable, en tanto que guardián, cuando el aluvión o el deslizamiento de terreno resulta de un vicio interno de la cosa⁶⁸. Incluso se ha considerado, que la responsabilidad del guardián sobre la cosa se extiende cuando la causa del suceso se ha debido a un evento natural, como una perturbación meteorológica⁶⁹; en el campo de las tormentas, se ha retenido la responsabilidad del guardián de un árbol que cae a causa del fenómeno provocando daños, cuando el árbol presentaba un vicio oculto, constituyendo un vicio inherente a la cosa⁷⁰; lo mismo respecto de un ciclón que provoca la caída de una grúa sobre un edificio, especie en la que es retenida la responsabilidad del guardián de la grúa, pues el evento no presentaba los caracteres de la fuerza mayor⁷¹; o a causa del congelamiento sobre la ruta, en que no se ha retenido la fuerza mayor, considerándose al guardián del vehículo responsable cuando el fenómeno era previsible⁷². En otro ámbito, ha sido la propia jurisprudencia⁷³ la que ha determinado que el poder de usar, dirigir y controlar una cosa ejercido por el guardián, le atribuye precisamente una calidad de garante por los daños producidos por ésta respecto de la víctima⁷⁴. La jurisprudencia exige además

⁶³ Sentencias Teffaine y Jand'heure.

⁶⁴ *"Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé"*.

⁶⁵ CA Lyon, 30.12.1926, DH 1927, 177; CA Paris, 18.07.1930, Gaz. Pal. 1930, 2, 674; Civ. 2e, 12.02.1970, n° 68-13.115, Bull. civ. II, n° 51.

⁶⁶ CA Paris, 13.07.1931, Gaz. Pal. 1931, 273; Civ. 11.03.1940, Gaz. Pal. 1940, 15.

⁶⁷ TGI Melun, 16.11.1977, D. 1978, IR 321, obs. Ch. Larroumet.

⁶⁸ Civ. 2da, 19.06.1959, Bull. civ. II, n° 482; Civ. 2º, 09.06.1977, n° 76-12.212, Bull. civ. II, n° 151.

⁶⁹ Cas. 2da civ. 05.05.1975, Gaz. Pal. 1975. 2. 528, nota Plancqueel.

⁷⁰ Civ. 2da, 05.05.1975, Gaz. Pal. 1975, p. 528.

⁷¹ Civ. 2da, 18.03.1988, n° 95-22.014, Bull. civ. II, n° 97.

⁷² CA Paris, 14.03.1930, DP 1930, 2, 115, note Besson.

⁷³ Sentencia Franck: Cámaras reunidas, 02.12.1941, DC, 1942, p. 25, nota G. Ripert.

⁷⁴ En este sentido: *"el vicio inherente de la cosa que ha causado el daño no constituye respecto de aquel que ejerce sobre esta cosa los poderes de dirección, control y uso correlativos a la obligación de guarda, un caso fortuito o una fuerza mayor de naturaleza a exonerarlo de su responsabilidad hacia los terceros"*: Cas. 2da civ. 20.12.1968, Gaz. Pal. 1969. 1. 119.

que el evento sea exterior a la persona misma del guardián⁷⁵, criterio adoptado incluso antes de la Ley n° 68-5 de 03 de enero de 1968 en materia de alteración mental⁷⁶ y naturalmente con posterioridad a la referida ley, en este dominio una Corte de Apelaciones estableció: *"la deficiencia en las facultades intelectuales y el desequilibrio psicológico no constituyen una causa exoneratoria de la responsabilidad del guardián"*⁷⁷.

b) En términos contractuales

38.- La condición de exterioridad exige naturalmente que el evento sea ajeno al deudor, o no imputable a él, según se desprende de la norma fundamental de la materia en estudio: *"causa extraña que no puede ser imputada"* (art. 1147). Comprendiendo en la exigida ajenidad **no solamente al deudor de una obligación contractual, sino también a las personas que en su nombre ejecutan el contrato o a la cosa objeto del contrato**. En otras palabras, abarcando ya sea en género: la responsabilidad contractual; ya sea en especie: la responsabilidad contractual por hecho de los dependientes del deudor y la responsabilidad contractual por el hecho de las cosas.

39.- En el primer escenario –**responsabilidad contractual por el hecho de los auxiliares o substitutos del deudor**– naturalmente el deudor de la obligación es también responsable por el hecho de quien él mismo ha introducido en la etapa de ejecución del contrato. De esta manera, los hechos de los dependientes obligan al empleador, pues estos obedecen al ejercicio de una representación de quien ejerce autoridad. Luego, el deudor no puede invocar la exterioridad para liberarse de la actuación jurídica del dependiente⁷⁸. Sin embargo, existen ciertas situaciones donde la actuación de los dependientes adquiere tal grado de autonomía que sus actos o manifestaciones constituyen respecto del obligado un caso de fuerza mayor. Por ejemplo, en materia de huelga⁷⁹. En eventos de la especie, se ha liberado al deudor de su obligación, puesto que los movimientos de trabajadores obedecen a causas externas al campo de autoridad del empleador.

40.- En el segundo escenario –**responsabilidad contractual por el hecho de las cosas empleadas en la ejecución del contrato, cosa objeto del contrato**– la jurisprudencia ha rechazado la exoneración del deudor fundada

⁷⁵ Así, no es considerado como exoneratorio *"El malestar de salud pasajero del guardián"*: Cass. 2e civ. 19.12.1966, Bull. civ. II, n° 977.

⁷⁶ Cas. 2ª civ. 18.12.1964, D. 1965. 191, nota Esmein; CA Nîmes, 13.03.1961, JCP 1961. II. 12360, nota Esmein.

⁷⁷ CA Dijon 21.04.1971, Gaz. Pal. 1971. 2. 459.

⁷⁸ CA Colmar, 27.06.1966, Rev. jur. Alsace-Lorraine 1967. 11; Cas. 1ª civ. 18.01.1989, Bull. civ. I, n° 19.

⁷⁹ Exoneración de la empresa porque la huelga tiene por origen una decisión gubernamental: Cass. 1ª civ., 24.01.1995, Bull. civ. I, n° 54.

en el vicio oculto de la cosa utilizada por éste, en razón de ausencia de exterioridad respecto de aquel. En este aspecto, el juez debe observar una apreciación mucho más rigurosa, pues el deudor debe ser considerado como el garante de los daños causados por la cosa⁸⁰, al igual que en materia delictual. Por ejemplo, en materia de sangre contaminada en relación al contrato de la clínica con el organismo distribuidor⁸¹, o del material en virtud del cual los establecimientos de enseñanza ejecutan su contrato educacional⁸². De los ejemplos indicados podemos apreciar la aplicación de una exterioridad material⁸³ o también diríamos exterioridad *strictu sensu*. El juez no ha retenido la exoneración del deudor **pues el evento no es efectivamente ajeno a su poder o autoridad**. En otras palabras, poco importa la intención o la voluntad del sujeto, pues aun cuando éste no haya contribuido con su voluntad en el acaecimiento del evento, éste se habrá producido en el ámbito interno de su competencia. Por tanto, debe responder.

41.- Por otro lado, **consideramos que la exterioridad debe exigir un examen de carácter extensivo más que estricto**, lo cual ha conducido a los profesores Ph. Malaury, L. Aynès, et Ph. Stoffel-Munck a sostener que reviste una calidad *flotante*⁸⁴ ya que debe ser examinada en atención a la **causa del daño y a su relación con el deudor** de la obligación inejecutada. Por ejemplo, podría afirmarse que en estricto rigor la enfermedad no debería ser considerada como exterior y no podría liberar al deudor por ausencia de causa extraña, desde el punto de vista de la exterioridad material. **Sin embargo, su situación en jurisprudencia es diametralmente diferente** a la luz de decisiones antiguas⁸⁵ y también actuales⁸⁶. De esto que podamos reflexionar en torno a la idea de si realmente la consideración de la enfermedad es una excepción o no a la exterioridad. Estimamos que no, y que aun cuando la enfermedad sea un evento interno del individuo, puede llegar a configurar la exigencia jurídica de exterioridad. En este sentido, el profesor Ch. Larroumet⁸⁷ al indicar que la condición de exterioridad es igualmente cumplida, pues la enfermedad proviene de una **causa externa al deudor**, es decir, no

⁸⁰ Por ejemplo, "la presencia de bacterias tóxicas en un pescado no constituye fuerza mayor imprevisible y exterior para el dueño del restaurant": CA Poitiers 16.12.1970, Gaz. Pal. 1971. 1. 264; Así también se ha decidido que el vicio de los materiales de construcción no constituye una causa de exoneración de los constructores: Cas. 3ª civ. 22.10.1980, Bull. civ. III, n° 161 et 162.

⁸¹ Así por ejemplo, en materia de Sida Cas. 1ª civ. 12.04.1995 [2 sentencias], JCP 1995. II. 22467, nota P. Jourdain.

⁸² El establecimiento de enseñanza es responsable del hecho de las tijeras puestas a disposición de los alumnos: Civ. 1ª, 17.01.1995, D. 1995 .350, nota P. Jourdain, JCP 1996. I. 3944.

⁸³ En este sentido P.-A. Antonmattei, op. cit n° 35 et ss.

⁸⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck. *Les obligations*, Paris 2010, 4e édition, Defrénois-Lextenso, n° 956.

⁸⁵ Por ejemplo, en caso de una enfermedad larga y grave: Cas.com. 04.01.1967, Bull. civ. III, n° 6.

⁸⁶ En materia de cáncer que impide al deudor cumplir con su obligación de entregar una máquina: Cas. As. Plen., 14.04.2006, Bull. civ., n°s 5 et 6; en materia de Alzheimer: CA Douai, 29.02.2008.

⁸⁷ Ch. Larroumet, op. cit n° 398.

es imputable a éste **porque permanece exterior a su voluntad**. En contra el profesor D. Noguéro estima que la enfermedad debe ser apreciada en atención al carácter de la falta objetiva en sentido amplio, retenida en materia contractual, y en consecuencia, no debe ser aceptada la exoneración en caso de enfermedad del deudor⁸⁸.

42.- Por otra parte, si retomamos la letra del artículo 1147, será posible desprender que lo que exige la ley es justamente la **no imputabilidad del evento alegado** bajo el fundamento de la fuerza mayor. *A priori*, podríamos estimar que dicho sentido es contradictorio –como lo exponen H. Y L. Mazeaud y J. Mazeaud⁸⁹– **a la exterioridad material de la causa extraña**. Toda vez que si lo exigido es ciegamente la exterioridad, cualquier evento que se verifique internamente dentro del ámbito de competencia del deudor, aun ajeno a su voluntad, impediría la exoneración. **Sostenemos, en contra, que la exigencia de exterioridad no se contradice con la no imputabilidad del fenómeno requerida por la disposición legal** y que perfectamente un evento “interno”, o mejor dicho “ajeno a la voluntad del deudor”, puede ser considerado como externo desde el punto de vista de su no imputabilidad. En efecto, si apreciamos el ejemplo de la enfermedad, lo que retiene el juez no es una fuerza mayor basada exclusivamente en sus caracteres de irresistibilidad e imprevisibilidad, es la misma coexistencia de los elementos de la fuerza mayor y la exterioridad de la causa extraña fundamentada en la no imputabilidad de la enfermedad respecto del deudor es la que lo libera de su obligación.

43.- Finalmente, asumimos que la aplicación subjetiva de la condición de exterioridad exige una aplicación matizada. Reconocemos que si se aplica al extremo, podría constituir una fuente de abusos del deudor incumplidor. Así, se ha decidido que la distribución de agua corrosiva no constituye una causa de exoneración para el distribuidor⁹⁰, ni el desperfecto en la prótesis dental fabricada por el dentista⁹¹, pues en ambos casos el vicio se encuentra incorporado internamente en el campo de autoridad del deudor.

44.- En fin, una vez analizada la cuestión de límites de la fuerza mayor, con respecto al caso fortuito y la causa extraña, y dejado por establecido que la exterioridad no es un elemento de la fuerza mayor, sino que más bien es el elemento *sine qua non* de la causa extraña; corresponde ahora, ingresar en el análisis de los presupuestos estructurales de la noción.

⁸⁸ D. Noguéro, *La maladie du débiteur cas de force majeure*, D. 2006, chron. 1566.

⁸⁹ H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, op. cit. N° 1566

⁹⁰ Cas. 1^a civ. 26.05.1994, Bull. civ. I, n° 190.

⁹¹ Cas. 1^a civ. 29.10.1985, Bull. civ. I, n° 273.

II. La respuesta judicial: los criterios retenidos para la calificación de la fuerza mayor

45.- Como bien sabemos el Código Civil francés, a diferencia de otras legislaciones⁹², no define a la fuerza mayor, se limita a consagrarla en materia contractual en los artículos 1147 y 1148⁹³ sin referencia de concepto ni de requisitos de configuración. De aquí que la doctrina y la jurisprudencia se hayan volcado en dar respuesta a los cuestionamientos relativos a la estructura de la noción, contribuyendo en la determinación y alcance tanto de sus elementos esenciales (A), como respecto de los mecanismos de apreciación de los mismos (B).

A.- La estructura exoneratoria de la fuerza mayor, una ordenación expuesta a cuestionamientos

46.- Clásicamente se ha retenido en jurisprudencia que los elementos constitutivos de la fuerza mayor corresponden conjuntamente a la irresistibilidad y a la imprevisibilidad. Sin embargo, la cuestión de la calificación de los caracteres indicados ha sido objeto de un importante movimiento jurisprudencial en los últimos quince años. En concreto, se ha discutido en doctrina el carácter subsidiario o secundario de la imprevisibilidad, afirmándose que no ocuparía más que una plaza de indicador de la irresistibilidad. Desprendiéndose, con ello, que el único elemento de determinación de la fuerza mayor sería la irresistibilidad, motivando el pronunciamiento de la Corte de Casación. Es en relación a este debate en el que nos concentraremos a continuación (a), pronunciándonos enseguida sobre un segundo grupo de observaciones relativas al rol asumido por la insuperabilidad, la inevitabilidad y la imposibilidad a título de criterios modernos de determinación de la fuerza mayor (b).

a) La fuerza mayor y sus elementos clásicos

47.- Desarrollaremos este apartado concentrándonos, en primer lugar, sobre el fortalecimiento de la condición de la irresistibilidad del evento exoneratorio (1); y abocándonos, en segundo lugar, en la controvertida interpretación de la imprevisibilidad (2).

1.- La irresistibilidad del evento, un presupuesto insustituible

48.- Una parte importante de la doctrina considera que la irresistibilidad es el elemento más importante de la fuerza mayor⁹⁴. Por otro lado, ciertos autores

⁹² Art. 45 Código Civil chileno: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

⁹³ "Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit".

⁹⁴ P.-H. Antonmattei, op. cit n° 87, G. Viney et P. Jourdain, op. cit, n° 396, J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, op. cit n° 270; Ph. Brun, op. cit. n° 276; N. Dejean de la Bâtie, *Responsabilité Délictuelle*, Paris

estiman que la irresistibilidad es el elemento que se identifica con la fuerza mayor⁹⁵. Éste se traduce en la imposibilidad absoluta del deudor de cumplir con su obligación, o del agente de evitar el daño. Sometiéndose el hombre a un evento más fuerte que él⁹⁶ y –claro está– liberándolo, pues a lo imposible nadie está obligado. Pero atención, no cualquier imposibilidad puede ser retenida como elemento de la fuerza mayor, es necesario que la imposibilidad sea total y absoluta, no parcial⁹⁷. Por un lado, en materia contractual, la irresistibilidad se traduce en una imposibilidad total de ejecución⁹⁸. Esta condición no es verificada cuando el cumplimiento de la obligación suponga un impacto económico al contratante obligado y convierta la prestación en más onerosa⁹⁹. Lo indicado, en respeto del principio de la intangibilidad del contrato y de la seguridad jurídica. Asumiendo que el Derecho Civil francés no retiene como especie de la fuerza mayor a la fuerza mayor económica¹⁰⁰. Tampoco, la imposibilidad en el cumplimiento de una obligación de género, puede configurar la irresistibilidad de la fuerza mayor¹⁰¹. En otras palabras, lo que en definitiva caracteriza un evento irresistible es que el deudor o el agente no pueden hacer nada para impedirlo¹⁰², y en consecuencia, la obligación será inejecutada inimputablemente por el obligado o sin responsabilidad del guardián. Con razón un autor indica que el afectado por la irresistibilidad es un “*juguete de la fatalidad*”¹⁰³.

49.- Sin lugar a dudas, la exigencia de la irresistibilidad es fundamental a la hora de la configuración de la fuerza mayor. En este sentido Ph. Remy defen-

1989, Litec, n° 137; Jacques Moury, op. cit. p. 471; P. Jourdain, RTDCiv 1994, Chroniques p. 871, RTD Civ 1998, Chroniques p.121 ; Ph. Delebecque, Recueil Dalloz 1998, Sommaires commentés p. 199; Barthélémy Mercadal, Recueil Dalloz 1998, Sommaires commentés p. 318; Valérie Depadt-Sebag, Recueil Dalloz 2003, Jurisprudence, p. 2465.

⁹⁵ A. Bénabent, op. cit. n° 332, J. Carbonnier, op. cit. n° 162, M. Fabre-Magnan op. cit. n° 270.

⁹⁶ J. Carbonnier, ibidem. (Traducción de la expresión: *trouve son maître dans un événement plus forte que lui*).

⁹⁷ En este sentido, no ha sido retenida la fuerza mayor en diversas especies, por ejemplo: La guerra del Golfo no exonera a la agencia de viajes, pues el conflicto no impedía realizar un viaje a Marruecos, Civ 1ª, 08.12.1998, n° 96-17.811, Bull. civ I, n° 346; una huelga no puede ser considerada como un evento irresistible para la agencia de viajes cuando ésta termina un día antes del previsto para el viaje, CA Paris, 05.10.2001, D. 2001, IR 3174; la muerte de un actor no es irresistible pues puede ser reemplazado, de tal manera, que no libera al contratante de su obligación, Soc. 12.12.2003, n° 99-42.985, Bull. civ. V, n° 50; la contaminación del agua no es irresistible para el distribuidor de agua al público, pues éste puede efectuar trabajos para evitar el defecto, Civ. 1re, 30.05.2006, n° 03-16.335, Bull. civ. I, n° 279.

⁹⁸ Expresión limitada al dominio contractual. En este sentido Ph. Le Tourneau op. cit. n° 1809; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette n° 582.

⁹⁹ No liberan al demandado: las dificultades económicas, Cas. soc., 28.04.1986, D. 1987, Jur. p. 474; la pérdida de un mercado, Cas. soc., 27.11.1990, n° 87.40407; la pérdida de un cliente importante, Cas. soc., 30.06.1988, n° 85.43791; la indisponibilidad de un jugador de fútbol por lesiones, CA Bourges, 17.04.1987, D. 1989, Somm. p. 405.

¹⁰⁰ Ver en este punto: C. Puigelier, *Les difficultés financières et de fonctionnement d'une entreprise ne peuvent à elles seules caractériser la force majeure permettant de justifier la rupture du contrat de travail à durée déterminée*, Recueil Dalloz 1996, Jurisprudence, p. 633.

¹⁰¹ “*Genera non pereunt*”. Se ha resuelto en materia agroalimentaria que la quiebra del distribuidor del deudor no lo libera de su obligación, Cas. 1ª civ. 12.07.2001, Bull. civ. I, n° 216.

¹⁰² Ch. Larroumet, op. cit. n° 724.

¹⁰³ Ph. Le Tourneau op. cit. n° 1809.

diendo el rol fundamental del presupuesto¹⁰⁴, refiriéndose al plano contractual, sostiene que lo que caracteriza la fuerza mayor es la imposibilidad de ejecutar la obligación contraída en circunstancias que el evento no ha sido asegurado por éste. En términos similares, entendemos que Ph. Stoffel-Munck, dando la razón a Ph. Remy, enseña que lo característico de la fuerza mayor es el acaecimiento de un fenómeno por el cual el deudor no estaba obligado de responder. Estimando, en consecuencia, **que poco importa si el hecho era o no previsible**, pues lo verdaderamente determinante es si el hecho fue o no asegurado por el deudor en la conclusión del contrato¹⁰⁵.

50.- El rol exclusivo de la irresistibilidad, en cuanto requisito de existencia de la fuerza mayor, encontró un abundante reconocimiento jurisprudencial. Se declaró que **aun cuando el evento hubiera podido ser previsto, el deudor no habría podido dar cumplimiento a la obligación, o el agente impedir el daño, previa adopción de todas las medidas necesarias para evitar el resultado nefasto, la exoneración debía ser retenida**. Si bien en un comienzo este criterio fue aplicado en casos particulares¹⁰⁶, por la sentencia de 09 de marzo 1994 de la 1ª Sala Civil de la Corte de Casación se sentó un precedente al establecer –en materia de robo– que *“la irresistibilidad del evento es, por ella sola, constitutiva de fuerza mayor, cuando su previsión no es capaz de impedir sus efectos; siendo necesario que el deudor haya tomado todas las medidas requeridas para evitar la realización del evento”*¹⁰⁷, adoptando este criterio de manera permanente¹⁰⁸. Dicho espíritu **traspasó incluso** las fronteras de la Sala referida, alcanzando la Sala Comercial¹⁰⁹, Social o Laboral¹¹⁰ y Criminal¹¹¹, detectándose asimismo un significativo respaldo de la doctrina¹¹².

¹⁰⁴ Ph. Rémy nota a la sentencia : Cas. Civ. 1ª, 17.11.1999, Bull. civ. I, n° 307, RGDA.2000.194.

¹⁰⁵ Ph. Stoffel-Munck, observaciones a la sentencia: Cas. civ. 1ª, 06.11.2002, Bull. civ. I, n° 258, RDC 2003.59.

¹⁰⁶ En materia de huelga del personal de EDF el máximo tribunal estableció: *“la irresistibilidad del evento es por ella sola constitutiva de la fuerza mayor cuando su previsión no podría impedir sus efectos”*. Cas. 1ª civ. 07.03.1966, Bull., n° 166; mismo criterio en el campo de fenómenos químicos por la acción de bacterias que provocan la corrosión de los tubos de canalización, Civ. 3ª, 10.10.1972, D. 1973.379.

¹⁰⁷ Cas. civ. 1ª, 09.03.1994, RTD civ. 1994. 871, obs. P. Jourdain.

¹⁰⁸ Por ejemplo, en materia de incendio, “que ella (CA Nimes, 17.06.1997) retuvo soberanamente que el evento era irresistible; que por este solo motivo ella justificó su decisión caracterizando así la fuerza mayor”: Civ 1re, 17.11.1999, Bull. civ I, n° 307. A propósito de la responsabilidad del organizador de un viaje a Egipto *“mientras que la sola irresistibilidad caracteriza la fuerza mayor”*: Cas. civ. 1ª, 06.11.2002, Bull. civ. I, n° 258, RDC 2003.59, obs. Stoffel-Munck.

¹⁰⁹ Por ejemplo, en materia de la responsabilidad del transportista de mercaderías y de un robo a mano armada: *“la irresistibilidad del evento es por ella sola constitutiva de la fuerza mayor, cuando su previsión no hubiera podido impedir los efectos, bajo reserva que el deudor haya tomado todas las medidas requeridas para evitar la realización del evento”*. Cas. com., 01.10.1997, Bull. civ. IV, n° 24.

¹¹⁰ Considerando que no hay fuerza mayor en las siguientes especies: por causa de la muerte del actor principal de una serie de televisión, en circunstancia que su continuación puede realizarse por otro comediante; por la destrucción parcial de un hotel a causa de un ciclón; por la ineptitud de un trabajador a las labores asignadas en virtud de un contrato a duración determinada: Cas. Soc., 12.02.2003 (3 sentencias), Bull. civ. V, n° 50.

¹¹¹ En materia de accidente de circulación, el conductor es exonerado de su responsabilidad, pues *“actuó bajo el imperio de una fuerza a la que no pudo resistir”*, Cas. Crim, 15.11.2005, Bull. crim., n° 295

¹¹² Ver Infra p. 18, cit. n° 93.

51.- Constatamos, no obstante, que la 2ª Sala Civil **no se sumó a esta concepción** de la irresistibilidad como único y suficiente presupuesto de la fuerza mayor. Fue en medio de esta discrepancia, que el pronunciamiento de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación, materializado en dos sentencias de 14 de abril de 2006¹¹³ vino a restablecer “aparentemente” los elementos de la fuerza mayor tanto en materia contractual¹¹⁴ como en materia delictual¹¹⁵ en su posición clásica. En síntesis, la Asamblea Plenaria siguió la tesis de la 2ª Sala del Máximo Tribunal francés. Es del caso hacer presente, sin embargo, que el criterio observado por la 1ª Sala, había sido de tal convicción que incluso después de las mencionadas sentencias de la Asamblea Plenaria, la referida judicatura pareció continuar privilegiando la irresistibilidad¹¹⁶, así como ciertas Cortes de Apelaciones¹¹⁷. Dicha concepción se extendió, hasta la sentencia de 30 de octubre de 2008, pronunciada por la 1ª Sala de la Corte de Casación, en cuya virtud fue sepultada la corriente de la irresistibilidad exclusiva como único elemento de la fuerza mayor, requiriéndose en todo caso la imprevisibilidad para acoger la exoneración del deudor o del agente¹¹⁸. Volveremos más adelante sobre esta sentencia, al tratar el rol preponderante de la imprevisibilidad en materia contractual¹¹⁹.

52.- Por otra parte, destacamos que las decisiones expresadas por la Asamblea Plenaria en abril de 2006, en el sentido de exigir conjuntamente ambos carac-

¹¹³ Cas. As. Plen. 14.04.2006, n° 04-18.902, n° 02-11.168, 2 esp., Bull. As. Plen. n°s 5 y 6.

¹¹⁴ En la especie, una máquina no puede ser entregada en razón de una enfermedad grave que provocó la incapacidad temporal y luego la muerte del deudor. La Corte estableció: “No tiene lugar la demanda de indemnización de perjuicios cuando, a consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, el deudor ha sido impedido de dar o de hacer aquello respecto de lo cual estaba obligado (...), que es este caso, desde que el deudor estaba impedido de ejecutar su obligación por la enfermedad, evento que presenta un carácter imprevisible a la época de la conclusión del contrato e irresistible en su ejecución, es constitutivo de fuerza mayor”.

¹¹⁵ En la especie, el cuerpo sin vida de una mujer fue descubierto en la estación del Metro de París, sin que la información disponible pudiera determinar las circunstancias del accidente. Las pretensiones de los herederos de la víctima fueron desestimadas en Apelación en virtud de que la caída no podía ser explicada más que por la acción voluntaria de la víctima que caracterizaba una culpa de ésta, exoneratoria de toda responsabilidad de la RATP, revistiendo para la empresa un carácter imprevisible e irresistible. La sentencia fue recurrida en Casación por los herederos. La pretensión fue nuevamente rechazada. El máximo tribunal ordenó: “si la culpa de la víctima no exonera totalmente al guardián que con condición de presentar los caracteres de un evento de fuerza mayor, esta exigencia es satisfecha cuando esta culpa presenta, a la época del accidente, un carácter imprevisible e irresistible”.

¹¹⁶ Así, fue retenida la fuerza mayor pues el daño no hubiera podido ser evitado: Civ. 1ª, 27.06.2006, n° 03-16.607, Bull. civ. I, n° 335, en la especie, la activación del sistema de evacuación intempestivo de un avión (dos toboganes de emergencia).

¹¹⁷ CA Lyon, 23.06.2009, Juris-Data n° 2007-360551. En materia de robo a un transportista de dinero, “la irresistibilidad de este evento es por ella sola constitutiva de la fuerza mayor, es suficientemente caracterizada y capaz de exonerar a la sociedad transportista de su responsabilidad respecto de sus dos clientes”.

¹¹⁸ Civ. 1ª 30.10.2008, n° 07-17.134, Bull. civ. I n° 243. La citada sentencia rechaza la fuerza mayor invocada por EDF, en atención a que la huelga no era imprevisible, estableciendo: “sólo un evento que presenta un carácter imprevisible, a la época de la conclusión de un contrato, e irresistible en su ejecución, es constitutivo de un caso de fuerza mayor”. Con esto la 1ª Sala Civil de la Corte de Casación renuncia definitivamente a considerar a la sola irresistibilidad como único y suficiente componente de la fuerza mayor.

¹¹⁹ Ver *Infra*, p. 26, n° 63.

teres, no representan a una parte importante de la doctrina. Los profesores G. Viney y P. Jourdain¹²⁰ niegan que el criterio de la Asamblea Plenaria sea el de exigir ambos caracteres, pues tras el análisis de las sentencias, no se desprende que se requiera la mencionada doble condición. Por su parte, el profesor P. Jourdain¹²¹ **entiende que el criterio expuesto por la Asamblea Plenaria es falto de realismo**, pues lo fundamental es que el evento dañoso **sea inevitable para el deudor**, aun cuando este hubiera podido prever el acaecimiento del mismo. Hacemos presente que años más tarde el citado profesor terminaría por aceptar la inclinación de la 1ª Sala Civil de la Corte de Casación a la tesis clásica antes expuesta¹²².

53.- Importancia particular presenta la aplicación de la irresistibilidad, tanto en el dominio contractual como delictual, con respecto a la SNCF (compañía de transporte ferroviario). Lo indicado, pues muy raramente la Corte de Casación ha atribuido a la falta de la víctima los caracteres de la fuerza mayor y en particular la irresistibilidad habilitante para exonerar completamente al demandado¹²³. En diversas sentencias se ha establecido que *“el comportamiento de la víctima no presenta los caracteres de la fuerza mayor”*¹²⁴ y, en consecuencia, se ha condenado a la SNCF. Se desprende entonces de las sentencias que sobre la SNCF –en aplicación de la obligación de seguridad incorporada en virtud de la técnica del forzamiento del contrato (*forçage du contrat*) al contrato de transporte– pesaría una verdadera obligación de garantía, esto es, no susceptible de exonerar en virtud de la fuerza mayor. Dicho criterio ha sido también juzgado respecto de las agresiones sufridas por pasajeros, condenándose bajo el mismo fundamento a la SNCF¹²⁵. De lo mencionado, consideramos en síntesis **que ni la culpa de la víctima ni las agresiones sufridas por pasajeros constituyen un evento irresistible** para la SNCF, pues dichos eventos deben ser cubiertos por la obligación de seguridad que pesa sobre la institución.

54.- El rechazo del reconocimiento de la irresistibilidad a la culpa de la víctima –y en general de los caracteres de la fuerza mayor– no tan sólo es aplicable en el ámbito de la SNCF. Puesto que el mismo razonamiento ha sido plasmado por

¹²⁰ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 396: *“no se desprende de las sentencias que la Asamblea Plenaria haya pretendido exigir sistemáticamente esta doble condición. No es entonces en realidad efectivo que la Alta Jurisdicción haya querido cerrar toda posibilidad de retener la fuerza mayor en presencia de eventos previsibles, pero en que los efectos perjudiciales no podían ser evitados aun con las precauciones que su previsión permitiría”*.

¹²¹ P. Jourdain, obs. RTD civ. 2006, p. 775.

¹²² P. Jourdain, obs. RTD civ. 2009, p. 126.

¹²³ A propósito de este punto, ver Supra pág. 20, cit. n° 114.

¹²⁴ Corresponde a la SNCF asegurarse de la ausencia de pasajeros en la vía antes de dirigir hacia la parada. Cas. 2ª Civ. 15.12.2005, Bull. civ. II, n° 336; víctima abre la puerta y cae, 27.02.2003, Bull. civ. II, n° 45.

¹²⁵ Víctima empujada hacia el exterior por otro pasajero al momento de descender del tren en la estación, Cas. 2ª civ. 15.03.2001, Bull. civ. II, n° 56; pasajero agredido por otro pasajero, Cas. 1ª civ. 12.12.2000, Bull. civ. I, n° 323.

la Corte de Casación, frente a la fuerza mayor invocada por el guardián, a quien se le imputa responsabilidad bajo el fundamento del artículo 1384 inc. 1^o¹²⁶. Ello conduce a los profesores F. Chabas y F. Gréau a sostener que *“la situación del guardián respecto de aquella cosa que ha jugado un rol activo parece en realidad sin salida: si se tomaron precauciones útiles para evitar el daño, corresponde a que éste era previsible; si él permaneció en la pasividad, su comportamiento negligente le será reprochado”*. Más adelante los mismos autores indican: *“salimos acá de una lógica de responsabilidad en beneficio de una lógica de garantía finalmente un poco alejada del régimen especial de indemnización de la víctimas de un accidente de circulación”*¹²⁷. Según este criterio podríamos entender que la irresistibilidad de la fuerza mayor en el ámbito delictual de la responsabilidad por el hecho de las cosas no presenta una aplicación real efectiva, reduciendo a la figura a una **causa de exoneración teórica**¹²⁸.

55.- No nos sumamos a las consideraciones de los reconocidos profesores F. Chabas et P. Gréau, pues hemos constatado que las Cortes de Apelaciones han reconocido la fuerza mayor en reiteradas ocasiones, mostrándose más indulgentes con la retención de la irresistibilidad¹²⁹. Esto último, sumado a la sentencia de principio de la Asamblea Plenaria de 14 abril de 2006 (en atención al fallo relativo al suicidio de la víctima, respecto del cual se establecen las condiciones para la retención de la exoneración), no nos puede conducir a un desconocimiento de la fuerza mayor en esta materia.

56.- Por último, sostenemos que la **fuerza mayor obedece a un concepto vivo**, sea en su carácter de irresistibilidad como también en el de la imprevisibilidad. Sin perjuicio de lo anterior –tal como se indicó más arriba– existen quienes consideran que bastaría la sola verificación de la irresistibilidad para retener la fuerza mayor, limitando el rol de la imprevisibilidad sólo a un **índice de la irresistibilidad o de la inevitabilidad del fenómeno**, encontrando su reconocimiento en la línea jurisprudencial de la 1ª Sala Civil de la Corte de Casación, ya señalada. Conectaremos este punto a continuación, cuando intentemos exponer la situación de la imprevisibilidad y sus alcances como presupuesto de la fuerza mayor.

¹²⁶ A propósito de un accidente en un ascensor, responsabilidad del guardián del ascensor, Cas. 2ª civ. 18.03.2004, Bull. civ. II, n° 139; respecto de la caída de la víctima en una fosa de lavado, 22.05.2003, Bull. civ. II, n° 154.

¹²⁷ F. Chabas et P. Gréau, n° 48.

¹²⁸ En este sentido, S. Hocquet-Berg, *Gardien cherche force majeure... Désespérement...*, Resp. civ. et assur. 2003, chron. 12.

¹²⁹ Entre otras, CA Besancon, 30.01.2003, Juris-Data n°: 2003-204264, contaminación de piscinas de piscicultura; CA Grenoble, 21.01.2003 Juris-Data n°: 2003-201113, violenta explosión que destruye un bar a causa de una substancia explosiva; CA Pau, 16.04.2002 Juris-Data n°: 2002-178127, exoneración de la responsabilidad de una represa en atención al carácter imprevisible e irresistible de una tormenta.

2.- La imprevisibilidad del suceso, elemento defendido por la Corte de Casación y determinante en el dominio contractual:

57.- Bien sabemos que la doctrina clásica, representada en la especie por importantes juristas, tales como: M. Planiol¹³⁰, J. Radouant¹³¹, G. Ripert, J. Boulanger¹³² y los célebres hermanos Mazeaud¹³³, entre otros, reconocen el valor irremplazable de la imprevisibilidad como elemento de la fuerza mayor. No obstante, este componente considerado por el profesor A. Sériaux como “necesario y dinámico”¹³⁴, no ha estado exento de cuestionamientos modernos, relativos **a su importancia y a su rol particularísimo en materia contractual.**

58.- **Respecto de su importancia**, G. Durry se manifestó como un acérrimo enemigo de la imprevisibilidad, considerando que: “la irresistibilidad basta para retener la fuerza mayor, desde que de haberse previsto el evento, no podía ser impedida su realización. Entender diferentemente la fuerza mayor sería elaborar una noción vacía, carente de sentido y de utilidad verdadera”¹³⁵. El referido comentario del profesor G. Durry fue evocado a consecuencia de una sentencia del año 1966 –ya citada– en la que fue retenida la fuerza mayor por la constatación de la sola irresistibilidad, en el supuesto de hecho que ni aun previéndose el evento el demandado se hubiera podido impedir el daño¹³⁶.

59.- Si bien tradicionalmente la imprevisibilidad ha sido comprendida como la **ausencia de previsión en el acaecimiento del hecho dañoso**, aplicable tanto en materia contractual como delictual, parte de la doctrina estima que el problema de la imprevisibilidad más que un cuestionamiento sobre la ausencia de previsión corresponde al **examen en las probabilidades de verificación del evento**. Ya que, desde un punto de vista general, podría estimarse que todo evento podría ser previsto, y en este escenario la noción de imprevisibilidad carecería de contenido¹³⁷. Adoptando el criterio de la probabilidad, la determinación de la imprevisibilidad presupone la facultad del deudor o del agente de prever con certitud el marco de posibilidades en que

¹³⁰ M. Planiol, op. cit. n° 725.

¹³¹ J. Radouant, op. cit. p. 150 et s.

¹³² G. Ripert, J. Boulanger, op. cit. n° 807

¹³³ H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud n° 1574

¹³⁴ A. Sériaux, nota a la sentencia Cas. com. 27.01.1981: D. 1982, 110.

¹³⁵ G. Durry, RTD civ. 1966, 823, n° 278.

¹³⁶ Lo indicado motivó a parte de la doctrina a alinear banderas con la opinión de G. Durry y a considerar, en definitiva, que la imprevisibilidad dista de ser un componente autónomo de la fuerza mayor, puesto que su fundamento solo puede ser encontrado en la institución en su determinante trascendencia a título de indicador de irresistibilidad o de inevitabilidad.

¹³⁷ Este último sentido de la expresión fue defendido por J. Radouant en su célebre tesis, en los siguientes términos: “la imprevisibilidad aparece así como una cuestión de más o menos chances de realización de un evento: ella es excluida por la certeza o por la probabilidad seria, mas no por una posibilidad vaga” (J. Radouant, op. cit. p. 165), y reconocido por A. Tunc años más tarde: “en realidad no es la previsibilidad lo que se considera, sino que la probabilidad” (A. Tunc. art. cit. n° 11, p. 186).

el evento puede efectivamente acaecer y, en consecuencia, “de anticipar la presencia o los efectos, a fin de sustraerse”¹³⁸. Luego, el ejercicio de determinación de la imprevisibilidad conduce al establecimiento del marco de probabilidad del evento revistiendo una identificación con las alternativas de evitabilidad del mismo. Conduciendo al razonamiento jurídico de “prever con el objeto de evitar, es decir, si pudiendo preverse el evento hubiera sido posible evitar el daño”; situación en la que el presupuesto en estudio sería “útil”¹³⁹. Sin que, en contra, sea necesaria en situaciones en las que el fenómeno, previsto, adoptó características de inevitable. De lo expuesto, se ha llegado a la conclusión que más que la imprevisibilidad en tanto factor de la fuerza mayor, es la inevitabilidad del fenómeno la que habilita a la exoneración, en conjunto con la irresistibilidad. En el sentido descrito el profesor P. Jourdain enseña: “es entonces finalmente la inevitabilidad lo que es requerido, al lado de la irresistibilidad; inevitabilidad que resulta sea de la imprevisibilidad del evento, sea de la imposibilidad de impedir los efectos dañosos por las precauciones que requiere su previsión”¹⁴⁰. De aquí que entendamos que la imprevisibilidad bien puede ser exigida como “una condición de admisión o de recepción”¹⁴¹ de la fuerza mayor, **más que como un elemento propio de la causal exoneratoria**. Es por todo lo anterior que ha sido estimado, que lo que el juez debe apreciar al aceptar o rechazar la exoneración por fuerza mayor es la **inevitabilidad** del evento; concepto, este último, que en definitiva es absorbido por la condición de la irresistibilidad en clave de imposibilidad, sea de ejecutar la prestación, sea de esquivar el daño. Es por ello que la imprevisibilidad es considerada por P. Jourdain como un “un indicio de la irresistibilidad”¹⁴². En este mismo sentido, pero sosteniendo la autonomía de la inevitabilidad como elemento de la fuerza mayor, M. P.-H. Antonmattei sostiene que la imprevisibilidad es un “indicio de la inevitabilidad”¹⁴³⁻¹⁴⁴.

60.- Para mayor claridad al respecto, volvamos a lo expuesto por la sentencia de la 1ª Sala Civil de la Corte de Casación de 9 de marzo de 1994, en la que se rechazó la fuerza mayor en el caso de un robo a mano armada que tuvo lugar

¹³⁸ Ch.- A. Junod, Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile, Genève, 1956, p. 94, cité par P.-H. Antonmattei, op. cit. n° 86

¹³⁹ V. Depadt-Sebag, Recueil Dalloz 2003, Jurisprudence, p. 2465.

¹⁴⁰ P. Jourdain, RTD civ. 2001, p. 374,

¹⁴¹ P. Jourdain, RTD civ. 1994, p. 871.

¹⁴² P. Jourdain, op. cit., loc. cit.

¹⁴³ P.-H. Antonmattei, op. cit. n°s 74 y 87.

¹⁴⁴ Recordemos, tal como fue indicado a propósito de la irresistibilidad (Ver Supra p. 20, cit. 105-108), existe una importante jurisprudencia pronunciada bajo el fundamento de que la sola irresistibilidad del suceso es suficiente para retener la total liberación del deudor o del agente. En el evento en que, no obstante la previsión del fenómeno, el demandado no habría podido evitar sus efectos, y a condición, de que éste hubiera adoptado las medidas necesarias para evitar el fenómeno. Ello implica tácitamente, la posibilidad de considerar que el principal elemento de la fuerza mayor es la irresistibilidad, así reconocido por los autores J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, en op. cit., n° 270, que refiriéndose a la exoneración del guardián establecen que la irresistibilidad abarca a la imprevisibilidad; mientras que otros indican –como ya hemos mencionado– que la imprevisibilidad ocuparía una plaza secundaria representativa de un indicador de la irresistibilidad o de la inevitabilidad.

en un hotel. En la especie, un cliente víctima del robo demandó el reembolso de los fondos robados, el hotel se defendió invocando la fuerza mayor. Los jueces de fondo rechazaron la exoneración, pues el hotelero había cometido negligencias, en la especie, se abrió la puerta a los ladrones por parte del responsable de velar durante la noche. La Corte de Casación aprobó la sentencia reconociendo que el robo a mano armada no constituye un caso de fuerza mayor *“desde que no se habían adoptado todas las precauciones posibles que su previsibilidad hacía necesarias”*¹⁴⁵. Fundándose en la sentencia mencionada, el experto P. Jourdain aprecia claramente el carácter de indicador de la irresistibilidad que ocupa la imprevisibilidad más que un rol de elemento de la esencia de la fuerza mayor¹⁴⁶, toda vez que hubiera bastado que el hotelero adoptara las medidas de seguridad para que frente a un evento similar se retuviera la fuerza mayor, no obstante la previsibilidad en el acaecimiento del hecho generador del daño.

61.- En contra, corresponde hacer referencia –en este párrafo también– sobre las sentencias del 14 de abril de 2006 pronunciadas por la Asamblea Plenaria, interpretadas por parte de la doctrina como el reconocimiento expreso de la doble exigencia de la imprevisibilidad y de la irresistibilidad como los dos grandes componentes de la fuerza mayor¹⁴⁷. Sin embargo, este criterio no ha sido completamente reconocido por parte de la doctrina, ya que junto a los ya citados G. Viney y P. Jourdain, la opinión del profesor Ph. Le Tourneau es categórica: *“La Asamblea Plenaria no resuelve verdaderamente el debate; porque si ella reconoció que la fuerza mayor es considerable en presencia de un evento que presente un carácter imprevisible e irresistible, ella no ha afirmado que sus caracteres son necesarios”* y agrega más adelante: *“pareciera a veces que la imprevisibilidad no es mencionada más que como un indicio de la fuerza mayor, y no como un elemento determinante de ella”*¹⁴⁸.

62.- Por nuestra parte, destacamos el actual reconocimiento a los caracteres de la irresistibilidad y de la imprevisibilidad como componentes conjuntos de la fuerza mayor, el cual ha sido secundado por sentencias posteriores a las pronunciadas por la Asamblea Plenaria el 14 de abril de 2006¹⁴⁹. A su turno, dicho planteamiento es reconocible en la letra de

¹⁴⁵ Cas. civ. 1ra, 09.03.1994, RTD civ. 1994.871, obs. P. Jourdain.

¹⁴⁶ P. Jourdain, RTD civ. 1994, Chroniques, p. 871.

¹⁴⁷ Y. Dagonne-Labbe, *L'imprévisibilité de l'évènement est constitutive de la force majeure*, Defrénois, 30.04.2009 n° 8.824.

¹⁴⁸ Ph. Le Tourneau, op. cit. n° 1813.

¹⁴⁹ Cas. 2ª civ., 05.04.2007, n° 06-10.797: La Corte de Casación casó la sentencia que había exonerado a la SNCF por el accidente acaecido en la ruta, y en la que se había retenido la irresistibilidad del impacto, puesto que la presencia de un vehículo entre las barreras era imprevisible. Cass. 1ª civ., 30.01.2008, n° 07-17.134, Bull. civ. I, n° 243: para admitir que una huelga había impedido a la EDF (compañía de electricidad) proporcionar la energía necesaria a la actividad industrial de una sociedad, los jueces de fondo acogiendo la fuerza mayor establecieron: *“ los cortes de electricidad, aun cuando eran previsibles ya que habían sido anun-*

proyectos de reforma de Derecho Civil francés¹⁵⁰ y en cuerpos de principios de derecho de contratos y de responsabilidad civil¹⁵¹. Aun cuando cabe destacar, que en el ámbito de directivas aplicables al comercio internacional la exigencia de la imprevisibilidad cede frente a la irresistibilidad del evento¹⁵². Consideramos que la pureza de la institución no puede ser entendida sin el recurso a la imprevisibilidad. Veremos a continuación como el carácter en cuestión cumple un **rol fundamental en el campo de la responsabilidad contractual**.

63.- Sostenemos que, para estos efectos, el contrato debe ser entendido como un instrumento de previsión o, tal como expondremos a continuación, **como una herramienta de determinación de probabilidades**. Si un evento es previsible (en el sentido de probable) al momento de la celebración del contrato, podemos estimar que el contratante se ha obligado sabiendo que puede generarse dicho evento y que en tal caso será responsable de sus consecuencias. De aquí que no compartamos la tesis relativa a que un evento previsible, pero inevitable, pueda dar lugar a la fuerza mayor. Dicha apreciación de la imprevisibilidad es diferente a la aplicable en el dominio de la responsabilidad delictual, pues en esta especie de responsabilidad, necesariamente, la imprevisibilidad debe considerarse al momento de la producción del evento, constituyendo esto el único aspecto que separa ambas ramas de la responsabilidad civil. Volveremos sobre este punto en la letra B de esta segunda parte de nuestro trabajo¹⁵³.

64.- De lo establecido se desprende la particularidad que en materia contractual presenta la imprevisibilidad. Reconocida por la pluma del profesor A. Bénabent,

ciados públicamente, eran irresistibles, inevitables e insuperables en las condiciones de su acaecimiento y que en el dominio contractual, en tales circunstancias de irresistibilidad, la imprevisibilidad no es requerida". La Corte de Casación, censurando el motivo transcrito dispuso "que sólo un evento que presenta un carácter imprevisible, en la conclusión del contrato, e irresistible en su ejecución, es constitutivo de un caso de fuerza mayor".

¹⁵⁰ Así, el Proyecto de la Cancillería reconoce abiertamente que es la irresistibilidad del fenómeno imprevisible el que determina la fuerza mayor en materia contractual (art. 134). Este último criterio es adoptado –siempre en materia contractual– por el Proyecto de Reforma del Derecho de Contratos de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, el cual otorga a la imprevisibilidad del evento un carácter determinante, en relación a la concepción del contrato como instrumento de previsión (art. 100 al. 1er). En contra, el Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones y de la Prescripción reconoce a la irresistibilidad el carácter fundamental de la noción, sin eliminar la imprevisibilidad, no la exige de manera indispensable (art. 1349 al. 3). Sin embargo, este último proyecto ha sido cuestionado en este punto por el Informe del Grupo de Trabajo de la Corte de Casación sobre el anteproyecto indicado, de 15.07.2007.

¹⁵¹ La exigencia de la imprevisibilidad también ha sido reconocida por los principios UNIDROIT en conjunto con la irresistibilidad del evento (art. 7.1.7) del que puede ser desprendido el reconocimiento como componente de la fuerza mayor. Un espíritu similar detectamos en el dominio de los principios elaborados por la Comisión LANDO. (art. 8:108). Así también, en el campo delictual, por los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil que de manera expresa califican a la imprevisibilidad y a la irresistibilidad como los elementos de la fuerza mayor (art. 7:102).

¹⁵² El carácter secundario de la imprevisibilidad puede ser desprendido de la Convención de Mercaderías en Ruta, la que no se refiere a la imprevisibilidad del fenómeno como elemento de la fuerza mayor (art. 17 párrafo 2). En este mismo sentido las Reglas Uniformes relativas al Contrato de Transporte Ferroviario de Mercaderías (art. 36 párrafo 2). En contra el carácter indispensable de la imprevisibilidad es reconocido por la Convención de Viena de 1980 sobre Contrato de Venta Internacional de Mercaderías (art. 79).

¹⁵³ Ver *Infra* p. 32.

de quien rescatamos que la imprevisibilidad no ha tenido en materia delictual el mismo desarrollo que en materia contractual¹⁵⁴. La jurisprudencia ha establecido que es en el momento de la celebración del contrato cuando debe apreciarse la imprevisibilidad¹⁵⁵ del evento o más bien –diríamos– la ausencia de probabilidad del mismo. Luego, si el deudor contrae una obligación sin considerar el riesgo de probabilidad de verificación de un fenómeno, y en tal sentido sin limitar su responsabilidad respecto de los daños del mismo, deberá responder por su falta de previsión¹⁵⁶. Resulta entonces extraíble de lo mencionado que la imprevisibilidad se vincula en materia contractual a un “*criterio de atribución de riesgos*”, tal como lo expone P.-H. Antonmattei¹⁵⁷, o a una “*repartición de los riesgos de la operación, tal como ha sido fijado por la convención, la ley, o en su silencio, por los razonables objetivos de las partes*”¹⁵⁸ en los términos de la profesora M. Mekki. Siguiendo con el planteamiento de la citada autora, estimamos que este **criterio de atribución de riesgos**, debe aplicarse también tácitamente frente al silencio de las partes en conformidad al principio de buena fe y de lealtad contractual. De aquí que aun cuando no se haya establecido que un deudor deba responder expresamente de un determinado evento, sea la determinación de las circunstancias del mismo la que implícitamente establezca que el deudor debe responder de éste. En tal sentido los hermanos Mazeaud indican: “*decir que un evento era imprevisible significa que no había ninguna razón especial para pensar que este evento se produciría*”¹⁵⁹, motivando al profesor Th. Genicon a estimar que: “*la*

¹⁵⁴ A. Bénabent, op. cit. n° 622

¹⁵⁵ Ver Supra p. 20, cit. n° 112.

¹⁵⁶ Es por ello que para R. Demogue “*la imprevisibilidad tiene entonces un valor en tanto culpa para contratar*”, en *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, A.Rousseau, 1931, n° 539, p. 578, par Th. Genicon, *Caractères de la force majeure: l'imprévisibilité est bien requise*, Revue des contrats, 01 janv. 2009, n° 1, p. 62. En este mismo sentido, G. Viney y P. Jourdain estiman que: “*la imprevisibilidad no es otra cosa, finalmente, que la ausencia de culpa en la previsión de la causa extraña: el evento imprevisible es aquel que el agente no está en culpa de no haberlo previsto*”, en op. cit. n° 399 p. 279. Por su parte, J.-C. Saint-Pau manifiesta: “*Si un evento capaz de complicar al deudor es previsible al momento de la conclusión de un contrato, el compromiso marca, a falta de cláusula exclusiva o limitativa de responsabilidad, que el deudor consintió en asumir los riesgos de la inejecución dañosa. Si el acaecimiento de un evento irresistible demuestra que se equivocó (en la previsión), debería ser totalmente indiferente (en los términos de fuerza mayor): primero, en derecho de la responsabilidad, porque el hecho de tentar el riesgo puede ser constitutivo de una culpa cuando el buen padre de familia se hubiera abstenido de contratar; luego, en derecho de contratos, porque conviene respetar la previsión del acreedor que contrató en función de un riesgo de inejecución que creía legítimamente asumido (y asegurado) por el deudor*”, en J.-Classeur Civil, article 1146 à 1155., n° 22. Así también, el decano J. Carbonnier sostiene: “*No es de fuerza mayor que el evento escapaba, a la época de celebración del contrato, a todas las precisiones humanas. Porque, si era previsible, el deudor tenía el deber de tomar las precauciones que habrían podido evitarlo; es más, debía abstenerse de contratar más que tentar el riesgo*” en op. cit. n° 162, p. 308. Este mismo criterio ha sido expuesto por P. Malinvaud: “*Si el evento era previsible, correspondía al deudor, quien debe ser particularmente precavido, sea no obligarse, sea adoptar las medidas necesarias para evitar la realización del daño*”, en *Droit des obligations*, Paris France, Litec, 8^{va} ed. 2003. y por el profesor Ch. Larroumet, quien considera que es el honor el que debe pesar sobre la responsabilidad del deudor frente a un evento previsible cuyas consecuencias no han sido excluidas en el contrato: “*se trata simplemente de obligarlo a ejecutar su compromiso, pues él pensaba poder estar en medida de respetarlo*”, en op. cit., n° 726.

¹⁵⁷ P.-H. Antonmattei, op. cit. n° 74, p. 56.

¹⁵⁸ M. Mekki, obs. a la sentencia de As. Plen. 06.04.2006 (ya citada), LPA 06.07.2006, p. 14.

¹⁵⁹ H., L. et J. Mazeaud, op. cit., n° 1576.

*apreciación de la imprevisibilidad reenvía primero a un cálculo de probabilidad a la época de la conclusión del contrato, para asegurarse que el deudor podía razonablemente considerar el evento*¹⁶⁰. En síntesis, aun cuando no se hayan establecido expresamente los riesgos respecto de los cuales debe responder el deudor, es perfectamente posible determinar que el deudor se encuentra obligado según las circunstancias del evento, cuando el examen de probabilidades así lo establezca.

65.- Por otra parte, somos categóricos en afirmar que el criterio antes propuesto no debe vincularse a la diligencia del deudor en la ejecución de su obligación, como expone, erradamente en nuestro entender, P.-H. Antonmattei. El poder exoneratorio de la fuerza mayor encuentra su razón de ser, no en términos subjetivos ligados a la falta de negligencia, **sino en la verificación de un evento que interrumpe el nexo causal entre el incumplimiento y el daño**. En consecuencia, la determinación de la imprevisibilidad no debe vincularse con la obligación misma, sino más bien con las vías de liberación del cumplimiento de la obligación¹⁶¹. Es en este sentido que el citado profesor Th. Genicon declara: *“El análisis se concentra en definitiva sobre el vínculo de causalidad y no sobre el contenido obligacional del contrato, porque no se trata verdaderamente de determinar aquello a lo que el deudor se encuentra obligado, sino de identificar entre los eventos que le han impedido ejecutar la prestación – aquello que, en virtud del contrato, de la ley, o de los usos, le permite exonerarse y aquello que no se lo permite”*¹⁶².

66.- Una vez analizados los caracteres de la fuerza mayor, y en síntesis delimitados los alcances de la irresistibilidad, los que nos conducen a sostener que su exigencia es obligatoria tanto en doctrina como en jurisprudencia; y de la imprevisibilidad, los que permiten concluir que su fundamento como elemento de la fuerza mayor es asimismo insustituible, percibiéndose una injerencia determinante en el dominio de la responsabilidad contractual, corresponde a continuación hacer referencia a una trilogía de caracteres que constituyendo un recurso terminológico del juez han conducido al planteamiento de una moderna calificación de la fuerza mayor.

b.- Un debate sobre la naturaleza de los criterios modernos de la fuerza mayor: la inevitabilidad, la insuperabilidad y la imposibilidad

67.- En el marco de la determinación y alcance de los caracteres de la fuerza mayor, hemos observado la constante relación entre los tradicionales compo-

¹⁶⁰ Th. Genicon, art. cit., *Revue des contrats*, 01 janv. 2009, n° 1, p. 62

¹⁶¹ En este sentido el profesor Th. Genicon expone: *“El análisis se concentra en definitiva sobre el vínculo de causalidad y no sobre el contenido obligacional del contrato, porque no se trata verdaderamente de determinar aquello a lo que el deudor se encuentra obligado, sino de identificar entre los eventos que le han impedido ejecutar la prestación, aquello que, en virtud del contrato, de la ley, o de los usos, le permite exonerarse y aquello que no se lo permite”*, en art. cit., *Revue des contrats*, 01 janv. 2009, n° 1, p. 62.

¹⁶² Th. Genicon, art. cit.

nentes de la irresistibilidad y de la imprevisibilidad con las nociones de insuperabilidad, inevitabilidad e imposibilidad, las que reconocidas en jurisprudencia han también sido objeto de reflexiones doctrinarias. La constatación descrita, nos motiva a referirnos sobre la real naturaleza de estas últimas y delimitar su contenido y campo de acción frente a la labor apreciativa del juez. En suma, valorar desde una perspectiva doctrinaria si corresponden a **herramientas en las que se basa el juez** para calificar un hecho de irresistible y de imprevisible o si, más bien, constituyen una **moderna definición** de los elementos esenciales de la fuerza mayor (1), sosteniéndonos en **la jurisprudencia** de tribunales franceses (2).

1.- *¿Elementos constitutivos o herramientas judiciales de apreciación?*

68.- Leemos generalmente en doctrina que los caracteres de la insuperabilidad, de la inevitabilidad y de la imposibilidad son entendidos como manifestaciones de expresión concreta de los componentes clásicos de la fuerza mayor. Así, el ya citado profesor G. Cornu indica –a propósito de la irresistibilidad– que ésta se manifiesta *“en el evento mismo (la huelga debe ser inevitable) y en sus consecuencias (el obstáculo a la ejecución debe ser insuperable)”*¹⁶³. A su turno, también ha sido reconocido por Ch. Larroumet, en los siguientes términos: *“la irresistibilidad se aplica al evento mismo, es decir, que ella supone que el deudor no ha podido impedir el acaecimiento del evento (...) pero ella se aplica también a las consecuencias del evento, es decir, que la verificación del suceso debe haber impedido absolutamente al deudor ejecutar su obligación”*¹⁶⁴, y por M. Favre-Magnan, quien expone: *“un evento irresistible es un evento insuperable, que no puede ser evitado”*¹⁶⁵. Asimismo, J. Raduant explica: *“la fuerza mayor es un evento imprevisible e irresistible”* e inmediatamente después de la referencia a la irresistibilidad indica: *“(insuperable o inevitable)”*¹⁶⁶, mientras que los profesores G. Marty y P. Reynaud enseñando la condición de la irresistibilidad manifiestan: *“para que haya fuerza mayor es necesario que el evento considerado y su incidencia sean inevitables para el deudor”*¹⁶⁷. Concluimos en este punto que la inevitabilidad se identifica con el hecho mismo, mientras que la insuperabilidad, con las consecuencias de éste. Por su parte, se entiende de lo expuesto por el profesor N. Dejean de la Bâtie, que tanto la irresistibilidad como la imprevisibilidad pueden ser identificadas con la noción de imposibilidad –ya sea en prever, ya sea en resistir. Enseña el indicado autor: *“entendemos acá por imposibilidad también la imposibilidad de prever la causa extraña (imprevisibilidad) así como la imposibi-*

¹⁶³ G. Cornu, op. cit., p. 172.

¹⁶⁴ Ch. Larroumet, *Les Obligations – Le Contrat*, op. cit., n° 724.

¹⁶⁵ Ch. Larroumet, op. cit., n° 724.

¹⁶⁶ J. Raduant, nota a la sentencia CA Paris 09.06.1961 : D. 1962, 2962, 297, par P.-H. Antonmattei, op. cit. n° 86.

¹⁶⁷ G. Marty, P. Reynaud, Ph. Jestaz, op. cit. n° 556

lidad de resistir (*irresistibilidad*¹⁶⁸). Nos parecen importantes los alcances antes expuestos, ya que consideramos que lo que está detrás del evento de fuerza mayor es siempre una imposibilidad radical, la cual matizada en atención de caracteres relativos (tal como veremos al referirnos a la apreciación de la figura, en atención al método), no es más que un reflejo de la operación conjunta de la irresistibilidad y de la imprevisibilidad.

69.- Por otro lado, lo expuesto más arriba dista de lo enseñado por el profesor P.-H. Antonmattei. Para éste, las nociones de **insuperabilidad, inevitabilidad e imposibilidad** permiten ser consideradas como una substitución a los tradicionales caracteres de la fuerza mayor, adquiriendo una propia autonomía. El autor funda su razonamiento en la tesis de considerar el hecho exoneratorio antes, durante y después de su verificación¹⁶⁹.

70.- En primer lugar, Antonmattei estima que la **inevitabilidad** no es una manifestación de la irresistibilidad, sino que se identifica con la previsibilidad del hecho dañoso, poniendo su énfasis no en los medios de que disponía el sujeto para hacer frente al evento, sino que en la **anticipación de su presencia o sus efectos**, con el propósito de impedirlos¹⁷⁰. Luego entonces es del todo interesante analizar la dimensión del evento inevitable. El cual en ciertas situaciones –netamente en atención a su evidente carácter irresistible– bastaría para calificar un evento como un caso de fuerza mayor. Por ejemplo, la situación de un hipotético rebote de balas, cuya irresistibilidad parece lógica, **no así su realización, la cual bien podría ser evitada**, interesando entonces su cuestionamiento. Así las cosas, el examen de la inevitabilidad del suceso sería necesario para la calificación de la fuerza mayor. Finalmente, podemos apreciar con claridad por qué para P.-H. Antonmattei la imprevisibilidad es más bien, un indicador de la inevitabilidad y no de la irresistibilidad, a diferencia de P. Jourdain. La inevitabilidad absorbe la imprevisibilidad y **sólo al momento de la apreciación global de los caracteres de la fuerza mayor**, es posible determinar su relación con el hecho irresistible –no antes–, pues un fenómeno inevitable no es sinónimo de irresistible. Por otro lado, **la insuperabilidad** del evento es calificada por el profesor P.-H. Antonmattei como una noción ambivalente, pues si bien debe apreciarse al momento de la verificación del suceso, dicha apreciación abarca dos aspectos bien definidos. En una parte, la insuperabilidad: *“traduce primero, la imposibilidad de actuar o de abstenerse creada por el evento”*¹⁷¹, que en palabras de una sentencia de la Corte de Casación se identifica con *“la imposibilidad absoluta de hacerse cargo de la obligación*

¹⁶⁸ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, op. cit. n° 102.

¹⁶⁹ P.-H. Antonmattei, *Ouragan sur la force majeure*, JCP G 1996, I, 3907.

¹⁷⁰ P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, ob.cit, n° 86.

¹⁷¹ P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, ob.cit, n° 89.

*contratada*¹⁷². Por otra parte, la insuperabilidad debe identificarse con lo que el autor define como irresistibilidad *strictu sensu*, es decir, la incapacidad total del demandado de remediar por otros modos el daño provocado. En este sentido, y a propósito de huelga, *“los tribunales rechazan a veces el carácter de la insuperabilidad, ya que el problema puede ser resuelto por una negociación rápida”*¹⁷³. Finalmente, **la imposibilidad** del fenómeno no debe ser confundida con la irresistibilidad ni con la imprevisibilidad, en el entendido de lo enseñado por Dejean de la Batîe, referido a la imposibilidad de resistir o de prever. Pues la imposibilidad debe ser apreciada luego del acaecimiento y no antes ni durante la producción de éste. De aquí que entendamos que la imposibilidad –en el razonamiento de P.-H. Antonmattei– es el carácter autónomo de la fuerza mayor que identifica la anulación total y, por sobre todo, definitiva del demandado frente al impacto del fenómeno. De esto que el citado autor estime que esta condición de la fuerza mayor debería ser cronológicamente examinada en primer lugar, para posteriormente dar paso al estudio de la evitabilidad¹⁷⁴.

71.- La tesis de P.-H. Antonmattei, si bien obedece a una visión interesante de los caracteres de la fuerza mayor, no ha sido seguida por la doctrina ni por la jurisprudencia. Estamos de acuerdo con ello. De la lectura de los fallos de Cortes de Apelaciones, incluso posteriores a los pronunciamientos de la Asamblea Plenaria del año 2006, se desprende que para la pluma del sentenciador los vocablos indicados están dirigidos a demostrar la irresistibilidad del evento, y si se quiere, **a su imposibilidad, lo cual para nosotros marca la esencia del evento de fuerza mayor, y que desde una perspectiva amplia, es capaz de absorber la tesis expuesta más arriba**. Nos apoyamos para defender este último criterio en las palabras del profesor Carlos Pizarro Wilson, quien considera: *“En la definición de la fuerza mayor adquiere especial relevancia la noción de imposibilidad. El hecho constitutivo de fuerza mayor resulta irresistible en el sentido que el deudor contractual no puede evitar el acaecimiento del mismo, lo cual tiene como consecuencia la imposibilidad en el cumplimiento. En suma, las consecuencias del hecho estimado fuerza mayor (...) deben significar una imposibilidad en el cumplimiento”*¹⁷⁵.

2.- Referencias jurisprudenciales de los elementos

72.- Reconocemos la aplicación en diversas Cortes de Apelaciones del recurso a los vocablos en referencia. Sin embargo, fuerza es reconocer que dicha aplicación no ha sido verificada conjuntamente en su terminología triple, de-

¹⁷² Cass. com. 14 févr. 1989: CNIJ, Cass. Doc., n° CCC89B413143 par P.-H. Antonmattei, op. cit., loc. cit.

¹⁷³ CA Rouen 8 sept. 1988, Juris-Data n° 88-46051 par P.-H. Antonmattei, op. cit., loc. cit.

¹⁷⁴ P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, ob.cit, n° 85.

¹⁷⁵ C. Pizarro Wilson, op. cit. Rescatamos lo expuesto por el citado profesor. Sin embargo no comparamos la idea de la imprevisibilidad como un indicio de la irresistibilidad, que parece defender.

tectándose fallos en los que han sido utilizados individualmente cada uno de los elementos. De la lectura de las sentencias, desprendemos su carácter de herramienta del juez en su labor de determinación de la irresistibilidad, más que su rol autónomo a título de moderna concepción de los caracteres de la fuerza mayor.

73.- Pues bien, resulta común apreciar la existencia de fallos de Cortes de Apelaciones en que además de la imprevisibilidad es retenida la **inevitabilidad y/o la insuperabilidad** –entendemos, como identificación de la irresistibilidad– sea en atención al evento, sea a sus consecuencias, respectivamente. En el sentido apuntado presentamos: **CA Paris, 16.12.2009, Juris-Data n° 2009-017375**, en la que se determina que el ataque sufrido por el conductor de un camión constituye “*circunstancias imprevisibles, inevitables e insuperables, calificables de fuerza mayor y exoneratorias de responsabilidad para el chofer*”; **CA Paris, 15.12.2005, Juris-Data n° 2005-288894**: “*En caso de evento imprevisible, irresistible e inevitable, el transportista es exonerado de toda responsabilidad*”; **CA Pau, 12.12.2005, Juris-Data n° 2005-293470**: “*En presencia de un evento imprevisible, inevitable e insuperable que vuelve definitivamente imposible la ejecución del contrato de trabajo, la ruptura del contrato del dependiente, no imputable al empleador, es legítima y lo dispensa de otorgar la indemnización compensatoria de preaviso y la indemnización a causa del despido*” (supresión de establecimiento termal, a consecuencia de gérmenes nocivos, sin culpa del empleador); **CA Grenoble, 25.05.1998, Juris-Data n° 1998-710419**: “*En vista de las circunstancias del accidente y netamente del defecto de visibilidad no podía efectuar ninguna maniobra para evitar el accidente; el obstáculo siendo entonces imprevisible, y el choque inevitable, los caracteres de fuerza mayor están bien reunidos*”.

74.- Por último, apreciamos que terminológicamente la **imposibilidad** es retenida por las Cortes de Apelaciones en diversas sentencias, pero su vinculación a la fuerza mayor se identifica con la ausencia total de medios de que dispone el sujeto para hacer frente al fenómeno, y en definitiva resistir al mismo. Por tanto, estimamos que su dominio es comprendido asimismo en el campo de la irresistibilidad del evento, constatándose la importancia del presupuesto en cuestión. En justificación de la valoración referida: **CA Rennes, 10.11.2009, Juris-Data n° 2009-021802**: “*En la especie, Polonia conoció en el mes de julio de 2006 de condiciones climáticas excepcionales con temperaturas del orden de 35° a 40° que no habían sido observadas en ese país hace 200 años. Estas condiciones han vuelto imposible la ejecución del contrato firmado por las partes en los términos inicialmente previstos*”; **CA Bordeaux, 28.10.2009, Juris-Data n° 2009-013780**: “*En efecto, la presencia de nubosidad que hacía imposible el despegue del avión y la decisión impuesta por el servicio de navegación aérea de no autorizar el despegue constituye un caso de fuerza mayor*”; **CA Rouen, 12.12.2006, Juris-Data n°: 2006-329570**: “*El empleador ha hecho todo lo*

que su limitados medios financieros le permitían hacer, pero se encontró confrontado a gastos impuestos por la autoridad administrativa a los que le era *imposible* hacer frente”; **CA Besançon, 24.10.2006, Juris-Data n° 2006-325351**: “La guerra civil de Costa de Marfil constituye un siniestro que reviste los caracteres de la fuerza mayor en consideración de los riesgos para la seguridad personal corridos por el trabajador si éste no hubiera sido repatriado. Esta situación tornó *imposible* la continuación del contrato de trabajo, lo cual es confirmado por el desarrollo de los acontecimientos posteriores”.

75.- Finalizaremos este trabajo refiriéndonos a ciertos aspectos pertinentes a la apreciación de la fuerza mayor.

B.- Sobre la apreciación de la fuerza mayor

76.- Para cumplir con nuestro cometido, resulta indispensable analizar, en un comienzo, el momento en que se verifica la apreciación (a); mientras que más tarde culminaremos estas líneas abocándonos sobre el método de valoración de los elementos que componen la figura (b).

a.- En atención al momento

77.- En el dominio de la **irresistibilidad** –ya sea en el campo de la responsabilidad delictual como en el de la responsabilidad contractual– la imposibilidad absoluta del demandado para hacer frente al evento debe ser considerada por el juez a la época de la verificación del mismo. **Mientras que en materia de la imprevisibilidad**, la distinción de regímenes de responsabilidad obliga a realizar un análisis separado. Lo anterior, pues en términos contractuales la imprevisibilidad del evento debe ser determinada al momento de la celebración del contrato, mientras que en materia delictual en el de la producción del fenómeno.

78.- En cuanto a la apreciación de la **imprevisibilidad** al momento de la celebración del contrato, manifestamos que la regla indicada es reconocida tanto por la doctrina¹⁷⁶ como por la jurisprudencia¹⁷⁷. Con respecto a éste último punto, fue expresamente establecida por las sentencias de la Asamblea Plenaria a la cual hemos hecho referencia¹⁷⁸. Desprendemos de este criterio de

¹⁷⁶ Mazeaud et Chabas, t. 2, n° 576 ; G. Durry, obs. RTD civ. 1971. 863.

¹⁷⁷ En este sentido, rechazándose la exoneración de la SNCF: “La SNCF que está especialmente comprometida a asegurar la vigilancia del transporte de los dineros confiados por el Banco de Francia no puede invocar la fuerza mayor resultante de la imprevisibilidad del robo a mano armada, ya que ella conocía la naturaleza de las mercaderías respecto de la cual había aceptado asumir la responsabilidad íntegra», Cass. com. 03.10.1989, Bull. civ. n° 246; en cambio, reteniendo la exoneración: “huelga del personal (...), es retenido el carácter imprevisible del evento a la época de la conclusión del contrato”.

¹⁷⁸ Ver. Supra p. 23, cit. 113.

apreciación, que habiéndose establecido la imprevisibilidad del fenómeno a la época de la celebración del contrato, el demandado deberá probar exclusivamente la irresistibilidad del evento¹⁷⁹. Poco importa que el hecho haya devenido previsible en el transcurso de la ejecución sucesiva de un vínculo contractual. Dicho razonamiento se funda en el respeto de las **previsiones contractuales del deudor**, el cual no se obliga en razón de lo que era razonablemente previsible al momento de expresar su voluntad¹⁸⁰.

79.- Sin perjuicio de lo anterior, destacamos la opinión de P. Jourdain relativa a cuestionar el criterio expuesto en el párrafo precedente. Pues es del todo criticable exonerar al deudor de su obligación, que en la especie puede estar sujeto a una obligación de resultado, de su deber de poner todo lo que esté a su alcance para evitar el daño ocasionable por un fenómeno que presenta la condición de previsible **durante la ejecución del contrato**. El autor adopta como ejemplo, el contrato de transporte terrestre de mercaderías, en el que corresponde al transportista evitar exponer a riegos inútiles la mercadería durante el ejercicio del transporte¹⁸¹.

80.- En este sentido es ilustrable referirnos a la sentencia de 23 de febrero de 1988 por la que la Sala Comercial de la Corte de Casación en materia de robo, rechazó la exoneración por fuerza mayor de un conductor que en la especie había sido agredido por dos personas en el trayecto del transporte, luego de la detención del camión mediante señales luminosas. La Corte de Casación, sancionando el criterio de la Corte de Apelaciones, cuestionó el hecho de no haber investigado *“si las circunstancias que precedieron la agresión, y netamente el hecho que, desde su partida, el conductor se percató que su camión era seguido, no le permitía a éste prever el ataque con el objeto de sustraerse”*¹⁸². Se afirma que la apreciación de la imprevisibilidad no se verificó al momento de la celebración del contrato, sino que con respecto a los instantes previos a la detención del camión, la agresión del chofer y el robo de las mercaderías¹⁸³.

81.- Por otro lado, G. Cornu criticando la apreciación de la imprevisibilidad en los contratos de ejecución sucesiva, enseña: *“la apreciación de la imprevisibilidad al día del contrato puede ir del todo a nada”*. De lo establecido por el autor se desprende que, por ejemplo, en materia de huelga la imprevisibilidad del

¹⁷⁹ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 397.

¹⁸⁰ En este sentido, Th. Genicon, art. cit., *Revue des contrats*, 01 janv. 2009, n° 1, p. 62 ; Ch. Larroumet, op. cit. n° 726.

¹⁸¹ P. Jourdain, *L'imprevisibilité de la force majeure: une pomme de discorde entre les première et deuxième chambres civiles de la Cour de cassation*, RTD Civ, 2003, p.301.

¹⁸² Cass. com 23 févr. 1988, Bull. Civ., IV n° 87.

¹⁸³ En este sentido, J. Apollis, consejero en la Corte de Casación, (Sala Comercial), informe relativo a la información de la fuerza mayor, ed. Francis Lefebvre, RJDA 11/97, p. 899, por Stavrakidis Triantafyllos, *L'exonération du transporteur routier de marchandises de sa responsabilité dans le droit français*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille III.

fenómeno no puede ser apreciada a la época de la celebración del contrato en cuanto al riesgo de acaecimiento, ya que el riesgo de huelga está siempre presente. Por tanto, la imprevisibilidad en este sentido no puede ser sostenida, pues toda huelga es previsible. Sólo restaría concebir este componente de la fuerza mayor, con respecto a la verificación misma de la huelga, o en palabras del autor: *“sobre el evento, la huelga acaecida”*. Así, la imprevisibilidad reencuentra su fundamento –en los contratos de ejecución sucesiva– no en la perspectiva de la probabilidad, sino desde la óptica de la verificación del fenómeno. Más adelante Cornu manifiesta: *“de esto resulta la eliminación casi completa de la condición de la imprevisibilidad, no teniendo lugar de actuar más que en los casos en los que el contrato haya sido celebrado existiendo una amenaza de huelga”*¹⁸⁴, lo cual es muy poco probable.

b.- En atención al método

82.- Puesto que ninguna especie de evento es –en él mismo– un fenómeno irresistible e imprevisible –aun cuando se trate de un hecho de un tercero, de la culpa de la víctima o de un caso fortuito– es de vital importancia determinar el modo de apreciación de los caracteres de la fuerza mayor.

83.- Desde un punto de vista general, percibimos la casi perfecta uniformidad de la doctrina relativa a establecer que el modelo de apreciación de la fuerza mayor –sea en sus caracteres de imprevisibilidad como de irresistibilidad– es el de la apreciación *in abstracto*, es decir, **según la conducta del buen padre de familia o de un hombre prudente** que situado en un escenario jurídico similar y frente a las mismas circunstancias hubiera podido prever el hecho o resistir a él¹⁸⁵. La apreciación del evento irresistible no debería limitarse a los medios de que disponía el demandado como tal, para hacer frente al fenómeno irresistible, ya que lo que debe considerarse según Ph. Le Tourneau es *“si un individuo medio situado en las mismas circunstancias habría podido normalmente resistir”*¹⁸⁶. Pues bien, dicha consideración se encuentra en armonía con lo expuesto por los profesores Ph. Malaury, L. Aynès y Ph. Stoffel-Munck, quienes

¹⁸⁴ G. Cornu, *Par rapport a l'exigence de l'imprévisibilité dans les contrats de longue durée*, RTD Civ, 1981, p. 171.

¹⁸⁵ En este sentido, la profesora M. Fabre- Magnan enseña: *“en las dos definiciones hay un estándar de apreciación que corresponde a aquel de un hombre medio, normalmente vigilante y diligente”*, en op. cit., n° 737; así también los autores Mazeaud y Chabas: *“la imprevisibilidad y la irresistibilidad se aprecian in abstracto. No se trata de examinar si el demandado podía prever el evento y resistir a él, sino si un individuo prudente, situado en las mismas circunstancias hubiera podido preverlo o impedirlo”*, en *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*: Montchrestien, 9° éd., 1998, n° 576; lo propio expone Ch. Larroumet: *“la irresistibilidad es apreciada in abstracto, es decir, por referencia a lo que una persona normalmente razonable está en medida de hacer para evitar las consecuencias de un evento respecto del cual ella no ha podido impedir su acaecimiento”*, en op. cit., n° 724, más adelante agrega: *“la imprevisibilidad debe ser apreciada in abstracto, es decir, se trata de determinar lo que es normalmente imprevisible para un hombre razonable”*, en op. cit. n° 726.

¹⁸⁶ Ph. Le Tourneau, op. cit. n° 1808.

sostienen que el derecho no exige del agente “*ser un superhombre, Tarzán, Ásterix, Tintín, Superman, Rambo, o el Conde de Monte-Cristo*” y más adelante que: “*la apreciación de la irresistibilidad se hace en atención a un individuo ordinario, normalmente diligente*”¹⁸⁷. En síntesis, la apreciación de la irresistibilidad no debe realizarse en atención a las características personales y particulares del deudor o del agente. Dicho criterio también es sostenido por los profesores F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, quienes desarrollando la institución en análisis en el plano contractual indican: “*pudiendo ser tanto moral como material, la imposibilidad de ejecución debe corresponder a un impedimento absoluto, lo que comprende exclusión de una apreciación relativa a las fuerzas personales del deudor – in concreto*”¹⁸⁸. Por su parte, los profesores citados reiteran el mismo criterio en el dominio delictual, explicando que: “*este carácter debe ser apreciado in abstracto*”¹⁸⁹ aun cuando reconocen que la jurisprudencia parecía en una época haber adoptado una apreciación estricta de este carácter con respecto al guardián (responsabilidad delictual)¹⁹⁰.

84.- Por otro lado, en el campo de la **imprevisibilidad**, el juez debe considerar no una vaga posibilidad de verificación del hecho exoneratorio, **sino que una probabilidad cierta del mismo**. Estimar lo contrario condenaría a establecer que todos los eventos pueden ser previsibles. Luego, un evento puede ser calificado como imprevisible cuando no hay ninguna razón particular como para estimar que el fenómeno se produciría. En fin, la determinación del fenómeno previsible puede ser determinada según diversos principios. Así, Ph. Le Tourneau atribuye como elementos de determinación de la imprevisibilidad al curso habitual de las cosas, la existencia de una advertencia particular, la experiencia de vida, la constatación de un precedente¹⁹¹. Es por esto que los profesores F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, sostienen que respecto de la responsabilidad contractual: “*la condición de imprevisibilidad debe ser entendida de una forma razonable, porque casi todos los eventos son previsibles, incluso las catástrofes: guerra, terremotos (...) se siguen entonces criterios accesorios de anormalidad, de brusquedad, de extrañeza*”¹⁹², posteriormente los profesores referidos incorporan en su análisis la consideración del hombre prudente capaz de prevenir un evento como criterio de determinación de la imprevisibilidad del mismo¹⁹³. Por su parte, respecto de la responsabilidad delictual los autores mencionados reconocen que en un comienzo –al igual que respecto de la irresistibilidad– la apreciación de la imprevisibilidad debía ser determinada de

¹⁸⁷ Ph. Malaury, L.Aynes, Ph. Stoffel Munck., op. cit. n° 954.

¹⁸⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. n° 582.

¹⁸⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. n° 798.

¹⁹⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. loc. cit. “*después de haber adoptado, pareciera, una actitud muy estricta respecto del guardián, reteniendo una apreciación objetiva, incluso física, de la irresistibilidad, la jurisprudencia ha considerado primeramente ciertas circunstancias*”.

¹⁹¹ Ph. Le Tourneau, op. cit. n° 1805.

¹⁹² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. n° 582.

¹⁹³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. loc. cit.-

manera absoluta para poder exonerar al agente, pero *“posteriormente pareció haber una atenuación de rigor, completando la noción de imprevisibilidad por la de normalidad”* estableciendo en consecuencia que *“se ha deducido que, para ser dotado de la dimensión exoneratoria, es suficiente que el evento sea normalmente imprevisible”*¹⁹⁴.

85.- Sin perjuicio de lo anterior, **una opinión diferente en esta materia** parecen defender los citados G. Viney y P. Jourdain, quienes indican respecto de la apreciación *in concreto* de la fuerza mayor que ésta *“no conduce necesariamente a la indulgencia porque conviene no confundir el método de apreciación y el rigor practicado en la apreciación”*¹⁹⁵. De estas expresiones, el consejero B. Petit considera que los profesores antes citados solamente *“parecen confundir la apreciación in concreto tomando en consideración las circunstancias concretas del hecho dañoso”*¹⁹⁶, puesto que más adelante afirman: *“la imprevisibilidad debe apreciarse en referencia a una previsibilidad razonable y en abstracto”*¹⁹⁷. Sin embargo, estimamos que para G. Viney y para P. Jourdain la apreciación de la irresistibilidad debería ser apreciada *in concreto*, puesto que los mismos autores un poco antes sostienen: *“... así como los medios de los que disponía el demandado para resistir al evento (medios materiales, recursos, aptitudes físicas, ayudas exteriores, etc.) es decir, finalmente de forma muy circunstanciada y concreta”*¹⁹⁸ y en el punto siguiente finalizan exponiendo –que a diferencia de la imprevisibilidad que debe ser apreciada *in abstracto*– *“la irresistibilidad es y siempre ha sido, en su conjunto, apreciada estrictamente”*¹⁹⁹.

86.- En este apartado, es interesante también pronunciarnos **por el incontestable carácter relativo** que presentan los caracteres de la fuerza mayor. El razonamiento lógico obliga a no considerar la existencia de un evento absolutamente imprevisible que absolutamente, a su turno, sea irresistible para el deudor o para el guardián, ya que de aplicar esta forma de razonar sería prácticamente ilusoria la exoneración. Luego, la realidad obliga, a considerar a los componentes de la fuerza mayor como elementos de un escenario relativo. **Dicho escenario inspira a incorporar en el análisis caracteres de lugar, tiempo, medios de los que disponía el sujeto para hacer frente al evento.** Lo indicado, respecto de cada una de las causas extrañas susceptibles de presentar los caracteres de la fuerza mayor –caso fortuito, hecho de un tercero, culpa de la víctima–, lo que motiva a establecer que su determinación

¹⁹⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, op. cit. n° 798.

¹⁹⁵ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 399.

¹⁹⁶ Rapport de Conseiller Rapporteur B. Petit a propósito des arrêts de l'Assemblée plénière de 14 avril 2009.

¹⁹⁷ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 399, par B. Petit.

¹⁹⁸ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 398.

¹⁹⁹ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 399.

es de carácter *circunstancial*, tal como lo expone J.-C. Saint Pau²⁰⁰. En síntesis, no debemos estimar que un evento sea teóricamente posible para que sea automáticamente previsible²⁰¹. En esta línea la jurisprudencia admite considerar aspectos externos (como el tiempo o el lugar)²⁰², para retener la fuerza mayor, así como circunstancias propias del agente²⁰³, con el mismo fin. En este orden de ideas, se ha establecido que la sola declaración de catástrofe natural, relativa a un determinado evento de la naturaleza, no habilita de manera inmediata para considerar que el respectivo caso fortuito presente los caracteres de la fuerza mayor²⁰⁴. Así las cosas, la apreciación de las circunstancias fácticas que engloban la situación, son indispensables en la consideración de la causal de exoneración en comento.

87.- Sin perjuicio de lo indicado, hacemos presente que este **carácter relativo de la fuerza mayor no ha estado exento de críticas**. De lo expuesto por los profesores G. Viney y P. Jourdain, se desprende que en atención al desarrollo de la institución del seguro, de la dificultad experimentada por cada tribunal al momento de determinar si un evento presenta o no los caracteres de imprevisibilidad y de irresistibilidad, y a la posible falta de prueba del sujeto que ha invocado la fuerza mayor, resulta comprensible la determinación de un listado de causas extrañas que mediante parámetros objetivos y de difícil discusión provoquen el efecto de hacer pesar sobre el asegurador la responsabilidad del agente²⁰⁵. Pareciera aplicable siguiendo la sugerencia antes indicada, el reconocimiento de una corriente jurisprudencial que acepta la **existencia implícita de un riesgo o de una previsibilidad genérica** no exonerable por la fuerza

²⁰⁰ J.-C. Saint-Pau, op. cit. n°s 10 et 16.

²⁰¹ En este sentido, A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF 1992, n° 109.

²⁰² Por ejemplo, "en el curso de un espectáculo de sonido y de luces organizado por una asociación, dos caballos, espantados por el lanzamiento simultáneo de fuegos de artificio, de una alarma de automóvil, y de una sirena de bomberos, huyeron al galope por una ruta, impactando un vehículo; después de haber enunciado, en derecho, que la imprevisibilidad del evento invocado como causa exoneratoria de la presunción de responsabilidad es exigida a título de elemento constitutivo de la fuerza mayor; la sentencia atacada retiene que el espectáculo se desarrollaba en una aglomeración muy frecuentada, en período estival, y que las intervenciones de los servicios de socorro, acompañados o no de señales sonoras y eventualmente visibles, eran frecuentes, así como la activación intempestivo de alarmas sonoras y visuales de vehículos, la Corte de Apelaciones desprendió que las circunstancias no habían sido imprevisibles para la asociación, y decidió, en justo derecho, que ella no podía defenderse argumentando la fuerza mayor, Cas. 2ª civ., 13.07.2000: Bull. civ. II, n° 126; a propósito de la caída de una persona en una fosa de lavado (ya citada): "cayó en una fosa de lavado que aun cuando los locales estaban abiertos y eran accesibles desde la vía pública, ella no podía ignorar que ingresar de noche en locales de una empresa de transporte constituía en sí una culpa y la exponía a riesgos, en atención a su falta de conocimiento de los lugares y de la falta de luminosidad", 22.05.2003 : Bull. civ. II, n° 154.

²⁰³ A propósito de un desplazamiento de tierras: "los propietarios conocen la peligrosidad del sitio, en virtud de un peritaje respecto del cual tenían conocimiento a la época de la adquisición de la propiedad, revelador de la inestabilidad de los suelos", Cas. 2ª civ., 12.12.2002, Bull. civ. II, n° 287.

²⁰⁴ En este sentido: Una nevazón que provoca un desplazamiento de terreno, "la Corte de Apelaciones no podía extraer de la simple constatación administrativa de catástrofe natural, conferida a un evento, la consecuencia necesaria que este evento presentaba, en los vínculos contractuales entre las partes, el carácter de fuerza mayor", Cas. civ. 3ª, 24.03.1993, Bull. civil III, n° 46.

²⁰⁵ G. Viney et P. Jourdain, op. cit. n° 398.

mayor. De aquí que la indicada línea jurisprudencial se oponga al relativismo de la causal de exoneración, catalogando de previsibles determinados hechos, aniquilando en definitiva la fuerza mayor en algunos dominios²⁰⁶.

88.- Estimamos que el juicio sobre la **apreciación circunstancial** al que hemos hecho referencia **no se contraponen a una apreciación in abstracto** de los componentes de la fuerza mayor, relegando en este punto la opinión de los célebres profesores G. Viney y P. Jourdain a una opinión minoritaria en lo referente a la irresistibilidad. Para mayor claridad en esta materia, consideramos importante el estudio de N. Dejean de la Bâtie²⁰⁷, el cual luego de plantearse el problema relativo a si la imposibilidad de la fuerza mayor –sea imposibilidad de prever (imprevisibilidad) sea imposibilidad de resistir (irresistibilidad)– debe apreciarse *en concreto* o *en abstracto*, opta por este último método, con ciertas observaciones. En el análisis del indicado profesor, se comenta la referencia a una cierta jurisprudencia que consagra el modelo abstracto de apreciación de ambos caracteres²⁰⁸, **considerando además temerario afirmar en forma absoluta que jamás deben ser apreciadas por el juez ciertas circunstancias personales del agente a la hora de calificar la insuperabilidad del evento**. En efecto, se entiende que nada impide que el juez tome en cuenta particularidades individuales del agente **siempre que estas sean compatibles con el tipo general del hombre recto y prudente**. De esta manera, el principio de la apreciación *in abstracto* se impone. Prueba de ello es lo manifestado por Dejean de la Bâtie, que refiriéndose a la eventualidad de que el agente sea un sujeto menos capacitado *“debe esforzarse, tanto como pueda razonablemente, de igualar la oportunidad de su conducta a la del comportamiento de un hombre normal”*²⁰⁹. En fin, el modelo de apreciación de los caracteres de la fuerza mayor para el citado autor pueden ser sintetizados según sus siguientes reflexiones: *“cualquiera sea el género de las obligaciones consideradas, nunca la apreciación se verifica de manera verdaderamente concreta*.

²⁰⁶ En este sentido, reiterando jurisprudencia sobre la culpa de la víctima que no permite liberar totalmente al guardián: a propósito de la caída de la víctima en una fosa de lavado, Cas. 2ª civ., 22.05.2003; Bull. civ. II, n° 154; a propósito del atropello de una persona, 23.01.2003, Bull. civ. II n° 18; a propósito de la mujer que persiste en descender de un tren en marcha, a pesar de los recordatorios escritos relativos a la prohibición, 27.02.2003, Bull. civ. II, n° 45; e incluso, aun cuando el estado de impregnación alcohólica explicaba el comportamiento anormal de la víctima impactada por un tren, 15.12.2005: Bull. civ. II, n° 336.

²⁰⁷ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, Tesis para el doctorado en Derecho, Paris France, LGDJ, 1963, n°s 88 et s.

²⁰⁸ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, op.cit., n° 103. Con respecto a la imprevisibilidad: “escapa a todas las previsiones humanas” Cas. civ. 21.01.1918, D.P. 1918.1.9; “conductor prudente” Cas. civ. 10.01.1939, S 1939.1.86; “chofer prudente” Cass. civ. 1ª sec., 23.05.1955, D.1955.504; con respecto a la insuperabilidad: algunas sentencias rechazan la fuerza mayor porque algunas personas “han sabido, en la misma coyuntura, dar prueba de previsión (Cass. civ. sect. comm. 29.10.1952, D. 1953.53), de una iniciativa (Cass. civ. 1re sect., 13.10.1954, JCP 1954.IV.153), superiores a las del sujeto en causa.

²⁰⁹ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, op. cit. n° 107.

*En efecto, que el tipo de referencia sea o no concebido como plenamente normal y "estándar", es, en todos los casos, conforme al modelo general del hombre recto y prudente. Es en este sentido en el que podemos decir, en toda hipótesis, que la fuerza mayor se aprecia en abstracto"*²¹⁰.

89.- Por otra parte, **desde una perspectiva jurisprudencial**, la total uniformidad doctrinaria de la apreciación *in abstracto* de los caracteres de la fuerza mayor defendida por la doctrina no parece revestir el mismo consenso en materia delictual. La falta de acuerdo es centrada en la situación jurídica del evento que, calificado como "*normalmente imprevisible*", constituye además una imposibilidad para el agente de evitar el daño, liberándolo de su obligación. Dicho criterio fue retenido a partir de una sentencia del año 1955²¹¹ en el capítulo respectivo a la culpa de la víctima, consagrando una suerte de humanización de la responsabilidad del guardián de una cosa inmóvil, sobre el que pesa una responsabilidad de pleno derecho. Este razonamiento se extendió hasta la sentencia *Desmares*²¹², en la cual se abandonó la expresión y además la posibilidad de exoneración parcial del guardián por la culpa de la víctima. Sin embargo, hasta acá no estaba todo dicho, pues en el año 1987²¹³ se observó un vuelco jurisprudencial que restableció la exoneración parcial del guardián por la culpa de la víctima. Ello motivó a la doctrina a plantearse si también era ocasión de considerar un regreso a la apreciación según los términos de un evento "*normalmente imprevisible*", aun cuando las referidas sentencias no lo consagraban textualmente. Se desprende de las reflexiones de una parte de la doctrina que tal como expresamente la Corte de Casación reconoció la posibilidad de exoneración parcial del guardián por la culpa de la víctima, sería lógico pensar que la Corte también había considerado retomar la aplicación del término *normalmente* en el carácter de una condición más humana de la fuerza mayor²¹⁴. En contra, otros autores niegan completamente que el vuelco jurisprudencial del año 1987 signifique un regreso a la determinación del evento "*normalmente imprevisible*" en el dominio de la responsabilidad delictual. Lo anterior, pues dicha terminología no presenta un real interés sobre la apreciación de la fuerza mayor, ya que la previsibilidad del evento debe siempre ser apreciada en referencia a una previsibilidad razonable *in abstracto*. Además sostienen que la comprensión de la fuerza mayor es la misma para las dos ramas de la responsabilidad civil y la incorporación de la expresión "*normalmente*" en materia delictual no es capaz de alterar la unidad fundamental de la noción de

²¹⁰ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, op. cit. n° 106.

²¹¹ Cas. civ. 2ª, 09.11.1955, Bull. civ. II, n° 306. En los hechos se liberó parcialmente al guardián en los términos del art. 1384 inc. 1, en atención a la culpa de la víctima.

²¹² Cas. civ. 2ª, 21.07.1982, Gaz. Pal. 1982.2.391. Se condena al guardián sin posibilidades de recurso a la reducción de su responsabilidad, vía fuerza mayor, aun mediando prueba de la culpa de la víctima, en materia de accidente de circulación.

²¹³ Cas. Civ. 2ª, 06.04.1987, Bull. civ. II., n° 86 (tres sentencias).

²¹⁴ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 272.

fuerza mayor²¹⁵. Finalmente, otra parte de los autores reconoce la incorporación definitiva del término “*normalmente imprevisible*” al estudio de exoneración del guardián. En este sentido, se desprende de esta postura doctrinaria que es de buen derecho comprender que luego del referido vuelco jurisprudencial de 1987 se considere un regreso a la consideración del evento “*normalmente imprevisible*”. Estimar lo contrario **implicaría desconocer una apreciación relativa de los caracteres de la fuerza mayor y dificultaría la comparación a la previsión y superabilidad del fenómeno respecto del buen padre de familia o del hombre prudente**. Además, es evidente –para esta corriente doctrinaria– que el criterio seguido por los tribunales es el de la normalidad²¹⁶. Parecen no estar lejos de la buena interpretación los autores referidos en esta última postura, fundamentalmente en el reconocimiento de jurisprudencia en este sentido²¹⁷.

Conclusión

90.- A lo largo de este trabajo hemos justificado el dinamismo que envuelve a la noción de fuerza mayor. Su naturaleza de fenómeno liberatorio del compromiso de responsabilidad del deudor o del agente obliga a intentar determinar su ubicación en el espacio jurídico. De aquí que nos lanzáramos en la tarea de distinguir la figura del denominado caso fortuito, concluyendo que para nosotros no corresponden a instituciones semejantes. La distinción defendida nos obligó a considerar el estudio de la causa extraña en este dominio. Ésta, gobernada por la exterioridad que la caracteriza en esencia e impregnada por la imposibilidad refleja del carácter irresistible e imprevisible de la fuerza mayor, conduce inexorablemente a la desvinculación causal entre el incumplimiento del deudor o la conducta del agente y el suceso dañoso. El caso fortuito, a su turno, obedeciendo a una especie de causa extraña (en conjunto con el hecho de la víctima y el hecho de un tercero), no siendo capaz en sí mismo de exonerar al requerido en justicia, necesita de la fuerza mayor para alcanzar dicho efecto. Luego, la fuerza mayor podemos entenderla como una noción que atribuye el poder totalmente exoneratorio a la causa extraña y en consecuencia libera al

²¹⁵ G. Viney et P. Jourdain, op. cit., n° 399.

²¹⁶ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations, 1, Responsabilité délictuelle*, Litec, 5ème éd. 1996, n° 603.

²¹⁷ A propósito de un hombre que fue mortalmente herido en la estación de trenes por una máquina que atravesaba la vía férrea sobre el paso destinado al efecto. La sentencia impugnada retiene que ninguna culpa es demostrada respecto de la víctima que se dirigía hacia la salida por el paso previsto, Cas. civ. 2ª, 21.12.2006, n° 05-20.653; con respecto al acto de un tercero no identificado que abrió la puerta del tren y de aquel que impulsó a la víctima hacia el exterior del tren (la Corte considera que el acto indicado no es “*normalmente imprevisible*” por la SNCF) Cas. civ. 2e, 15.03.2001, Bull. civ., II, N° 56; en materia de un accidente en un local comercial: la víctima “*circulaba normalmente cuando cayó*” Cas. civ. 02.12.1998, Bull. civ., II, N° 292; en cuanto a un accidente en una estación de trenes, la Corte consideró que el comportamiento de la víctima (conversaba con un amigo de espaldas a la vía férrea), no es “*normalmente imprevisible*”, Cas. civ. 2506.1998.

demandado. Por otro lado, a la fuerza mayor la hemos reconocido también, como una especie de causa extraña desde la órbita de la exoneración. Lo anterior, en atención a la distinción entre causa extraña totalmente exoneratoria –en donde la vinculamos a la fuerza mayor– y parcialmente exoneratoria.

91.- Otro de los puntos desarrollados en esta colaboración obedeció al rol de la irresistibilidad y de la imprevisibilidad, en tanto elementos estructurales de la fuerza mayor. En cuanto a la irresistibilidad, nadie duda sobre la insustituibilidad del elemento; mientras que respecto de la imprevisibilidad, parte de la doctrina, no sin poca jurisprudencia en apoyo, defendió fuertemente que ésta ocuparía más bien un lugar secundario a título de indicio del primero de los factores nombrados. Hoy ambos caracteres se elevan jurisprudencialmente como elementos irremplazables de la noción. Lo mencionado, a partir de una corriente jurisprudencial uniforme que tiene lugar en Francia desde las conocidas sentencias de la Asamblea Plenaria del 04 de abril de 2006. Dicha afirmación es también establecida implícitamente por diversos proyectos de reforma como por cuerpos legales vigentes. A su turno, hicimos presente que en el escenario de la imprevisibilidad, una importante particularidad es reconocible en materia contractual. Pues el carácter del contrato como un acto de previsión nos permite considerar al factor en referencia como mecanismo de determinación de los eventos que probablemente pueden afectar la correcta ejecución contractual, desde la perspectiva de la causalidad.

92.- Hemos defendido también el innegable vínculo existente entre la irresistibilidad y la imprevisibilidad, por una parte; y la insuperabilidad, la inevitabilidad y la imposibilidad del evento, por otra. Traducimos dicha relación, en la aplicación que realiza el juez de estas últimas nociones a la hora de calificar los componentes clásicos de la fuerza mayor, desestimando la retención de una moderna trilogía de caracteres de la causal exoneratoria en estudio.

93.- Objeto de nuestro trabajo, asimismo, fue el referente a la apreciación de los caracteres de la fuerza mayor. En cuanto al momento, la jurisprudencia es clara al establecer la oportunidad de apreciación. Pues en materia delictual, la imprevisibilidad y la irresistibilidad deben ser apreciadas a la época del acaecimiento del fenómeno; mientras que en materia contractual, la imprevisibilidad (de acuerdo al respeto de las previsiones contractuales) debe ser establecida a la época de la celebración del contrato, distinguiéndose de la irresistibilidad, la cual debe medirse a la época de la verificación del evento. Sin perjuicio de lo anterior, parte de la doctrina cuestiona el rol de la imprevisibilidad en el dominio de los contratos de ejecución sucesiva. En efecto, hemos sostenido que el deudor, en respeto por su contratante, debe hacer todo lo posible por ejecutar correctamente el contrato, aun cuando un evento imprevisible a la época de la celebración del vínculo contractual haya devenido previsible en el curso de ejecución del negocio. Por otro lado, el debate fue también centrado

en cuanto al método de apreciación de los caracteres de la fuerza mayor. Luego del análisis de la doctrina y de diversas sentencias, hemos concluido que la *apreciación in abstracto* se impone como método conducente a una correcta convicción, sin que lo anterior lo consideremos contradictorio con una noción circunstancial y relativa de la fuerza mayor.

Bibliografía

Obras, generales, tratados, manuales

- Bénabent, A., *Les obligations*, 12ma ed., Montchrestien, Paris, 2010.
- Beudant, CH., *Cours de droit civil français, Les contrats et les obligations, appendice*, 1ª ed., publicada por R. Beudant Paris, Rousseau, Paris, 1905.
- Brun, PH., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 2da ed., Litec, Paris, 2009.
- Cabrillac, R. *Droit des obligations*, 9na ed., Dalloz, Paris, 2010.
- Carbonnier, J., *Droit civil. Les obligations*, 22ª ed., PUF, Paris, 2000.
- Colin, A., Capitant, H., De la Morandière, J., *Cours élémentaire de droit civil français*, 10 ed. T. II, Dalloz, Paris, 1948-1951.
- Cornu, G. (bajo la dirección de), *Vocabulaire juridique*, 8va ed., PUF, Paris, 2007.
- Dejean de la Bâtie, N., *Responsabilité Délictuelle*, Litec, Paris, 1989.
- Demogue, R., *Traité des obligations en général*, T. VI, A. Rousseau, Paris, 1931.
- Exner, A., *La notion de la force majeure, Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, Larose & Forcel editores, París, 1892.
- Fabre-Magnan, M., *Droit des obligations*, 2ª ed., Thémis droit Puf, Paris, 2010.
- Flour, J., Aubert, J.-L., Savaux, E., *Les obligations*, T. II, Le fait juridique, 13e éd., Sirey : Dalloz, Paris, 2009.
- Josserand, L., *Traité général théorique et pratique de Droit Commercial. Les Transports*, A. Rousseau, editores, Paris, 1910.
- Lalou, H. y Azard, P., *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6ª ed., Dalloz, Paris, 1962.
- Larroumet, CH., *Les obligations - La responsabilité civile extracontractuelle*, T. V, 1ª ed., Económica, Paris, 2007.
- Larroumet, CH., *Les obligations - Le contrat*, T. III, 6ª ed., Económica, Paris, 2007.
- Légier, G., *Les obligations*, 19 ed., Mémentos Dalloz - Série droit privé, Paris, 2008.

Lepointe, G., Monier R., *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1954.

LE TOURNEAU PH., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8va ed., Dalloz, Paris, 2010.

Malaurie, PH., Aynes, L., Stoffel-Munck, PH., *Les obligations*, 4ª ed., Defrénois-Lextenso, Paris, 2010.

Malinvaud, PH., *Droit des obligations*, 8va ed., Litec, Paris, 2003.

Marty, G., Reynaud, P., Jestaz, PH., *Les Obligations*, 2da ed., Sirey, Paris, 1988-1989.

Mazeaud, H., L., J., Chabas, F., *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9na ed., Montchrestien, Paris, 1998.

MAZEAUD H., L., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuel et contractuel*, T. I., 5ta ed. Montchrétien, Paris, 1957-1960.

Mazeaud H., L., J., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, T. II, 6ta ed., Montchrétien, Paris, 1970.

Planiol, M., Ripert, G., Esmein P., *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, T. VI, 2e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952.

Ripert, G., Boulanger J., *Traite de Droit civil*, T. II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1957.

Sériaux, A. *Droit des obligations*, PUF 1992, n° 109.

Terré, F., Simler, PH., Lequette, Y., *Les obligations*, 10ma ed., Dalloz, Paris, 2009.

Viney, G., Jourdain, P., *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3ra ed., LGDG, Paris, 2006.

Monografías, tesis de doctorado e informes

Antonmattei, P.-H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, Tesis, Montpellier, 1992.

Brantt Zumarán, María Graciela, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual : concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2010.

Dejean de la Bâtie, N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit civil Français*, Tesis, París, 1963.

Lemarié, A., *La force majeure en droit du contrat de transport maritime de marchandises*, Memoria, Facultad de Derecho y de Ciencia Política de Aix-Marseille, 2007.

Petit, B., *Informe del Consejero de la Corte de Casación, a propósito de las sentencias de la Asamblea Plenaria de 14.04.2006*.

Radouant, J., *Du cas fortuit et de la force majeure*, Tesis, París, 1920.

Triantafyllos S., *L'exonération du transporteur routier de marchandises de sa responsabilité dans le droit français*, Facultad de Derecho y de Ciencia Política de Aix-Marseille, 2007.

Artículos, crónicas, repertorios, conferencias

Antonmattei, P.-H., *Ouragan sur la force majeure*, JCP G 1996.I.907.

Aubert, J.-L., *Chroniques de jurisprudence civile*, 1971, Defrénois, 1972, n° 39.79.

Brantt Zumarán, María Graciela, *La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato*, *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (Valparaíso, Chile). XXXIII (2° Semestre 2009), p. 39-102.

Chabas, F., Gréau, F., *Rep. civ. Dalloz, Force Majeure*, 2007.

Cornu, G., *Par rapport à l'exigence de l'imprévisibilité dans les contrats de longue durée*, RTD civ.1981.171.

Dagorne-Labee, Y., *L'imprévisibilité de l'évènement est constitutive de la force majeure*, Defrénois, 30/04/2009 n°8.824.

Hocquet-Berg, S., *Gardien cherche force majeure... Désespérément...*, RCA, 2003, chron. 12. Jourdain, P., J.- Cl. Resp. Civ. et ass., fasc. 160 n° 107.

Mazeaud, D., *Conferencia en Escuela Doctoral de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Grenoble: "Les grandes mutations du droit des obligations"*. Grenoble, 05.05.2011.

Moury, J., *Force majeure: éloge de la sobriété*, RTD civ. 2004.471.

Noguéro, D., *La maladie du débiteur cas de force majeure*, D. 2006, chron. 1566.

Pizarro, C. *La fuerza mayor como defensa del deudor. A propósito de la restricción de suministro de gas a Chile*, G.J., n° 288,7-11.

Saint-Pau, J.-C., *J.-Classeur Civil*, article 1146 à 1155, n° 22.

Cuerpos legislativos y proyectos de reforma

Código Civil francés.

Código Civil chileno.

Convención de mercaderías en ruta (CMR), Ginebra, 19.05.1956.

Convención sobre contratos de venta internacional de mercaderías (Convención de Viena) de 11.04.1980.

Reglas Uniformes relativas al Contrato de Transporte Internacional Ferroviario de Mercaderías, (CIM), de 09.05.1980.

Principios UNIDROIT, relativo al contrato de comercio internacional.

Principios de Derecho europeos de contratos (Comisión Lando).

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil (European Group on Tort Law).

Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones y de la Prescripción (Anteproyecto Catalá).

Proyecto de reforma del Derecho de las Obligaciones (proyecto de la Cancillería).

Proyecto de Reforma del Derecho de Contratos de la Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Situación actual del mobbing en Chile: Regulación legal y jurisprudencial

ANDREA FRAGA YOLI

Abogada

Ex jefa departamento de Estudios Dirección del Trabajo

Luego de varios años de discusión parlamentaria, el año 2012 el acoso laboral fue regulado expresamente en el Código del Trabajo. Dicho reconocimiento es el que motivó la elaboración de esta publicación destinada, por una parte, a entregar algunos antecedentes básicos sobre esta figura que faciliten su distinción y, por otra, a exponer esquemáticamente los principales aspectos legales del tema y algunas de las conclusiones de los últimos fallos dictados por los tribunales en Chile.

Breve introducción a la problemática del *mobbing*

Desde hace ya varios años, lamentablemente, la violencia es un concepto instalado en la sociedad. Las personas suelen verse expuestas a distintos niveles de agresividad observables en todos los ámbitos de la vida cotidiana, donde algunos son tan sutiles que prácticamente son considerados como comunes y parte de la vida “moderna”, mientras que otros adquieren intensidades que afectan considerablemente el bienestar físico y mental de quienes la padecen.

Uno de los espacios donde suele darse este tipo de situaciones es en el lugar de trabajo, donde si bien desde siempre han existido situaciones de abuso de poder –en parte generadas por la asimetría propia de toda relación laboral– el hecho que exista un concepto de violencia laboral permite reivindicar el derecho de todo trabajador a que sea respetado como individuo y sean resguardados sus derechos fundamentales.

La noción de violencia laboral es bastante amplia, ya que integra todo tipo de conductas capaces de intimidar o violentar a otra persona, siendo los límites de su conceptualización especialmente complejos atendidos los diversos aspectos que la configuran.

Existen varias definiciones al efecto, pudiendo destacarse, por ser una de las más citadas en la literatura especializada, aquella elaborada el 2001 por el Comité Asesor en Seguridad, Higiene y Protección de la Salud de la Comisión Euro-

pea, según el cual: “la violencia puede ser definida como una forma de conducta negativa o acción en las relaciones entre dos o más personas, caracterizada por la agresividad, generalmente de naturaleza repetitiva, muchas veces inesperada, que tiene efectos dañinos sobre la seguridad, salud y bienestar del empleado en el lugar de trabajo”¹. Esta definición deja en evidencia que no necesariamente la violencia laboral es de carácter físico –y por tanto relativamente más fácil de probar por ser más visible–, sino que existe también aquella de tipo psicológico, la cual muchas veces es incluso desconocida o negada su existencia por quien la sufre.

En 1998, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) realizó uno de los estudios sobre violencia laboral más completo desarrollados hasta la fecha, según el cual esta derivaría de una combinación de factores, relativas a las personas, el medio ambiente y las condiciones de trabajo, así como a las formas de interacción entre los propios trabajadores, entre los clientes y los trabajadores y entre éstos y los empleadores².

Por otra parte, la violencia en el trabajo puede manifestarse de múltiples formas, ya sea en el tipo de lenguaje que emplea el victimario –verbal como corporal–, en agresiones físicas, acoso sexual, discriminación de algún tipo, entre otras. Es aquí desde donde emerge la figura acoso laboral o *mobbing*, existiendo una relación de género a especie entre ambas.

En términos muy generales, es posible definir el acoso laboral como un tipo de conducta abusiva, sistemática y premeditada, ejercida sobre un trabajador, lesionando su dignidad y su integridad psíquica y física. Dentro de las posibles razones que facilitarían su aparición en los lugares de trabajo, hay quienes consideran que ciertas situaciones de vulnerabilidad o menor protección de los trabajadores –tales como la precarización del empleo y la externalización de los servicios, sin que exista una adecuada regulación legal– favorecerían el surgimiento de situaciones de esta naturaleza³. Por otra parte, existe cierto consenso en que un factor relevante que también podría influir es la cultura organizacional de la empresa y la necesidad de adecuar las estructuras empresariales a las demandas del mercado⁴.

¹ Avendaño Cecilia, *Violencia en el Trabajo*. Persona y Sociedad, VOL XVIII N° 1, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2004.

² Duncan Chappell y Vittorio Di Martino. *Violence at Work*, Oficina internacional del Trabajo, Ginebra, 1998.

³ La investigadora española Cruz Blanco López argumenta en tal sentido que: “el acoso laboral es la expresión de la sociedad global donde la carrera por la obtención rápida de la ganancia, lleva a la empresa a prescindir de los trabajadores que no considera útiles adoptando fórmulas crueles de alternativa al despido”. Blanco, Cruz. *Acoso moral y sufrimiento*. Eichmann en la Globalización. Ediciones Clásicas / Ediciones de Oro, España, 2003.

⁴ Christophe Dejourn, psicopatólogo del trabajo francés, argumenta que no es de extrañar que en empresas orientadas principalmente a la consecución de logros y altos niveles de competitividad, el clima usualmente se enriquezca y estas sean más permisivas con el comportamiento de sus miembros.

Aspectos generales del *mobbing*

Origen y concepto

En lo concerniente a su denominación, *mobbing* en inglés proviene del verbo "to mob", que significa asediar o atacar en masa a alguien. Los estudiosos del tema destacan el hecho de que este término con mayúscula –"Mob"– significa también mafia, lo que indicaría una forma de violencia extrema, de un método de "trabajo" –en el caso de las mafias– cuya finalidad es principalmente lucrativa. En castellano hay diversas denominaciones a esta figura: acoso grupal, acoso psíquico, asedio moral, terror psicológico, violencia psicológica, violencia laboral y acoso, maltrato u hostigamiento psicológico.

El psicólogo alemán Heinz Leymann –uno de los primeros en estudiar el fenómeno– construyó el término "*psicoterror laboral*", refiriéndose a los sentimientos de las víctimas de abusos en el trabajo, siendo también quien introdujo el término acoso laboral, que es ampliamente difundido.

Hay países en que también se habla de *bullying* (o *harassment e ijme*, expresión de origen japonés)⁵ y *bossing* (acoso moral descendente). El primero está asociado a la actitud abusiva que una persona ejerce en contra de otras más débiles y, generalmente, se lo reserva para hacer referencia a humillaciones entre los niños y estudiantes. Algunos señalan que la diferencia entre ambas figuras radica en que en el *bullying* existiría un ataque de carácter individual mientras que en el *mobbing* también quedarían incluidas agresiones de carácter grupal. Sin embargo, ha existido cierta tendencia a asimilar los conceptos.

También existe la denominación *Whistleblowers*, para identificar a aquellas personas que, dentro de una organización, ponen de manifiesto alguna irregularidad, con lo cual se hacen destinatarios de represalias por parte de los demás miembros.

En lo relativo al origen de esta figura, los primeros atisbos del acoso laboral no provienen del campo de las ciencias sociales ni del Derecho, como podría pensarse, sino que proceden de la etología⁶. Fue Konrad Lorenz –en la década del 30 del siglo XX– quien, investigando la violencia animal, detectó la reacción del clan frente a la inclusión de un animal que no pertenecía a él o que,

Citado por Avendaño Cecilia en su artículo *Violencia en el lugar de trabajo*, Universidad Alberto Hurtado, 2004, páginas 77-98.

⁵ La denominación *ijime* (acoso o intimidación) también hace alusión a las humillaciones que sufre una persona, a partir de un grupo, especialmente entre los niños; aun cuando también se aplica en las empresas. Tienen la finalidad de integrar a los nuevos individuos al grupo e imponerles reglas.

⁶ Estudio científico del carácter y modos de comportamiento del hombre, así como también la parte de la biología que estudia el comportamiento de los animales.

habiendo pertenecido, había sido sacado por un tiempo y vuelto a incorporar. Advirtió cómo el grupo lo ataca con manifiesta agresividad⁷.

Recién en los años 90, el alemán Leymann introdujo el concepto en el campo de las ciencias sociales cuando analizó los distintos comportamientos hostiles que se presentan en las organizaciones y, específicamente, desde la empresa hacia sus trabajadores. Dichas conductas –tipifica más de cuarenta y cinco– son caracterizadas por ser sistemáticas –al menos una vez por semana– y con una cierta duración en el tiempo, al menos seis meses.

El acoso laboral puede ser conceptualizado desde distintos puntos de vista, ya que tiene múltiples aristas, conservando como eje central *“el comportamiento hostil entre compañeros de una misma jerarquía o entre funcionarios de jerarquías diversas en torno a prácticas que dicen relación con un acoso y ataque sistemáticos durante cierto lapso de tiempo, de modo directo o indirecto, por una o más personas con el objeto de aislar al trabajador”*⁸.

Tal como señala Leymann, son conductas que, muchas veces, podrían incluso pasar inadvertidas; una amplia gama de actitudes que, incluso, podrían considerarse normales; pero que al repetirse por períodos de tiempo prolongados *“pueden devenir en un arma peligrosa”*⁹. Lo define así:

*“Psicoterror o Mobbing en la vida laboral conlleva una comunicación hostil y desprovista de ética que es administrada de forma sistemática por uno o unos pocos individuos, principalmente contra un único individuo, quien, a consecuencia de ello, es arrojado a una situación de soledad e indefensión prolongada, a base de hostigamientos frecuentes y persistentes (definición estadística: al menos una vez por semana) y a lo largo de un prolongado período (definición estadística: al menos durante seis meses). Como consecuencia de la alta frecuencia y larga duración de estas conductas hostiles, tal maltrato se traduce en un enorme suplicio psicológico, psicosomático y social”*¹⁰. Para este autor, el objetivo del acoso laboral es aislar a la víctima y destruir su reputación, alterar el ejercicio de sus actividades laborales y conseguir, finalmente, que abandone el lugar de trabajo. Destacó también, como una de sus características, la persistencia de las conductas abusivas en el tiempo.

Otro de los conceptos más mencionados por los estudiosos del tema es el de la psicoanalista francesa Marie France Hirigoyen, quien lo define señalando que

⁷ Gamonal, Sergio, y Prado, Pamela, *El mobbing o acoso laboral*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2006, página 8.

⁸ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.607. Pág. 5, disponible en la página web: www.bcn.cl.

⁹ Gamonal, página. 11.

¹⁰ Citado por Romanik, Katy, *El mobbing y su tratamiento en la legislación laboral. Informe de actualidad laboral número 2*, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. Santiago de Chile, 2011, páginas 6 y 7.

“por acoso debe entenderse cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o integridad física o síquica del individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima de trabajo”. Agrega que se trata de “una violencia en pequeñas dosis, que no se advierte, pero que sin embargo es muy destructiva”¹¹.

En Chile, por su parte, la reciente Ley N° 20.607, publicada en agosto de 2012, lo definió como *“toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”*.

Comportamientos más frecuentes

Los diversos estudios realizados sobre la materia han permitido distinguir ciertos comportamientos “típicos” que pueden catalogarse como constitutivos de acoso laboral. Lo que sigue es una lista, a modo meramente ejemplar, por cuanto hay que destacar el hecho que el *mobbing* es una figura eminentemente casuística, por tanto, para determinar su ocurrencia, cada situación debe ser analizada dentro de un contexto específico:

Atentados en las condiciones de trabajo: ejemplos de esto podrían ser las acciones que involucran el cambio de las funciones del trabajador/a por otras que requieren menos competencias; el retiro de trabajos que la persona hacía en forma habitual; criticar frecuentemente las labores realizadas sin justificación alguna; negar las herramientas o la información necesaria para realizar sus tareas a fin de limitar el trabajo que realiza, entre otras.

Atentados a la dignidad personal: acosar al trabajador por medio de la ridiculización de sus características físicas, étnicas, religiosas, familiares, entre otras; o también generando rumores a su respecto.

Aislamiento: tiene como práctica no dirigirse la palabra a la víctima, no mantener reuniones de trabajo con el afectado, ignorar su presencia, o destinarlo a oficinas aisladas del resto del equipo.

Actos de violencia verbal o psicológica: puede ser el uso de la violencia menor en contra de un trabajador, insultos, gritos, entre otras acciones¹².

¹¹ Gamonal y Prado, pág. 12.

¹² Romanik, K., *El mobbing y su tratamiento en la legislación laboral. Informe de actualidad laboral N° 2*, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, 2011.

Tipos de acoso laboral

Es importante señalar que el acoso laboral puede afectar a cualquier persona dentro de la organización, de cualquier nivel jerárquico y sin distinción de sexo. Considerando quien ejerce la acción de hostigamiento, la clasificación tradicional es aquella que identifica el *mobbing* de tipo vertical –ya sea descendente o ascendente– y el horizontal:

Acoso laboral descendente: también denominado *bossing*, es considerada la modalidad más habitual y tiene lugar cuando el acosador ocupa en la empresa una mejor posición jerárquica que la víctima, ya sea porque es el empleador o bien porque ocupa un cargo de jefatura respecto de la primera. El supuesto fundamental aquí es el abuso de poder. Las razones del acosador para incurrir en esta conducta pueden ser múltiples, tales como que busque desvincular a la víctima o bien que corresponda a una forma de organización de la empresa para presionar a los individuos a maximizar la producción, entre otras posibilidades.

Acoso laboral ascendente: es aquel que se produce entre uno o más sujetos y otro que se encuentra en una situación jerárquica superior. Sin duda es la posibilidad menos común, pero es posible en situaciones de cambio en las organizaciones, como por ejemplo, cuando se incorpora como jefatura una persona externa a la empresa que establece un sistema de gestión más exigente o que utiliza métodos no aceptados por sus subordinados, o bien, el caso en que el acosado haya sido anteriormente compañero de trabajo de los ahora acosadores y luego fue ascendido, generándose situaciones de celos o envidias.

Acoso laboral horizontal: es aquel que se desarrolla entre iguales, es decir, entre compañeros de trabajo. Puede provenir tanto de un trabajador como de un grupo de estos en contra de la víctima, modalidad en la cual el grupo pasa a tener una identidad propia. Las motivaciones aquí también pueden ser de variada índole, como por ejemplo, que la víctima sea considerada distinta al grupo por su inclinación sexual o por su apariencia física. En caso de ser el acosador un sujeto individual, podría deberse entre múltiples razones a que se siente amenazado por la víctima para ascender en la empresa por estar en mejor posición, etc.

El especialista en Derecho Laboral chileno Sergio Gamonal reconoce la existencia de otro tipo de acoso al que denomina "*acoso mixto o complejo*", que es aquel en que uno o más sujetos se encuentran en la misma escala jerárquica que la víctima –es decir, comienza como acoso horizontal– pero luego que la jefatura o empleadores toman conocimiento de la situación no adoptan ninguna medida de protección, como podría ser, por ejemplo, trasladar al afectado/a a otro lugar de trabajo¹³. Esta posibilidad encuentra sustento en la legislación laboral

¹³ Gamonal Sergio, y Prado Pamela, "El *mobbing* o acoso laboral", Editorial LexisNexis, 2006, página 24.

por cuanto el Código del Trabajo en su artículo 184 establece el deber general de protección del empleador frente a sus trabajadores.

Otra categorización es aquella que distingue el acoso institucional o estructural y el estratégico. El primero se refiere a aquellos casos de organizaciones categorizadas como "tóxicas", por cuanto su estructura y políticas facilitan la existencia de situaciones de esta naturaleza, al estar enfocadas principalmente a la obtención de utilidades con la menor cantidad de trabajadores, incurriendo en malas condiciones de trabajo y sobrecarga laboral si los trabajadores quieren permanecer en estas¹⁴. Hay quienes critican esta clasificación por cuanto quedaría diluida la responsabilidad en la empresa como institución en circunstancias que la responsabilidad del acoso es de carácter individual.

Por su parte, el acoso estratégico corresponde a aquel en que el acoso es empleado como una herramienta para desvincular a un trabajador que la organización ya no quiere mantener, generando un ambiente hostil que lo lleve finalmente a renunciar, es decir, se trata de una decisión que se ha tomado cupularmente respecto de un trabajador que, por lo general, no presenta ningún tipo de conducta indebida, ni incumplimiento alguno de sus obligaciones laborales, pero que representa algún grado de molestia para el empleador.

Es observada esta situación en casos de trabajadores que llevan muchos años en la empresa y que tienen, generalmente, remuneraciones altas. Al llevarlos a renunciar por esta vía, no existe obligación de pagar las indemnizaciones correspondientes¹⁵.

Diferenciación respecto de otras situaciones

Los límites del acoso laboral pueden ser difíciles de delimitar y confundirse con otras figuras que también podrían darse al interior de la organización o empresa al compartir algunas de sus características. En este sentido, hay que tener presente que, si bien es posible tratar de diferenciarlo, en los hechos, podría ocurrir que situaciones similares se presenten en forma conjunta al acoso laboral, complicando así la diferenciación.

Lo anterior podría pasar, por ejemplo, en el acoso sexual, puesto que existen varias similitudes entre ambos tipos de hostigamiento: en ambos es vulnerada la dignidad de la víctima y los sujetos intervinientes pueden coincidir. Por otra parte, muchas veces, una conducta de carácter sexual puede ser el inicio de un acoso laboral futuro cuando, por ejemplo, el acosador al ser rechazado por la víctima comienza a hostigarla como reacción frente a la negativa. En este sentido ha sido observado que existe un mayor porcentaje de mujeres que

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Gamonal Sergio, y Prado Pamela, "El *mobbing* o acoso laboral", Editorial LexisNexis, 2006, página 26.

de hombres que son víctimas de acoso laboral, el cual muchas veces respecto de las primeras tiene una connotación sexual, es decir, las molestias sexuales forman parte del acoso laboral.

Grafican lo anterior los datos de los registros administrativos de la Dirección del Trabajo, según los cuales, para el 2013, la cantidad de materias denunciadas por supuestos casos de acoso laboral según el sexo del denunciante es más del doble en el caso de las mujeres, con un total de 1.361 materias denunciadas por eventuales situaciones de acoso laboral, frente a solo 626 de materias en el caso de denunciante de sexo masculino.

No obstante lo señalado, acoso laboral y sexual son situaciones diversas: en primer lugar, se diferencian en la persistencia en el tiempo, por cuanto el primero requiere de cierta extensión temporal para configurarse, en cambio en el acoso sexual basta un solo acto, sobre todo si es de gravedad suficiente. Asimismo, en el *mobbing* son amplias las conductas que pueden tener lugar no siendo necesariamente de carácter sexual.

Otra distinción relevante es diferenciar el acoso del estrés laboral, el cual aparece cuando las exigencias laborales superan la capacidad de la persona para enfrentarlas pudiendo generar problemas de salud física y mental cuando la situación es intensa y continuada. Un factor estresante podría ser, por ejemplo, las malas condiciones de trabajo, pero ello no necesariamente significa que exista *mobbing*. Cuestión distinta es que la víctima de acoso también padezca de estrés laboral, el cual suele ser una de sus consecuencias¹⁶.

Tampoco es posible identificar el *mobbing* con la existencia de conflictos al interior de la empresa u organización, los cuales forman parte de la vida cotidiana y de los diversos intereses o posturas que las personas pueden tener, pero que no implican necesariamente la existencia de acoso laboral. Mientras en el conflicto las opiniones de los intervinientes suelen estar claras y explícitas, el acoso se caracteriza por ser solapado y difícil de percibir externamente.

Finalmente, es posible establecer diferencias entre la figura en análisis y el abuso de poder por parte del empleador o de quien detenta algún tipo de dirección en la empresa. Es evidente que en virtud del poder de dirección el empleador está legalmente facultado para adoptar ciertas decisiones, sin embargo, no es menos cierto que en el ejercicio de esa prerrogativa debe siempre respetar los derechos de los trabajadores.

¹⁶ En algunos trabajos especialmente competitivos puede darse la figura del "*burnout*" o desgaste, en que el trabajador puede verse afectado por la excesiva rigurosidad, jornadas extensas o exigencias psicológicas que van más allá de lo que puede tolerar. Es por tanto, una situación en que el trabajador es quien no puede adaptarse a las exigencias laborales.

Existen empresas en que la misión más relevante (o casi la única) es la obtención de utilidades sin considerar en ello la situación de los trabajadores, quienes pueden verse obligados –a fin de generar mayores ganancias– a trabajar más horas que las permitidas legalmente, a no hacer uso de sus vacaciones, etc. No se observa aquí un ánimo persecutorio u hostil, sino solo la exigencia de cumplir las metas trazadas, por lo que estas situaciones no implican necesariamente la existencia de acoso laboral, sino más bien la de abuso de poder por parte del empleador.

Todas las situaciones brevemente reseñadas no constituyen necesariamente *mobbing*, pero sin duda que podrían generar un ambiente propicio para su aparición.

Lo que muestran las cifras

En Chile, la práctica del acoso laboral, en cualquiera de sus modalidades, muestra una tendencia creciente en el tiempo, afirmación sustentada en los datos administrativos de la Dirección del Trabajo, referentes a las denuncias registradas como posible hostigamiento laboral para el período 2010-2013.

Es muy importante contextualizar adecuadamente las estadísticas expuestas a continuación, por cuanto se trata de casos que *podrían ser* constitutivos de acoso laboral, pero no necesariamente lo son, por tanto, son solo antecedentes que permiten vislumbrar cuál es la situación, pero en ningún caso son determinantes¹⁷. Por otra parte, debe considerarse que estos antecedentes están referidos solo a las situaciones de posible *mobbing* que es denunciado existiendo, muy probablemente, muchos otros casos que no llegan a dicha instancia administrativa.

Como puede observarse en el cuadro siguiente, los casos que podrían constituir *mobbing* fueron aumentando desde el 2010 a la fecha de corte (diciembre 2013)¹⁸.

¹⁷ Según las definiciones realizadas por el Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo, se consideran como posibles denuncias por hostigamiento laboral a todas aquellas cuya materia denunciada tiene relación con alguna vulneración del trabajador, tales como: vulneración al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, vulneración de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, vulneración de la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, vulneración de la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, vulneración de la libertad de trabajo, vulneración del derecho a la no discriminación de remuneración por sexo, vulneración del derecho a la no discriminación por ascendencia nacional u origen social, vulneración del derecho a la no discriminación por edad, vulneración del derecho a la no discriminación por nacionalidad, vulneración del derecho a la no discriminación por opinión política, vulneración del derecho a la no discriminación por religión, vulneración del derecho a la no discriminación por sindicación, vulneración del derecho a la no discriminación, vulneración del derecho a la vida, a la integridad física y síquica del trabajador, vulneración del derecho a no ser objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales (Garantía de indemnidad).

¹⁸ Una denuncia puede referirse a más de una materia.

Cuadro 1
Cantidad de materias y variación porcentual de denunciadas eventualmente
constitutivas de acoso laboral, según tipo de denunciante,
Periodo: Años 2010-2013

	Año	Trabajador	Organización sindical	Otras (1)	Total
2010	Cantidad	1.517	304	290	2.111
	Variación% (2010-2009)	-	-	-	-
2011	Cantidad	1.629	336	286	2.251
	Variación% (2011/2010)	7,4%	10,5%	-1,4%	6,6%
2012	Cantidad	1.863	378	260	2.501
	Variación% (2012/2011)	14,4%	12,5%	-9,1%	11,1%
2013	Cantidad	1.987	331	263	2.581
	Variación% (2013/2012)	6,7%	-12,4%	1,2%	3,2%

(1) Solicitudes de fiscalización realizadas por autoridades, Direcciones e Inspecciones del Trabajo, Tribunales, otras instituciones.

Fuente: Dirección del Trabajo

Elaboración: Unidad de Análisis Estadístico, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo

Asimismo, es evidente el menor involucramiento de los sindicatos en las acciones tendientes a frenar estas situaciones ya sea denunciando los hechos ante el organismo pertinente o haciéndose parte de las denuncias de los trabajadores afectados. En efecto, tomando como referencia el año 2013, el porcentaje de denuncias presentadas por el sindicato es de un 12,8%, mientras que aquellas que fueron interpuestas por el trabajador afectado alcanzan un 77%.

No obstante lo anterior, cabe destacar la circunstancia de que tanto las denuncias interpuestas por organizaciones sindicales como aquellas realizadas por los trabajadores afectados presentan un crecimiento respecto al año 2010, de un 8,9 % y un 31% respectivamente.

Por otra parte, y tal como fue esbozado previamente, los datos sobre las denuncias interpuestas muestran que el acoso laboral tiene un sesgo de género innegable: mayoritariamente son las trabajadoras quienes más lo padecerían, tal como muestra el cuadro siguiente.

Cuadro 2
Cantidad de materias denunciadas por acoso laboral,
según sexo del denunciante (1)
Periodo: Años 2010-2013

Sexo del denunciante	2010	2011	2012	2013
Femenino	974	1.132	1.328	1.361
Masculino	543	497	535	626
Total	1.517	1.629	1.863	1.987

(1) Corresponde a solicitudes de fiscalización realizadas por un trabajador, un tercero o una persona que no se identifica.

Fuente: Dirección del Trabajo

Elaboración: Unidad de Análisis Estadístico, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo

Ahora bien, si los datos son analizados desglosando la información por rama de actividad económica¹⁹, y considerando los datos del período 2012-2013, es observado que del total de denuncias por supuesto acoso laboral, estas situaciones estarían concentradas, principalmente, en el Comercio, siguiéndole con altos porcentajes las Actividades no especificadas; las ramas de Actividades Inmobiliarias, Empresariales y de Alquiler; la Enseñanza y el Transporte, Almacenamiento y Comunicaciones.

Cuadro 3
Cantidad de materias denunciadas eventualmente constitutivas
de acoso laboral, por tipo de denunciante, según rama de actividad económica
(1) años 2012 y 2013

Rama de actividad económica	2012				2013			
	Trabajador	Organización Sindical	Otras	Total	Trabajador	Organización Sindical	Otras	Total
Agricultura, ganadería, caza y silvicultura	31	4	18	53	41	10	3	54
Pesca	4	1	2	7	7	2	2	11
Explotación de minas y canteras	7	10	20	37	22	2	10	34

¹⁹ Rama de Actividad Económica: corresponde a las grandes secciones en que son clasificadas las empresas de un país de acuerdo al tipo de producción que desarrollan. Existen diversas clasificaciones, siendo la más difundida la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), de la cual a su vez existen distintas versiones que van incorporando la diversificación y complejidad del aparato productivo. En Chile se conoce como (CIIU.cl).

Industrias manufactureras	134	40	28	202	114	31	14	159
Suministro de electricidad, gas y agua	11	1	0	12	16	1	1	18
Construcción	54	12	17	83	54	9	17	80
Comercio	420	59	43	522	390	69	28	487
Hoteles y restaurantes	163	13	20	196	120	18	12	150
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	131	109	8	248	115	56	17	188
Intermediación financiera	62	5	6	73	34	3	4	41
Actividades inmobiliarias, empresariales y alquiler	223	29	26	278	232	26	32	290
Administración pública y defensa	2	4	16	22	12		46	58
Enseñanza	221	17	24	262	208	19	6	233
Servicios sociales y de salud	58	11	4	73	69	6	1	76
Otras actividades de servicios comunitarios	155	40	14	209	151	18	10	179
Hogares privados con servicio doméstico	19	3	2	24	32	4	4	40
Organizaciones y órganos extraterritoriales	0	0	0	0			3	3
Actividades no especificadas y otras	168	20	12	200	370	57	53	480
Total	1.863	378	260	2.501	1.987	331	263	2.581

Fuente: Dirección del Trabajo

Elaboración: Unidad de Análisis Estadístico, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo.

Si bien esta realidad existe en todas las regiones del país, es posible indicar que las denuncias tienden a concentrarse en las regiones Metropolitana, Valparaíso, Maule y Bío-Bío, datos que, en todo caso, solo pueden ser apreciados en su verdadero significado si son analizados en el contexto de la masa laboral regional y el número de empresas de cada región. Cabe señalar en el mismo sentido que una parte importante de las regiones presenta una curva ascendente de materias denunciadas por este tipo de situaciones al interior de las empresas.

Cuadro 4
Cantidad de materias denunciadas por acoso laboral,
según región y tipo de denunciante
Periodo: Años 2012- 2013

Región	2012				2013			
	Trabajador (1)	Org. Sindical	Otras (2)	Total	Trabajador (1)	Org. Sindical	Otras (2)	Total
Arica Parinacota	84	3	0	87	43	5	0	48
Tarapacá	64	24	3	91	50	21	0	71
Antofagasta	117	16	30	163	99	6	56	161
Atacama	51	10	3	64	59	4	11	74
Coquimbo	56	6	5	67	40	1	0	41
Valparaíso	387	48	46	481	362	44	26	432
Metropolitana	472	147	22	641	637	168	29	834
O'Higgins	87	10	9	106	83	6	1	90
Maule	134	10	54	198	130	5	78	213
Biobío	137	78	31	246	129	10	23	162
Araucanía	47	4	10	61	67	9	9	85
Los Ríos	48	10	0	58	45	26	0	71
Los Lagos	81	8	24	113	125	8	12	145
Aysén	24	0	10	34	14	0	6	20
Magallanes	74	4	13	91	104	18	12	134
Total	1.863	378	260	2.501	1.987	331	263	2.581

(1) Se refiere a solicitudes de fiscalización realizadas por un trabajador, un tercero o una persona que no se identifica.

(2) Se refiere a solicitudes de fiscalización realizadas por: Autoridades, Dirección Nacional, Direcciones Regionales, Inspecciones, otras instituciones o Tribunal.

Fuente: Dirección del Trabajo

Elaboración: Unidad de Análisis Estadístico, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo

Regulación legal del acoso laboral

En otras legislaciones

En el ámbito internacional²⁰, la forma en que los países enfrentan la regulación de esta compleja figura es variada. En algunos se ha normado expresamente la materia, mientras que en otros ello se efectúa por la vía jurisprudencial, o bien recurriendo a la normativa general aplicable.

²⁰ Información obtenida del Informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados, sobre el proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo sancionando las prácticas de acoso laboral. Boletín N° 3198-13, disponible en www.bcn.cl.

Dentro del primer grupo, destaca Suecia, primer país en incluir el acoso laboral en su legislación mediante la Ley Básica de Prevención de Riesgos (1993). De acuerdo con ella, el empleador debe organizar el trabajo previniéndolo, adoptando medidas explícitas en contra, actuando en caso que se produzca y dando apoyo a la víctima.

La legislación francesa, por su parte, estableció en el 2002 que *“Ningún trabajador debe sufrir conductas repetidas de acoso moral que tengan por objeto una degradación de sus condiciones de trabajo susceptible de poner en peligro sus derechos o dignidad, de alterar su salud física o mental o de comprometer su futuro profesional”*. Además, introdujo al Código Penal el delito de acoso moral, sancionado con multas y penas privativas de libertad.

Bélgica, a partir del mismo año, posee una figura penal que sanciona el *mobbing*, entendiéndolo por tal una conducta que afecte gravemente el comportamiento y la tranquilidad de otra persona. En materia laboral, impone al empleador la obligación de adoptar medidas para prevenir este tipo de acoso.

Dentro del segundo grupo de países, es posible mencionar el caso de España, que si bien no cuenta con legislación específica, sus Tribunales de Justicia han vinculado la figura del acoso laboral con la vulneración de derechos establecidos en la Constitución española y en el Estatuto de Trabajadores, tales como la dignidad de la persona, integridad física y moral, el honor, la promoción profesional y ocupación profesional efectiva –entre otros– además de reconocer que produce consecuencias en la salud de los trabajadores.

Igualmente, la jurisprudencia alemana lo ha sancionado sobre la base de los principios constitucionales similares a los ya mencionados, como también en la obligación legal del empleador de adoptar medidas que protejan la salud y la vida de sus trabajadores. Los incumplimientos se traducen en el pago de indemnizaciones.

Dentro de los países más cercanos geográficamente destaca la regulación existente en Argentina, que ha regulado el acoso laboral en varias de las provincias que integran dicho Estado Federal, siendo una de ellas la normativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que legisló expresamente la variante del acoso laboral descendente, mediante la dictación de la Ley N° 1.225 de 2003: *“toda acción ejercida sobre un/una trabajador/a por personal jerárquico que atente contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica o social de aquél/aquella mediante amenaza, intimidación, abuso de poder, acoso, acoso sexual, maltrato físico o psicológico, social u ofensa ejercida sobre un/a trabajador/a”*²¹.

²¹ Cabe destacar que incluso existe una Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral (OAVL).

Como puede apreciarse, en los ordenamientos jurídicos extranjeros no existe una forma única para regular el acoso laboral: algunos ponen énfasis en su prevención, otros lo tipifican como delito sancionado con penas privativas de libertad y en algunos la regulación está limitada exclusivamente al *mobbing* descendente. La falta de tipificación legal tampoco ha sido obstáculo para que en esos países sus tribunales, por la vía de la interpretación de la legislación existente, conozcan y resuelvan los casos que les presentan.

La situación nacional hasta el 2012

Hasta la publicación de la Ley N° 20.607 en agosto de 2012, en Chile el acoso laboral carecía de un reconocimiento expreso en la normativa legal. Sin perjuicio de ello, igualmente era reclamable por la víctima sobre la base de las normas constitucionales y legales que protegen al trabajador/a, como la Constitución Política y el Código del Trabajo. La primera asegura entre sus garantías, tanto derechos específicamente laborales como también los denominados “derechos inespecíficos”, que corresponden a una amplia gama de prerrogativas que si bien corresponden a todas las personas, son plenamente aplicables en el ámbito laboral.

En efecto, tratándose del acoso laboral, al afectarse la dignidad del trabajador se produce un menoscabo en uno o más de sus derechos fundamentales, sin perjuicio que la determinación de los derechos afectados dependerá de los comportamientos que constituyen el acoso y del tipo que este adopte. Muy probablemente los derechos afectados en una situación de esta naturaleza serán: el derecho a la integridad física y síquica, el derecho a la vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y a la no discriminación, todos reconocidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental.

Por su parte, el Código del Trabajo contenía –y aún lo hace– ciertas normas generales que permitían su protección bajo su amparo aun no existiendo ley específica, siendo posible citar al efecto el artículo 2°, que dispone que “*las relaciones laborales deberán siempre estar fundadas en un trato compatible con la dignidad de las personas*”, y el artículo 5°, según el cual “*el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos*”.

También era utilizada la remisión al artículo 184, que consagra el deber de protección general, por cuanto el *mobbing* constituye una situación de riesgo para la salud del trabajador/a que podría configurar un incumplimiento a la normativa que exige al empleador la protección eficaz de sus dependientes²².

²² Asimismo, tal como fue señalado durante la tramitación de la Ley N° 20.607, específicamente en el primer informe de la Comisión de Trabajo “*Otros cuerpos legales (...) también protegen la vida y salud de*

A su vez, existían diversas vías para su reclamación, tales como el recurso de protección, la indemnización de perjuicios, el despido indirecto, el procedimiento de tutela, entre otros. Luego, la no regulación específica del *mobbing* no constituía un impedimento para que los Tribunales de Justicia se pronunciaran al efecto.

Hay muchas sentencias emitidas tanto por jueces de primera instancia, como por distintas Cortes de Apelaciones del país, incluso por la propia Corte Suprema, que lo sancionan en base a las normas ya citadas, por cuanto estas conductas de violencia laboral representan una transgresión de las garantías constitucionales, especialmente las relativas a la vida y salud de las personas, y a los derechos fundamentales del trabajador, entre ellos el respeto a su dignidad.

De este modo, por la vía jurisprudencial fue posible ir construyendo un concepto de acoso laboral e incluso fueron excluidas determinadas conductas. A modo meramente ejemplar, es posible citar el fallo dictado por **la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca**, en la causa **Rol N° 228-2010**, según el cual: *“La circunstancia de disparidad de criterios entre empleador y trabajador, los conflictos o discrepancias que pueden ocurrir en una relación laboral, no constituyen por sí solos una manifestación de acoso laboral”*.

En el mismo sentido, también resulta aclaratorio otro fallo recaído en una causa laboral promovida por un gerente –socio de una empresa, con una participación accionaria de un 30%– que entabló una demanda de tutela laboral contra el directorio de la sociedad, alegando haber sido acosado con motivo de la rendición de cuentas que le fuera exigida por aquél. En este caso, el juez desechó la pretensión del demandante por considerar que el requerimiento de información formulado en sucesivas reuniones del directorio, tras haberse proporcionado antecedentes incompletos, no puede ser calificado como una conducta exorbitada y constitutiva de acoso laboral, máxime si dicho requerimiento proviene de quien tiene los poderes de administración de la empresa²³.

En cuanto a la reiteración de la conducta como característica esencial para configurar el acoso, la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel**, en la causa **Rol N° 65-2010**, resolvió: *“ninguna norma establece el número de días que debe hostigarse a un trabajador para que se configure el acoso laboral”*.

los trabajadores, como por ejemplo la ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. () recientemente se ha ampliado el elenco de enfermedades calificadas como profesionales, incluyendo entre tales afecciones la ansiedad, la depresión, la angustia, el pánico y los trastornos psicósomáticos, como la taquicardia o el colon irritable producto del estrés. Estos problemas a la salud, precisamente, pueden ser unas de las tantas consecuencias dañinas derivadas del acoso moral de que se puede ser objeto en el trabajo, demostrando la relación de causalidad que se da entre el hostigamiento y la enfermedad”.

²³ Sentencia citada por el profesor de Derecho Laboral Alfredo Sierra Herrero, al ser citado por la Comisión de Trabajo para exponer acerca del acoso laboral, según historia de la Ley N° 20.607, Pág. 121.

Esta sentencia deja claro que el acoso era considerado –incluso desde antes de la dictación de la Ley N° 20.607– como una situación que debía darse y mantenerse en el tiempo, no bastando un solo hecho para su configuración.

En este mismo sentido, otro caso que puede destacarse es el citado en la propia historia de esta Ley N° 20.607. Se trata del fallo de fecha 16 de agosto de 2008, pronunciado en Punta Arenas, el cual rechazó la demanda interpuesta por una trabajadora quien sostenía que, durante las dos semanas que prestó servicios para una empresa, había sido víctima de acoso laboral, alegando su despido injustificado y afirmando que tal situación le había provocado una severa depresión. En definitiva, el tribunal desestimó su pretensión al alcanzar la convicción de que la referida depresión se había desarrollado con anterioridad a su ingreso a la empresa, y por una causa extralaboral, relacionada con el fallecimiento de su padre.

Tratándose de las indemnizaciones a que dan lugar las conductas de acoso y la competencia de los tribunales para conocer de ellas, es posible mencionar la causa **RIT T-1-2009, del Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto**, en un procedimiento de tutela por acoso laboral y cobro de prestaciones: ***“aunque la indemnización por daño moral no está establecida en nuestra legislación como una pena o sanción para el empleador negligente, sino que como una compensación al trabajador que ha sufrido un daño, y estando ésta acreditada por la prueba pericial donde se acredita el nexo causal entre el hostigamiento laboral y el cuadro depresivo de la demandante, no se tendrá más que acceder a dicha solicitud”***.

Por su parte, la Dirección del Trabajo también se pronunció en casos de acoso laboral acaecidos durante los años previos a la dictación de la Ley N° 20.607. Cabe citar al efecto, a modo ejemplar, el **Dictamen Ord. N° 2462 de 22 de junio 2009**, en que uno de los sindicatos de Codelco señaló que se estarían produciendo ciertas situaciones de “injusticia, hostigamiento y persecución” en contra de los trabajadores de esa división, hechos que comenzaron a partir de la última restructuración, agregando que los tratos vejatorios se verifican también respecto de dirigentes sindicales, lo cual ha traído como consecuencia el aumento de despidos, amonestaciones, aislamiento de funciones habituales, etc. El Servicio resolvió que, existiendo el procedimiento de tutela laboral, frente a indicios o sospechas suficientes que el empleador ha lesionado los derechos garantizados por este procedimiento, *“deberán hacerse las correspondientes denuncias ante la Inspección del Trabajo respectiva para que se realicen las investigaciones correspondientes y, sea por vía de la mediación o de la denuncia judicial que amerite, se obtenga el cese de tales conductas, las reparaciones que sean necesarias y, en su caso, las sanciones correspondientes”*.

Ley N° 20.607 y la incorporación legal de la figura

Esta ley –cuya tramitación fue iniciada el 2003– fue publicada en el Diario Oficial el 8 de agosto de 2012, incorporando en forma expresa la regulación del acoso laboral en el Código del Trabajo al modificar los artículos 2, 160 y 171 y algunas normas del Estatuto Administrativo y de Empleados Municipales²⁴.

Los fundamentos y objetivos de esta iniciativa legal apelaban a la relevancia, consagrada normativamente y tanto en la doctrina nacional como en la internacional, que posee *“la dignidad y respeto por la persona humana y los derechos esenciales que emanan de ella, preceptos consagrados en los artículos 1 y 5 de nuestra Carta Fundamental y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como también en aquellas garantías que en particular se encargan de asegurar a las personas el respeto a la integridad en las distintas dimensiones de su existencia, como por ejemplo, la de ésta en el trabajo”*²⁵.

De este modo, el proyecto se enmarcaba en la línea de la protección de los derechos que el trabajador adquiere en cuanto persona y que se encuentran consagrados constitucionalmente, de acuerdo a las modernas concepciones de *ciudadanía laboral*, por la cual se hacen compatibles y se ordenan jerárquicamente la norma constitucional y la potestad reglamentaria del empleador expresada en órdenes, instrucciones, mecanismos de control, vigilancia y, sobre todo, a través del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

El análisis de la historia de la ley da cuenta de una larga tramitación que fue complejizándose atendido el tiempo transcurrido entre el inicio de la tramitación de la ley y la fecha de su publicación, en la cual existieron varios aspectos que fueron evaluados para llegar a un consenso.

Como primera cuestión discutida aparece la real necesidad de legislar sobre la materia, por cuanto los tribunales de justicia –y tal como fue expuesto precedentemente– no obstante la ausencia de normativa específica que regulara la figura, igualmente conocían de este tipo de casos resolviéndolos conforme a la legislación general. Existió acuerdo en legislar considerando la necesidad de contar con un concepto de acoso laboral que fuera lo suficientemente amplio –sin dejar de ser preciso– que permitiera dilucidar cuándo se está en presencia de esta figura.

²⁴ Historia de la Ley N° 20.607. Página 12, Informe Comisión Trabajo. Los autores de la moción expresan que se trata de un problema que posee diversas aristas y teniendo como eje común el comportamiento hostil entre compañeros de una misma jerarquía o entre funcionarios de jerarquías diversas en torno a prácticas que dicen relación con un acoso y ataque sistemáticos durante cierto lapso de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas con el objeto de aislar al trabajador.

²⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.607. Modifica el Código del Trabajo sancionando las prácticas de acoso laboral, www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegal/es/10221.3/.../HL20607.pdf.

Otros aspectos debatidos fueron el determinar si iba a ser exigible cierta intencionalidad en el acosador o bien un determinado resultado o consecuencia para la víctima para que pudiera ser sancionado. El tema del procedimiento aplicable para su reclamo (hay que considerar que durante el debate fue establecido el procedimiento de tutela laboral), su prueba al ser de carácter eminentemente psicológico y la responsabilidad objetiva del empleador por actos de terceros también fueron puntos analizados durante el debate.

Cabe destacar que una de las aprensiones manifestadas durante la tramitación fue el efecto que, particularmente al principio de la entrada en vigencia de la ley, pudiera generar una norma de este tipo, ya que pudiera darse un uso excesivo o abusivo y una judicialización innecesaria del tema. Sin embargo, se dejó en claro que serán los tribunales laborales los que, en virtud de la jurisprudencia imperante, tendrán que ir determinando y perfeccionando el mecanismo.

En este sentido, de acuerdo a los datos provenientes de los registros administrativos ya presentados, si bien es observado que las denuncias aumentaron a contar del 2012, no es menos cierto que dicho incremento existía incluso desde antes de la dictación de esta norma (desde el 2010), por lo que su influencia efectiva deberá ser evaluada en un tiempo más prolongado –como es recomendado respecto de la generalidad de las modificaciones legales– al analizar cómo han seguido comportándose las denuncias.

Los siguientes cuadros resumen las diferencias principales existentes entre el texto primitivo del proyecto de ley y aquel finalmente aprobado:

RESUMEN PROYECTO INICIAL²⁶

1. Incorporar un nuevo título VII al Capítulo IV del Libro I del Código del Trabajo, denominado *“De las prácticas que constituye el acoso laboral y de sus sanciones”* (Art. 183 bis A-183 bis D).
2. Concepto de acoso laboral: ***“El acoso laboral, llamado también sicoterror laboral, es una práctica que importa una violación a los derechos esenciales que emanan de la persona humana.***

Para efectos de este Código se entenderá por tal, la situación en que el empleador, o uno o más trabajadores, o aquél y uno o más de éstos, ejercen o manifiestan por hechos o por dichos una particular forma de violencia psicológica de

²⁶ El texto analizado corresponde al de la moción parlamentaria (2003) el cual fue objeto de varias indicaciones recién el año 2008 cuando se retoma la tramitación del proyecto de ley.

carácter extremo, premeditadamente o no, con regularidad sistemática y durante un tiempo prolongado sobre otro trabajador en el lugar de trabajo común, con el fin de provocar un menoscabo material y personal en éste²⁷.

3. Las denuncias sobre acoso laboral **podrán** ser recibidas por la Inspección Trabajo²⁸.
4. Plazo de interposición de denuncias de **60 días hábiles** contados desde el último acto que las constituya para que la víctima pueda efectuar la denuncia²⁹.
5. El acoso laboral será penado con multas a beneficio fiscal de 10 a 50 UTM, sin perjuicio de las acciones que el trabajador pudiera ejercer en conformidad.
6. La comisión de un acto que importe la práctica de acoso laboral debidamente acreditada, se entenderá como incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, estando facultado el trabajador afectado a autodespedirse de conformidad al artículo 171 del Código del Trabajo, cuando el acosador sea el empleador o quien lo represente.
7. No existía referencia alguna a la situación de los funcionarios públicos o municipales.

RESUMEN PROYECTO APROBADO

1. **Se incorpora concepto de acoso laboral en el artículo 2°**, a continuación del acoso sexual, lo cual hace aplicable procedimiento de tutela laboral y lo inserta dentro del marco de protección del trabajador y de respeto de su dignidad.
2. **Concepto de acoso laboral:** (...) *Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal*

²⁷ Respecto del concepto de acoso laboral, como era de esperarse, sufrió variadas modificaciones a lo largo de la extensa tramitación de la ley. Uno de los primeros cambios fue considerar al acoso laboral como *"toda acción u omisión grave y reiterada del empleador, o de uno o más trabajadores, ejercidas en contra de un trabajador en el lugar de trabajo común, y que implique alguna forma de violencia o coacción psicológica, teniendo como objetivo o resultado provocar un menoscabo personal o material en el afectado, o bien poner en riesgo su situación laboral"*.

²⁸ La Comisión de Trabajo, según da cuenta su informe de octubre de 2007, modificó el término *"podrán"* por *"deberán"*.

²⁹ Una de las primeras indicaciones realizadas por la Comisión de Trabajo fue cambiar el plazo a días corridos.

toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo³⁰.

- 3. Establece nueva causal subjetiva de término de contrato:** fue agregado al artículo 160 N° 1, del Código del Trabajo, la letra f) nueva.
- 4. Habilita para el despido indirecto:** fue modificado el inciso 2° del artículo 171 del Código del Trabajo y se establecen indemnizaciones en caso de denuncias por acoso laboral que sean infundadas siempre que el tribunal respectivo hubiese declarado la correspondiente demanda carente de motivo plausible.
- 5. Modifica los artículos 84 Ley N° 18.834 Estatuto Administrativo y 82° Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para empleados municipales:** “Realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el artículo 2° del Código del Trabajo”.

Algunos de los aspectos que fueron ampliamente analizados fueron los siguientes:

- **Reiteración de la conducta como requisito para que exista acoso laboral:** durante la tramitación de la ley hubo quienes plantearon qué sucedería si no se tratara de un hostigamiento permanente, sino que de un solo acto pero de tal gravedad que sea suficiente para descalificar severamente a una persona y afectarla emocionalmente, bastando en esos casos un solo hecho que configurara *mobbing*. Lo anterior no fue acogido y la norma estableció la reiteración de la conducta para su configuración, suponiendo que es permanente en el tiempo, sin perjuicio de que no determinó un plazo predefinido para ello³¹.
- **Necesidad de que la conducta provoque un daño en el/la trabajador/a acosado/a:** este aspecto fue recogido prácticamente desde el comienzo y ello se explica por cuanto hay personas que tienen un alto grado de tolerancia al maltrato y, por tanto, pueden no

³⁰ Art. 2° del Código del Trabajo.

³¹ En la propuesta original del proyecto se exigía que la conducta acosadora fuera “sistemática”, terminología que, finalmente, no prosperó por estimarse que la gravedad y reiteración de la misma respondían mejor a las características propias del acoso en el trabajo.

ser afectadas por éste, en tanto que hay otras que son especialmente vulnerables y se afectan ante la más mínima expresión de rechazo. De esta forma es preciso que se produzca una consecuencia dañina tras el acoso. Así incluso lo había entendido la jurisprudencia judicial, previa a que existiera una ley que lo sancionara expresamente dando lugar a las acciones indemnizatorias cuando se comprobaba que el afectado/a sufrió un perjuicio derivado del acoso denunciado.

- **Respecto de la intencionalidad del acosador:** estas conductas se califican por el resultado y es evidente la dificultad que representa probar la intención, particularmente en estos casos. Sin embargo, de conformidad al procedimiento de tutela laboral, basta probar indicios de que ha habido una vulneración de derechos fundamentales. En consecuencia, lo que el empleador tiene que acreditar es que adoptó todas las medidas pertinentes para remediar la situación de acoso denunciada y, en el evento de no hacerlo, quedará sujeto a las responsabilidades correspondientes a que haya lugar. En ese esquema no se pasa a revisar el tema de la intencionalidad, circunscribiéndose el análisis a si el empleador cumplió o no su deber objetivo de velar por la seguridad de sus trabajadores, la que incluye la integridad psíquica de los mismos.
- **Establecimiento de un procedimiento interno en la empresa:** Es del caso señalar que, en una primera instancia, el proyecto de ley establecía la existencia obligatoria de un procedimiento al interior de la empresa, en caso que el acosador fuera uno o más trabajadores, en virtud del cual el dependiente supuestamente víctima de acoso laboral debía presentar un reclamo por escrito y ésta investigar dicha denuncia –del mismo modo que está contemplado para el acoso sexual– adoptando las medidas de resguardo necesarias, tales como separación de funciones, traslado de los involucrados a otras áreas de la empresa, etc. En caso que ello no fuera observado por el empleador, le serían aplicables multas a beneficio fiscal.

Lo anterior fue desechado en el texto definitivo, por cuanto cabe recordar que durante la tramitación de esta ley fue aprobada la reforma procesal laboral, la cual contempló el procedimiento de tutela laboral aplicable a los casos de vulneración de derechos fundamentales como el de la especie, razón por la cual, a fin de evitar que se genere un mecanismo procesal paralelo para la prosecución de estas causas, se eliminó esta instancia interna de investigación.

- **Respecto de una nueva causal de término de contrato y posibilidad de despido indirecto:** en el artículo 160 del Código del Trabajo fue incluido el acoso laboral como causal de despido sin derecho a indemnización, lo cual implica la facultad del empleador de despedir por esta

causal a un trabajador que acosa a otro, lo que comúnmente ocurrirá por parte de un mando medio de la empresa hacia un trabajador. Asimismo y en concordancia con lo anterior, el legislador estableció la procedencia de que sea el trabajador quien pueda poner término al contrato, cuando el empleador ha incurrido en conductas de acoso laboral, modificando, para tal efecto, los incisos 2° y 6° del artículo 171 del Código del Trabajo.

- **Establecimiento de una sanción en caso de denuncia falsa:** este punto dice relación con el denominado “falso acoso”, que es aquel en el cual las conductas realizadas no reúnen todas las características propias del acoso y, por tanto, éste no logra configurarse como tal, como, por ejemplo, el caso de un jefe que llama la atención a uno de sus subordinados para que corrija un trabajo que no está bien hecho. Con ello, el empleador no busca perjudicar al trabajador, sino que sólo está requiriendo cierto nivel de excelencia en el desempeño laboral. En tal evento, estaríamos en presencia de un “falso acoso”, es decir, una conducta que ha sido mal entendida por una sensibilidad extrema.

El acoso moral se caracteriza porque se persigue al trabajador, se le hostiliza, discrimina, reprocha, molesta y, finalmente, se le perjudica física, psicológica o laboralmente. Ello no dice relación con las legítimas atribuciones para exigir un desempeño acorde con las tareas para las que fue contratado el trabajador.

Debido a lo anterior, y a fin de evitar abusos en la invocación de esta figura, se establecieron sanciones en caso que el trabajador invoque falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada, la comisión de conductas de acoso laboral –del mismo modo que en el acoso sexual– y siempre que el tribunal respectivo hubiese declarado la correspondiente demanda carente de motivo plausible. En ese caso, el trabajador estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado, quedando, además, sujeto a las otras acciones legales que procedan, en el evento de haber invocado maliciosamente alguna de dichas causales.

- **Acerca de si el concepto incorpora las tres variantes de acoso laboral:** fue planteado que el acoso ascendente no estaría considerado en el proyecto, toda vez que este solo se refería al hostigamiento desde el empleador hacia el trabajador y al que se registra entre trabajadores, es decir, se aplica a las situaciones de acoso descendente y horizontal.

Al efecto fue señalado que cuando se trata de una conducta hostil dirigida contra el empleador, éste cuenta con la facultad de poner término a la relación de trabajo del acosador, despidiéndolo con motivo del incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato. En

consecuencia, el acoso de tipo ascendente más bien podría configurarse cuando el hostigamiento se efectúe no contra el empleador propiamente dicho, sino que, por ejemplo, contra un jefe intermedio que, como tal, no tiene la facultad de despedir al trabajador. Consecuencialmente, entre dos o más trabajadores que no cuentan con la referida facultad de despido, el acoso sería de carácter horizontal.

A modo de cierre de este punto cabe agregar que la Dirección del Trabajo, cumpliendo su misión de interpretar la ley laboral, mediante el Dictamen Ordinario N° 3.519/034, del 9 de agosto de 2012, especificó el significado del acoso laboral señalando que es: “[...] *todo acto que implique una agresión física por parte del empleador o de uno o más trabajadores, hacia otro u otros dependientes o que sea contraria al derecho que les asiste a estos últimos, así como las molestias o burlas insistentes en su contra, además de la incitación a hacer algo, siempre que todas dichas conductas se practiquen en forma reiterada, cualquiera que sea el medio por el cual se someta a los afectados a tales agresiones u hostigamientos y siempre que de ello resulte mengua o descrédito en su honra o fama, o atenten contra su dignidad, ocasionen malos tratos de palabra u obra, o bien, se traduzcan en una amenaza o perjuicio de la situación laboral u oportunidades de empleo de dichos afectados*”³².

Jurisprudencia reciente

Para efectos de analizar de qué manera los Tribunales de Justicia han aplicado la Ley N° 20.607, fueron revisados los últimos fallos dictados en la materia, exponiéndose a continuación algunos de ellos, de acuerdo al aspecto central que tratan.

1. Situaciones que configuran acoso laboral y necesidad de reiteración en el tiempo.

De acuerdo a la jurisprudencia analizada queda claro que no cualquier trato inconveniente puede dar lugar a acoso laboral. Por lo demás es reiterada para su configuración la necesidad de que la conducta sea persistente y sistemática en el tiempo.

- **Causa Rol N° 3533-2012, de fecha 7 de enero de 2013, dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.**

“Respecto de los malos tratos de que fue víctima la actora y que imputa como incumplimiento del artículo 160 N°1 letra f) del Código del Trabajo. Al respecto la demandante cuenta con la declaración de la testigo (...), básicamente refiere

³² Dictamen Ordinario N° 3519/034 de 9 de agosto 2012, Dirección del Trabajo, página 4.

que la gritoneaba, trataba a garabatos, reaccionaba mal y agrega que con todos era igual, que las niñas duraban poco en sus puestos(...) Además de lo expuesto por la testigo, cuyo relato resultó veraz y consistente, se encuentra la propia declaración de la afectada, que corroboró tanto lo señalado en su demanda como demás circunstancias en que fue víctima de maltrato por parte del representante legal, resultando su declaración creíble (...). Por último está la confesional del representante legal, que si bien, lo que era esperable, negó cualquier tipo de maltrato, no dejó de llamar la atención al tribunal lo agresivo de su tono y sus respuestas (...). **En consecuencia, se tiene por acreditado el maltrato sufrido por la actora, lo que además, de acuerdo a los certificados médicos acompañados en audiencia, provocaron un colon irritable y dolor cervical y en consecuencia se tiene por acreditada la causal del artículo 160 N° 1 letra f) del Código del Trabajo”.**

- **Causa Rol N° T-608-2012, de 26 de febrero de 2013, dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago. Importancia de la actitud de la víctima de acoso.**

“Otro antecedente que el tribunal tiene presente para no tener por configurado un acoso laboral es que los hechos no hayan sido denunciados anteriormente a los superiores de la jefatura que se estimó infractora y sólo se haya efectuado una denuncia acaecido el accidente obstétrico de la actora, dándole una carga emotiva especial que lleva a atribuir a la empresa un resultado fatal de un ser querido”.

- **Causa Rol: T-608-2012, de 26 de febrero de 2013, dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago³³. Necesidad de reiteración en el tiempo.**

*“No se atribuyen entonces a discriminación las desavenencias con la jefatura, sino a una situación normal, común y tal vez específica y temporal, dentro de los altibajos del clima entre una jefatura y su dependiente. Las malas relaciones suelen ocurrir en las relaciones humanas, y **salvo una sistematicidad y expresión en conductas específicas graves, no pueden ser éstas configurativas de discriminación o acoso laboral.***

³³ En el mismo sentido, sentencia dictada en **Causa Rol T 624-2012, de fecha 4 de marzo de 2013, dictada por este mismo tribunal:** *“Tampoco se logra construir la existencia de hostigamientos sistemáticos constitutivos de un acoso laboral, con los hechos alegados y acreditados. En este sentido los testigos, si bien señalaron la presión por las ventas que ejercía el señor (...) el mismo testigo de la demandante señor (...), refiere que los gritos en general eran para todos, si bien refleja que es comportamiento poco afable –y hasta duro– en alguna oportunidad, no resulta suficiente para configurar un acoso laboral. **En otras palabras, las situaciones específicas que se han acusado no pueden estimarse lesivas de derechos fundamentales, tanto por la falta de gravedad que les impide catalogar a cada una como lesiva de la integridad física y síquica** (son instrucciones o llamados de atención de jefe a dependiente), **cuanto por la falta de sistematicidad de éstas**, ya que no queda claro si se trató de una situación puntual o de algo más permanente (Considerando octavo sentencia Juzgado de Letras del Trabajo)”.*

*Por otro lado, la circunstancia de haberla enviado a bodega no puede constituir discriminación o un acoso laboral, por cuanto todos los testigos declararon que dicha función era normal para un asistente de marcas, además estaba en la descripción del cargo y, por tanto, constituye una facultad de la empleadora encomendarle dichas labores (...) **se reitera que si bien la jefatura tuvo un comportamiento poco afable y hasta duro en alguna oportunidad con la actora, atendiendo a que culturalmente se tiende a privilegiar el trato con las embarazadas, no resulta suficiente para configurar un acoso laboral.***

En otras palabras, las situaciones específicas que se han acusado no pueden estimarse lesivas de derechos fundamentales, tanto por la falta de gravedad que les impide catalogar a cada una como lesiva de la integridad física y síquica (son instrucciones o llamados de atención de jefe a dependiente), cuanto por la falta de sistematicidad de éstas, ya que no queda claro si se trató de una situación puntual o de algo más permanente”.

- **Causa Rol 0-1559-2013, de 26 de julio de 2013, dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago³⁴.**

*“Se ha tenido por asentado que mientras la trabajadora estaba con permiso postnatal fue llamada para avisarle del vaciado del locker que tenía asignado. También que la supervisora de ventas decía a la demandante que tenía “malas vibras”. **Estas dos conductas (...) constituyen conductas de acoso laboral, pues no responden a alguna razón objetiva o a una necesidad que haga razonable tales conductas (...) imputarle a un trabajador a modo de reproche algo tan subjetivo como que tiene “malas vibras”, son, por su irracionalidad y por ser usados en un ambiente poco propicio, constitutivos de acoso laboral. Ello por cuanto (...) no son hechos aislados, sino que dicen relación a un contexto en que se reprochaba por parte de los superiores de la demandante una baja en su rendimiento productivo, con su estado de embarazo, con el hecho de ubicarse en la “oficina de los castigados”, con el ser borrada de la pizarra de ejecutivos y con el trato displicente de la supervisora (...)**”.*

- **Causa Rol N° 162-2013, de 7 de octubre de 2013, Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción.**

*“(...) tal como lo establece la experiencia, **una conducta de acoso no puede estar constituida por uno o dos hechos, sino que tiene que tener una***

³⁴ Una trabajadora se autodespide frente al incumplimiento grave de las obligaciones del empleador, las que hace consistir en conductas de acoso laboral llevado a cabo por éste, frente a lo cual solicita las indemnizaciones establecidas en el artículo 171 del Código del Trabajo, indemnización por daño moral, y las remuneraciones que le hubiesen correspondido hasta el cese del fuero maternal.

reiteración en el tiempo, lo que en la especie no ocurrió, por lo cual no es efectivo que la magistrado haya agregado requisitos no establecidos en los artículos 171, 160 letra f) ni el 160 N° 7 del Código del Trabajo (...).

2. El autodespido requiere que concurran las mismas exigencias establecidas para el caso en que es el empleador quien pone término a la relación laboral

El trabajador no puede alegar acoso laboral en términos vagos y poco precisos. En este sentido, la referida comunicación es la que da el marco jurídico fáctico que debe contrastarse con los hechos asentados en el proceso.

- **Causa Rol: O-3794-2012, 25 de enero 2013, dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.**

*“Analizada la carta de despido (...), esta sentenciadora estima que en lo referente a los hechos invocados –como varias inobservancias al contrato de trabajo y a las leyes laborales, ya que he **tenido que soportar malos tratos, humillaciones, hostigamientos todos de carácter de acoso laboral incumpliendo con las obligaciones que impone el contrato imputable al empleador–, adolecen de falta de precisión, referencia, ambigüedad, desarrollo y relación en los hechos descritos en la carta de despido, razón por la cual estimándose que para la causal establecida en el artículo 171 del Código del Trabajo concurren las mismas exigencias establecidas para los casos cuando es el empleador el que pone término a la relación laboral, no se configura la causal respecto de ellas por no encontrarse debidamente detalladas en la carta de autodespido, razón por la cual no se cumplen los presupuestos para establecer la efectividad de que el actor sufrió actos de hostigamiento o malos tratos”*** (Considerando 9°).

3. No procede la acción de tutela laboral en el caso del trabajador autodespedido

- **Causa Rol: 2202-2012, de 18 de enero de 2013, Excma. Corte Suprema**

En este caso, una trabajadora motivada por las conductas de acoso laboral de su empleador se autodespidió y accionó de tutela laboral. El juzgado del trabajo acogió la demanda, decisión que la Corte de Apelaciones mantuvo tras rechazar el recurso de nulidad del empleador. Luego fue impugnado el veredicto mediante recurso de unificación de jurisprudencia, el que fue acogido por el Máximo Tribunal, toda vez que no procede la acción de tutela laboral en el caso de un trabajador autodespedido.

En lo sustantivo, la sentencia señala: *“en la medida que el artículo 489 del Código del Trabajo regula una situación especial y particular de vulneración de derechos, que opera con ocasión del despido que lleva a cabo el empleador y que considera una indemnización sancionatoria, tal texto debe ser objeto de interpretación restrictiva, esto es, que se ajuste a la especificidad de la norma descartando su aplicación a situaciones no previstas en ella, como ocurriría con la consideración del autodespido que se funda en vulneración de derechos fundamentales. En suma, fundada la demanda de tutela laboral en el despido indirecto de la demandante que habría tenido lugar por conductas del empleador demandado, vulnerando sus derechos fundamentales (...) ella debe ser rechazada por improcedente, toda vez que la referida acción se contempla exclusivamente para el caso de un despido atentatorio de tales derechos cuando es el empleador quien ha decidido desvincular a su dependiente (Considerandos 6° y 8° de la sentencia que acoge el recurso de nulidad y 3° de la sentencia de reemplazo)”*³⁵.

4. El artículo 168 del Código del Trabajo no es aplicable al acoso laboral.

- **Causa Rol 343-2013, de 15 de noviembre de 2013, Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel.**

“Que de la sola lectura de la resolución de 2 de julio de 2013, que se reproduce en el motivo segundo, puede colegirse que la sentenciadora a quo ha omitido cualquier referencia a la acción deducida por el demandante por acoso laboral o “mobbing”, por cuanto se limita a indicar “en dicha resolución” que, en virtud de lo establecido en el artículo 168 del Código del Trabajo, se ha producido la caducidad de la acción que dicha norma establece para reclamar el pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo, por años de servicios y recargo legal de esta última.

En efecto, todo el razonamiento del tribunal discurre sobre la base de lo preceptuado en el artículo 168 del Código del Trabajo, “disposición que no es aplicable al acoso laboral”, por lo que mal habría podido el tribunal declarar la caducidad establecida en dicho artículo respecto de la acción interpuesta por el actor por supuesto “mobbing” de parte del empleador”.

³⁵ La Excma. Corte Suprema, sí acoge la demanda subsidiaria por despido indirecto señalando que *“El empleador incurrió en la causal de despido del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, toda vez que durante la vigencia de la relación laboral llevó a cabo conductas de acoso en contra de la demandante, afectando su integridad física y psíquica, conducta que sin duda infringe el contenido ético del contrato de trabajo en cuya virtud las partes deben actuar de buena fe, lo que se traduce entre otras obligaciones en respetar la dignidad de sus empleados (considerando 5° de la sentencia de reemplazo)”*.

5. Tratándose de una persona jurídica, son actos de acoso laboral los que efectúan sus jefes superiores

- **Causa Rol N° 382/2013. Resolución n° 8162, de Ittma. Corte de Apelaciones de Concepcion, de 13 de Enero de 2014.**

“Que es efectivo que el artículo 171 del Código del Trabajo, para autorizar el autodespido, supone el autor de los hechos que lo fundan, en el caso el acoso laboral, sea el empleador, mas ello no significa que no puedan contemplarse como actos del empleador aquellos en que haya incurrido un trabajador superior o jefe del afectado. El empleador, en especial tratándose de una persona jurídica, actúa justamente a través de sus empleados superiores, de modo que los actos de acoso laboral de éstos han de tenerse como actos del empleador. Tratándose de una persona jurídica, como es el empleador en el caso, sólo puede concebirse como actos de acoso laboral los que efectúan sus jefes superiores y no puede exigirse que ellos sólo provengan de los órganos de la sociedad ()los actos de acoso laboral en que incurrió el jefe directo del demandante han de tenerse como actos de la empleadora demandada, más aún si ellos eran conocidos por la gerencia de ésta”.

A modo de cierre

Luego de una larga tramitación en el Congreso, la Ley N° 20.607 modificó el Código del Trabajo y el Estatuto Administrativo y de Empleados Municipales sancionando las prácticas de acoso laboral, lo cual constituye, sin duda, un avance en la protección y respeto de la dignidad de los trabajadores.

Atendida la envergadura del problema y las graves consecuencias que para las personas afectadas pueden llegar situaciones de este tipo, parecía ser necesario definir la conducta de acoso laboral y, en ese sentido, al haber quedado regulada esta conducta en la misma norma que sanciona el acoso sexual, queda relevado el respeto y la importancia que se otorga a la dignidad del trabajador/a.

Sin perjuicio de ello, si bien el texto legal trata de acotar el concepto de *mobbing*, es la jurisprudencia nacional la que seguirá aplicando dicha definición y así, progresivamente, ir buscando la salida más adecuada para cada caso.

Es de esperar que una mayor difusión de esta normativa, unida a la labor preventiva de los actores laborales en su conjunto, permitan que esta figura, lamentablemente en crecimiento, comience a perder terreno en el ámbito de las relaciones de trabajo, en las cuales debe imperar el respeto mutuo entre todos quienes intervienen.

Comentario al Mensaje Presidencial que “formula indicaciones al proyecto de ley sobre modificación del concepto de empresa”¹

FELIPE NAVARRETE PEÑA

Abogado, Magíster (c) Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

UNIVERSIDAD DE CHILE

SUMARIO: el Mensaje Presidencial que “formula indicaciones al proyecto de ley sobre modificación del concepto de empresa” pretende resolver las dificultades asociadas a la práctica conocida como *multirut* mediante el establecimiento de un nuevo centro de imputación normativa, a través de una acción conocida y resuelta por los Tribunales del Trabajo, con intervención de la Dirección del Trabajo. Sin embargo, las facultades entregadas al juez, de no ejercerse *lege ferenda*, pueden derivar en la afectación de garantías constitucionales.

Las indicaciones formuladas por el Ejecutivo al “proyecto de ley sobre modificación del concepto de empresa”, difundido como “*multirut*”, podrían sintetizarse como normas que sacrifican ortodoxia por eficacia. La idea central de la indicación es hacerse cargo de una realidad concreta: el concepto de empresa del inciso tercero del artículo 3 del Código del Trabajo² permite que mediante su división en distintas razones sociales –por motivos estrictamente laborales o por legítimas razones de negocio, distinción contemplada expresamente en el Mensaje³–, se dificulte o impida el ejercicio de determinados derechos laborales, tanto individuales⁴ como colectivos⁵. En efecto, “[e]l hecho

¹ Este comentario se refiere al Mensaje Presidencial individualizado. A la fecha de su envío al comité editorial, aún no ha sido promulgada ni publicada la ley en cuyo proyecto fue promovido.

² “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad determinada”.

³ “La organización productiva y del trabajo, junto con el desarrollo de nuevas tecnologías y las diferentes formas de acceso al capital, han implicado muchas veces que una unidad económica deba comercialmente organizarse bajo un esquema descentralizado, estableciendo parte de sus negocios con identidades legales específicas, dando lugar así a la creación de RUT diferenciados para cada una de sus unidades productivas. (...)”

Por otra parte, por la vía del uso de los RUT diferenciados para cada unidad de negocio, “*diversas empresas se han dividido artificialmente en distintas razones sociales*”. (Los destacados son míos).

⁴ Como aquellos que dependen del número de trabajadores de la empresa, v.gr., la obligación de proporcionar sala cuna (art. 203 del Código del Trabajo).

⁵ Como el ejercicio de la negociación colectiva reglada del Título II del Libro IV del Código del Trabajo, que “se iniciará con la presentación de un proyecto de contrato colectivo por parte del o los sindicatos o grupos negociadores de la respectiva empresa”.

incontrarrestable es que los grupos forman parte de una cada vez más recurrente forma de organización de las actividades empresariales. Por su parte, el Derecho del Trabajo, como disciplina jurídica, ha planteado como centro de imputación normativa, es decir, como punto de referencia para la aplicación de las normas laborales, un modelo de empresa que corresponde a períodos anteriores, o que tal vez nunca ha existido en plenitud. Como se ha señalado, 'la legislación laboral prácticamente ignora el fenómeno de los grupos y otras formas de descentralización productiva, que en la actualidad constituyen paradójicamente el marco empresarial donde usualmente se desarrolla el contrato de trabajo' (ESTEVE SEGARRA, Amparo. Grupos de empresas: efectos de las transformaciones empresariales sobre el Derecho del Trabajo, Quaderns de Ciències Socials n. 10, Universitat de Valencia, 2003, p. 7.). /Por consiguiente, en la actualidad el Derecho del Trabajo está enfrentado al desafío de adaptarse a esta nueva realidad estableciendo normas reguladoras de la relación laboral en el marco de los grupos. Si no lo hace, corre el riesgo de ahondar la brecha existente entre la norma jurídica y la realidad, tan común en esta disciplina"⁶.

La indicación, al cifrar en la figura del *empleador* (inciso cuarto del artículo 3° CT propuesto) el centro de imputación normativa jurídico laboral⁷, para hacer efectivos los derechos amagados por las decisiones societarias que se cuestionan, no centra la discusión en la legitimidad de la estructuración empresarial, que puede descansar en motivos perfectamente atendibles⁸⁻⁹ (comerciales, tributarios, de mercados regulados, etc.), optando por la solidaridad pasiva de todas las empresas objeto de la declaratoria (inciso sexto del artículo 3 CT propuesto), permitiendo al acreedor emplazar válida y eficazmente a cualquiera de ellas para exigir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, ya sea que emanen de la ley, del contrato individual o de algún instrumento colectivo, respecto de todas aquellas consideradas como un solo empleador.

La solución parece acertada, desde que la preocupación de los afectados no es –o, más bien no debiera ser– la estructuración societaria, sino la contraparte

⁶ AYLWIN CHIORRINI, Andrés; ROJAS MINO, Irene. "Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídico-laborales en el Derecho Comparado". *Ius et Praxis*, Talca, v. 11, n. 2, 2005. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200006&lng=es&nrm=iso>. accedido en 19 mayo 2014. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200006>.

⁷ *Vid. Ibídem* y AYLWIN CHIORRINI, Andrés; ROJAS MINO, Irene. *Los Grupos de Empresas en el Derecho Chileno del Trabajo*. LexisNexis, Santiago, 2006.

⁸ No sólo atendibles, sino jurídicamente dignos de tutela. Así, la jurisprudencia ha dicho que "[e]sta Corte coincide con el apelante cuando afirma que es cierto que en el ámbito del derecho es perfectamente legítima la creación de identidades sociales y la división del patrimonio, mas en el campo del derecho laboral, ello tiene una limitación, contenida en el artículo 478 [actual 507] del Código del Trabajo (...)". Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso n° 6888-2005.

⁹ Tensión que por lo demás es reconocida expresamente por el Mensaje: "Como es de vuestro conocimiento, nuestro sistema normativo laboral debe resguardar adecuadamente el necesario equilibrio entre la libertad y autonomía del empleador para dirigir y organizar jurídica y comercialmente la empresa, con la libertad que deben tener los trabajadores para el ejercicio de los derechos individuales y colectivos que emanan de la relación laboral".

negociadora, incluso para efectos colectivos, y eventualmente deudora, y el patrimonio con cargo al cual ha de responder; y está en armonía con la utilización preferente¹⁰ para estos efectos de la tesis de la “unidad económica”¹¹ o “principio de la primacía de la realidad”¹²⁻¹³ en desmedro de la figura del subterfugio en los términos actualmente concebidos, acaso por la discusión acerca del elemento subjetivo requerido para su configuración: el actual inciso segundo del artículo 507 del Código del Trabajo sanciona al que “utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención”. Los verbos rectores “ocultar, disfrazar o alterar” sugieren la idea de que además del resultado dañoso –eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención– se requiere todavía un ánimo especial de defraudar en la acción encaminada a ese fin; otros, en cambio, sostienen que basta la producción del resultado, prescindiendo de la subjetividad del hechor¹⁴⁻¹⁵⁻¹⁶.

¹⁰ Situación ya advertida por parte de la doctrina, según la cual “... los jueces del trabajo han sido excesivamente reacios a dotar de eficacia estas figuras [del art. 507 del Código del Trabajo], sorteando su aplicación por la vía de resolver situaciones que serían perfectamente utilizables, sobre la base del principio de primacía de la realidad (...) cuyo contenido se determina demasiado casuística e impredeciblemente, dando lugar a orden público laboral difuso”. PALAVECINO, Claudio. “El tipo subjetivo en la simulación y subterfugio en perjuicio de los trabajadores”. *El Mercurio Legal*, 1 de abril de 2013.

¹¹ “... en el caso en estudio ha existido un conjunto de empresas relacionadas (...) las cuales, si bien aparecen organizadas como entes jurídicamente distintos para efectos de diversificar sus giros y obligaciones son, en términos laborales, una misma unidad económica, en los términos del artículo 3° del Código del Trabajo...”. Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso n° 6457-2003.

¹² “... ha de hacerse primar el principio de la realidad, esto es, la verdad o autenticidad en las relaciones laborales, aquello que son y no lo que las partes han querido que sean (...) en la confrontación de los hechos de esta causa con las normas previstas en los artículos 3 y 4 del Código del Trabajo en examen y lo razonado, se evidencia que en el caso de autos se está en presencia de un holding. En efecto, ya está dicho que las empresas individualizadas, aparte de tener la calidad de relacionadas, se ordenan bajo una misma dirección, lo que las hace actuar ante los trabajadores y terceros como una unidad económica”. Corte Suprema, ingreso n° 4005-2002.

¹³ A juicio de UGARTE, “[e]n nuestro país, cuando se ha planteado judicialmente el problema del empleador aparente, entendido como uso de una pluralidad jurídica (multiplicidad de razones sociales) que corresponde a un solo empleador y que afecta el ejercicio de derechos laborales individuales, la jurisprudencia ha actuado levantando el velo corporativo, sosteniendo sus fallos en dos ideas combinadas: la unidad económica y la aplicación del principio de primacía de la realidad. /A partir de la apreciación de una serie de indicios –patrimonio y dirección común, unidad de administración, identidad de representantes, unidad de gerencia y mando– la jurisprudencia judicial chilena ha construido un régimen de responsabilidad laboral solidaria, que tiene como fundamento la unidad económica que constituyen las diversas personas jurídicas afectas a dichos indicios, y que utiliza disimuladamente y sin aspavientos la técnica del levantamiento del velo”. UGARTE CATALDO, José Luis. “El Concepto Legal de Empresa y el Derecho laboral: Cómo salir del laberinto”. *RChDP*, Santiago, n. 20, jul. 2013. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000100005&lng=es&nrm=iso>. accedido en 19 mayo 2014. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000100005>.

¹⁴ Esta discusión se ha desplegado con distintos resultados. Véase “Sindicado con AMEC y otras”, RIT O-1601-2011, del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, y “Silva con Sociedad Industrial”, RIT O-450-2011, del Juzgado del Trabajo de San Miguel.

¹⁵ Otra visión acerca de la futilidad de la norma actual, en UGARTE, José Luis, *op. cit.*

¹⁶ En el Oficio n° 11.337, de 17 de junio del 2014, que despacha aprobado por el Congreso Nacional el Proyecto de Ley que “Establece un nuevo concepto de empresa” al Presidente para su promulgación

Incluso, la propia Dirección del Trabajo ha echado mano al concepto de *empleador* como centro de imputación normativa, refiriendo que “[l]os trabajadores que se desempeñan en las sociedades Créditos Comerciales S.A., Normalización de Créditos del Comercio S.A. y Evaluadora de Créditos Lesel Ltda., prestan servicios efectivamente bajo subordinación y dependencia de la empresa Multitiendas Corona S.A., debiendo ser ésta considerada su empleador para los efectos laborales que corresponda”¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la indicación comentada no elimina la figura del subterfugio, sino que la reconduce, junto a la simulación, como agravante para casos en que además del resultado dañoso, ha mediado intencionalidad: así, el n° 3 del artículo 507 del Código del Trabajo propuesto, establece como mención de “la sentencia definitiva que dé lugar total o parcialmente a las acciones entabladas”, la “determinación acerca de si la alteración de la individualidad del empleador se debe o no a la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, o bien a la utilización de cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio, y si ello ha tenido como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención. Si así lo determina, deberá señalar de manera precisa las conductas que constituyen dicha simulación o subterfugio y los derechos laborales y previsionales que por esta vía se hubieren vulnerado, debiendo aplicar al infractor una multa de 20 a 300 unidades tributarias mensuales. En estos casos, será aplicable a las multas señaladas lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 506 de este Código”. Luego, diferencia entre la acción principal, encaminada a determinar al *empleador* como centro de imputación normativa, atribución desprovista de subjetividad y por ende, de reproche –pero no de consecuencias–, y aquella emparentada con el subterfugio y/o la simulación, reservando para estos casos una sanción.

y publicación, se agregó un inciso segundo al art. 507 n° 3 CT, del siguiente tenor: “Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio referido en el párrafo anterior, cualquier alteración de mala fe realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente.” (El destacado es mío). De esta manera, y de ser así promulgado y publicado el referido proyecto de ley, quedará resuelta la discusión expuesta, en el sentido que el subterfugio requiere una subjetividad específica.

¹⁷ Dirección del Trabajo, Ord. n° 1171/025, de 29 de marzo de 2007. En similar sentido, la jurisprudencia judicial ha resuelto que dos empresas responden como coempleadoras, radicando en el empleador real el centro de imputación normativo, tomando en consideración que “cualquiera sea la constitución societaria formal de ambas empresas, resulta evidente que ambas forman parte de una misma organización familiar, cuentan con los mismos medios o recursos materiales, están ordenadas bajo una misma dirección y persiguen el logro de fines comunes, lo que, desde la perspectiva del actor, significa que ambas empresas demandadas deben responder como coempleadoras de las obligaciones que se adeuden al trabajador.” (Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso n° 5898-2007).

Distinta es la reflexión en torno a la segunda de las menciones que de acuerdo al artículo 507 propuesto, debe contener la sentencia definitiva. Dice: "La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el empleador dirigidas a materializar su calidad de tal, y al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren, bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de lo ordenado". (El destacado es mío).

La amplitud de la facultad concedida al juez podría resultar en decisiones cuestionables, incluso desde la perspectiva constitucional. Que el empleador –que en el contexto de este proyecto constituye un mero centro de imputación normativa para efectos laborales– pueda ser *obligado* a materializar su calidad de tal implica, por de pronto, que el juez podría conminar a este nuevo ente a, por ejemplo, fusionarse y organizarse como una sola entidad legal determinada, afectando así las garantías de empresa y de propiedad consagradas en los números 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución, respectivamente, que articulan el libre emprendimiento con arreglo a las normas vigentes. Similar inquietud se planteó en el requerimiento de inconstitucionalidad¹⁸ en el marco de la discusión de la Ley n° 20.123, sobre subcontratación. En aquella oportunidad se impugnaba una definición de empresa en términos similares a la actualmente existente, pero que prescindía de la "individualidad legal determinada", corolario de lo cual, a juicio de los requirentes, "el intérprete administrativo y en definitiva los tribunales quedan, en los hechos, facultados para modificar, desconocer o negar la existencia de una empresa legalmente constituida", arguyendo que "[e]l legislador no puede inmiscuirse en las formas organizativas que revisten las empresas y mucho menos desconocer su existencia individual, fusionándolas de hecho con una o más entidades distintas". En definitiva, el requerimiento fue acogido por el Tribunal Constitucional, pero por razones formales, al estimar que "estamos ante disposiciones que modifican normas sobre seguridad social o que inciden en ella tanto del sector público como del sector privado, las cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 65, inciso cuarto, N° 6, de la Constitución Política, son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República" (considerando noveno), tras haber constatado que del "Acta de la Sesión N° 67, de 10 de enero de 2006, de la Cámara de Diputados, y de los demás antecedentes que obran en conocimiento de esta Magistratura, la proposición que tuvo por objeto conceptualizar la definición de empresa que se encuentra contenida en el artículo 183 ter, surgió por indicación parlamentaria y no de la Presidenta de la República" (considerando décimo).

¹⁸ Tribunal Constitucional, rol 534-2006.

No será la única vez que el Tribunal Constitucional decline pronunciarse acerca de un asunto de constitucionalidad. En el rol n° 2107-2011¹⁹, se solicitaba a ese Tribunal declarar la inconstitucionalidad de una de las interpretaciones del artículo 2° del Código del Trabajo, a saber, aquella conforme, a la cual “las disposiciones sobre discriminación del Código del Trabajo impugnadas consagrarían un ‘modelo antidiscriminatorio de sospecha cerrado’, esto es, que el listado del artículo 2°, inciso cuarto, del Código del Trabajo sería taxativo, no admitiendo, en consecuencia, otra categoría más que las ahí descritas” (considerando quinto). El requerimiento fue rechazado porque a juicio de ese órgano, “el requerimiento de fojas uno no se deduce realmente en contra de preceptos legales cuya aplicación pudiere resultar contraria a la Constitución, sino que constituye una cuestión de determinación del sentido y alcance que deben tener dichas disposiciones legales” (considerando sexto), sin perjuicio de reconocer que “las normas que prohíben la discriminación arbitraria contenidas en el Código del Trabajo deben ser interpretadas a la luz de las disposiciones constitucionales pertinentes, especialmente los artículos 19 N° 2° y 19 N° 16°, inciso tercero, de la Carta Fundamental, que contienen las directrices básicas para deducir el sentido de los preceptos legales referidos” (considerando octavo).

Si es pacífico que la acción que se pretende introducir es neutra en cuanto a su subjetividad, reposando en la idea que la estructura societaria adoptada es indiferente para efectos de esta ley en tanto y en cuanto se articula un centro de imputación normativa para hacer efectivos los derechos amagados, aun sin culpa, y sólo se sanciona en sentido estricto cuando ha mediado además intencionalidad dañosa, entonces resulta ajeno al propósito del proyecto otorgar al juez facultades tales que le permitirían incluso obligar a reestructuraciones societarias. También sería posible, con arreglo a esta disposición, forzar la suscripción de contratos de trabajo entre una sola de las empresas consideradas como empleador y cualquier número de trabajadores, vulnerando así la garantía de libertad de trabajo del artículo 19 n° 16 de la Constitución, cuya esencia ha sido definida en el sentido que “a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador”²⁰.

Y es que no debe perderse de vista que la reforma propuesta tiene por objeto crear una ficción jurídica conforme a la cual “*dos o más empresas serán consi-*

¹⁹ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Mauricio Andrés López Ramírez respecto de las expresiones que indica, contenidas en los artículos 2°, inciso cuarto y 485, inciso segundo, ambos del Código del Trabajo, en los autos sobre procedimiento de tutela laboral, caratulados “López con Comercial Punto Rabie Limitada”, de que conoce el Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, bajo el RIT T-387-2011, RUC 11-4-0033829-0.

²⁰ Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, sesión 199, de 7 de abril de 1976, pp. 13-17, citada en EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, tomo III, p. 11. 5.

deradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales". De esta definición se arrancan al menos dos conclusiones: primero, que dos empresas serán consideradas como un solo empleador, lo que se ve reforzado por la introducción de la solidaridad: si todas las empresas involucradas deben responder de tal forma no puede sino significar que mantienen su fisonomía, no obstante el efecto previsto en la norma; y segundo, que tal efecto sólo se extiende a lo laboral y previsional, dejando incólume la estructura societaria en los demás ámbitos, con sujeción a las normas comunes.

En definitiva, sólo una exégesis que respete estos límites inmanentes a la institución pretendida introducir permitirá decisiones judiciales ajustadas a derecho, lo que sugiere una revisión de las facultades entregadas al juez en los términos previstos en la indicación comentada, especialmente considerando que el Tribunal Constitucional, afincado en un requisito de forma, evitó referirse a la posible conculcación de las garantías involucradas en la especie; y que en otros casos en que ha sido llamado a contornear el límite de la interpretación ajustada a la Constitución de una norma, ha decidido reenviarla al terreno de la legalidad, el ámbito de la jurisdicción laboral, permitiendo, en los hechos, que esa facultad sea ejercida en su máxima extensión.

Servicio Nacional del Consumidor y mediación colectiva

CRISTIAN ROMÁN CORDERO

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DE CHILE

RESUMEN: El presente trabajo analiza la facultad del Servicio Nacional del Consumidor de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, en los términos dispuestos por el artículo 58, letra f) de la Ley 19.496, sobre Protección del Consumidor, en especial cuando esta se ejerce en relación a los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores.

1.- Introducción

El Servicio Nacional del Consumidor, conforme dispone el artículo 58, letra f), de la ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, detenta la facultad de “promoción de entendimiento voluntario entre partes”. Conforme a ella, este Servicio, a propósito de conflictos de consumo, ha mediado entre los proveedores y consumidor individual, así como también cuando dicho conflicto dice relación con intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores, en lo que se ha venido en denominar mediación colectiva. El empleo de esta facultad, y especialmente cuando lo ha sido en esta última forma, ha generado ardua discusión doctrinaria, razón por la cual se hace necesario precisar el “procedimiento” conforme al cual sujetar su ejercicio, la naturaleza jurídica de éste, la eventual aplicación supletoria a su respecto de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, y su procedencia en relación a intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores; materias todas ellas que precisamente abordará el presente trabajo.

2.- Descripción de la facultad de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes” del Servicio Nacional del Consumidor

Dispone el artículo 58, letra f), de la ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor:

Corresponderán especialmente al Servicio Nacional del Consumidor las siguientes funciones:

f) Recibir reclamos de consumidores que consideren lesionados sus derechos y dar a conocer al proveedor respectivo el motivo de inconformidad a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes. Sobre la base de la respuesta del proveedor reclamado, el Servicio Nacional del Consumidor promoverá un entendimiento voluntario entre las partes. El documento en que dicho acuerdo se haga constar tendrá carácter de transacción extrajudicial y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante para perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor;

Conforme a esta disposición, es función del Servicio Nacional del Consumidor, recibir reclamos de los consumidores que entiendan lesionados sus derechos y dar a conocer el motivo de inconformidad al proveedor, a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes. En base a esa respuesta, el Servicio promoverá un entendimiento voluntario entre las partes. Y si hay acuerdo, el mismo se contendrá en un documento que tendrá el carácter de transacción extrajudicial y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante de perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor.

Destáquese de este “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, lo que sigue:

- 1.- El “procedimiento” que consulta esta disposición legal es excesivamente genérico, pues contempla las fases esenciales de cualquier proceso de negociación entre partes intermediadas por un tercero. En efecto, dispone: (i) el Servicio Nacional del Consumidor recibe reclamos de los consumidores que entiendan lesionados sus derechos, (ii) da a conocer el motivo de inconformidad al proveedor reclamado, (iii) en base a la respuesta de éste, promueve el entendimiento voluntario entre las partes, y (iv) si hay acuerdo, éste deberá constar en un documento que tendrá el carácter de transacción extrajudicial.
- 2.- El “procedimiento” que consulta esta disposición legal es desformalizado, toda vez que no precisa plazos y tampoco determina si debe llevarse a cabo por escrito o en forma verbal. Así las cosas, en nuestra opinión, perfectamente podría, por ejemplo, tener lugar en forma oral y en una sola audiencia, siempre que el acuerdo, de existir, se contenga en un documento, mismo que tendrá el carácter de transacción extrajudicial.
- 3.- El “procedimiento”, si es exitoso, concluye en un acuerdo, el que ha de contenerse en un documento que tendrá el carácter de transacción extrajudicial, vale decir su naturaleza jurídica será la de un equivalente jurisdiccional.

- 4.- A nuestro juicio, lo verdaderamente importante del precepto legal no es el “procedimiento”, sino la voluntad del legislador, que en él se evidencia, en cuanto a que los problemas de consumo idealmente puedan resolverse a través de este “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario” a cargo del Servicio Nacional de Consumidor, antes de instar la vía judicial respectiva. Así las cosas, estimamos que este precepto debe ser interpretado en términos extensivos en función de la maximización de este mecanismo.
- 5.- Asimismo estimamos que este precepto legal no dispone trámites inexcusables, en términos que imperativamente deban tener lugar y en la misma secuencia que previene. De ello se sigue que no es dable exigir un excesivo formalismo en términos de imponer una conformidad absoluta a este “procedimiento”, menos aun si con ello impide o dificulta arribar a un acuerdo entre las partes o que ciertos consumidores puedan instar por esta vía. Dicho esto, estimamos que es admisible que:
- (a) puedan omitirse fases de este “procedimiento”; por ejemplo, en los casos en los que el accidente del consumo es de público conocimiento, no deberá exigirse que los afectados reclamen primeramente al Servicio Nacional del Consumidor, y que luego –sólo si lo anterior acontece– éste ponga en conocimiento los motivos del reclamo al proveedor, puesto que al ser el hecho público y notorio, estará en conocimiento de ambos –y como es lógico, con mayor razón por parte del proveedor–;
- (b) pueda el Servicio Nacional del Consumidor, motu proprio, en su calidad de mediador –o negociador, según se verá–, efectuar al proveedor una propuesta para el “entendimiento voluntario”, sin necesidad de trámite previo alguno. En efecto, conforme al “procedimiento” señalado en el precepto legal en comentario, el Servicio Nacional del Consumidor deberá instar por el “entendimiento voluntario de las partes” en base a la respuesta otorgada por el proveedor en relación a la inconformidad de los consumidores, de lo que se podría colegir, si se interpreta equivocadamente en forma estricta, que no podría haber propuesta del referido Servicio si antes no hay dicha respuesta del proveedor.
- (c) pueda entenderse que este mecanismo de “entendimiento voluntario” es aplicable igualmente a hipótesis en las que aparentemente ello no es posible, como acontecería, en razón de la expresión “partes” que utiliza este precepto legal en comentario, respecto de los problemas de consumo referidos a intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores.
- 6.- En correspondencia con lo señalado precedentemente, y adelantando lo que más adelante se razonará, en este “procedimiento” de “entendi-

miento voluntario entre las partes”, el Servicio Nacional del Consumidor, órgano de la Administración, actúa en calidad de mediador, realizando actuaciones que en caso alguno pueden ser calificadas de administrativas. Por tanto, este “procedimiento” no es un procedimiento administrativo y, en consecuencia, a su respecto no cabe aplicar supletoriamente la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

3.- Naturaleza jurídica de la “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”

En nuestra opinión, la “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, que le corresponde efectuar al Servicio Nacional del Consumidor, en conformidad al artículo 58, letra f), de la ley N° 19.496 sobre Protección del Consumidor, en rigor estricto tiene la naturaleza jurídica de mediación extrajudicial.

A continuación desarrollaremos los argumentos que nos llevan a esa conclusión.

(i).- Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Público y en el Derecho del Consumidor

Cabe, en primer lugar, apuntar que al Derecho Público no son extraños los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación, el arbitraje y la conciliación¹. La razón de esta nueva tendencia se debe fundamentalmente a tres causas: (1) la saturación de la jurisdicción contenciosa administrativa, (2) la necesidad de encontrar una “solución al conflicto” dentro de un “plazo razonable”, y (3) la necesidad de facilitar la “solución de conflictos”, especialmente de aquellos caracterizados por su poca magnitud o bien que por su naturaleza precisan de una rápida solución².

¹ Al respecto, en términos generales, véase: Núñez Ojeda, Raúl, *Negociación, Mediación y Conciliación*, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009. Molina Gana, Hernán, *La conciliación como solución en los conflictos jurídicos*, Ediciones Parlamento Ltda., Santiago, 2001.

² En este sentido Marucci ha observado que “El “espíritu” de estos medios responde a exigencias advertidas con intensidad en la realidad administrativa. Así, presentan una mayor flexibilidad respecto del proceso jurisdiccional, y se configuran como procedimientos desestructurados, no lastrados por formalismos y rigideces procedimentales. Permiten obviar los largos plazos y el exasperante tecnicismo de la justicia formal. Son fórmulas dotadas de mayor celeridad y menos costosas. Permiten encontrar soluciones que se adecuan más fácilmente a los términos del conflicto que el proceso jurisdiccional. Posibilitan tener especialmente en cuenta las “prioridades” de las partes, en cuanto suponen la superación de un modelo de solución de disputa que se basa en el “esquema” de la norma a aplicar. Facilitan la percepción de los intereses concretos que pueden estar detrás de las situaciones jurídicas de las partes. Logran, por último, la emergencia de un contencioso sumergido, formado por aquellas controversias que no llegan al juez por suponer un coste demasiado alto respecto de la cuantificación económica de la disputa evitando así que la parte débil de la relación, no pudiendo recurrir al juez por el alto coste del proceso, sufra una inicuca composición extrajudicial del conflicto” Masucci, Alfonso, “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho Administrativo. Esbozo

Lo propio acontece en el Derecho del Consumidor, pues, conforme ha señalado la doctrina, en esta rama rige “la exigencia de que la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios se lleve a cabo “mediante procedimientos eficaces”. (...) Así, podemos señalar que el arbitraje y la mediación se configuran, efectivamente, como procedimientos eficaces de protección de los consumidores. Eficaces porque, como veremos más adelante, el arbitraje va a traer numerosas ventajas a los consumidores como son la celeridad en el proceso, la gratuidad, la participación de las asociaciones de consumidores o la seguridad jurídica. La mediación, por su parte, aportará la posibilidad de que sean las partes en conflicto las que, con la ayuda de un tercero, lleguen a un acuerdo sin necesidad siquiera de que ese tercero sea el que imponga la solución”³.

En este sentido, preciso es recordar que las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor de 1985⁴, disponen expresamente que “Los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimiento oficiales o extraoficiales que sean rápido, justos, poco costosos y asequibles. Al establecer tales procedi-

de la experiencia francesa, alemana e inglesa”, *Revista de Administración Pública*, N° 178, Op. Cit. p. 13 y 14.

En el mismo sentido, véase: Merino Merchán, José Fernando, El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; Del Olmo Alonso, “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en el Derecho Administrativo”, tesis doctoral, Universidad de Alcalá, 1996; Rodríguez-Arana, Jaime, La mediación en el derecho administrativo, *Revista de Derecho Público*, N° 74, 2011, p. 113 y ss. Rivero Ortega, Ricardo, “Repensando el estado de Derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración”, en Sosa Wagner, Francisco, *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. pp. 2487 y ss.

³ Herrera de las Heras, Ramón, “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo.” *Microjuris MDJ941*.

Asimismo, Guerrero Bécar: “La relación proveedor-consumidor, atendidos los intereses existentes en el conflicto, más allá de las posiciones iniciales, estimamos es especialmente propicia en muchos casos para la negociación y métodos de resolución alternativa de conflictos (...) debemos destacar que el propio legislador insta a la negociación directa. Sin embargo, el problema principal de una negociación directa es la desigualdad de las partes en negociación, de ahí que puede ser muy efectivo como método alternativo de solución de conflictos incorporar la mediación, mecanismos más conocido en el país, permitiendo que un tercero neutral, especializado en materia de mediación pueda contribuir a que las partes negocien en igualdad e condiciones, lo que el mediador puede lograr a través de técnicas adecuadas de búsqueda de equilibrio de poder y confianza entre las partes, de modo que las partes terminen el procedimiento sintiendo que ambos han logrado un resultado positivo; el consumidor normalmente que obtenga una solución al inconveniente que le ha producido el incumplimiento de su proveedor y el proveedor en orden a poder contar nuevamente con ese cliente y mantener su prestigio comercial”. Guerrero Bécar, José Luis, “Acciones de interés individual en protección al consumidor en la ley N° 19.496 y la incorporación de mecanismo de resolución alternativa de conflictos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI*, 2005, p. 183.

En este sentido, además, véase: Marcos Francisco, Diana, “El arbitraje de consumo como medio extrajudicial de resolución de conflictos en la normativa española”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Vol. 18, N° 1 2011. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

⁴ Directrices para la protección del Consumidor. Resolución 39/248, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de abril de 1985.

miento deben tener especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos”, “Los Gobiernos deben alentar a todas las empresas a solucionar las controversias con los consumidores en forma justa, rápida y exenta de formalidades, y a crear mecanismos voluntarios, como servicios de asesoramiento y procedimiento extraoficiales para presentar reclamaciones, que puedan prestar asistencia a los consumidores”. Todo lo cual se advierte ampliamente en el Derecho Comparado⁵.

(ii).- Concepto de mediación

Para la doctrina, la mediación es “un procedimiento a través del cual dos partes en conflicto tratan, en presencia y bajo la guía imparcial de un tercero (el mediador), de llegar a un acuerdo resolutorio del litigio. En efecto, la “mediation” es un procedimiento que busca la composición de un litigio con la intervención activa de un tercero (mediador) imparcial e independiente. Consiste en una sucesión de actos (no es casual que sea definido en el Derecho anglosajón como “*mediation process*”) que se desarrollan en presencia de un tercero (mediador), el cual trata de “facilitar” la solución del conflicto. Es así perfectamente comprensible que haya sido considerada, en expresión feliz, como una “*facilitated negotiation*”, una mediación incitada⁶; o bien, “un método alternativo de resolución de conflictos que promueve el protagonismo de las partes en la búsqueda de la mejor solución a su diferendo, mediante un acuerdo negociado, proceso en el cual son asistidos por el mediador. (/) Es una negociación asistida por un tercero neutral. Es un proceso que se basa en el beneficio mutuo. Es un proceso informal y flexible, pero con una estructura y reglas de funcionamiento que son explicadas previamente a los participantes. Es confidencial. Los participantes controlan el proceso y la decisión final. (/) Como ventajas diríamos que tiene un mayor dinamismo y rapidez en la resolución de las diferencias, menores costos relativos en el proceso, contribuye a la reconstrucción del consenso y la armonía de las relaciones de los participantes. Es un acuerdo negociado que augura su posterior cumplimiento espontáneo y mejora las relaciones entre los participantes”⁷.

A su vez, nuestro derecho positivo, en la Ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud, a propósito de la mediación en salud, la define como “un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”⁸.

⁵ En este sentido puede verse: Guerrero Bécar, José Luis, Op. Cit., pp. 183 y ss.

⁶ Masucci, Alfonso, Op. Cit., pp. 15 y 16.

⁷ Sendic de Santiago, María, Ley N° 19.966 vista por los ojos de un mediador, *Revista Ius publicum*, N° 15, pp. 140-141.

⁸ Artículo 43, inciso final, de la ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud.

(iii).- La “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, en los términos dispuestos por el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, como mediación

A nuestro juicio, la “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, a la que se refiere el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, tiene la naturaleza jurídica de mediación extrajudicial. Ello, pues, en armonía con lo que se ha expresado precedentemente, consiste en un procedimiento no adversarial, entre el proveedor y el o los consumidores, ante un mediador (Servicio Nacional del Consumidor), y que tiene por finalidad arribar a una solución extrajudicial de la controversia (transacción extrajudicial).

Se sostiene por un sector doctrinario que este “procedimiento” no podría ser calificado de mediación, toda vez que el Servicio Nacional del Consumidor actuaría sin la imparcialidad que singularizaría a un mediador, dado que estaría afecto a un deber general de protección del consumidor, en conformidad a lo previsto en el artículo 58 inciso 1° y letra g) de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor. Entonces, plantean que, en rigor estricto, sería propiamente una conciliación o negociación asistida⁹. En este contexto, cabe replicar que el legislador nacional denomina mediación a aquella que consulta la Ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud, conocida como “mediación en salud”, no obstante que en ella se advierte exactamente ese mismo vicio, pues está a cargo del Consejo de Defensa del Estado, Servicio Público que, conforme previene el artículo 1° de su ley orgánica, “tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado”¹⁰, y que incluso podría llegar a representar judicialmente a una de las partes que –obligatoriamente¹¹– concurren al referido procedimiento de “mediación en salud” (v.gr., un Servicio de Salud).

Independientemente de si la “promoción de entendimiento voluntario entre las partes” es o no una mediación, conforme al prístino concepto elaborado por la doctrina, estimamos que sí puede ser entendida como mediación al menos en un sentido amplio, equivalente a negociación asistida o lisa y llanamente a negociación. En efecto, en este sentido cabe recordar que conforme a la norma legal en comento, este “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”: (a) tiene por finalidad que las partes lleguen a un acuerdo que contenido en un documento tendrá el carácter de transacción extrajudicial (equivalente jurisdiccional), (b) es voluntario para las partes, y (c) precisa la existencia de un tercero que promueva el entendimiento entre ellas (Servicio Nacional del Consumidor).

⁹ Guerrero Becar, José Luis, Op. Cit., p. 182.

¹⁰ DFL. N° 1, de 1993, del Ministerio de Hacienda.

¹¹ Cabe, además, observar que el legislador nacional llama mediación a la “mediación en salud”, a pesar de ser obligatoria, en circunstancias que doctrinariamente la voluntariedad sería un elemento de la esencia de la mediación.

Asimismo, preciso es señalar que esta norma legal (artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496) más que señalar un “procedimiento” en específico, con arreglo al cual conformar esta “promoción de entendimiento voluntario”, lo que hace es mandar al Servicio Nacional del Consumidor para que dirija las negociaciones que correspondan a fin de que los problemas de consumo puedan resolverse satisfactoria y oportunamente en sede extrajudicial, bajo el entendido que aquello siempre es beneficioso no sólo para el consumidor, sino que también para los proveedores. Bajo este predicamento, la discusión sobre la naturaleza jurídica de dicho “procedimiento” (mediación o no), y eventuales limitaciones que el tenor de dicho precepto legal impondría a los intereses generales de los consumidores, colectivos o difusos, a fin de instar por este mecanismo negociado, devienen, en nuestra opinión, en irrelevantes, según ya hemos adelantado y tendremos oportunidad de analizar más adelante.

Finalmente, cabe apuntar que, en armonía con todo lo razonado precedentemente, la Contraloría General de la República, en el Dictamen 26.297-2009, ha señalado claramente que este “procedimiento” tendría la naturaleza jurídica de una mediación extrajudicial. En efecto, en lo medular ha señalado:

Enseguida, y en lo que interesa, la letra f) del mismo artículo 58, señala que le corresponderá “recibir reclamos de consumidores que consideren lesionados sus derechos y dar a conocer al proveedor respectivo el motivo de inconformidad a fin de que voluntariamente pueda concurrir y proponer las alternativas de solución que estime convenientes. Sobre la base de la respuesta del proveedor reclamado, el Servicio Nacional del Consumidor promoverá un entendimiento voluntario entre las partes”, agregando que el “documento en que dicho acuerdo se haga constar tendrá carácter de transacción extrajudicial y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante para perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor”.

Sin perjuicio de lo anterior, los consumidores que vean afectados sus derechos pueden dirigirse ante el juez de policía local competente, el que de conformidad al artículo 50 A de la Ley N° 19.496 –agregado por la Ley N° 19.955– es el llamado a conocer de todas las acciones que emanen de ese texto legal, con las excepciones indicadas en el inciso final del citado artículo, relativas a casos en que se ve afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores, en que serán competentes los tribunales ordinarios de justicia, conforme a las reglas generales.

Como es dable deducir de lo expuesto, las atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor, en lo relativo a conflictos que se susciten entre consumidores y proveedores, se reducen al ejercicio de una mediación extrajudicial entre las partes involucradas, promoviendo el entendimiento voluntario entre ellas, pero no se extienden a la facultad de decidir acerca de la vigencia o interpretación de las cláusulas de los contratos respectivos.

En consecuencia, y atendidas las consideraciones expuestas, esta Contraloría General concluye que dicho organismo público se ha ajustado a derecho en los procedimientos a que han dado lugar las reclamaciones del interesado.

4.- Eventual aplicación supletoria de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos en relación al procedimiento de “promoción de entendimiento voluntario”, al que se refiere el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, y a los actos que en su contexto emite el Servicio Nacional del Consumidor

(i).- Supletoriedad de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos

Conforme al artículo 1° de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, “La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la ley se aplicará con carácter supletorio”, vale decir, dicha supletoriedad dice relación sólo con procedimientos administrativos especiales.

(ii).- Supletoriedad de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, en relación al procedimiento señalado en el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor

El “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, señalado en el artículo 58, letra f), de la Ley 19.496, sobre Protección del Consumidor, según ya hemos observado, tiene la naturaleza jurídica de una mediación extrajudicial, misma que, de tener éxito, concluye en un acuerdo entre las partes que deberá contenerse en un documento que tendrá el carácter de transacción extrajudicial, esto es, un equivalente jurisdiccional (que no contiene voluntad o decisión alguna de la Administración, sino de las partes). Así las cosas, la actuación que le corresponde al Servicio Nacional del Consumidor, como mediador, no puede entenderse como actividad propiamente administrativa, sino que, en razón de que ella, como todas las que se desarrollan en el marco de dicho “procedimiento”, tiene por finalidad propender a esta solución alternativa del conflicto, como cuasijurisdiccional.

Así las cosas, a nuestro juicio, respecto de este “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes” no es dable aplicar con carácter supletorio la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, por más que en él incida, como mediador, un órgano de la Administración, como lo es el Servicio Nacional del Consumidor.

En apoyo de esta tesis cabe recordar que en el caso de la mediación en salud, análoga a la mediación que tratamos, que se sigue ante el Consejo de Defensa del Estado, en conformidad a la Ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud, no se le aplica, con carácter supletorio, la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. En efecto, la referida Ley 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud, entendiendo que en razón de la naturaleza del “procedimiento” de mediación no le era aplicable en forma supletoria la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (lo que habría sido de suyo evidente si este “procedimiento” tuviera el carácter de procedimiento administrativo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° de este cuerpo legal); para hacerle aplicable ciertas materias (sobre las citaciones), tuvo que señalarlo expresamente. Es así como el artículo 52 de la referida Ley N° 19.966, inserto en el párrafo referido a la mediación, expresamente señala: “Artículo 52.- Las citaciones que este Párrafo establece se registrarán por lo dispuesto en el Párrafo 1° del Capítulo III de la Ley N° 19.880”.

(iii).- Supletoriedad de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, en relación a los actos emitidos por el Servicio Nacional del Consumidor en base al procedimiento señalado en el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor

En el marco de un “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario”, en los términos referidos por el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, en caso de que se siga en forma escrita (a lo que no se está obligado, pues, conforme hemos señalado, podría desarrollarse perfectamente en forma verbal –y en una sola audiencia–), el Servicio Nacional del Consumidor, en su rol de mediador, emitirá una serie de actos en forma escrita, tales como propuestas, contrapropuestas, etcétera. En nuestra opinión, al emitir tales actos en forma escrita, el Servicio Nacional del Consumidor no lo hace en ejercicio de potestad pública o competencia administrativa alguna, razón por la cual no pueden ser entendidos dichos actos como actos administrativos. De ello se sigue que no tienen las características que los singularizan, tales como, por ejemplo, la exigibilidad a sus destinatarios. Así, si el Servicio Nacional del Consumidor remite una “propuesta de entendimiento” al respectivo proveedor, ella en caso alguno puede entenderse dotada con fuerza vinculante en relación a sus destinatarios en términos tales que les sea exigible.

Si es tramitado por escrito el “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, éste puede terminar en acuerdo o sin acuerdo. En el primer caso, necesario será contenerlo en un documento el cual tendrá carácter de transacción extrajudicial. En el segundo caso, puede concluir tácitamente, por ejemplo, cuando se ejercen las acciones judiciales respectivas por

el consumidor, o en forma expresa cuando el mediador -el referido Servicio- hace constar dicha situación a través de un acto en forma escrita. Este acto, que en sí no es necesario, y que se enmarca en el ejercicio de una función que hemos calificado como cuasijurisdiccional, no es administrativo, y por tanto a su respecto no cabe aplicar las normas de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, entre ellas las que disponen sus requisitos, como por ejemplo la motivación, y las que establecen sus mecanismos de impugnación, entre ellos el instituto de la invalidación, en los términos previstos, respectivamente, en los artículos 41 y 53 del referido cuerpo legal.

5.- El especial caso de la “promoción de entendimiento voluntario”, en los términos referidos por el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, en relación a los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores

Según hemos señalado, el procedimiento de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, en los términos dispuestos por el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, tiene una naturaleza de mediación, al menos en su concepto amplio comprensivo de negociación asistida o lisa y llanamente negociación. De la misma manera hemos observado que lo importante de ese precepto legal no es el “procedimiento” que precisa –que señalábamos era muy genérico–, sino más bien el mandato que impone al Servicio Nacional del Consumidor en orden a instar por soluciones alternativas a los conflictos en el ámbito del consumo. Bajo este predicamento, entendemos que la interpretación de este precepto en cuanto al “procedimiento” que fija debe ser realizada en términos extensivos, de suerte tal que permita a más consumidores y a más conflictos de consumo emplear este mecanismo negociado en pos de una solución satisfactoria y oportuna del mismo; ello en razón del beneficio que reporta, en caso de darse este acuerdo extrajudicial entre las partes, no sólo para el consumidor, que ve resuelto prontamente el conflicto y restablecido en sus derechos, sino también para el proveedor, que de esta forma no ve mancillado su prestigio comercial.

En este contexto, entendemos que las fases de este “procedimiento” que señala el referido precepto legal no deben cumplirse estrictamente en la forma que previene el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sino que pueden faltar algunas de esas fases y además alterarse el orden entre ellas. Decimos esto especialmente en cuanto a que los consumidores reclamen ante el Servicio Nacional del Consumidor y luego que este comunique al proveedor el motivo de la inconformidad, ya que, especialmente en los casos de afectación de los intereses, generales o difusos, cuyos problemas de consumo adquieren la calidad de público y notorio, ellos son desde ya de conocimiento tanto del Servicio

Nacional del Consumidor como del proveedor. Así, por ejemplo, si la matriz de agua de una empresa sanitaria colapsa y a consecuencia de ello se inunda una extensa zona residencial, y por ello el tema se hace de público conocimiento, el Servicio Nacional del Consumidor como el respectivo proveedor tomarán conocimiento del hecho, en cuyo caso no es dable exigir, a fin de que opere el “procedimiento” de mediación, que primeramente dicho Servicio reciba reclamos y que los ponga en conocimiento del proveedor. De la misma manera el orden de las fases puede verse alterado, por ejemplo en el caso que señalamos, es dable que sea el propio mediador, vale decir el Servicio Nacional del Consumidor, quien emita primeramente una propuesta de entendimiento al proveedor respectivo (antes que éste haga lo propio respecto de dicho Servicio, como parece disponer el referido precepto legal).

Por tanto, el “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario”, a cargo del Servicio Nacional del Consumidor, debe ser desformalizado y expedito, en orden a evitar así caer en formalismos que, según hemos observado en razón de la naturaleza jurídica del mismo (mediación extrajudicial), no son tales; todo ello en pos de facilitar y no entorpecer las posibilidades de acuerdo extrajudicial entre las partes en un conflicto de consumo, que es lo verdaderamente importante para el legislador, según se ha explicado.

En el mismo sentido, entendemos que si bien el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, hace referencia a entendimiento entre “partes”, tal expresión en caso alguno puede entenderse referida sólo al consumidor –interés individual–, sino que, a nuestro juicio, también a los intereses generales de los consumidores, sean éstos colectivos o difusos. En otras palabras, entendemos que, conforme al Derecho nacional, es dable admitir la existencia de una mediación colectiva, seguida por el Servicio Nacional del Consumidor, a propósito de la afectación de intereses generales de los consumidores, sean estos colectivos o difusos. Planteamos esto esencialmente en base a los siguientes argumentos:

- 1.- La referencia a las “partes” que realiza el artículo 58, letra f), de la ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, debe entenderse en términos amplios en pos de maximizar las hipótesis susceptibles de soluciones negociadas en el ámbito del consumo, por los beneficios que reporta no sólo para los consumidores, sino que también para los proveedores.
- 2.- Tal interpretación igualmente armoniza de mejor manera con el principio de la reparación oportuna del consumidor, conforme al cual éste, cuando resulta lesionado por accidentes de consumo, debe ser prontamente reparado. En este sentido no puede olvidarse que, conforme al artículo 3°, letra e) del referido cuerpo legal, los consumidores tienen derecho “a la reparación de indemnización adecuada y oportuna de todos los

daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que franquea la ley”.

- 3.- Una interpretación restrictiva, esto es, que sólo pueden someterse a la mediación señalada en el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, los consumidores, entendidos como titulares de intereses individuales, excluyendo así los intereses generales, colectivos o difusos de los mismos, produciría una discriminación a todas luces arbitraria.
- 4.- El artículo 58, letra f) de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, que pertenece al texto originario de la ley, debe ser entendido actualmente en armonía con el restante articulado, que mediante la reforma introducida a través de la Ley N° 19.955, de 2004, reconoce acciones judiciales destinadas a resguardar intereses, colectivos o difusos, de los consumidores (artículos 51 y siguientes del referido cuerpo legal).
- 5.- Asimismo, si el Servicio Nacional del Consumidor puede accionar judicialmente en razón de intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores (artículos 50, 51 N° 1, letra a) y 58 letra g), de la Ley N° 19.496), y a su vez instar en dicha sede por mecanismos de resolución alternativa de conflictos, como por ejemplo la conciliación (artículo 52, inciso 8°, de la Ley N° 19.496), no se advierte razón alguna por la que dicho Servicio no pueda instar a lo mismo en forma extrajudicial, conforme al mecanismo de “promoción de entendimiento voluntario” contemplado en el artículo 58, letra f), de la Ley N° 18.496, sobre Protección del Consumidor.
- 6.- Del mismo modo, cabe apuntar que las instancias de solución alternativas de conflictos referidos a intereses generales de los consumidores, ya sean colectivos o difusos, son reconocidas en el Derecho Comparado¹².

¹² Así se ha señalado: “No podemos perder de vista que, como la propia Comisión Europea ha informado en su Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores, adoptado por la Comisión el 27.11.2008 (COM -2008- 794 final) 57, “la mayor parte de los mecanismos de solución alternativa de conflictos en la UE se ocupan principalmente de denuncias individuales” (p. 12). Pero, pese a esto y a la valoración personal que acabamos de realizar sobre el arbitraje de consumo colectivo, también es verdad que, si la propia Comisión ha propuesto la opción o posibilidad en el mismo Libro Verde de que los principios recogidos en las Recomendaciones sobre los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos se apliquen a los que resuelvan conflictos colectivos y ha propuesto también como posible solución o forma de regular las acciones o recursos colectivos de los consumidores la de dictar una Recomendación o Directiva que, o bien permita a los Estados elegir la modalidad de establecimiento de mecanismos de solución alternativos de conflictos colectivos, pudiendo adaptar los ya existentes o crear nuevos, o bien (en el caso de una Directiva) les exija crear mecanismos de solución alternativos de conflictos colectiva estándar fácil de utilizar que habría de observar determinados elementos (p.

- 7.- Finalmente, preciso es observar que, en el caso que se entendiera que la mediación seguida por el Servicio Nacional del Consumidor, en relación a intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores, no se encuentra amparada por el artículo 58, letra f), de la Ley N° 19.496, sí lo estaría por las normas generales que le conceden a dicho Servicio el rol de protector de los derechos de los consumidores (artículo 58, inciso 1°, y letra g) de la ley N° 19.496) y la calidad de legitimado activo en relación a la protección de intereses colectivos o difusos de los consumidores (artículos 50, 51 N° 1, letra a) y 58 letra g), de la Ley N° 19.496).

Ahora bien, cabe puntualizar que, en el caso de mediación colectiva –a propósito de intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores–, el rol de mediador del Servicio Nacional del Consumidor debe entenderse en un sentido amplio sinónimo a negociador, dado que en esa hipótesis es uno de los legitimados activos para demandar por concepto de protección de dichos intereses (artículos 50, 51 N° 1, letra a) y 58 letra g), de la Ley N° 19.496). En consecuencia, en esa calidad, podrá proponer al respectivo proveedor pautas o criterios, precisando obligaciones de dar, hacer o no hacer, que estima conveniente que aquél asuma a fin de poner término al conflicto de consumo, las cuales pueden ser acogidas por el proveedor, replicadas (efectúa una contrapropuesta), o lisa y llanamente rechazadas. Cabe destacar que se trata sólo de una propuesta, y en tanto tal no tiene fuerza vinculante respecto del proveedor. Por su parte, la respuesta (siempre que no sea absolutamente negativa) importa manifestación de voluntad tácita en orden a participar en el procedimiento, y además si es afirmativa –pura y simple– en cuanto a la propuesta, forma acuerdo, el que contenido en un documento tendrá el carácter de transacción extrajudicial. Preciso es llamar la atención sobre el hecho que tales “pautas o criterios”, contenidos en la propuestas que efectúa el Servicio Nacional del Consumidor al respectivo proveedor, constituyen probablemente lo mínimo que dicho Servicio, de no haber acuerdo, demandará en juicio por concepto de protección de intereses generales de los consumidores, en los términos dispuestos por los artículos 50, 51 N° 1, letra a) y 58 letra g), de la Ley N° 19.496, lo que pone de relieve la importancia y utilidad que tiene este mecanismo, en esta hipótesis, para la satisfactoria y oportuna resolución de los problemas de consumo.

ej., la composición del mecanismo y el procedimiento -vid. p. 12, especialmente puntos 38 a 41-), quizá sea porque piense que en realidad podría llegar a articularse en la práctica una ADR colectiva verdaderamente eficaz.” Marcos Francisco, Diana, “¿Es posible la tutela de intereses colectivos y difusos en el arbitraje de consumo? El arbitraje de consumo colectivo en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 11, 2011, p. 201.

6.- Conclusiones

A la luz de todo lo anterior, podemos concluir:

- 1.- El “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes”, señalado en el artículo 58, letra f), de la Ley 19.496, sobre Protección del Consumidor, tiene la naturaleza jurídica de una mediación extrajudicial, misma que, de tener éxito, concluye en un acuerdo entre las partes que deberá contenerse en un documento que tendrá el carácter de transacción extrajudicial, esto es, un equivalente jurisdiccional (que no contiene voluntad o decisión alguna de la Administración, sino de las partes).
- 2.- Así las cosas, la actuación que le corresponde al Servicio Nacional del Consumidor, como mediador, no puede entenderse como actividad propiamente administrativa, sino que, en razón de que ella, como todas las que se desarrollan en el marco de dicho “procedimiento”, tiene por finalidad propender a esta solución alternativa del conflicto, como cuasijurisdiccional.
- 3.- Respecto de este “procedimiento” de “promoción de entendimiento voluntario entre las partes” no es dable aplicar con carácter supletorio la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, por más que en él incida, como mediador, un órgano de la Administración como lo es el Servicio Nacional del Consumidor.
- 4.- Si bien el artículo 58, letra f) de la Ley N° 19.496, sobre Protección del Consumidor, hace referencia a entendimiento entre “partes”, tal expresión en caso alguno puede entenderse referida sólo al consumidor –interés individual–, sino que, a nuestro juicio, también a los intereses generales de los consumidores, sean éstos colectivos o difusos. En otras palabras, entendemos que, conforme al Derecho nacional, es dable admitir la existencia de una mediación colectiva, seguida por el Servicio Nacional del Consumidor, a propósito de la afectación de intereses generales de los consumidores, sean estos colectivos o difusos.

La exceptio pluris consortium

HÉCTOR OBERG YÁÑEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal,
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

CAMILA ROBLES MONTECINOS

Estudiante de 5° año de la Escuela de Derecho,
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

RESUMEN: El ejercicio forzado de la acción en nuestro país está tratado en el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil. Esta disposición permite al demandado solicitar se ponga la demanda en conocimiento de aquellos que pudiendo ejercer la acción no han concurrido a entablarla y entrega tres supuestos que pueden darse una vez notificados: que adhieran, que no adhieran o que nada digan. Los dos primeros casos son claros, ya sea que pasen a formar una sola parte, o caduque su derecho, respectivamente. Sin embargo, el tercer supuesto, que “nada diga”, es el que genera conflictos, pues la norma no precisa qué se entiende por “afectarle el resultado del proceso”.

El objetivo de la presente investigación consiste en intentar esclarecer cuáles son las consecuencias que se generan si este sujeto, citado en los términos previstos en la disposición legal señalada, guarda silencio. Así, se abordará la legislación vigente, el trato que le han dado la doctrina y jurisprudencia, y las variaciones que han experimentado los distintos proyectos de reforma procesal civil sobre este punto, para dilucidar esta problemática: cuál es la sanción efectiva de la legislación actual y cómo se regula en el nuevo Código Procesal Civil.

I. Ejercicio forzado de la acción en la ley

El Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) dedica el Título III del Libro I a tratar la Pluralidad de Acciones o de Partes en el proceso civil. El artículo 21 abarca lo que doctrinariamente se conoce como “Ejercicio Forzado de la Acción”, señalando que *“Si la acción ejercida por alguna persona corresponde también a otra u otras personas determinadas, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de las que no hayan concurrido a entablarla, quienes deberán expresar en el término de emplazamiento si se adhieren a ella”*.

Para comenzar se propondrá un caso práctico que permita comprender esta situación: se produce un accidente de tránsito en que los pasajeros de un bus,

que han resultado lesionados deciden demandar al conductor por su responsabilidad civil derivada del accidente. En virtud de la demanda se permite al chofer (demandado) pedir que se ponga en conocimiento de todos los otros pasajeros la demanda, que no han comparecido a demandar y que se vieron involucrados en el hecho, para que asuman algunas de las actitudes que se señalan, y así evitar juicios posteriores.

El artículo 21 en su inciso segundo se pone en las tres posibles actitudes de los emplazados: *“Si dichas personas se **adhieren** a la demanda, se aplicará lo dispuesto en los artículos 12 y 13; si declaran su resolución de **no adherirse**, caducará su derecho; y si **nada dicen dentro del término legal**, les afectará el resultado del proceso, sin nueva citación. En este último caso podrán comparecer en cualquier estado del juicio, pero respetando todo lo obrado con anterioridad”*.

En la especie de lo que se trata realmente es corregir el procedimiento iniciado, lo que se logra a través de una excepción dilatoria, que no está reconocida expresamente en el art. 303 del C. de Procedimiento Civil, pero que sí queda comprendida en el número sexto (6°) del citado artículo, al disponer: *“En general las que se refieren a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida”*.

Ahora bien, al ser una excepción dilatoria debe tramitarse como un incidente al tenor del art. 307 CPC, vale decir ante esta petición del demandado debe darse traslado al actor. Sólo una vez tramitado dicho incidente, y si se acoge, la resolución correspondiente ordenará notificar a aquellos que están ausentes hasta ese momento, para que asuman alguna de las posibles actitudes que señala la ley dentro del término de emplazamiento.

Discrepamos, por consiguiente, de aquel antiguo fallo (18 de julio de 1911) de la Corte de Apelaciones de Talca, que señaló que *“el tribunal no puede dictar resolución alguna que esté en pugna con esa elección (la que señala el art. 21) y con la situación que la persona citada quiera asumir; el tribunal debe limitarse a tenerlo como parte si se adhiere, o a no tomarla en cuenta en el juicio si declara no adherirse o guarda silencio”*. Y agregaba: *“Por tanto, el tribunal debe aceptar en todo caso la petición del demandado, sin que le corresponda estimar o apreciar los fundamentos más o menos plausibles de dicha petición”*.

Olvidan los sentenciadores que nadie puede ser creído exclusivamente por sus dichos. Rige en la especie, como en todo juicio o incidente, el brocardo *audiatur altera pars*, a menos que la ley disponga otra cosa, lo que no sucede en el caso que nos preocupa. Simplemente es la aplicación del principio de la bilateralidad de la audiencia.

Luego, en el incidente en cuestión, será preciso acreditar que a las personas citadas les corresponden también las acciones ejercidas por el demandante, correspondiéndole al juez ponderar las probanzas producidas en su momento decisorio.

Por cierto, la resolución que se emite en este incidente puede ser impugnada –es una sentencia interlocutoria– por un recurso de apelación, en la medida que la excepción sea desestimada, se concede en el solo efecto devolutivo (art. 307 inc. 2° CPC). Empero, al concederse el recurso en lo devolutivo la tramitación de la causa en la primera instancia seguirá su curso normal (art. 192 CPC), dejando de lado la intervención de aquellos que fueron notificados.

¿Y qué sucede si se revoca la resolución denegatoria? Los terceros que fueron llamados tendrían que asumir una de las actitudes que indica el citado art. 21 CPC en el término de emplazamiento. Sin embargo, la causa ha continuado su desarrollo normal, por lo cual puede estimarse que todo lo obrado en ese lapso –desde la concesión y fallo del recurso– adolecería de nulidad por faltar el emplazamiento legal de los inconcurrentes, en mérito de lo cual se estaría habilitando al tribunal para hacer uso de la facultad oficiosa que le acuerda el art. 84 CPC, esto es, “tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento”.

Con todo, y a fin de obviar los posibles problemas y dificultades que pueden generarse, como se dijo precedentemente, el apelante al personarse en la segunda instancia razonablemente debería solicitar una orden de no innovar (art. 192, inc. 2° CPC), paralizando de este modo “los efectos de la resolución recurrida...”, evitando así posibles nulidades, y poder proseguir en forma normal con la litis incoada, cualquiera que fuere la conducta que asuman los notificados ausentes.

Retornando al punto inicial, si deciden adherir, pasarán a formar una sola parte con el o los otros demandantes, debiendo designar un mandatario común en la forma prevista por la ley. Esta adhesión deberán hacerla valer dentro del término de emplazamiento, el cual se inició con la notificación por el estado del cúmplase de la resolución revocatoria.

Este emplazamiento está constituido por dos elementos: la **notificación personal** correspondiente, practicada en forma legal, y el **plazo** concedido por la ley¹. Se considera que este término podrá ser aumentado de acuerdo con la tabla de emplazamiento, según lo indica el artículo 259 CPC, no aplicándose el aumento del art. 258 CPC. Es necesario tener presente que este emplazamiento

¹ CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo. En *Proceso Civil, Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, Segunda Parte*. (Con Bordalí, A. y Palomo, D.) Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile. Año 2013, pp. 119-124.

es importante, ya que permite constatar cuál va a ser la conducta a seguir por los notificados –presuntos actores–, pues a aquel que nada dijo se le aplicará la sanción del artículo 21 del CPC inciso final. En el evento de ser el emplazamiento irregular el afectado por el vicio podría solicitar la rescisión de todo lo obrado conforme a las reglas del artículo 79 y siguientes del Código en comento; y si eventualmente la sentencia llegase a pronunciarse sobre el fondo del asunto, habrá omitido un trámite o diligencia esencial, como lo es el emplazamiento de las partes (arts. 768 N° 9, en relación con el art. 795 N° 1 CPC), situación que habilita para interponer un recurso de casación en la forma.

Tratándose del demandado, cuando se le notifica la demanda y ésta es practicada en forma legal, crea para él la carga procesal de comparecer para defenderse. Sin embargo, no queda claro si en el caso del artículo 21 se trata de una carga procesal o de una obligación, pues en el segundo caso tiene sentido hablar de “sanción”, pero no en el primero. En todo caso, pensamos que es una carga, toda vez que a los citados se les otorgan distintas opciones a elegir.

Si la decisión es de no adherir, el efecto que se sigue es que no podrán volver a demandar sobre el mismo asunto, pues la ley entiende que su derecho caducó al no haberse ejercido éste en su oportunidad. Es decir, en esta elección el eventual demandante comparece y manifiesta expresamente que no desea formar parte de ese pleito, está consciente que no podrá volver a demandar sobre la misma cuestión.

Hasta aquí puede decirse que la situación es clara. El problema lo plantea el tercer supuesto, *“si nada dicen dentro del término legal, les afectará el resultado del proceso, sin nueva citación”*. Si “nada dicen” es no contestar si adhieren o no a la demanda dentro del término de emplazamiento. Pero ¿qué puede entenderse por “les afectará el resultado del proceso”?

Volvamos al ejemplo citado al comienzo: a este pasajero que “nada dijo” ¿le corresponde percibir la indemnización que reciba el resto de los pasajeros que sí concurrieron como demandantes y obtuvieron en el proceso? O bien, ¿tendrá que concurrir al pago de las costas en caso que se impongan a los demandantes? Y si el demandado deduce reconvenición y resultan ser los pasajeros quienes tienen que indemnizar o pagar los deterioros que el accidente causó al bus (pongámonos en el supuesto que el accidente fue culpa de ellos, y no del chofer). ¿Tendrá que pagar también éste que “nada dijo”? ¿Será posible que la extensión del artículo permita ambos supuestos?

Lo cierto es que tal problema no lo disipa nuestra legislación vigente. Si bien los tribunales lo han resuelto siempre en un mismo sentido, hay que tener presente que, como se verá más adelante, la jurisprudencia actual es contraria

a la futura justicia civil, si el actual proyecto de Reforma Procesal Civil es aprobado. Recordemos que esta norma ha estado vigente por más de 100 años², sin modificación alguna pese a las dudas que pueda generar.

II. Doctrina y jurisprudencia. Situación del litigante rebelde

Basándonos en el viejo aforismo “dónde el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir”, parece ser claro que a aquel que nada dice pueda empecerle tanto una sentencia que le favorezca como aquella que lo perjudique, teniendo en cuenta el tenor del texto legal.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha seguido tal criterio, como lo demuestran algunos fallos de la justicia chilena.

Así, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 13 de noviembre de 1903³ señala: “*Las personas citadas a un juicio, pero que no se han adherido a la demanda ni apersonado al pleito, **no son partes litigantes en la causa**, a pesar de que les afecta el resultado del proceso*”.

El 18 de Julio de 1911 la Corte de Apelaciones de Talca⁴ en el mismo sentido señaló: “*Las sanciones o apercibimientos que la ley establece para los casos de declaración de no adherirse o de guardar silencio, no pueden ser impuestos en el mismo juicio en que se hizo la citación. Tales apercibimientos o sanciones **solo pueden hacerse efectivos cuando la persona citada ejerce después contra el demandado que le citó, la acción que crea corresponderle**; pues si esta nueva demanda es igual a aquella a que no quiso adherirse, el demandado podrá rechazarla con la excepción de caducidad del derecho; y en el mismo caso procedería la excepción de cosa juzgada respecto del que, citado al juicio, nada dijo*”.

Asimismo, este fallo en otro de sus considerandos expresó que “*el tribunal no puede dictar resolución alguna que esté en pugna con esa elección y que con la situación de la persona citada quiera asumir, sino que debe limitarse a tenerla por parte, si se adhiere, o a no tomarla en cuenta en juicio, si declara no adherirse o guarda silencio*”.

En sentencia confirmatoria de la Corte de Apelaciones de Talca⁵, se establece el siguiente alcance a este artículo: “*Que las sanciones o apercibimientos para*

² Nuestro legislador siguió en materia procesal civil a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, sin embargo nos sorprende que en esta materia haya innovado, pues España no hace referencia a un artículo como este. Es el Sr. Francisco Vargas Fontecilla quien lo presenta a la Primera Comisión Revisora no parlamentaria en el año 1884, el cual finalmente fue aprobado.

³ Ap Santiago, 13 de noviembre de 1903, Rev tomo 1, p 81.

⁴ Ap Talca 18 de Julio de 1911, Gaceta 1911, tomo 1, p 1121, s 674

⁵ OTERO ESPINOZA, F., Jurisprudencia del Código de Procedimiento Civil, Santiago, Soc. Imp. Y Lit. Barcelona, 1919, p. 250.

el caso de no adherirse o guardar silencio no pueden ser otros que los que la ley señala, sin que valgan los que los jueces decreten o acepten a petición de parte”.

CORDERO BAÑOS⁶ trata el artículo 22 (actualmente 21) de la siguiente forma: *“Es principio generalmente aceptado de que el dueño de una acción lo es también de entablarla cuando quiera. Esta disposición es una excepción a este principio, dictada por razones de equidad, tranquilidad social, y de las partes mismas, de economía, etc.”.* Y luego agrega *“Las personas citadas son libres para escoger a su arbitrio una de las tres situaciones que contempla el inciso segundo, y el tribunal no puede dictar resolución que esté en pugna con esa elección y con la situación que quieran asumir; sino que se debe limitar a tenerlas por parte si adhieren, **a no tomarlas en cuenta en el juicio si declaran no adherirse o guardar silencio”.***

El autor citado reitera lo declarado por los tribunales, vale decir, no puede imponerse al citado otra carga o sanción que la de no ser oído en un juicio posterior en virtud de la preclusión, que favorece al demandado, pues en este caso no puede obligarse a éste a litigar dos o más veces sobre una misma materia.

Como queda de manifiesto en estos fallos, la única sanción impuesta al tercero que declara su resolución de no adherir o que nada dice, es la preclusión de su derecho, pero en ningún caso una sanción distinta, pues no son partes litigantes de la causa y con ello sólo les afecta el resultado del proceso al no poder ejercer con posterioridad su acción.

Ahora bien, hay que tener presente que esta situación tampoco es comparable a la *rebeldía*, la que implica una inactividad inicial del **demandado**, y por tanto, la **falta de contestación oportuna de la demanda**. En dicho caso, y tal como señala CORTEZ MATCOVICH⁷, la falta de contestación oportuna de la demanda no produce otra consecuencia jurídica que la preclusión, por el solo ministerio de la ley, de la facultad procesal que el demandado tenía para hacerlo y con ello la posibilidad de oponer excepciones perentorias. Acá en cambio la situación es diferente, primero porque la persona puesta en conocimiento de la existencia del juicio es un posible *demandante*, no demandado, y por tanto no es correcto hablar de emplazamiento para contestar *la demanda*. Segundo, porque lo que se establece para el **rebelde** es una sanción, la cual debe ser aplicada restrictivamente y en ningún caso por analogía. Por tanto, no correspondería aplicársela al sujeto que guarda silencio por no tener la calidad de parte.

Así, entonces, volviendo al ejemplo citado al comienzo, a aquel pasajero que nada dijo sobre la demanda se le impondrá la sanción de **no ser oído con posterioridad**, descartando cualquiera otra, como el posible pago de una

⁶ Código de Procedimiento civil comentado y concordado, Santiago. S.E. 1925.

⁷ CORTEZ, Juicio Ordinario de mayor cuantía, cit. nota 1, p 127.

indemnización, en caso de reconvencción, por parte de los demandantes iniciales, o el pago de las costas, daños materiales, etc.

III. Nueva justicia civil

Para comenzar veremos el trato que ha tenido la norma en los distintos anteproyectos y en el proyecto definitivo presentado al Congreso, pues si bien nos interesa analizar la sanción al sujeto que nada dice, será pertinente observar qué sucede con aquel que adhiere y aquel que no adhiere.

Tratándose de los sujetos que **adhieren**, el actual CPC señala claramente que *“Si dichas personas se adhieren a la demanda, se aplicará lo dispuesto en los artículos 12 y 13”*. Por su parte, el anteproyecto del año 2009 mantiene más o menos la estructura de la norma señalando: *“Si dichos sujetos se adhieren a la demanda, conformarán con el o los primitivos actores un litis consorcio que se ajustará a las normas dadas para esta última figura”*. En el proyecto presentado en el gobierno de la Presidenta Bachelet se observa la misma tendencia, expresando que: *“Si dichos sujetos se adhieren a la demanda, conformarán con el o los primitivos actores un litis consorcio que se ajustará a las normas dadas para esta última figura”*. Y finalmente el 2012, bajo el mandato del Presidente Piñera, el proyecto que ahora está en el Congreso conserva su intención de mantener una litis consorcio activa, bajo la figura de una sola parte, estableciendo que: ***“Si dichos sujetos adhieren a la demanda, conformarán con el o los primitivos actores un litisconsorcio”***.

El legislador ha tenido un acierto en cuanto a mantener la estructura del actual Código de Procedimiento Civil, el cual, por cierto, a lo largo de su vigencia no ha tenido mayores problemas al imponer un litis consorcio activo. Volviendo al ejemplo inicial (accidente del bus), se daría el caso que aquellos pasajeros que desean adherir pasan a formar una sola parte con aquel que inicialmente demandó, designando un mandatario común que actuará como una sola parte en el proceso.

Ahora bien, tratándose de los sujetos que **no adhieren**, se presenta una variación en cuanto a las sanciones que se pueden imponer.

El actual Código de Procedimiento Civil señala que *“si declaran su resolución de no adherirse, caducará su derecho”*. El anteproyecto del 2009 se mantiene más o menos en los mismos términos, señalando que: *“Si expresan su determinación de no adherirse caducará su derecho”*. El proyecto del año 2009 manifiesta una interesante innovación, al indicar que: *“Si optan por no adherirse deberán hacer reserva expresa de sus derechos”*. Sin embargo, el proyecto presentado por el Presidente Piñera vuelve a la anterior consecuencia jurídica, al prescribir que: ***“En caso que, compareciendo, se nieguen a adherir a la demanda, caducará su derecho”***.

Tal como señalamos, el proyecto del año 2009 proponía una importante innovación, pues le da al sujeto la posibilidad de *hacer reserva expresa de sus derechos* para demandar posteriormente en caso de no adherir. Sin embargo, el proyecto que está en curso actualmente no lo acogió, volviendo a la solución que da el código de 1903.

Como se ha planteado a lo largo de este trabajo, es la tercera hipótesis la que causa conflicto, ¿qué pasa con aquel sujeto emplazado que **'nada dice'**?

El CPC señala: *"y si nada dicen dentro del término legal, les afectará el resultado del proceso, sin nueva citación. En este último caso podrán comparecer en cualquier estado del juicio, pero respetando todo lo obrado con anterioridad."* El Anteproyecto del 2009 y el Proyecto presentado por el gobierno el mismo año coincidían en su redacción, manteniendo más o menos la estructura del actual CPC, expresando: *"Si nada dicen les afectará el resultado final del proceso"*. La única diferencia es que no da la posibilidad de comparecer en cualquier estado del juicio, pero puede concluirse que en caso de haberse aplicado estos proyectos, ese derecho lo tendría siempre y aun cuando la ley no lo diga expresamente, pues se está litigando sobre un asunto en el cual tiene interés e intervendría como un tercero coadyuvante.

El proyecto que está siendo tramitado actualmente expresa que: **"Si no comparecen, se tendrán por representados por aquellos que estén presentes, afectándoles el resultado final del juicio, pero mantendrán su derecho a comparecer en el proceso respetando todo lo obrado"**.

Claramente la duda inicial queda zanjada. Ya no es preciso preguntarse en qué sentido 'le afectará' el resultado del proceso, sea éste favorable o adverso, con costas o sin costas, etc. Acá simplemente quedarán representados por los que si comparecieron, y en dicho caso se entiende que responderán por todo lo que implique ser parte representada. Hay que dejar en claro que, tal como señala ROMERO SEGUEL⁸, *"aquí no hay un quiebre en la dualidad entre demandante y demandado cuando ingresa un tercero, pues este tercero pasará a formar parte con el demandante"*, es un coadyuvante.

IV. Comentarios finales

Como se advirtió a lo largo de este trabajo, el denominado ejercicio forzado de la acción' es un tema complejo. El hecho de ser una institución original de nuestro sistema genera dudas acerca de por qué se impone una sanción tan drástica. La respuesta es posible encontrarla en la aplicación de los principios de economía procesal, cosa juzgada, preclusión, entre otros.

⁸ ROMERO SEGUEL, Alejandro. "El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno". *Revista Actualidad jurídica*, Universidad del Desarrollo Año X, N° 20-Julio 2009.

Tal como queda expuesto precedentemente, la situación del tercero que nada dice al ser emplazado para ejercer su acción, no es resuelta por la legislación vigente. Sin embargo, en atención a lo manifestado y a la jurisprudencia citada, se puede concluir que la sanción de hacer caducar su derecho no puede ir más allá, y en ningún caso imponer una carga mayor.

Mirando los diferentes proyectos y anteproyectos, se ha mantenido el mismo problema, lo que varió el año 2012, cuando el Ministerio de Justicia optó por cerrar de una vez esta discusión.

Así esta reforma, en caso de prosperar, resolverá las dudas planteadas al comienzo de la investigación de forma siguiente: a este pasajero que 'nada dijo', **sí** le corresponde recibir la indemnización que reciba el resto de los pasajeros que concurrieron como demandantes, en caso de ganar el juicio, aun cuando no comparezca, toda vez que estará representado por aquellos.

A su vez, también aquel pasajero que nada dijo **tendrá que soportar** el pago de las costas, en caso que se impongan a los demandantes. Más aún, si el demandado deduce reconvenición y resultan ser los pasajeros quienes tienen que indemnizar o pagar los deterioros que el accidente causó al bus, tendrá que pagar también este que 'nada dijo'.

¿Por qué? Porque la solución que se da es que estos sujetos que nada dicen **se tengan por representados** por los que sí concurren, y en este caso dicha representación debe extenderse a todos los resultados del proceso, sean estos beneficiosos o adversos.

Ahora bien, ¿será éste el camino adecuado?

Si antes se discutía la aplicación del artículo 21 inciso 2° del CPC, ahora con este proyecto será aún más discutible. Pues, por una parte se resuelve la duda sobre la consecuencia jurídica, aspecto positivo del Proyecto de Código Procesal Civil, pero entrega una sanción aun más drástica, la cual es verse representado por sujetos cuyo único vínculo es tener una acción que emana directa e inmediatamente de un mismo hecho. Empero, ¿le dará esa circunstancia la habilidad necesaria para representar a los demás pasajeros, que posiblemente no vivieron de la misma forma el accidente?

Como vemos, la solución será muy distinta.

V. Bibliografía

AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite. "Reforma Procesal Civil en Chile: Análisis crítico del anteproyecto de Código Procesal Civil". Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2009.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. "Nueva justicia civil para Latinoamérica: aportes para la reforma". Santiago, Chile. 2007.

CORDERO BAÑOS, Luis. *Código de Procedimiento Civil comentado y concordado*. Editorial "La Imprenta", PP. 27-28. 1925

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, "Perspectiva general del recurso extraordinario en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil". *Revista Actualidad Jurídica* N° 21-Julio 2010.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo. En *Proceso Civil, Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, Segunda Parte*. Con Bordalí, A. y Palomo, D. Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile. Año 2013, Pp. 119-124

LAZO, Santiago. *Los códigos chilenos anotados. Legislación y Jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, 1919.

OTERO ESPINOZA, Franklin. *Jurisprudencia del Código de Procedimiento Civil*. Santiago, Soc. Imp. Y Lit. Barcelona, 1919, 2da edición. pp. 249-257.

OTERO LATHROP, José. *Código de Procedimiento Civil anotado*. Ediciones Albatros Chilena, PP. 73-76. 1967.

PECCI CROCE, Carlos – ORTIZ SEPULVEDA, Eleodoro (1989): "Características del Código Procesal Civil, modelo para Iberoamérica", en *Rev. de Derecho, Universidad de Concepción*, n° 185, año LVII.

RIBERA NEUMANN, Teodoro (2012): "Proyecto Reforma Procesal Civil, Diario Pulso" [fecha de consulta: 19 de octubre de 2012]. Disponible en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/es/noticias/en-prensa>

ROMERO SEGUEL, Alejandro (2009): "El concepto de parte y de intervinientes en la reforma al proceso civil chileno", en *Rev. de Actualidad jurídica*, Universidad del Desarrollo, n° 20, Tomo I.

ROMERO SEGUEL, Alejandro. *Cosa Juzgada en el proceso civil chileno*. Editorial Jurídica de Chile, 2002.

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE TALCA, 18 de junio de 1911. En *Gaceta* 1911, tomo 1, p 1121, s 674.

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 13 de noviembre de 1903. En *Gaceta* 1911, tomo 1, p 81.

TORO MELO, DAVID. ECHEVERRÍA Y REYES, Aníbal. *Código de Procedimiento Civil Anotado*. Editorial Jurídica de Chile, pp. 97-98. 1902.

Hacia una caracterización teórica del docente universitario en la carrera de Derecho

CAROLINA DEVOTO B.

Magíster en Docencia Universitaria
Coordinadora Metodología Docente

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

RESUMEN: Para comenzar a definir un perfil docente universitario es necesario tener presente las especiales características, visiones y necesidades que tiene cada profesión y que condicionan, a su vez, no sólo las prácticas docentes, sino también las características personales de los profesores que tienen a su cargo la formación profesional en la respectiva carrera y sus propios estilos de enseñanza.

Introducción

“Nunca antes en la historia el bienestar de las naciones ha estado tan estrechamente vinculado a la calidad y el alcance de sus sistemas e instituciones de enseñanza superior”.
(Conferencia Mundial sobre la Educación Superior, UNESCO, junio de 2003).

De acuerdo a las conclusiones del debate temático sobre “La formación del personal de la Educación Superior: Una misión permanente”, efectuado en la Conferencia Mundial sobre Educación Superior denominada: La Educación Superior en el siglo XXI, Visión y Acción de la UNESCO en 1998, las siguientes eran las características de un profesor universitario modelo:

- Conocimiento y entendimiento de los distintos modos de aprendizaje de los alumnos;
- Conocimientos, competencias y aptitudes en materia de evaluación de los estudiantes a fin de ayudarles a aprender;
- Compromiso con el saber en la disciplina respetando las normas profesionales y conocimiento de las nuevas circunstancias;

- Conocimiento de las aplicaciones de la ciencia y la tecnología a la disciplina en relación con el acceso al material y los recursos a nivel mundial y con la enseñanza de la tecnología;
- Receptividad a los indicios del “mercado” exterior para conocer las necesidades de aquellos que podrían contratar a los graduados de una disciplina;
- Dominio de las innovaciones en el campo de la enseñanza, incluida la conciencia de la necesidad de una instrucción de “modo doble” en la que la educación presencial y a distancia emplean un material similar;
- Conocimiento de los usuarios, en particular de las opiniones y aspiraciones de los interesados, incluidos los estudiantes;
- Conciencia de la influencia que ejercerían los factores internacionales y multiculturales sobre los planes de estudios;
- Capacidad de instruir a una amplia gama de estudiantes, de distintos grupos de edad, origen socioeconómico, raza, etc., a lo largo del día;
- Aptitudes para ocuparse de un número mayor de estudiantes en las clases, los seminarios o talleres formales conservando la calidad;
- Elaboración de “estrategias de gestión” personales y profesionales.

Si bien el listado precedente cuenta ya con algunos años desde que fue propuesto, estimamos que mantiene plena vigencia. Para unos un perfil, para otros un listado de características deseables, lo cierto es que la definición de lo que es y debe ser un profesor universitario es muy compleja. El ejercicio docente se encuentra condicionado por una serie de variables culturales, sociales, económicas, institucionales, políticas, etc., que determinan el contexto en que se desarrollará la actividad docente y las características del proceso de enseñanza-aprendizaje que llevará a cabo el profesor. De ahí que se establezca que la constitución de extensas listas de características sobre el docente universitario “efectivo” ha desatado reacciones que dan cuenta de un desconocimiento del contexto de las prácticas del docente y de una verdadera lejanía de la realidad; de ahí la imposibilidad de ver concretadas estas competencias en nuestras universidades¹.

Pero más relevante aún resulta determinar el área disciplinar en que se ejercerá la docencia, para definir, con algo más de precisión, las características del profesor universitario. En efecto, nadie puede dudar que no es lo mismo una

¹ Francis Salazar, Susan, “Hacia una caracterización del docente universitario “excelente”: una revisión a los aportes de la investigación sobre el desempeño del docente universitario”, *Revista Educación* 30 (1), 31-49, ISSN: 0379-7082, 2006.

clase teórica que una de carácter práctico; que no es indiferente la distinción entre la docencia en carreras humanistas y en carreras de ingeniería. En fin, que, incluso en una misma carrera, el profesor de los primeros niveles debiera presentar ciertas diferencias con el de niveles superiores.

Más que definir lo que se debe entender por un buen profesor universitario, intentaremos en este trabajo proporcionar algunas características y condiciones que, a nuestro juicio, deben tenerse presente al definir un perfil docente ideal. Hacemos hincapié en dos aspectos: primero, que nos hemos centrado en las variables socioafectivas, más que en las competencias profesionales y, segundo, que luego de un análisis general, conduciremos la propuesta hacia el docente en la carrera de Derecho.

Hacia una caracterización del buen profesor universitario: los estilos y etapas de la enseñanza

La tarea de caracterizar lo que debe entenderse por un buen profesor universitario no es sencilla, puesto que es tentador dejarse llevar por los perfiles o listados de condiciones deseables, soslayando lo que ofrece la realidad concreta, a menudo difícil de medir y evaluar.

Previo a intentar esta caracterización, nos referiremos someramente a los denominados "estilos de enseñanza". Si bien la diversidad de definiciones hace difícil delimitar un concepto, de acuerdo a Arancibia, Herrera y Strasser, el estilo de enseñanza se transforma en aquel modo particular que tiene el profesor de estructurar y ejecutar el proceso de enseñanza-aprendizaje, de acuerdo con los objetivos que se propone, sus propias características personales y las que percibe en los educandos².

Hay múltiples estudios y abundante literatura sobre los estilos de enseñanza. Brundage, citado por Arancibia et al., identifica tres: **el estilo directivo, el estilo facilitador y el estilo colaborador**³.

En el estilo directivo el eje fundamental es el profesor. Es él quien organiza la situación de aprendizaje, presenta los objetivos y trabaja con material preparado con anterioridad, listo para ser usado por los aprendices. Este estilo se caracteriza por su enfoque más inmediatista, pues contempla el logro de conocimientos y habilidades específicas en un período corto de tiempo, con una retroalimentación y refuerzo periódico.

² Arancibia, Violeta; Herrera, Paulina; Strasser, Katherine, *Manual de Psicología Educacional*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1997.

³ Op. cit.

El estilo facilitador, en tanto, enfatiza a ambos sujetos del proceso: profesor y alumno. Se caracteriza por la posibilidad que tienen los alumnos de negociar la estructura, objetivos y dirección de las actividades propuestas por el profesor, quien tiene un rol de facilitador del proceso.

Finalmente, el estilo colaborador centra la responsabilidad del aprendizaje tanto en el profesor como en el alumno, participando ambos con las mismas responsabilidades y derechos, incluso compartiendo el liderazgo tanto en las tareas como en las relaciones interpersonales.

Evidentes diferencias se pueden anotar entre estos tres estilos. Mientras el directivo ofrece poca interacción entre el profesor y el alumno, no exigiendo un alto nivel de experticia pedagógica al docente, el estilo facilitador requiere la construcción de un nivel de confianza entre ambos, lo que conduce a que los alumnos puedan descubrir significados personales dentro del conocimiento y nuevas estrategias en la experiencia. En esta misma línea, el estilo colaborador se caracteriza por un constante trabajo en equipo entre el alumno y el profesor, lo que supone niveles aun mayores de confianza e involucramiento entre ambos, amén de una inversión considerable de tiempo y energía.

Particularmente relevante es la observación que recogen Borgobello, Peralta y Roselli, en torno a que la mayoría de los docentes desconocen su propio estilo de enseñanza, actuando de manera "automática", ya que sus prácticas les parecen "naturales"⁴. Esto ya nos aportaría un elemento importante a la caracterización que estamos tratando de levantar: las prácticas docentes obedecen más a elementos personales (naturales e instintivos) del profesor, volcados en el aula, más que una recogida desde un listado de características deseables. Y, más aún, la supuesta elección de un estilo de enseñanza no sería tal, sino más bien una tendencia natural del profesor, pero modificable y/o adaptable, conforme a diferentes parámetros, como las características de los educandos, el modelo educativo, el contexto del aprendizaje, el contenido a enseñar, el nivel dentro de la carrera, los estilos de aprendizaje, etc.

Pero además es necesario agregar que, al igual que en cualquier profesión o actividad humana, el desarrollo pedagógico es un proceso esencialmente evolutivo. De acuerdo a Feixas, es posible distinguir tres estadios en este ciclo.⁵ El primero se establece cuando el profesor se inicia en la docencia, en que su foco de atención es él mismo, en relación a su actividad docente. Su preocupación fundamental es superar la inseguridad y nerviosismo inicial, dominar los contenidos, hacerse

⁴ Borgobello, Ana; Peralta, Nadia; Roselli, Néstor, "El estilo docente universitario en relación al tipo de clase y a la disciplina enseñada", Instituto Rosario de Investigaciones en Ciencias de la Educación – Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, 2010, disponible en www.scielo.org.pe.

⁵ Feixas, Mónica, Universitat Autònoma de Barcelona, "Los cambios en la docencia del profesor universitario", 2000, disponible en www.academia.edu.

respetar y, a la vez, ganarse el afecto de los estudiantes, obtener la aprobación de quienes han confiado en él, cumplir con las exigencias programáticas y reglamentarias, etc. En definitiva, “hacerse de un nombre” y demostrar su eficacia ante todos los agentes con quienes interactúa en su actividad docente.

Una vez superada esta primera etapa, y con un mayor dominio de los contenidos, el profesor pasa a centrarse más en la enseñanza y en una mejor transmisión de conocimientos. Aquí se evidencia un profesor menos preocupado de demostrar lo que sabe y más atento a los estudiantes y sus problemas, comprendiendo que no todos obedecen a un patrón, sino que presentan características y necesidades diferentes, lo que redundará en el perfeccionamiento de sus estrategias metodológicas. Se le percibe más cómodo enseñando, pues ya ha adquirido más confianza en sí mismo. Lo anterior redundará en un aumento de su capacidad para motivar a sus estudiantes y desarrollar estrategias que funcionen para su propia asignatura en función del contexto en el que enseña.

Finalmente, el tercer estadio (deseable, mas no siempre presente) es aquel en que el profesor se centra en el aprendizaje de sus alumnos, a los que ve como sujetos activos del proceso. Se caracteriza por la seguridad, confianza y flexibilidad profesional. Dado que ya no tiene la necesidad de seguir demostrando, “se atreve” a probar nuevas ideas y afrontar el cambio de manera abierta, de forma de promover en sus alumnos el desarrollo de sus propias concepciones, a partir de análisis críticos y reflexivos. Tiene una gran capacidad de erudición y un gran repertorio de anécdotas y experiencias, que enriquecen su discurso.

Si relacionamos lo anterior con un modelo educativo por competencias (saber, saber hacer y saber ser), en nuestra opinión estos tres estadios están fuertemente referidos a cada una de estas competencias. Es así como el profesor, en su primera etapa estará, probablemente, más orientado a los contenidos declarativos programáticos (saber). Al avanzar hacia el estadio más orientado a la enseñanza, integrará metodologías y estrategias destinadas a desarrollar competencias de tipo procedimental (saber hacer). Finalmente, cuando su foco se centra en el aprendizaje, estará más proclive a integrar actividades que promuevan lo valórico actitudinal (saber hacer), además de las otras competencias.

¿Y qué opinan los alumnos sobre los estilos docentes?

Diversos estudios han recogido las opiniones de los estudiantes sobre este tema. Así, Epting et al., citado por Borgobello, Peralta y Roselli, investigaron las percepciones de los estudiantes acerca de los profesores “típicos” (docentes con los que habitualmente interactúan) en relación a los profesores “ideales” (características que ellos desearían que todos sus docentes tuviesen). Según los estudiantes, el

estilo de los profesores ideales es más accesible, abierto a los cambios y más claro en cuanto a las políticas específicas del curso que el de los profesores típicos⁶.

En otra investigación, los estudiantes fueron consultados sobre las características que atribuían a los distintos niveles docentes: mientras al profesor titular o adjunto (y otros niveles definidos en la universidad en que se practicó el estudio) se le otorgaban todas las características del saber académico *per se*, al resto de los docentes (auxiliares, ayudantes, etc.) se le atribuían variables psicopedagógicas y motivacionales⁷.

Por su parte, Lizardo expone que, desde un punto de vista académico, los estudiantes otorgan una mayor importancia a las situaciones desarrolladas en el aula, es decir: presentación interesante del material, preparación y organización de las clases, exposición lógica de las ideas, habilidad para desarrollar en los estudiantes el pensamiento, la curiosidad intelectual y la motivación⁸.

El mismo autor citado propone dos tipos de elementos o aspectos inherentes al profesor que emergen en la sala de clase. Por una parte, se encuentran los **elementos valorativos**, que se relacionan con la personalidad y los aspectos emocionales del profesor: entusiasmo; flexibilidad; preocupación por sus estudiantes; con vocación por la enseñanza; con capacidad de hacer su materia interesante y entretenida, fomentando la curiosidad de sus alumnos y estimulando el conocimiento; cercanos y empáticos, pero a la vez estrictos y exigentes; justos; responsables y con sentido del humor.

Por otra parte, los **aspectos cognoscitivos** se refieren al producto de la preparación del docente, su dominio del contenido y seguridad que demuestra en torno a la materia en estudio; capacidad de relacionar los contenidos de su asignatura con la realidad, conectando además con otras asignaturas y/o disciplinas, generando un aprendizaje significativo; adecuada preparación en estrategias instruccionales adecuadas; diseño y uso de las evaluaciones con propósitos formativos y no sólo de control; capacidad de comunicar las ideas de forma lógica y organizada.

Recogemos una reflexión de Martínez, García y Quintanal, que nos exhorta a no olvidar que el profesor constituye un "modelo" para sus alumnos, y tiene más peso su forma de actuar, es decir, la coherencia entre lo que dice y lo que hace en cada tema concreto, que en sus aportaciones teóricas a menudo pesa más el *cómo* que el *qué*⁹.

⁶ Op. cit.

⁷ Borgobello, A. & Peralta N. "Percepción de los estudiantes acerca de las funciones tutoriales en tres cátedras en la Universidad Nacional de Rosario, Argentina". *Revista Estudios Sobre Educación*, 17, 2009.

⁸ Lizardo de Álvarez, Sandra, "Los buenos 'profes'. La calidad del docente universitario desde la perspectiva de los estudiantes", 2008, disponible en www.human.ula.ve/doctoradoeducacion/investigacion/tesis.php

⁹ Martínez, María; García, Begoña; Quintanal, José, "El perfil del profesor universitario de calidad desde la perspectiva del alumnado", *Educación XX1*. 9, 183-198, 2006.

Hasta aquí algunas nociones generales en torno al perfil del profesor universitario, en relación con los estilos de enseñanza y las distintas etapas dentro de la carrera docente.

El perfil del profesor de Derecho

Como hemos sostenido, apoyamos la opinión en torno a que la construcción de un perfil docente universitario debe hacerse a partir del contexto de desarrollo académico, además de una serie de variables que influyen en el proceso de enseñanza-aprendizaje y que le otorgan especiales características. No creemos en la validez incontrarrestable de los listados de características deseables, desprovistos de un "anclaje" a la realidad contextual en que se desarrolla la actividad docente y, específicamente, a la carrera profesional de que se trate. Así, las distintas profesiones tienen problemáticas o condiciones específicas que habría que tener en cuenta cuando se analiza la práctica docente de cada una de ellas¹⁰. Por cierto los listados ofrecen una utilidad innegable: servir de base para que cada institución y, más aún, cada Facultad, descubra y defina el perfil de sus docentes. Una referencia, mas no una imposición.

Intentaremos, en esta parte, proporcionar algunos rasgos que presenta, a nuestro juicio y a nivel general, el profesor universitario de la carrera de Derecho. Advertimos que se trata de una caracterización basada en nuestra propia experiencia, observación y estudio, desprovista, por el momento, de una investigación empírico-analítica que recoja la opinión de los alumnos de la carrera. A continuación, propondremos las variables con que, a nuestro parecer, debiera contar un profesor de Derecho, particularmente en los años iniciales de la carrera, enfatizando aquellas de carácter socioafectivo. Hemos dado énfasis a esta etapa formativa, puesto que es aquella en que se presenta la más alta tasa de deserción de los alumnos en esta carrera¹¹⁻¹².

Para comenzar, digamos que, como en todas las carreras universitarias, es habitual que la actividad docente comience mientras aún se estudia. Se trata del ayudante-alumno, con funciones más bien limitadas, usualmente de tipo administrativo (acompañar al profesor a la clase, pasar lista, reunir material solicitado por el profesor, organizar alguna que otra actividad académica, etc.).

¹⁰ Bárcena Zubieta, Arturo, "Profesores de Derecho y régimen autoritario. Un ensayo de sociología de la docencia jurídica", en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz del Alba Medrano. La enseñanza del Derecho*, Universidad Autónoma de México, 2007.

¹¹ Según el Estudio sobre la Repitencia y Deserción en la Educación Superior Chilena efectuado por el Instituto Internacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe de la UNESCO el año 2005, la tasa de deserción en la carrera de Derecho asciende a un 53%.

¹² De acuerdo al Estudio sobre Causas de la Deserción Universitaria del Centro de Microdatos del Departamento de Economía de la Universidad de Chile, del año 2008, la tasa de deserción en primer año de la carrera de Derecho es de un 29%.

Este período se caracteriza por un descubrimiento de la actividad docente y en que el ayudante confirma o desestima su intención de "hacer clases".

Las responsabilidades del ayudante irán creciendo a medida que vaya avanzando en su propia formación profesional, hasta llegar a ser profesor, sea adjunto, auxiliar o asociado (u otras denominaciones, según la institución) o titular.

Como docente, el profesor de Derecho se caracteriza por un estilo directivo de enseñanza, transitando desde una etapa inicial de preocupación por sí mismo hacia una en que se releva la preocupación por la enseñanza. Al pasar a esta etapa, pueden percibirse en él, aunque tímidamente, algunos rasgos del estilo facilitador.

En general, se trata de un abogado que, mayoritariamente por razones de prestigio profesional y vocación, dedica algunas horas a formar nuevas generaciones. Sus estrategias de enseñanza son básicamente las mismas que utilizaron con él cuando fue estudiante, a veces mejoradas con el uso de tecnologías (presentaciones audiovisuales, Internet, plataformas, etc.). Los contenidos teóricos que imparte son a menudo enriquecidos con el producto de su experiencia profesional, utilizando fundamentalmente la clase magistral o expositiva, a veces matizada con alguna actividad práctica, como trabajos en grupo, revisión de jurisprudencia, resolución de problemas y, en menor medida, debates, simulación de juicios, etc.

Prepara los contenidos de su clase siguiendo los criterios de la disciplina que enseña, usualmente bajo una lógica deductiva, partiendo de los principios generales para llegar a la aplicación práctica. Suele atribuir el uso restringido de metodologías activas a la falta de tiempo, que a su vez es producto de lo extenso de su programa de asignatura. En general, presenta dificultades para delegar (probablemente debido a su impronta profesional), por lo que sus ayudantes, aun los que ya son licenciados o incluso abogados, suelen mantener un rol pasivo, eminentemente administrativo. Valora mucho la enseñanza de sus propios maestros, a quienes admira y habitualmente cita, pero dicha valoración a menudo lo sitúa en un terreno confuso pues, habiendo sido formado bajo una fuerte orientación cognitiva, se le exige formar integrando elementos socioafectivos. Suele asociar su propia formación profesional a valores como la responsabilidad, disciplina y rigurosidad, mientras que el contexto docente actual en el que interviene lo relaciona a una cierta permisividad y relajo. Quizás por esto es que, en algunos casos, particularmente en aquellos con más años de docencia, nos encontramos con desánimo y desencanto, particularmente frente a lo que ellos denominan falta de compromiso y ausencia de rigor académico por parte de sus estudiantes.

En general, y aunque ciertamente depende de la universidad de que estemos hablando, se trata de abogados que gozan de reconocimiento profesional,

pero que desconocen o sólo manejan parcialmente aspectos de pedagogía, aprendizaje, evaluaciones, etc.; su práctica docente está basada en su propia experiencia, tanto como alumno de Derecho, como de sus años de profesor y suele indicar que no hay motivo para innovar, si durante tanto tiempo ha enseñado de la misma forma, con buenos resultados. Condicionado por el sistema, sus evaluaciones son también tradicionales, midiendo principalmente la capacidad de retención de sus alumnos. En general no está habituado a construir pautas de evaluación y no efectúa retroalimentación de las mismas, aunque reconoce su utilidad una vez que las conoce y aplica.

Queremos insistir en que la definición de un perfil docente es muy importante para el desarrollo del proyecto educativo de una institución y, particularmente, de una Facultad, pero esta definición debe ser contextualizada y tomar en cuenta diversas variables que afectan su determinación.

A continuación proponemos algunas condiciones de carácter socioafectivo que, a nuestro juicio, debe reunir el profesor universitario de la carrera de Derecho; si bien estas características debieran estar presentes en todos los profesores, son particularmente relevantes en aquellos que tienen a su cargo la formación inicial de los alumnos, es decir, quienes los reciben directamente desde el sistema escolar.

1. Alto nivel de empatía, lo que implica comprender que sus alumnos vienen de un sistema distinto, mucho más controlado y asistido que el sistema universitario y que se enfrentan de golpe a una libertad que no conocen y no saben manejar. Como señalan Canales y De los Ríos, la transición/adaptación a la universidad es un proceso estresante, pues los estudiantes se ven enfrentados a una complejidad cognitiva a la cual no han estado expuestos durante la etapa escolar¹³.
2. Cercano y firme a la vez, entendiendo por ello su capacidad de equilibrar la cercanía afectiva con los objetivos y exigencias académicas previamente definidas. Reglas claras y estricto apego a ellas no significa perder la cercanía con los alumnos. Sostenemos que, al menos en esta etapa, las reglas básicas relevantes debe ponerlas el profesor y no ser negociadas con los alumnos.
3. Dúctil, en términos de su habilidad para enfrentarse a situaciones complejas, cambiantes e inciertas (mismas que están vivenciando sus alumnos).
4. Que conozca y utilice tecnologías para apoyar sus clases.

¹³ Canales Andrea, De los Ríos, Danae, "Factores Explicativos de la Deserción Universitaria", Calidad en la Educación N° 26, 171-201, julio 2007.

5. Con capacidad de generar aprendizajes significativos en sus estudiantes, lo que implica una tendencia permanente a relacionar los contenidos con situaciones de la vida real, para que “hagan sentido” y dejen de ser mera teoría.
6. Que presente un alto nivel de entusiasmo con la práctica docente y esencialmente motivador, que estimule las ganas de aprender y saber más.
7. Que demuestre altas expectativas en torno al aprendizaje de sus alumnos y, a la vez, sea capaz de generar expectativas en sus alumnos respecto a lo que viene en el futuro (otras asignaturas, nuevos aprendizajes, etc.).
8. Que efectúe una permanente retroalimentación al desempeño de sus alumnos.
9. Que presente coherencia entre las formas de enseñar y las formas de evaluar, procurando que el alumno enfrente, durante su período académico inicial, el mismo tipo de evaluación al que será sometido para aprobar la asignatura.
10. Que posea conocimientos (o busque apoyo) en metodologías docentes destinadas a motivar y apoyar el aprendizaje de sus alumnos, cuidando de aplicar aquellas adecuadas al nivel en que están y los conocimientos que poseen. Citando nuevamente a Canales y De los Ríos, los alumnos observan una gran distancia entre las estrategias de aprendizaje desarrolladas durante la etapa escolar y las requeridas en el mundo universitario¹⁴.
11. Que disponga de tiempo adicional a sus horas docentes, para resolver dudas de sus alumnos, proporcionarles orientación o simplemente escucharlos. La lejanía entre la idea preconcebida de lo que es estudiar Derecho y la realidad que se enfrenta en primer año, con asignaturas eminentemente teóricas, torna esencial la guía y apoyo del profesor, por las eventuales crisis vocacionales que esto puede generar. Esta característica es quizás la más difícil de lograr, sobre todo en Facultades de Derecho que privilegian el ejercicio profesional del docente en su respectiva área disciplinar; sin embargo, no debemos olvidar lo que señala Francis, citando a Corbette: “Los docentes que ofrecen apoyo con frecuencia integran estudiantes que previamente han estado renuentes a participar en el trabajo del aula”¹⁵.

¹⁴ Op. cit.

¹⁵ Francis Salazar, Susan, “Hacia una caracterización del docente universitario ‘excelente’: una revisión a los aportes de la investigación sobre el desempeño del docente universitario”, *Revista Educación* 30 (1), 31-49, ISSN: 0379-7082, 2006.

Como hemos señalado, siendo posible optar, creemos que para los primeros niveles de la carrera el perfil docente debe recoger más aptitudes pedagógicas y variables afectivas, como las indicadas precedentemente, que una contundente experiencia profesional, pero con menos presencia de estas características. El docente que ejerce activamente la profesión de abogado necesariamente tendrá menos tiempo y disponibilidad, pero su valiosa experiencia enriquecerá la formación en los niveles más avanzados de la carrera, en que el mayor nivel de madurez y "experiencia académica" de los alumnos hará del aporte de este docente una contribución mucho más eficaz a su proceso formativo. En cualquier caso, quien oficie de profesor auxiliar o ayudante tiene una importante contribución, pues puede compensar aquellas variables de menor presencia en el profesor titular, constituyendo ambos un equipo docente más integral, que aborde de mejor manera el proceso formativo de sus estudiantes. De ahí que su selección deba también obedecer a criterios estrictos, objetivos y adecuadamente definidos en función de la cátedra en la que se desempeñará.

Conclusión

De acuerdo a lo expresado, para definir un perfil docente universitario es esencial tomar en cuenta, en primer lugar, el contexto en que se desarrollarán las prácticas docentes. Y por contexto nos referimos a las condiciones políticas, sociales, educacionales, culturales, económicas, organizacionales, etc., que determinan el escenario en que el profesor universitario desarrollará su actividad.

Pero también, y muy especialmente, es necesario tener presente las especiales características, visiones y necesidades que tiene cada profesión y que condicionan, a su vez, no sólo las prácticas docentes, sino también las características de los profesores que tienen a su cargo la formación profesional en la respectiva carrera y sus estilos de enseñanza.

Más aún, hemos sostenido que, incluso dentro de la carrera, es posible identificar etapas en que las variables profesionales y socioafectivas que se esperan del docente son distintas. Mientras en niveles iniciales se requiere un profesor que, entre otras características, apoye y acompañe al estudiante en el período transicional entre la educación escolar y la universitaria, en los niveles superiores se dará más énfasis a la experiencia profesional del docente y su aporte a la formación del estudiante. En este punto la adecuada complementación entre el profesor titular y quien lo asista en la cátedra es relevante. En carreras con tasas altas de deserción en los primeros años, como Derecho, entendemos que ésta es una variable de la mayor importancia. Por ello, hemos propuesto que las listas de características del docente modelo sean tomadas como referencia, pero sean también esencialmente adaptables al contexto, carrera y, dentro de ésta, a la etapa formativa en que interviene el docente.

Bibliografía

Arancibia, Violeta; Herrera, Paulina; Strasser, Katherine, *Manual de Psicología Educacional*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1997.

Bárcena Zubieta, Arturo, "Profesores de Derecho y régimen autoritario. Un ensayo de sociología de la docencia jurídica", en *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz del Alba Medrano. La enseñanza del Derecho*, Universidad Autónoma de México, 2007.

Borgobello, Ana; Peralta, Nadia; Roselli, Néstor, "El estilo docente universitario en relación al tipo de clase y a la disciplina enseñada", Instituto Rosario de Investigaciones en Ciencias de la Educación – Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, 2010, disponible en www.scielo.org.pe.

Borgobello, Ana; Peralta, Nadia; "Percepción de los estudiantes acerca de las funciones tutoriales en tres cátedras en la Universidad Nacional de Rosario, Argentina". *Revista Estudios Sobre Educación*, 17, 2009.

Canales Andrea, De Los Ríos, Danae, "Factores Explicativos de la Deserción Universitaria", *Calidad en la Educación* N° 26, 171-201, julio 2007.

Centro de Microdatos, Departamento de Economía, Universidad de Chile, "Estudio sobre causas de la deserción universitaria", 2008, disponible en www.oie.es.

Feixas, Mónica, Universitat Autònoma de Barcelona, "Los cambios en la docencia del profesor universitario", 2000, disponible en www.academia.edu.

Francis Salazar, Susan, "Hacia una caracterización del docente universitario "excelente": una revisión a los aportes de la investigación sobre el desempeño del docente universitario", *Revista Educación* 30 (1), 31-49, ISSN: 0379-7082, 2006.

IESALC - UNESCO, "Estudio sobre la repitencia y deserción en la educación superior chilena", 2005, disponible en www.iesalc.unesco.org.ve.

Lizardo de Álvarez, Sandra, "Los buenos "profes". La calidad del docente universitario desde la perspectiva de los estudiantes", 2008, disponible en www.human.ula.ve/doctoradoeducacion/investigacion/tesis.php.

Martínez, María; García, Begoña; Quintanal, José, "El perfil del profesor universitario de calidad desde la perspectiva del alumnado", *Educación XX1*. 9, 183-198, 2006.

UNESCO, Debate temático "La formación del personal de la educación superior: una misión permanente", 1998, disponible en www.unesco.org.

Liquidación de una sociedad mercantil

MARÍA FERNANDA JUPPET EWING

Abogado.

DECANA UNIVERSIDAD UNIACC.

Magíster en Derecho de la Empresa,

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.

MBA con mención en fundaciones,

UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA.

LL.M. (Magíster en Derecho),

UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA, BERKELEY, US.

Profesora de Derecho, Economía y Mercado,

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.

Profesora de Derecho Comercial,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE.

RESUMEN: Este artículo busca explicar la institución de la liquidación de una sociedad comercial, tanto en cuanto operación mercantil, como asimismo la naturaleza jurídica del liquidador de una sociedad comercial. Diferenciándola de la partición de sociedades civiles. Identificando claramente sus obligaciones y responsabilidad.

Introducción

Una temática que suele generar ciertas confusiones dentro del derecho comercial es la liquidación de las sociedades mercantiles, dado su puntual tratamiento tanto en el Código de Comercio como en la doctrina. El presente artículo busca abordar este problema desde las sociedades colectivas, y, por interpretación, a aquellas sociedades que utilizan su normativa en forma supletoria. En caso alguno es de interés de este artículo el analizar la liquidación de las sociedades anónimas.

Habiendo expresado lo anterior, es importante comenzar indicando que el proceso de término de una sociedad, tanto mercantil como civil, consta de dos etapas. La mayor parte de la doctrina distingue entre: la disolución, y el término de las operaciones de la persona jurídica. En el caso de las sociedades civiles la segunda etapa se denomina partición; en las sociedades mercantiles, liquidación.

La disolución puede ser definida como un proceso en virtud del cual “la sociedad sigue subsistiendo con su misma personalidad jurídica, pero padece una modificación de su fin o actividad, pues abandona la explotación empresarial de su objeto social para dedicarse a una actividad meramente conservativa y liquidatoria”¹.

De tal manera, podríamos indicar que la disolución es a las personas jurídicas como lo es la muerte a las personas naturales. Una vez que ocurre, cesan en sus relaciones jurídicas, aun cuando los efectos de dichas relaciones jurídicas puedan subsistir en el tiempo.

La segunda etapa, de partición o liquidación, según corresponda, es un proceso que tiene por finalidad poner término a las relaciones jurídicas en ejecución, pagar a los acreedores de la sociedad, cobrar saldos insolutos a los deudores, y, finalmente, en caso de que quede un remanente de capital, repartir dichos dineros, denominados “cuota de liquidación”, entre los socios.

De tal manera, todas las sociedades terminan necesariamente con la disolución de la sociedad. Las sociedades mercantiles, tanto colectivas como de responsabilidad limitada, hacen suyas las causales de liquidación del Código Civil, como lo indica el artículo 407 del Código de Comercio².

Como hemos indicado, una vez disuelta la sociedad, es necesario pasar a la segunda etapa del término de las sociedades. En el caso de las sociedades civiles, será la partición de bienes a través de un juez árbitro, y en el caso de las sociedades mercantiles comenzará el proceso de liquidación. Como indica claramente el artículo 408 del Código de Comercio al señalar:

“Art. 408. Código de Comercio. Disuelta la sociedad, se procederá a la liquidación por la persona que al efecto haya sido nombrada en la escritura social o en la disolución.”

La liquidación como operación comercial

Es importante comprender que, ante todo, el proceso de liquidación es una operación comercial, dado que consiste en una serie de actos jurídicos mercantiles, tendientes a un objetivo común, cual es poner fin a las actividades comerciales de la sociedad en proceso de liquidación.

¹ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: “La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles”; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 503.

² Art. 407. Código de Comercio. “La sociedad colectiva se disuelve por los modos que determina el Código Civil”.

En opinión de Iglesias y García de Enterría, este proceso consta de dos finalidades, la satisfacción de los acreedores de la sociedad y la repartición del saldo entre los socios, al indicar que: “La liquidación de la sociedad disuelta comprende la realización de las operaciones necesarias para satisfacer íntegramente a los acreedores sociales y, en su caso, repartir el patrimonio resultante entre los socios, al objeto de conseguir así la extinción de la propia sociedad”³.

Pero la definición antes indicada no es completamente ajustada a la realidad, dado que se centra en las últimas dos obligaciones que reconoceremos al liquidador, el cumplimiento de las deudas sociales y la repartición entre los socios del remanente. Antes de llegar hasta esa etapa, el liquidador debe cumplir con otras obligaciones, siendo la más importante la finalización de las operaciones pendientes, es decir, dar cumplimiento a todas las obligaciones y relaciones jurídicas a que se haya dado origen dentro de la vida de la sociedad disuelta⁴.

Es en razón de lo anterior, que cobra tanta importancia la frase “poner fin a las operaciones pendientes”, que aparece como un antecedente a las obligaciones del liquidador en prácticamente toda la doctrina, nacional y comparada, disponible en este tema.

De tal manera, resulta posible estar de acuerdo con el concepto del proceso de liquidación que realiza el profesor don Osvaldo Contreras Strauch, cuando la define reconociendo la complejidad de esta institución jurídica, indicando que: “La liquidación es una institución jurídica que consiste en una serie o conjunto de actos cuya última finalidad consiste en poner término definitivo a las operaciones de una sociedad que ha incurrido en una causal de disolución. Por lo tanto, comprende la terminación de las operaciones pendientes, la realización o liquidación de sus bienes, el pago de los acreedores por las deudas pendientes y el reparto del saldo, si quedare, a los socios, según su porcentaje en el interés social”⁵.

Nombramiento del liquidador

Para efectos del nombramiento del liquidador, éste podrá tener variados orígenes: En primer lugar, el liquidador pudiera haber sido nombrado con ante-

³ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: “La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles”; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 513.

⁴ “La liquidación es la finalización de las operaciones pendientes, tendiente a pagar el pasivo y terminar distribuyendo el activo remanente”. Escuti, Ignacio A; *Sociedades: Comerciales. Cooperativas. Civiles. Agrupaciones*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Ciudad de Buenos Aires, 2006. Página 115.

⁵ Contreras Estrauch, Osvaldo: *Instituciones de Derecho Comercial*, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, año 2011, página 469.

rioridad al término de la sociedad en los estatutos de la sociedad. En segundo lugar, y tras la disolución puede haber sido nombrado por medio del acuerdo unánime de los socios. En tercer lugar, en caso de desacuerdo entre los socios, puede ser nombrado por el juez civil competente. Y, finalmente, en caso de que exista unanimidad entre los socios, es posible realizar esta liquidación de común acuerdo.

No existe obligación de que el nombramiento del liquidador recaiga en uno de los socios, sino que se permite claramente por el Código de Comercio, en su artículo 409 inciso segundo, que la designación pueda recaer en un tercero extraño a la sociedad⁶.

La legislación chilena respeta plenamente la libertad de los socios para la realización de este nombramiento, sólo autorizando en subsidio el nombramiento judicial. Con todo, en este punto diferimos de la legislación española, la que permite a los administradores mutar en su calidad pasando a ser liquidadores en caso de disolución de la sociedad, sólo evitándose dicho nombramiento mediante prohibición expresa de los estatutos⁷.

Es más, en mi opinión, esta pudiera ser la vía más recomendable, dado que un tercero extraño podrá cumplir con las obligaciones de auditoría con mayor objetividad, resguardando en mejor medida la fe pública que viene asociada al proceso de liquidación.

Es importante considerar que no sólo los intereses de los socios se encuentran en juego en este proceso, sino que los de los acreedores de la sociedad, dentro de los cuales se cuentan, entre otros, a los trabajadores de la ésta y al Fisco, lo que reviste especial importancia para efectos tributarios.

Del liquidador

Si bien la naturaleza jurídica del liquidador es única dentro de nuestra legislación, presenta una mayor semejanza con el factor de comercio o gerente, dado que se le ha encomendado la comisión de poner término a las operaciones de una sociedad comercial.

⁶ Art. 409 Código de Comercio. "Si en la escritura social o en la de disolución se hubiere acordado nombrar liquidador sin determinar la forma del nombramiento, se hará éste por unanimidad de los socios, y en caso de desacuerdo, por el juzgado de comercio.

El nombramiento puede recaer en uno de los socios o en un extraño.

Sólo en el caso de hallarse todos conformes, podrán encargarse los socios de hacer la liquidación colectivamente".

⁷ Grupo Wolters Kluwer; *Todo Sociedades Mercantiles*; Editorial Wolters Kluwer, Valencia, 2013, página 341.

Al igual que en el caso del gerente, el énfasis del encargo delegado en el liquidador está dado por la gestión de las actividades necesarias para poner término a la sociedad en proceso de liquidación, lo cual es explicado por Iglesias y De Enterría definiendo la institución de los liquidadores como: "Los liquidadores son el órgano de gestión y de representación de la sociedad disuelta, y ocupan una posición jurídica semejante a la de los administradores durante el período de la vida social activa"⁸.

La definición anterior es coincidente con la visión que presenta sobre esta institución el derecho mexicano, donde la ley de sociedades mercantiles, en su artículo 242 indica que: "la liquidación tendrá por objeto concluir las operaciones sociales pendientes, cobrar lo que se adeude a la sociedad y pagar lo que ella deba, vender los bienes sociales y practicar el reparto del haber o patrimonio social entre los socios. La liquidación culmina con la cancelación de la inscripción del contrato social, con lo cual la sociedad queda extinguida".

Nuestro Código de Comercio, por su parte, también hace referencia a la naturaleza jurídica del liquidador, pero se limita a hacer hincapié en sus responsabilidades más que en su encargo o sus obligaciones, al ordenar:

"Art. 410 Código de Comercio. El liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad y, como tal, deberá conformarse escrupulosamente con las reglas que le trazare su título y responder a los socios de los perjuicios que les resulten de sus operaciones dolosas o culpables".

De tal manera, debemos indicar que el liquidador se parece sobremanera al administrador, pero el encargo de cada uno de ellos difiere radicalmente. Mientras el administrador está llamado a realizar todas las gestiones que sean necesarias para que la sociedad prospere, el liquidador debe realizar las gestiones que correspondan para poner fin a las operaciones mercantiles de una sociedad comercial. En otras palabras, "el liquidador es el equivalente al administrador, pero la finalidad de su nombramiento no es realizar el objeto social, sino liquidar la sociedad"⁹.

Es así como en todo aquello que la ley y las partes no hayan acordado respecto de las facultades del liquidador para cumplir con su encargo, le serán aplicables las normas del mandato en todo aquello que resulte procedente.

Con todo, debemos tener cuidado en torno a la selección de las normas que resulten aplicables desde el mandato a los liquidadores, dado que el encargo al que se encuentra sujeto el liquidador corresponde a una comisión, más que a

⁸ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: "La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles"; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, p. 513.

⁹ Escuti, Ignacio A.; *Sociedades: Comerciales. Cooperativas. Civiles. Agrupaciones*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Ciudad de Buenos Aires, 2006, p. 115

un mandato, dado que no se refiere a una orden general de administración, sino que a un encargo específico, cual es el poner fin a las actividades de la sociedad.

De tal manera, el liquidador no podrá hacer aplicables normas del mandato que le permitan gestionar nuevos negocios, porque excedería el encargo que la ley, y la sociedad en liquidación, le han encomendado cumplir. En otras palabras: "al margen de las diferencias que puedan existir entre ambos órganos por causa de la diversa situación de la sociedad que gestionan, la similitud sustancial de sus respectivas funciones permite extender el régimen legal de los administradores a los liquidadores, en todo aquello que no se encuentre expresamente previsto y que no sea incompatible con su especial naturaleza"¹⁰.

Con la finalidad de permitir al liquidador cumplir adecuadamente con su encargo, es el Código de Comercio quien le otorga el poder de representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad:

"Art. 416 Código de Comercio. Los liquidadores representan en juicio activa y pasivamente a los asociados".

La comprensión de esta facultad de representación debe realizarse en forma amplia, con la mera limitación de que los actos ejecutados por el liquidador deben tender al cierre de la sociedad mercantil, la realización de su activo, el pago de sus obligaciones, y, finalmente, la repartición del saldo positivo, si es que lo hubiere, entre los socios. Es así como: "Esta representación legal –similar a la que corresponde a los administradores– implica que los liquidadores deben considerarse investidos de las más amplias facultades representativas para la realización de todos los actos que sean precisos para el desarrollo de las operaciones de liquidación"¹¹.

Dentro de las potestades de representación del liquidador, adquiere relevancia la posición que toma respecto de las relaciones jurídicas que entable la sociedad en proceso de liquidación frente a los terceros, dado que el liquidador puede obligar a la sociedad en proceso de liquidación mientras que las obligaciones a las que dé origen tengan por finalidad poner término a las operaciones de la sociedad mercantil. De tal manera, "... cabe entender incluso que la sociedad quedará obligada frente a los terceros de buena fe por los actos de los liquidadores que excedan de su ámbito de representación"¹².

¹⁰ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: "La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles"; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 514.

¹¹ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: "La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles"; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 516.

¹² Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: "La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles"; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 516.

Lo anterior no debe sorprendernos, al considerar que al liquidador le resultan aplicables las normas del mandato y del factor de comercio en todo aquello en que sean concordantes con la naturaleza jurídica del liquidador. Al respecto resultan plenamente aplicables las normas de los artículos 328 y 329 del Código de Comercio, que se refieren a las actuaciones de los gerentes o factores en representación de un tercero más allá de lo dispuesto por su mandato, cuando nada dice el pacto social respecto de las funciones del liquidador, en este caso, el liquidador actúa en representación de la sociedad en liquidación.¹³

Personalidad jurídica de la sociedad en liquidación

Si bien es cierto que la sociedad mercantil en proceso de liquidación debe tender a la realización de actos jurídicos tendientes a poner término a su existencia, no es menos cierto que la personalidad jurídica de la sociedad perdura mientras se mantenga en dicho proceso. Por tanto, el liquidador contratará a nombre de la sociedad en liquidación para dar cumplimiento a su encargo.

Siguiendo a Escuti en esta materia, es posible señalar que: “La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto, y se rige por las normas correspondientes a su tipo, en cuanto sean compatibles”¹⁴.

Esta subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad, si bien corresponde a una ficción, le permite cumplir con el mandato prescrito por el Código de Comercio en el sentido de realizar los activos de la sociedad para poder cumplir con sus obligaciones hacia terceros, y, en caso de ser posible, de sus socios. En palabras de Martorell: “La subsistencia de la “organización” interna del ente que deberá atravesar la etapa liquidatoria, el que seguirá gozando de una capacidad jurídica plena aunque menguada por hallarse circunscripta legalmente a todo lo que hace a liquidar, esto es, a efectivizar o hacer “líquidos” sus activos y cancelar sus pasivos”¹⁵.

¹³ Art. 328. “Los factores o dependientes que obraren en su propio nombre quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que ajustaren; pero se entenderá que los han ajustado por cuenta de sus comitentes en los casos siguientes:

1° Cuando tal contrato corresponda al giro ordinario del establecimiento que administran;

2° Si hubiere sido celebrado por orden del comitente, aun cuando no esté comprendido en el giro ordinario del establecimiento;

3° Si el comitente hubiere ratificado expresa o tácitamente el contrato, aun cuando se haya celebrado sin su orden.

4° Si el resultado de la negociación se hubiere convertido en provecho del comitente.

Art. 329. En cualquiera de los casos enumerados en el anterior artículo los terceros que contrataren con un factor o dependiente pueden, a su elección, dirigir sus acciones contra éstos o contra sus comitentes, pero no contra ambos”.

¹⁴ Escuti, Ignacio A.; *Sociedades: Comerciales. Cooperativas. Civiles. Agrupaciones*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Ciudad de Buenos Aires, 2006. Página 115.

¹⁵ Martorell, Ernesto Eduardo: *Tratado de las sociedades comerciales y los grupos económicos*, Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, 2010, Buenos Aires, página 709.

Autonomía privada de las partes durante el proceso de liquidación

Si bien es cierto que el Derecho Comercial corresponde a una de las ramas del Derecho Privado por esencia, y, por ende, tanto la libertad contractual como el principio de autonomía privada de la voluntad resultan soberanos para gobernar las relaciones jurídicas entre las partes, lo anterior no obsta a que ocasionalmente nos encontremos con instituciones que tienen por finalidad velar por la buena fe del mercado, y, en dichos momentos, saltan a la vista ciertas normas de orden público que dotan a dicha regulación de una protección que impide a las partes modificar su carácter. La institución de la liquidación en las sociedades mercantiles es una de dichas instituciones.

De tal manera, es posible aplicar las normas del Código de Comercio para las sociedades civiles, seguimos al profesor Puelma cuando indica que: "... Sin embargo, no existe inconveniente que por la vía del pacto se aplique el procedimiento de liquidación mercantil a la sociedad civil"¹⁶.

Pero, en razón de las normas de orden público que rodean la institución de la liquidación, no es posible aplicar extensivamente las normas del Código Civil a las sociedades mercantiles, dado que cualquier pacto en tal sentido tendería a desnaturalizar la institución del liquidador, convirtiéndolo en un juez partidor en vez de un administrador en proceso de cierre, en tal sentido Puelma indica que: "Tampoco las partes pueden, legítimamente, privar al liquidador de las facultades y obligaciones que la ley impone mediante normas de orden público"¹⁷.

Siguiendo la misma línea argumental, las partes sólo podrían complementar las normas otorgadas por el Código de Comercio en esta materia, y en caso alguno podrían restringir sus potestades legales en el proceso de liquidación. Cualquier pacto en contrario, incluso contando con la unanimidad de los socios de la sociedad en liquidación, adolecería de nulidad absoluta: "Tampoco tendrían validez cláusulas o acuerdos que impidan la representación judicial activa o pasiva de cualquier liquidador, que establece el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil. Creemos que la representación legal obligatoria, en materia judicial, de todo liquidador actuando individualmente, la establece el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, pues el liquidador es un administrador de una sociedad comercial"¹⁸.

Lo anterior no es sino razonable en el entendido que no podría modificarse la naturaleza jurídica del liquidador para convertirlo en un juez partidor, dado

¹⁶ Puelma Acorsí, Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001. Página 434

¹⁷ Puelma Acorsí, Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001. Página 436.

¹⁸ Puelma Acorsí, Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001. Página 436.

que tanto en su encargo como en el procedimiento que utilizan para cumplirlo, ambas instituciones son diametralmente opuestas. "El partidador es un juez, que actúa a petición de las partes dictando resoluciones. El liquidador es un administrador, representante de la sociedad, que debe cumplir su cometido, sin necesidad de requerimientos ulteriores de las partes"¹⁹.

Con todo, es necesario aclarar, que parte de la doctrina comparada enuncia un cierto proceso de "partición" al interior de la liquidación de las sociedades mercantiles, pero la naturaleza jurídica de este acto no es jurisdiccional, sino que se refiere a la distribución de los recursos resultantes de la realización de activos tras el pago de los pasivos, que se realiza en favor de los socios. Martorell define esta etapa indicando: "La partición, que es una etapa que podrá o no darse en la realidad de los hechos, puesto que, consistiendo en la distribución del remanente patrimonial entre los socios en función de su participación en el capital social y/o de lo dispuesto estatutariamente, sólo podrá llevarse a cabo si han quedado recursos (léase metálico y/o bienes) para conformar la denominada "cuota liquidatoria"²⁰.

Finalmente, es importante recalcar que la naturaleza del liquidador jamás será jurisdiccional, dado que su encargo está dado por la ley, al enumerar en el artículo 413 del Código de Comercio²¹ las obligaciones mínimas que el liquidador debe cumplir dentro del proceso de liquidación.

De la mera lectura del artículo 413, es posible colegir que: "El liquidador no tiene el carácter de juez. Es un representante o administrador de la sociedad, en liquidación, que actúa extrajudicialmente, sin forma de juicio. Su labor es liquidar o enajenar el activo y pagar el pasivo, para posteriormente repartir el remanente entre los socios"²².

¹⁹ Puelma Acorsi, Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001. Página 438.

²⁰ Martorell, Ernesto Eduardo: *Tratado de las sociedades comerciales y los grupos económicos, Tomo II*, Editorial Abeledo Perrot, 2010, Buenos Aires, página 707.

²¹ Art. 413 Código de Comercio. Aparte de los deberes que su título imponga al liquidador, estará obligado: 1° A formar inventario, al tomar posesión de su cargo, de todas las existencias y deudas de cualquiera naturaleza que sean, de los libros, correspondencia y papeles de la sociedad; 2° A continuar y concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución; 3° A exigir la cuenta de su administración a los gerentes o cualquiera otro que haya manejado intereses de la sociedad; 4° A liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros y con cada uno de los socios; 5° A cobrar los créditos activos, percibir su importe y otorgar los correspondientes finiquitos; 6° A vender las mercaderías y los muebles e inmuebles de la sociedad, aun cuando haya algún menor entre los socios, con tal que no sean destinados por éstos a ser divididos en especie; 7° A presentar estados de la liquidación cuando los socios lo exijan; 8° A rendir al fin de la liquidación una cuenta general de su administración.

Si el liquidador fuere el mismo gerente de la sociedad extinguida, deberá presentar en esa época la cuenta de su gestión..

²² Puelma Acorsi, Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001. Página 437.

Obligaciones del liquidador

En primer lugar, y antes de revisar en detalle las obligaciones del liquidador en razón de lo dispuesto en el artículo 413 del Código de Comercio, existe una obligación previa que es importante mencionar. A fin de que el nombramiento del liquidador les sea oponible a terceros interesados en el proceso de liquidación, es importante realizar la inscripción del nombramiento del liquidador en el Registro de Comercio.

Por tanto, aquella escritura pública en la cual los socios nombran al liquidador de la sociedad, o la resolución judicial (tras su certificación de ejecutoria) protocolizada que dé cuenta del mismo nombramiento, debe ser inscrita en el Registro de Comercio, como ordena el artículo 22 del Código de Comercio, al ordenar que:

“Art. 22. En el registro del comercio se tomará razón en extracto y por orden de números y fechas de los siguientes documentos:

4° De las escrituras de sociedad, sea ésta colectiva, en comandita o anónima, y de las en que los socios nombren gerente de la sociedad en liquidación”.

Lo anterior es de suyo razonable, en consideración a que la naturaleza jurídica del liquidador de la Sociedad Comercial es la de administrador durante el proceso de cierre de los negocios de la misma, y, por ende, se encuentra obligado a cumplir con las obligaciones de los mandatarios, quienes de acuerdo al artículo 22 N°5 del Código de Comercio, también están obligados a realizar dicha inscripción en el Registro de Comercio²³.

Una vez inscrito el extracto de la escritura de nombramiento del liquidador, en caso de que se haya nombrado de común acuerdo por los socios, o de la protocolización del nombramiento judicial, según corresponda, comenzará la labor del liquidador como administrador de la sociedad. Con la finalidad de encontrar las potestades y limitaciones a las que se encuentra sujeto, deberemos clasificar las obligaciones del liquidador en dos: En primer lugar, las obligaciones que le imponen los socios, y, en segundo lugar, aquellas obligaciones que le impone la ley.

a) Obligaciones que le imponen los socios

Las obligaciones que le imponen los socios al liquidador surgen de dos fuentes normativas de derecho privado. La escritura de constitución de la sociedad

²³ “Art. 22, Código de Comercio: En el registro del comercio se tomará razón en extracto y por orden de números y fechas de los siguientes documentos:

5° De los poderes que los comerciantes otorgaren a sus factores o dependientes para la administración de sus negocios”.

en liquidación, y la escritura de nombramiento del liquidador en caso de que dicho nombramiento haya sido realizado de común acuerdo por los socios.

Con todo, es importante indicar que, como ya se ha señalado con anterioridad, las partes no son libres de regular a su antojo las actuaciones del liquidador, al ser éste una institución de orden público, "... los socios sólo pueden ampliar las facultades legales del liquidador; o regular su ejercicio, pero no pueden privarle o suprimir sus facultades legales"²⁴.

Lo anterior, en opinión del profesor Puelma, tiene su razón en el interés social existente en el resultado de la liquidación, entendiéndose por interés social aquel que corresponde a la sociedad toda, y no sólo a los dueños de los derechos sociales sobre la sociedad en liquidación, a saber: "... la liquidación no es un asunto del mero interés de los socios, sino que también puede haber interés de terceros comprometido, por ejemplo, terceros acreedores, avalistas o fiadores de la sociedad en liquidación o terceros contratantes con ella"²⁵.

b) Obligaciones legales

Las obligaciones legales a las que se encuentra sujeto el liquidador están en su mayoría enumeradas en el artículo 413 del Código de Comercio, pero éstas obligaciones deben ser complementadas con aquellas reguladas en el Título VI del Código de Comercio, que trata sobre el mandato comercial, dado que en razón de lo dispuesto por el artículo 410 del Código de Comercio también dichas normas resultan aplicables en todo aquello en que no contradigan a la naturaleza jurídica del liquidador.

De tal manera, es posible señalar, que la norma más relevante en relación a las actuaciones mínimas que deben ser realizadas por el liquidador está dada por los ocho numerales del artículo 413 del Código de Comercio:

"Art. 413 Código de Comercio. Aparte de los deberes que su título imponga al liquidador, estará obligado:

1° A formar inventario, al tomar posesión de su cargo, de todas las existencias y deudas de cualquiera naturaleza que sean, de los libros, correspondencia y papeles de la sociedad;

2° A continuar y concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución;

²⁴ Puelma Acorsi, Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001. Página 441.

²⁵ Puelma Acorsi, Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001. Página 441.

3° A exigir la cuenta de su administración a los gerentes o cualquiera otro que haya manejado intereses de la sociedad;

4° A liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros y con cada uno de los socios;

5° A cobrar los créditos activos, percibir su importe y otorgar los correspondientes finiquitos;

6° A vender las mercaderías y los muebles e inmuebles de la sociedad, aun cuando haya algún menor entre los socios, con tal que no sean destinados por éstos a ser divididos en especie;

7° A presentar estados de la liquidación cuando los socios lo exijan;

8° A rendir al fin de la liquidación una cuenta general de su administración.

Si el liquidador fuere el mismo gerente de la sociedad extinguida, deberá presentar en esa época la cuenta de su gestión”.

De la mera lectura del artículo en comento es posible llegar a la conclusión que efectivamente los liquidadores, en su naturaleza jurídica, se asemejan más a los administradores de una sociedad colectiva antes que al juez partidor de la sociedad civil. Es más, “... sus funciones son exactamente iguales a las de los administradores, más allá de la finalidad societaria en esta etapa”²⁶.

El único viso de diferencia estará dado por la finalidad última de la sociedad mercantil que será administrada por el liquidador, en este caso, el término definitivo de las operaciones comerciales de la entidad. “El funcionamiento de la sociedad en liquidación presenta un matiz, que también es bastante complicado de analizar, porque se está hablando de que se cambia la finalidad productiva en teoría, se deja de tener una orientación hacia la producción y se pasa a una orientación hacia la extinción, pero en muchos casos es una extinción que va cabalgando sobre una actividad productiva remanente, sobre las operaciones pendientes”²⁷.

De tal manera, es posible dividir las actuaciones del liquidador tras su nombramiento, para efectos didácticos, en dos etapas: Finiquitar las operaciones pendientes y realización de los bienes sociales.

²⁶ Escuti, Ignacio A.; *Sociedades: Comerciales. Cooperativas. Civiles. Agrupaciones*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Ciudad de Buenos Aires, 2006. Página 115.

²⁷ Escuti, Ignacio A.; *Sociedades: Comerciales. Cooperativas. Civiles. Agrupaciones*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Ciudad de Buenos Aires, 2006. Página 116.

1) Finiquitar las operaciones pendientes

Debemos recordar que las actuaciones de las entidades mercantiles son esencialmente rápidas, en razón de la naturaleza ágil del comercio. Debido al dinamismo de las relaciones comerciales, aun cuando los socios de una organización tuvieran en miras la posibilidad de su liquidación, no sería razonable la paralización de las actividades de la sociedad en el tiempo intermedio entre la gestación de la decisión de solicitar judicialmente la disolución de la sociedad, y la interposición de dicho requerimiento.

Asimismo, en la vida contractual existen operaciones comerciales de largo aliento, que pueden subsistir por años, y que implican obligaciones latas en el tiempo, que deben ser respetadas en razón de la seguridad jurídica.

Por tanto, en una primera etapa, el liquidador actúa como administrador de la sociedad mercantil en cierre respetando los actos jurídicos suscritos con anterioridad al acaecimiento de la causal de disolución.

Es más, debe respetar aquellos actos jurídicos celebrados por el administrador de la sociedad con terceros de buena fe, aun en el tiempo intermedio anterior a la resolución ejecutoriada que declara la disolución de la sociedad. Lo anterior no obsta a que en caso que corresponda, el liquidador siga las acciones que procedan en contra del administrador que hubiera obrado en perjuicio de la sociedad con la intención de dilatar el proceso de liquidación.

Así, el liquidador "... debe ejecutar los actos a los que la sociedad se comprometió mientras estaba vigente, por lo que el liquidador tiene naturalmente las facultades para llevar a término los actos que tiendan directamente al cumplimiento de su encargo, que es la liquidación"²⁸.

2) Realización de los bienes sociales

En segundo lugar, y en la medida de lo posible, en forma paralela en el tiempo, el liquidador debe proceder a la realización de los bienes sociales, para dar cumplimiento a las obligaciones de la sociedad en liquidación con sus acreedores. Como asimismo ejecutar todas las acciones posibles que tengan por finalidad el poner término al giro de la sociedad en forma definitiva.

Así, y "en la medida que el liquidador vaya juntando dinero, debe proceder a solucionar las deudas sociales y, al efecto, pagará a los acreedores a medida de sus vencimientos; pondrá fin al contrato de trabajo de los obreros y empleados,

²⁸ Contreras Estrauch, Osvaldo: *Instituciones de Derecho Comercial*, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, año 2011, página 471.

pagando los correspondientes finiquitos, hasta que llegue el momento de una de dos situaciones: que se acaba el dinero alcanzando sólo a pagar a los acreedores y ni eso siquiera o, por el contrario, una vez pagadas todas las deudas, sobra dinero, caso en que el liquidador tiene que proceder a repartirlo entre los socios a prorrata de su participación en el interés social”²⁹.

Con todo, resulta necesario el analizar cada una de las obligaciones específicas impuestas por nuestro Código de Comercio al liquidador, con miras a aclarar mejor el sentido de la norma:

1) A formar inventario, al tomar posesión de su cargo, de todas las existencias y deudas de cualquiera naturaleza que sean, de los libros, correspondencia y papeles de la sociedad

Ante todo, es importante recalcar que la norma no exige solemnidad alguna en la facción del inventario, en razón de las características del derecho comercial. Debemos recordar que en el dinamismo de las actividades mercantiles la mayor parte de las solemnidades han sido eliminadas en el derecho mercantil, con miras a la búsqueda de celeridad y eficiencia en las relaciones comerciales. Por lo tanto, no es necesario que el inventario sea realizado ante notario.

Asimismo, debemos indicar que el énfasis otorgado por la doctrina respecto de las obligaciones indicadas en el número uno del artículo 413 del Código de Comercio no es compartido por esta docente, tanto en cuanto se centra en la importancia del inventario y deja de lado la relevancia de los libros de contabilidad.

Lo anterior no deja de ser trascendente, considerando que la única forma de conocer que tan fidedigno es el inventario realizado por el liquidador es al contrastarlo con los libros de contabilidad.

No resulta posible que el administrador de la sociedad se excuse en la inexistencia de los libros de contabilidad tras la liquidación, ya que como indica el Código de Comercio en su artículo 44, la obligación de conservar los libros de contabilidad no cesa hasta el término del proceso de liquidación:

“Art. 44. Los comerciantes deberán conservar los libros de su giro hasta que termine de todo punto la liquidación de sus negocios.
La misma obligación pesa sobre sus herederos”.

Finalmente en esta materia debemos recordar que, respecto de los libros de contabilidad en la liquidación de la sociedad mercantil, es posible que los tri-

²⁹ Contreras Estrauch, Osvaldo: *Instituciones de Derecho Comercial*, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, año 2011, página 471.

bunales civiles ordenen un reconocimiento general de los libros respecto de los socios indivisos:

“Art. 42. Los tribunales no pueden ordenar de oficio, ni a instancia de parte, la manifestación y reconocimiento general de los libros, salvo en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de las sociedades legales o convencionales y quiebras”.

Aun cuando el Código de Comercio lo omita, en mi opinión, al tiempo de la toma de posesión de los libros de contabilidad y facción de inventario, el liquidador asume en potestad el rol de administrador de la sociedad, y por tanto, se obliga a conservar su patrimonio.

Siguiendo a Iglesias y García De Enterría en esta materia, es necesario indicar, que: “Dado que los liquidadores reciben los bienes sociales con la finalidad de repartirlos entre los socios previa satisfacción de los acreedores, la primera obligación que les corresponde es la de velar por la integridad y conservación del patrimonio social durante el período de liquidación”³⁰.

Por tanto, las operaciones comerciales que forman parte integrante de la liquidación incluyen las obligaciones conservativas, como asimismo actuaciones orientadas a disponer de los bienes de la sociedad con miras a generar un remanente a repartir entre los socios tras el pago de las obligaciones jurídicas pendientes³¹.

Es posible inferir asimismo de la obligación de confección de inventario y toma de posesión de los libros de contabilidad, continúan los autores, indicando que es necesaria la confección no sólo de inventario, sino que de un balance inicial o de apertura de liquidación: “Este deber legal se manifiesta antes que nada en la obligación de los liquidadores de confeccionar un inventario y un balance inicial de la sociedad al tiempo de comenzar la liquidación. Mientras que el inventario tiene como finalidad establecer la relación de todos los bienes, valores y efectos que quedan confiados a los liquidadores, el balance –balance inicial o de apertura de liquidación– deberá reflejar la situación económica de la sociedad al inicio del período liquidatorio”³².

³⁰ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: “La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles”; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 517.

³¹ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: “La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles”; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 517.

³² Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: “La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles”; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 517.

Si bien es cierto que la confección de un balance en este momento de la liquidación pudiera parecer excesivo, no es menos cierto que la realización de una auditoría contable en este momento del proceso de liquidación permitiría al liquidador conocer la diligencia prestada por el administrador anterior en las gestiones de los negocios de la sociedad, facilitándole el reconocer la existencia de responsabilidades de terceros, sea por culpa o dolo, en la mala gestión de los negocios de la empresa. O, en el mejor de los casos, acreditando fehacientemente la inexistencia de dudas respecto de la gestión del administrador anterior.

Esta solicitud de una auditoría contable, por tanto, si bien no obedece a una norma legal, es de común uso en la práctica mercantil.

2) A continuar y concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución

La doctrina está conteste en comprender dentro de estas obligaciones todas aquellas operaciones pendientes al tiempo de la liquidación, que no hubieren sido terminadas al momento de la disolución de la sociedad, de manera que se cumpla un doble propósito: En primer lugar, que no se afecten derechos de terceros de buena fe, y, en segundo lugar, que la sociedad en liquidación obtenga los beneficios que correspondan en razón de los contratos pendientes de ejecución.

De tal manera, “los liquidadores deben concluir las operaciones iniciadas y no terminadas al tiempo de disolverse la sociedad, pues el hecho de que ésta entre en liquidación no interrumpe ni afecta de ningún modo a la ejecución y desarrollo de los contratos que estén en curso”³³.

3) A exigir la cuenta de su administración a los gerentes o cualquiera otro que haya manejado intereses de la sociedad

Como el mandato de los gerentes de la sociedad termina al momento del nombramiento del liquidador, será éste el llamado a solicitar la cuenta en razón del mandato de administración de la sociedad que se extingue.

Esta obligación, además de buscar un resguardo a favor de la sociedad, viene en proteger al liquidador de futuras responsabilidades, en razón de irregularidades que pudieran haber sido cometidas por el administrador durante la vigencia de su mandato.

³³ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: “La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles”; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 518.

4) A liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros y con cada uno de los socios;

Una vez que el liquidador tiene en su poder los libros de contabilidad, el inventario de los bienes de la sociedad y la cuenta del administrador, puede, con toda libertad, tener un conocimiento acabado respecto de los activos y pasivos de la sociedad, identificando con claridad las obligaciones pendientes.

En este momento se podrán identificar, entre otros, los créditos que los socios tengan en contra de la sociedad, hecho que reviste particular importancia en este momento de la liquidación, dado que, en principio, no deben realizarse reparticiones de dineros entre los socios hasta que se hubiere cumplido con todas las deudas de la sociedad.

Existen dos excepciones a esta regla, en primer lugar, el socio que concurre como acreedor de la sociedad, y, en segundo lugar, la repartición parcial del remanente en caso de asegurar el liquidador los fondos suficientes para cumplir con todas las obligaciones sociales.

Cuando los socios concurren como acreedores de la sociedad en liquidación, por un motivo diverso a los derechos que surgen del pacto social, se rigen por las normas generales aplicables a los pasivos de la sociedad, y, por lo tanto, es posible pagarlos dentro del proceso de liquidación en cuanto existan dineros disponibles para hacerlo.

Siguiendo a Puelma: "Los socios sólo tienen derecho al eventual remanente que resulte luego de pagado el pasivo social, sin perjuicio que la sociedad pueda tener deudas con el socio por motivos diversos del pacto social, que se rigen por las normas generales"³⁴.

En segundo lugar, los socios pueden recibir fondos durante la liquidación sólo de manera parcial, cuando dicho adelanto sea compatible con los acreedores de la sociedad. De acuerdo a De Pina Vara: "Ningún socio podrá exigir de los liquidadores la entrega total del haber que le corresponda; pero sí la parcial que sea compatible con los intereses de los acreedores de la sociedad, mientras no estén extinguidos sus créditos pasivos o se haya depositado su importe"³⁵.

Negri está de acuerdo con lo anterior, cumpliendo con el requisito de que las deudas sociales se encuentren debidamente garantizadas por el haber social: "En caso de que todas las obligaciones sociales estuvieren suficientemente

³⁴ Puelma Acorsi, Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001. Página 445.

³⁵ De Pina Vara, Rafael; *Derecho Mercantil Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2001, página 160.

garantizadas, el liquidador podrá hacer partición parcial de los activos líquidos que existieren”³⁶.

De tal manera la consignación del importe adeudado a los acreedores, o al menos la garantía de su pago se convertirá en un presupuesto básico para poder proceder con este anticipo en favor de los socios de la entidad en liquidación. En palabras de Iglesias y García de Enterría: “El principal presupuesto sustantivo para acordar este reparto, en todo caso, consiste en la necesidad de satisfacer previamente a todos los acreedores o, cuando menos, de consignar o asegurar el importe de sus créditos, ya que sólo entonces existiría un verdadero remanente patrimonial de libre disposición”³⁷.

5) A cobrar los créditos activos, percibir su importe y otorgar los correspondientes finiquitos

En quinto lugar, el artículo 413 del Código de Comercio ordena al liquidador proceder al cobro de los créditos activos, percibir su importe y otorgar los correspondientes finiquitos. La finalidad de esta obligación es el convertir en líquidos los créditos que la sociedad posea en contra de terceros, con miras a asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales y mejorar la posición de los socios al momento de la repartición de activos.

De tal manera, la obligación de comparecer en juicio y concertar transacciones y arbitrajes: “Se trata de una manifestación de las facultades representativas de los liquidadores, que pueden tanto comparecer en juicio para la defensa de la sociedad como concertar transacciones y arbitrajes, cuando ello convenga a los intereses sociales y a los fines de la liquidación”³⁸.

Es importante recalcar que las atribuciones del liquidador son amplias en este aspecto, dado que podrá utilizar todos los medios que el derecho ofrece, como indican los autores antes citados al señalar: “Con el fin de formar la masa o patrimonio que será objeto de distribución entre los socios, los liquidadores deben proceder al cobro de los créditos que la sociedad tenga contra terceros, utilizando para ello todos los medios que el Derecho ofrece”³⁹. Así, es posible

³⁶ Negri, Carlos María; *Tratado teórico práctico de Instituciones de Derecho Privado y de Derecho Económico*. Ediciones Macchi, Buenos Aires, año 2000, página 443.

³⁷ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: “La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles”; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 522.

³⁸ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: “La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles”; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 519.

³⁹ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: “La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles”; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 513.

no sólo utilizar la demanda judicial como vía lícita para realizar dichos cobros, sino que al ostentar la representación judicial y extrajudicial de la sociedad en liquidación, el liquidador podrá celebrar transacciones con los deudores para asegurar el pago de los créditos insolutos.

Asimismo, debemos señalar que es de común ocurrencia que los socios mantengan deudas con la sociedad en liquidación, para efectos legales, el Código no distingue un procedimiento especial para el cobro de dichas deudas. En nuestra opinión, el liquidador deberá realizar el cobro judicialmente en razón del mandato del artículo 413 número 5, a menos que medie una transacción entre el liquidador y el socio deudor con miras a extinguir por compensación la deuda existente, pagando con el remanente positivo que le tocara en la repartición de dineros provenientes de la enajenación de los activos de la sociedad, en caso de que los hubiere.

Si es que no hubiere dichos dineros, o el monto no fuera suficiente para cubrir las deudas sociales, el liquidador deberá demandar al socio deudor por el saldo insoluto, so pena de incurrir en responsabilidad respecto de los daños y perjuicios causados a la sociedad en liquidación (acreedores y socios no deudores) en razón de dicha omisión.

Nuestro Código de Comercio nos otorga un plazo especial de prescripción para las acciones contra los socios no liquidadores, al ordenar que:

“Art. 419. Código de Comercio. Todas las acciones contra los socios no liquidadores, sus herederos o causahabientes prescriben en cuatro años contados desde el día en que se disuelva la sociedad, siempre que la escritura social haya fijado su duración o la escritura de disolución haya sido inscrita conforme al artículo 354.

Si el crédito fuere condicional, la prescripción correrá desde el advenimiento de la condición”.

En directa relación con la obligación de cobro, el liquidador deberá ir pagando las deudas sociales que hubieren vencido, sin necesidad de aplicar un orden de prelación. “En conexión con esta labor de cobro, los liquidadores deben proceder también al pago de las deudas de la sociedad considerando que las mismas no sufren ninguna modificación –ni en su integridad o vencimiento– por el hecho de la liquidación. Cuando se trate de deudas vencidas, deberán satisfacerse por los liquidadores sin sujeción a orden ni prelación alguna, del mismo modo que durante el período de vida social activa”⁴⁰.

⁴⁰ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: “La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles”; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 518.

En caso de no hallarse vencidas, el pago deberá realizarse con consentimiento del acreedor, dado que no es posible obligar al acreedor mercantil a percibir el pago con anterioridad a la fecha de vencimiento de un crédito.

6) A vender las mercaderías y los muebles e inmuebles de la sociedad, aun cuando haya algún menor entre los socios, con tal que no sean destinados por éstos a ser divididos en especie

Asimismo, el liquidador está obligado a proceder a la venta de las mercaderías, muebles e inmuebles de la sociedad en liquidación, con miras a permitir el pago de las obligaciones de la sociedad. Para ello, “Los liquidadores ejercen la representación legal de la sociedad, hallándose facultados para realizar todos los actos necesarios para la realización del activo y cancelación del pasivo”⁴¹.

Esta potestad es de tal importancia que el legislador incluso exime al liquidador de la sociedad en liquidación de cumplir las solemnidades que el Código Civil impone para la venta de inmuebles de propiedad de menores.

Lo anterior se explica por dos razones. Primero, aun cuando existan bienes inmuebles dentro de los activos de la sociedad, el menor sólo es titular de sus derechos sociales, los cuales tienen naturaleza jurídica de bienes muebles, por lo que las solemnidades no tendrían aplicación en este caso.

Y, en segundo lugar, en razón del dinamismo de las relaciones comerciales, que hacen imposible el asumir el retardo que implicaría la solicitud de autorizaciones judiciales para realizar dichas enajenaciones. Dilaciones que perjudicarían tanto a los acreedores de la sociedad como a sus socios.

Esta potestad de enajenación que asiste al liquidador está dada por el legislador en forma amplia, de tal manera que: “La facultad de vender que tiene el liquidador la puede ejercer en todas las formas que la ley permite ventas de bienes. Acorde con ello, puede el liquidador vender todo el activo como una universalidad, y si es el caso, como un establecimiento de comercio”⁴².

Dentro de la liquidación de las sociedades mercantiles –al contrario de las sociedades civiles en las cuales prima la posibilidad de adjudicación de los bienes sociales en favor de los socios– todos los bienes del patrimonio social deberán ser realizados, con la finalidad de convertirlos en dinero efectivo y facilitar la repartición de los haberes entre los socios⁴³.

⁴¹ Negri, Carlos María; *Tratado teórico práctico de Instituciones de Derecho Privado y de Derecho Económico*. Ediciones Macchi, Buenos Aires, año 2000, página 442.

⁴² Puelma Acorsj, Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001. Página 444.

⁴³ Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: “La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles”; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España, página 519.

Es más, para el profesor Puelma, “La regla de oro en la partición incide en que el partidor, a falta de acuerdo entre las partes, debe adjudicar a los interesados la o las cosas comunes, si ellas admiten cómoda división. Por el contrario, el liquidador debe enajenar o vender los bienes y no puede realizar adjudicaciones salvo autorización estatutaria o acuerdo de los socios sobre el particular”⁴⁴.

Por ende, en caso de no existir disposición en los estatutos de la sociedad que autorice al liquidador a adjudicar bienes del activo social a los socios durante el proceso de liquidación, sólo podrá realizarse dicha adjudicación por medio del acuerdo unánime de los socios que lo autorice.

En tal sentido, se prohíbe por el Código de Comercio que los socios exijan la restitución de sus aportes antes de concluirse la liquidación de la sociedad, salvo que hayan aportado los bienes en usufructo:

“Art. 381 Código de Comercio. Los **socios no pueden exigir la restitución** de sus aportes antes de concluirse la liquidación de la sociedad, a menos que consistan en el usufructo de los objetos introducidos al fondo común”.

7) A presentar estados de la liquidación cuando los socios lo exijan

Si bien es cierto que los liquidadores asumen tras su nombramiento la administración de la sociedad en liquidación, no es menos cierto que los socios continúan siendo los dueños de la sociedad. A fin de que puedan verificar que el encargo encomendado al liquidador se esté realizando en la forma prevista por la ley y los estatutos de la sociedad, podrán solicitar al liquidador que presente estados de avance de sus gestiones, cuando los socios lo exijan.

Este deber de información es poco tratado en el derecho nacional, pero reviste bastante importancia en derecho comparado, como lo indica el artículo 104 de la ley N° 19.550 de la República Federal de Argentina, que regula a las sociedades comerciales: “Información periódica. Los liquidadores deberán informar a los socios, por lo menos trimestralmente, sobre el estado de la liquidación;...”.

De tal manera, resulta interesante el contraste en la técnica legislativa usada a este respecto, dado que en nuestro país la función de entrega de información del liquidador corresponde a una acción reactiva, mientras en el derecho argentino se grava al liquidador con la obligación de presentar la información sin necesidad de requerimiento previo por los socios.

⁴⁴ Puelma Acorsi Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001. Página 438.

8) A rendir al fin de la liquidación una cuenta general de su administración

Finalmente, como cualquier mandatario o comisionista, el liquidador se encuentra expresamente obligado a presentar una cuenta general de su administración.

Responsabilidades del liquidador

Como ya se ha indicado con anterioridad, cabe al liquidador la misma responsabilidad que al administrador de la sociedad, dado que se le aplican las mismas normas que a éste, en todo aquello que no se contravenga con la naturaleza misma de la institución del liquidador.

Aun cuando dentro de las obligaciones del liquidador puedan distinguirse con claridad, en opinión de Puelma "... aquellas que la ley le impone como representante de la sociedad, es decir, como administrador, de otras que le corresponden propiamente como liquidador"⁴⁵.

Un ejemplo bastante claro de dicha obligación está dado por el artículo 665 de la Ley de la Renta, el cual indica que:

Artículo 66, Decreto Ley N° 824, de 31 de diciembre de 1974.- Los síndicos, depositarios, interventores y demás personas que administren bienes o negocios de empresas, sociedades o cualquier otra persona jurídica deberán presentar la declaración jurada de estas personas en la misma forma que se requiere para dichas entidades. El impuesto adeudado sobre la base de la declaración prestada por el síndico, depositario, interventor o representante, será recaudado en la misma forma que si fuera cobrado a la persona jurídica de cuyos bienes tengan la custodia, administración o manejo.

Lo anterior es reafirmado por el profesor Contreras Strauch, quien señala que: "Mientras que el liquidador responde frente a los socios con la responsabilidad del mandatario, según el artículo 410 no tiene responsabilidad frente a terceros, que no sean las responsabilidades propias que contraiga en el ejercicio de su cargo, por la sencilla razón de que el liquidador no representa a los terceros ni a los socios: representa a la sociedad en liquidación"⁴⁶.

Respecto del particular, es importante recalcar que nuestra legislación sigue la misma línea que el derecho argentino, lo cual resulta de toda lógica, dado que, como lo indica Martorell: "Lo actuado por el legislador en tal sentido me

⁴⁵ Puelma Acorsi Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001. Página 440.

⁴⁶ Contreras Estrauch, Osvaldo; *Instituciones de Derecho Comercial*, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, año 2011, página 473.

parece de toda lógica, en tanto y en cuanto –reemplazando los liquidadores a los administradores corporativos en todo lo referido a la actividad de gestión (léase, el *day by day*), como a la representación de la sociedad– pasan a tener que ajustarse, precisamente a raíz de ello, a los deberes de lealtad y diligencia propios “del buen hombre de negocios” que les imponen a los directores de SA, gerentes de SRL y administradores de sociedades “de personas” los arts. 59 y ss. de la ley de sociedades comerciales. Y si éstos, por su culpa o dolo, se apartan de dichos parámetros, deberán responder ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”⁴⁷.

Si bien la ley chilena no nos da luces respecto de los actos que pudieran generar responsabilidad para el liquidador, Rafael De Pina nos indica que: “los liquidadores responden por los actos que ejecuten en exceso o con violación de los límites de su encargo”⁴⁸.

Y si bien es cierto que las facultades que la ley otorga al liquidador son amplias, el Código de Comercio también impone limitaciones al liquidador en su quehacer, las cuales dicen directa relación con la situación en la que se encuentra la empresa tras la disolución, el liquidador sólo podrá realizar aquellos actos que tiendan al término de las actividades comerciales de la sociedad. Lo anterior se desprende del artículo 411 del Código de Comercio, el cual prescribe que:

“Art. 411 Código de Comercio. No estando determinadas las facultades del liquidador, no podrá ejecutar otros actos y contratos que los que tiendan directamente al cumplimiento de su encargo.

En consecuencia, el liquidador no podrá constituir hipoteca, prendas o anticresis, ni tomar dinero a préstamo, ni comprar mercaderías para revender, ni endosar efectos de comercio, ni celebrar transacciones sobre los derechos sociales, ni sujetarlos a compromiso”.

Lo anterior, resulta de suyo razonable, en el entendido que la labor del liquidador como administrador de la sociedad es una tarea de orden público, dado que permite a los terceros que contrataron con la sociedad cierta certeza de las relaciones jurídicas preexistentes al momento de la disolución.

Conclusión

Es posible concluir de las ideas vertidas en este artículo que, si bien la institución de la liquidación de sociedades mercantiles es parte integrante de las normas

⁴⁷ Martorell, Ernesto Eduardo: *Tratado de las sociedades comerciales y los grupos económicos*, Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, 2010, Buenos Aires, página 751.

⁴⁸ De Pina Vara, Rafael: *Derecho Mercantil Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2001, página 159.

de derecho privado, no deja de ser indiscutible la naturaleza de orden público de las normas que la regulan, tanto en cuanto es posible afectar los intereses que terceros mantienen con la sociedad en proceso de liquidación.

Asimismo, me parece que sería deseable una mayor regulación en nuestro país respecto de las funciones del liquidador, de manera de facilitar la delimitación de su responsabilidad, tanto respecto de los socios, como de terceros interesados. Punto que en la legislación argentina se logra a través del deber de información del liquidador hacia los socios.

Finalmente, podría ser interesante recoger las obligaciones consignadas en la legislación mexicana respecto de los requisitos y características del balance a realizar por el liquidador al inicio de su encargo. Teniendo en consideración que la naturaleza jurídica del liquidador es la de un administrador, es decir, un comisionista encargado del cierre de las operaciones de la sociedad, y, por tanto, sus obligaciones exceden el ámbito de lo jurídico para internarse en la operatoria de la organización. De tal manera, resulta insuficiente la realización de un mero inventario y continuar con el balance de la compañía. Pudiendo, en mi opinión, resultar útil para el liquidador mismo el contar con un balance inicial que sirva de ruta para su encargo.

Bibliografía

Contreras Estrauch, Osvaldo: *Instituciones de Derecho Comercial*, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, año 2011.

De Pina Vara, Rafael: *Derecho Mercantil Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2001.

Escuti, Ignacio A.; *Sociedades: Comerciales. Cooperativas. Civiles. Agrupaciones*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Ciudad de Buenos Aires, 2006.

Grupo Wolters Kluwer; *Todo Sociedades Mercantiles*; Editorial Wolters Kluwer, Valencia, 2013.

Iglesias, Juan Luis; García de Enterría, Javier: "La disolución y liquidación de las sociedades mercantiles"; en *Lecciones de Derecho Mercantil*, Editorial Thomson, Sexta Edición, 2008, Madrid, España.

Martorell, Ernesto Eduardo: *Tratado de las sociedades comerciales y los grupos económicos*, Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, 2010, Buenos Aires.

Negri, Carlos María; *Tratado teórico práctico de Instituciones de Derecho Privado y de Derecho Económico*. Ediciones Macchi, Buenos Aires, año 2000.

Puelma Acorsi, Alvaro; *Sociedades: Tomo I*; Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición. 2001.



**Análisis
de
jurisprudencia**



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

La acción por interés general derivada de la Ley 19.496

ERIKA MARLENE ISLER SOTO

Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales,

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE;

Magíster en Derecho, mención Derecho Privado,

UNIVERSIDAD DE CHILE;

Magíster en Ciencia Jurídica, Doctor © en Derecho,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE;

Becaria Conicyt.

Profesora de Derecho Civil y Derecho del Consumidor,

UNIVERSIDAD BERNARDO O'HIGGINS;

Profesora de Derecho del Consumidor,

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL

1. Antecedentes del caso

En el año 2012, el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) interpuso una denuncia infraccional en contra de CMR Falabella, por rechazar la solicitud de apertura de una tarjeta de crédito a un consumidor, en razón de su avanzada edad –77 años–, aun cuando éste habría aportado antecedentes que acreditaban su solvencia económica.

En dicha oportunidad, el Sernac señaló que la denunciada habría infringido la garantía básica del consumidor a la no discriminación arbitraria (Art. 3 inciso 1° letra c LPDC), el derecho a conocer las condiciones objetivas que el proveedor establece para acceder al crédito (Art. 3 inciso 2° letra b LPDC) y además le habría provocado daño por una conducta negligente (Art. 23 LPDC).

Conociendo de esta causa, el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago no se refirió al fondo del asunto, sino que se declaró incompetente para conocerla, fundado en que la acción se debió haber interpuesto ante un Tribunal Ordinario y no en esta sede.

No obstante lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago decidió revocar la sentencia de primera instancia¹, determinando que el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago era competente para conocer la denuncia infraccional.

¹ *Sernac con CMR Falabella* (2013): C. Ap. Santiago, Ing. 626-2013, 2 de octubre de 2013, CL/JUR/2185/2013, que revoca 3 JPL Santiago, Rol 22.608-PCM-2012, 7 de noviembre de 2012.

2. Comentario: La acción por interés general derivada de la Ley 19.496

El conflicto jurídico en el supuesto planteado se produce en razón de la confusa redacción de las disposiciones de la Ley 19.496 (LPDC), la cual ha dado origen a múltiples discusiones interpretativas.

Al respecto se debe mencionar primeramente que el Art. 50 LPDC establece ciertas acciones de procedencia amplia –sancionatorias, de nulidad, cumplimiento forzado, cesación e indemnizatorias–, las cuales pueden ser ejercidas cuando se encuentren afectados cualquiera de los derechos de los consumidores. Con posterioridad, agrega dicha disposición que ello puede realizarse, a título individual o bien en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores, todos los cuales son definidos por la misma norma.

Por otra parte, el Art. 58 letra g) LPDC le otorga al Sernac la facultad de velar por el cumplimiento de las normas que regulen las relaciones de consumo, la que incluye la potestad de accionar en juicio, cuando se encuentren comprometidos los “intereses generales de los consumidores”.

De la lectura de las disposiciones señaladas surgen dos preguntas que no son resueltas expresamente por el legislador y que motivan las sentencias contradictorias dictadas en el caso que se comenta: ¿reconoce el legislador en el Art. 58 LPDC un interés adicional a los señalados y definidos en el Art. 50 LPDC? y de ser afirmativa la respuesta a tal interrogante, ¿la acción por vulneración del interés general de los consumidores es autónoma, o bien debe obligatoriamente enmarcarse en alguna de las hipótesis contempladas en el Art. 50 LPDC para que la Institucionalidad pueda accionar en juicio?

Al respecto, se han otorgado dos posibles soluciones, tal como reflejan los pronunciamientos de los Tribunales de primera y segunda instancia ya señalados.

2.1. Antecedentes históricos

El texto original de la LPDC otorgaba una competencia única a los Juzgados de Policía Local para conocer de las acciones que se derivaban de dicho cuerpo normativo (Art. 50 LPDC en su texto original). Adicionalmente, ya reconocía al Sernac la facultad de “denunciar las infracciones al tribunal competente y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores” (Art. 54 LPDC en su texto original).

No obstante lo anterior, no contemplaba este cuerpo legal regulación alguna sobre el interés vulnerado de los consumidores, lo cual se explica por cuanto establecía sólo un Tribunal competente y un procedimiento aplicable, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad.

En esta época, AIMONE distinguía entre el interés concreto y el difuso. El primero lo identificaba con el interés individual²; en tanto que el segundo –al que llamaba también abstracto– lo asociaba a aquel que correspondía a una generalidad de consumidores³. La legitimidad activa recaía en el consumidor y asociaciones de consumidores en el caso del interés concreto, en tanto que respecto del interés difuso únicamente en el Sernac⁴.

Con la entrada en vigencia de la Ley 19.955 en el año 2004 y la incorporación en la LPDC de los intereses supraindividuales⁵ –en sus modalidades colectivos y difusos–, el legislador se ve en la necesidad de definir cada uno de ellos, puesto que les otorga la función de determinar el tribunal competente y el procedimiento aplicable.

En efecto, la regla general que otorga competencia en estas materias a los Juzgados de Policía Local (Art. 50A inc. 1° LPDC) encuentra excepción en la vulneración del interés colectivo o difuso de los consumidores, en cuyo caso, serán competentes los Tribunales Ordinarios, que tramitarán la causa conforme al procedimiento especial consagrado en los Arts. 51 y siguientes de la misma ley (Art. 50A inc. 3° LPDC).

Se mantiene en la LPDC la referencia a los intereses generales de los consumidores, aunque queda definitivamente incorporado en el Art. 58 junto a las demás funciones y potestades del Servicio Nacional del Consumidor.

2.2. Sobre la autonomía de la acción por interés general

Tal como se adelantó, dos han sido las posibles respuestas que se han otorgado respecto de la autonomía de la acción por interés general derivada de la Ley 19.496.

² Cfr. AIMONE GIBSON, Enrique (1998): *Derecho de Protección del Consumidor* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur) p. 157.

³ Cfr. AIMONE GIBSON, Enrique (1998): *Derecho de Protección del Consumidor* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur) p. 171.

⁴ Cfr. AIMONE GIBSON, Enrique (1998): *Derecho de Protección del Consumidor* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur) p. 171.

⁵ Se ha definido a los intereses supraindividuales como aquellos que “recayendo sobre un mismo objeto jurídico tienen por titulares a una pluralidad de personas”, en FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (1998): “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones”, en *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión*, Facultad de Ingeniería y Ciencias Universidad de Chile, Vol. 1 N° 2, Santiago, pp. 125 y 126; MONTÓN, en tanto, estima que ellos trascienden o pueden trascender las particularidades para alcanzar la generalidad. MONTÓN GARCÍA, Lidón (2004): *Acciones colectivas y acciones de cesación* (Madrid, Instituto Nacional del Consumo), p. 8. En un sentido diverso POBLETE ITURRATE señala que el interés social es aquel que pertenece a un grupo o categoría y que se encontraría integrado por el colectivo y el difuso, en POBLETE ITURRATE, Orlando (2003): “Las acciones por intereses colectivos y difusos. Algunas consideraciones básicas”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año VII, N° 7, Santiago, p. 283. Respecto de los criterios para la calificación de un interés como supraindividual, ver AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006): “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 N° 1, pp. 76-78.

2.2.1. No existe una acción autónoma por vulneración del interés general de los consumidores.

Conforme a una primera línea de interpretación, la LPDC no consagra una acción autónoma por transgresión del interés general en su Art. 58, por lo que el Sernac, para poder denunciar una conducta, necesariamente deberá invocar la vulneración del interés colectivo o difuso de los consumidores, siendo competentes para conocer de la acción interpuesta los Tribunales Ordinarios, conforme al Art. 50 A inc. 3° LPDC.

Esta precisamente es la postura adoptada por el Tribunal de primera instancia en el caso que se comenta, puesto que en su concepto la LPDC reconocería sólo dos tipos de procedimientos: el procedimiento general, seguido ante los Juzgados de Policía Local y que resulta procedente cuando se encuentra comprometido el interés individual del consumidor; y un procedimiento especial aplicable a aquellos casos en que se invoque el interés supraindividual de los consumidores (considerando 12 de la sentencia de primera instancia).

Desde este punto de vista, fundamenta su incompetencia en que “toda acción promovida en defensa de un interés colectivo o difuso, es decir, con pluralidad de consumidores determinados o indeterminados, incluyendo por cierto aquellos a que se refiere Sernac cuando invoca los ‘intereses generales de los consumidores’, los que hace equivalentes a los que componen ‘la sociedad toda’, debe necesariamente tramitarse de acuerdo con el procedimiento y en el Tribunal que resulta competente, esto es, en la justicia ordinaria conforme se especifica en el Título IV de la Ley N° 19.496”⁶. Consideraciones similares había ya sostenido el mismo Tribunal con anterioridad, en distintas sentencias, que fueron posteriormente revocadas⁷.

Cabe mencionar igualmente un fallo de la Corte Suprema que sustenta esta tesis, dictado en la causa “Sernac con Instituto Profesional AIEP S.A.”⁸, iniciada a propósito de la publicidad emitida respecto del campo ocupacional de la carrera Perito Criminalista. En este caso, además, el ministro BALLESTEROS realizó la siguiente prevención: “la denuncia infraccional formulada en autos por el SERNAC (...) necesariamente ha de ajustarse a algunas de las acciones que previene la Ley N° 19.496, las cuales, de acuerdo a su artículo 50 inciso 3°, pueden formularse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de

⁶ *Sernac con CMR Falabella* (2012): 3 JPL Santiago, Rol 22.608-PCM-2012, 7 de noviembre de 2012, revocada por la C. Ap. Santiago, Ing. 626-2013, 2 de octubre de 2013, CL/JUR/2185/2013.

⁷ *Sernac con Feria Ticket* (2008): 3 JPL Santiago, Rol 17.391-Dio-08, 30 de octubre de 2008, revocada por C. Ap. Santiago, Ing. 148-09, 17 de marzo de 2009; *Sernac con Universidad de la República* (2008): 3 JPL Santiago, Rol 21.708-FGA-08, 13 de octubre de 2008, revocada por C. Ap. Santiago, Ing. 9940-08, 26 de noviembre de 2008; *Sernac con Universidad de la República* (2008): 3 JPL Santiago, Rol 22.179-08, 14 de octubre de 2008, revocada por la C. Ap. Santiago, Ing. 9939-08, 26 de noviembre de 2008.

⁸ *Sernac con Instituto Profesional AIEP S.A.* (2011): C. S., Ing. 4941-2011, 25 de agosto de 2011.

los consumidores. (...) En consecuencia, no existe en la legislación una cuarta categoría de acciones, como las de interés general que propone el Servicio Nacional del Consumidor, pues si bien el artículo 58 letra g) inciso 2° de la Ley N° 19.496 dispone que la facultad de dicho servicio de velar por el cumplimiento de normas establecidas en leyes especiales que digan relación con el consumidor, incluye la atribución de denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivos y de hacerse parte *en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores*, la misma norma indica expresamente que ello debe hacerse según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en esas leyes especiales”.

Ahora bien, esta postura resulta criticable puesto que llevaría a la necesaria conclusión de que el Servicio Nacional del Consumidor nunca podría accionar ante un Juzgado de Policía Local, por cuanto la exigencia de invocar la vulneración del interés colectivo o difuso de los consumidores implica que siempre será competente el Juez con competencia en lo civil. Así las cosas, una interpretación como la planteada niega una de las facultades más importantes que tiene nuestra Institucionalidad para tutelar los derechos del sujeto más débil de la relación de consumo, y disminuye aun más el campo de acción del Sernac.

Por otra parte, la gran cantidad de condenas dictadas por los Juzgados de Policía Local, a raíz de las denuncias interpuestas por el Servicio Nacional del Consumidor, dan cuenta del poco reconocimiento de nuestros Tribunales hacia esta línea de interpretación.

A mayor abundamiento, de seguirse esta tesis, no se explicaría que el legislador se hubiese preocupado de consagrar la legitimidad activa del Sernac en dos normas diferentes: Art. 58 respecto de los intereses generales de los consumidores y Art. 51 en el caso de los intereses colectivos o difusos, puesto que habría bastado con una de ellas.

Por otra parte, cabe señalar que la identificación entre el interés supraindividual y el general pudiera tener cabida en otros sistemas jurídicos⁹, en los que la determinación misma del primero se determina en razón de la vulneración de

⁹ De PÉREZ CORTÉS, María Jeanneret (2007): “La legitimación activa, el goce de los derechos y la vigencia del principio de juridicidad”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Cuestiones del Contencioso Administrativo* (Buenos Aires, LexisNexis Abeledo Perrot): p. 43: “Por la propia incidencia del derecho, es la pretensión la que –en esos casos– podrá ser indivisible en su concreción y llevará a que se hagan visibles los efectos expansivos o generales de la sentencia, en relación con todos los afectados. El ‘beneficio colectivo’ obedecerá, en ese supuesto, a la dimensión social de la afectación de los derechos e intereses –a su incidencia colectiva– y a la dimensión social, colectiva, del interés –general– también comprometido; pero no por ello aquellos derechos e intereses dejarán de ser individuales divisibles y mensurables, en relación con el objeto materia de su prestación, y equivalentes u homogéneos respecto de los distintos sujetos involucrados”; p. 40: “La incidencia colectiva del agravio y el interés público que se hace patente por el reconocimiento de una especial protección –a través de una legitimación que va más allá de la iniciativa particular– pueden considerarse características de los llamados derechos de incidencia colectiva”.

un bien público¹⁰, lo cual se encuentra expresamente descartado por el tenor literal del Art. 50 LPDC, que utiliza un criterio claramente cuantitativo para distinguir entre el interés individual, colectivo y difuso¹¹.

2.2.2. La acción por vulneración del interés general de los consumidores es autónoma

Conforme a una segunda corriente, el interés general es autónomo e independiente de aquellos establecidos en el Art. 50 LPC, por cuanto se determinan en razón de criterios diferentes, a saber: bien jurídico vulnerado y cantidad de consumidores afectados respectivamente.

En este sentido, explica GORDILLO: “debe tenerse cuidado en no confundir el derecho de incidencia colectiva, que pertenece a un grupo determinado de ciudadanos, aunque sea una categoría muy amplia (todos los discapacitados, todos los potenciales enfermos de fiebre hemorrágica, etc.), con el interés simple de la comunidad entera (...). El derecho de incidencia colectiva es una categoría más amplia que el derecho subjetivo y el interés legítimo, pero no tanto como el interés simple”¹².

Así las cosas, la acción protegerá el interés individual si ella se interpone “exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado”, en tanto que se invocará el interés supraindividual cuando persiga tutelar los derechos de un conjunto de ellos (Art. 50 LPDC).

Por el contrario, la calificación del interés general no dice relación con la cantidad de consumidores afectados (criterio cuantitativo), sino que con el bien jurídico protegido (criterio cualitativo). De esta manera, no se identifica con el

¹⁰ Sobre la utilización de un criterio cuantitativo o cualitativo para la calificación de los intereses supraindividuales: AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006): “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 N° 1; AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2010): “La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: Régimen en la Ley chilena de Protección del Consumidor”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 16 N° 1; POBLETE ITURRATE, Orlando (2003): “Las acciones por intereses colectivos y difusos. Algunas consideraciones básicas”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año VII, N° 7, Santiago; ROMERO SEGUEL, Alejandro (2003): “La incorporación de las acciones para la tutela del interés colectivo y difuso en la Ley de Protección al Consumidor”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año VII, N° 7, Santiago.

¹¹ Art. 50 inc. 3 a 6 LPDC: “El ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores.

Son de interés individual las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado.

Son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual.

Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos”.

¹² GORDILLO, Agustín (1998): *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Tomo 2 (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, tercera edición) p. III-17.

interés supraindividual, señalando la doctrina las siguientes diferencias: desde el punto de vista de su extensión, el interés supraindividual es más reducido que el general¹³; desde el punto de vista subjetivo, el interés supraindividual tiene un origen personal o individual –aunque refleje una posición compartida por un grupo de sujetos–, en tanto que el interés general tiene una trascendencia para la comunidad social –lo que justifica la intervención del Estado–¹⁴; el objeto principal de las acciones supraindividuales es la indemnización de perjuicios o la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, en tanto que la acción por interés general busca la sanción del proveedor¹⁵.

Ahora bien, es en razón de la utilización de un criterio diferente de distinción, que el legislador no incluyó esta categoría en el mismo Art. 50 LPDC, aunque se debe reconocer que hubiese resultado más conveniente que se hubiera referido expresamente a ambas clasificaciones.

Con todo, si bien la ley no ha definido el interés general, nuestra jurisprudencia lo ha conceptualizado como aquel que “protege a la sociedad toda”¹⁶. Para POBLETE, en tanto, se trataría de aquellos intereses “que conciernen a una colectividad de manera que aunque responden a la satisfacción de la necesidad que los explica, repercuten también en beneficio de las personas que integran la colectividad”¹⁷.

A modo enunciativo, se han mencionado las siguientes transgresiones de la LPDC como atentatorias en contra del interés general: la nulidad absoluta derivada de una cláusula abusiva¹⁸, algunas vulneraciones del Art. 23 LPC¹⁹ y la información de datos personales caducos en bancos de datos²⁰.

Por su parte JARA estima que estos intereses corresponden al consumidor concreto, esto es, aquel que ha intervenido de manera efectiva con el proveedor,

¹³ Cfr. CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2004): *El nuevo procedimiento regulado en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores* (Santiago, Editorial LexisNexis), p. 100.

¹⁴ CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2004): *El nuevo procedimiento regulado en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores* (Santiago, Editorial LexisNexis), p. 100.

¹⁵ Cfr. MOMBERG URIBE, Rodrigo (2011): “La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC) (Corte Suprema)” *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXIV N° 2, p. 244.

¹⁶ *Sernac con Aguas Magallanes* (2010): C. Ap. Punta Arenas, Ing. 3-2010, 19 de marzo de 2010.

¹⁷ POBLETE ITURRATE, Orlando (2003): “Las acciones por intereses colectivos y difusos. Algunas consideraciones básicas”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año VII, N° 7, Santiago, p. 283.

¹⁸ PIZARRO WILSON, Carlos (2013): “Art. 16 A”, en BARRIENTOS CAMUS, Francisca, Coord.: *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters), p. 353.

¹⁹ Respecto del Art. 23 inc. 2 LPC: “Es una obligación por tanto general más allá de la venta del pasaje o entrada en particular, que debiese fiscalizarse y perseguirse por Sernac en cuanto el ejercicio de su deber de proteger el interés general de los consumidores”, en GUERRERO BECAR, José Luis (2013): “Art. 23 inc. 2 LPC”, en BARRIENTOS CAMUS, Francisca, Coord.: *La protección de los derechos de los consumidores*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, p. 585.

²⁰ *Sernac con Credichile* (2008); 3 JPL Santiago, Rol 7973-07, 3 JPL Santiago, 29 de julio de 2008.

y a quien se otorgan ciertas garantías particulares, en general asociadas al incumplimiento de deberes por parte del proveedor²¹.

De acuerdo a lo anterior, es que los intereses generales de los consumidores reconocidos por el Art. 58 LPDC no se oponen a los intereses individuales, como erróneamente postula la tesis anterior, sino que a los particulares, entendidos como aquellos que son de "conveniencia de cada persona y que redundan en beneficio de esa persona exclusiva"²². Por tal razón, es que no se otorga al Estado (Sernac) su legitimidad activa, sino que se la restringe al consumidor afectado.

Así, por ejemplo, vulneraría el interés general del consumidor la muerte o afectación de la salud, tanto de un consumidor –amputación de una extremidad causada por la caída de una vitrina–, como de una gran cantidad de ellos –intoxicación de muchos consumidores causada por un producto alimenticio defectuoso–.

MOMBERG adhiere esta opinión: "el concepto de interés general de los consumidores es diverso del de interés colectivo o difuso, ya que estos últimos siempre implican en su sustrato la existencia de intereses individuales, sólo que acumulados para efectos de coherencia y economía procesal, de manera de evitar fallos divergentes y lograr una decisión uniforme en el caso particular. En cambio, la determinación del interés general de los consumidores se basa en un criterio cualitativo, cual es la protección de los consumidores en cuanto grupo abstracto de sujetos para el caso de violación de sus derechos esenciales"²³.

A mayor abundamiento, señala este autor que no parece razonable forzar al Sernac –cuando ejerce únicamente la acción infraccional– a recurrir a un procedimiento complejo como lo es aquel establecido para las acciones de interés colectivo o difuso²⁴.

²¹ En Derecho del consumidor se suele distinguir entre el consumidor abstracto –todos los ciudadanos en cuanto personas– y el consumidor concreto –aquel que efectivamente ha intervenido con el proveedor en un caso particular–. En este sentido, ha señalado JARA: "para atribuir a los consumidores derechos que puedan ejercitar individualmente en su interés particular, se utiliza la noción concreta. Esta noción, a su vez, puede dividirse en dos: consumidor como cliente y como 'consumidor final'. Como hemos visto, sólo el consumidor final será el actor relevante en materia de los derechos individuales establecidos en la LPC" JARA AMIGO, Rony (1999): "Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones", en CORRAL TALCIANI, Editor: *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Cuadernos de Extensión N° 3, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Santiago, pp. 62 y 63.

²² POBLETE ITURRATE, Orlando (2003): "Las acciones por intereses colectivos y difusos. Algunas consideraciones básicas", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año VII, N° 7, Santiago, p. 283. Cabe señalar que este autor, si bien lo denomina interés individual, lo opone al interés general.

²³ MOMBERG URIBE, Rodrigo (2011): "La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC) (Corte Suprema)" *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXIV N° 2, p. 244.

²⁴ Cfr. MOMBERG URIBE, Rodrigo (2011): "La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC) (Corte Suprema)" *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXIV N° 2, p. 244.

CORTEZ se ha pronunciado en un sentido similar, explicando que “la atribución de legitimación al Sernac encierra una confusión conceptual básica, porque se mezclan aquí los componentes que permiten distinguir entre los intereses colectivos y difusos, por un lado, y los intereses públicos por otro.

En efecto, no son la misma cosa el interés supraindividual –en su vertiente colectiva y difusa– y el interés público”²⁵.

De acuerdo a lo anterior, y en razón de la utilización de criterios de distinción disímiles para calificar un interés como individual, colectivo o difuso por una parte, y particular o general por la otra, es que una misma conducta del proveedor puede lesionar derechos que participen de uno y otro carácter.

Así las cosas, en los ejemplos anteriormente planteados, tanto las lesiones causadas al consumidor por la caída de una vitrina y la intoxicación de una gran cantidad de usuarios que han ingerido un alimento contaminado vulneran el interés general, pero en el primer supuesto además el individual, y colectivo o difuso en el segundo.

Esta es la postura seguida naturalmente por el Sernac en el caso que se comenta, al sostener en su apelación de la sentencia de primera instancia, que el Juzgado de Policía Local sí era competente para conocer de la acción. Agregó el denunciante, que había interpuesto la denuncia, en uso de la facultad que el Art. 58 letra g) LPDC le otorga expresamente, por encontrarse comprometido el interés general de los consumidores y no los intereses supraindividuales. Por tal razón, ella no estaría sujeta a la regla de competencia consagrada en el Art. 50 letra A en relación con el Art. 52 LPDC, sino que a los Arts. 50A y 58 del mismo cuerpo legal (Considerando segundo).

Tal como se adelantó, la Corte de Apelaciones de Santiago adhirió la postura del Sernac, declarando la competencia del Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, recurriendo para ello a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.955, la cual habría tenido por objeto fortalecer el sistema de protección del consumidor, y no restringirlo (Considerando tercero).

A mayor abundamiento señala la Corte que el desequilibrio comercial existente en una relación de consumo, en desmedro del usuario, motiva que se deba utilizar un criterio “pro participación de los consumidores”, por lo que se deben interpretar las normas de la LPDC de manera progresiva y no restrictiva.

Así las cosas, reafirma que el Sernac en este caso, “invoca un interés general que ha de cautelarse como institución pública, pues su esencia es velar por el

²⁵ CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2004): *El nuevo procedimiento regulado en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores* (Santiago, Editorial LexisNexis), p. 99.

cumplimiento de la ley y demás normas jurídicas relacionadas con la protección del consumidor” (Considerando quinto).

La resolución del Tribunal de Alzada es correcta, por cuanto lleva a la conclusión de que para la determinación del tribunal competente y el procedimiento aplicable, se debe recurrir a la regla general contenida en el Art. 50A, que señala que “Los jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanan de esta ley”, siendo por tanto la aplicación del procedimiento por vulneración de los intereses colectivos o difusos una situación de excepción, cuya procedencia debe interpretarse de manera restrictiva, tal como da cuenta su considerando sexto.

Nuestros Tribunales también han adherido a esta tesis en diversas ocasiones.

A modo de ejemplo, en la causa “Sernac con Turismo Pepa”, la Corte de Apelaciones de Concepción señaló que “lo que se ejerció en la especie fue la acción que pretende velar por el interés general de los consumidores, de conformidad a lo prescrito en el artículo 58 letra g) de la Ley 19.496, la cual supone poner en conocimiento del tribunal competente las infracciones en que ha incurrido un proveedor, la cual se puede configurar ya sea que exista un consumidor afectado (interés individual) o un conjunto determinado o determinable de consumidores afectados (interés colectivo o difuso)”²⁶.

En el mismo sentido falló el Primer Juzgado de Policía Local de Maipú en la sentencia “Sernac con Chilectra S.A.”, a propósito de la legitimidad del Servicio Nacional del Consumidor para accionar en juicio: “el tenor de la letra g) del artículo 58 resulta ser explícito, en cuanto incumbe al Sernac hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores. Esta calificación no es sinónima de interés colectivo o difuso, desde que esta última alude a un factor dirimente del procedimiento aplicable, que dice relación con la presencia de un complejo de derechos lesionados cuyos titulares son un conjunto determinado o determinable de consumidores, y cuya tutela se pretende en un solo proceso. La circunstancia de estar involucrados los intereses generales de los consumidores puede acontecer no sólo cuando se ejercen varias acciones en un mismo procedimiento y ante un mismo tribunal, sino también cuando se ejercen varias acciones en procedimientos y ante tribunales diversos, pero que emanan de unos mismos hechos que han perjudicado, con resultados de diversa gravedad, a un número relevante de usuarios”²⁷.

Finalmente cabe destacar el caso “Sernac con Feria Ticket”, en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago revocó una sentencia dictada también por el Ter-

²⁶ *Sernac con Turismo Pepa* (2010): C. Ap. Concepción, Ing. 273-2010, 27 de octubre de 2010.

²⁷ *Sernac con Chilectra S.A.* (2008): 1 JPL Maipú, Rol 5275-2005, 27 de mayo de 2008.

cer Juzgado de Policía Local de Santiago, reafirmando la competencia de este último para conocer de la denuncia interpuesta por la sobreventa de entradas para un partido de fútbol –Everton vs. ColoColo–: “no se está en presencia del ejercicio de una acción de interés colectivo o difuso, cuyo conocimiento es de competencia de los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales, sino de una en que se pretende hacer efectiva la responsabilidad de la denunciada como autora de la infracción tipificada en los artículos 12 y 23, en relación con el artículo 3 letra e), todos de la Ley N° 19.496, y que el Servicio Nacional del Consumidor ha ejercido velando por el interés general de los consumidores, conforme a lo establecido en el artículo 58 letra g) de la citada ley”²⁸.

Finalmente cabe señalar que la tesis que defiende la autonomía de la acción infraccional derivada del Art. 58 letra g) LPDC, permite otorgarle una lectura armónica a sus normas y satisface además las exigencias de la interpretación pro consumidor que debe regir en estas materias.

2.3. El Servicio Nacional del Consumidor como legitimado activo de la acción por interés general

La acción por interés general –autónoma de las establecidas en el Art. 50 LPDC–, tiene por objeto perseguir únicamente la responsabilidad infraccional del proveedor, esto es, conseguir en general el pago de una multa a beneficio estatal.

Por otra parte, y en razón de su trascendencia social, es que el legislador otorga su legitimidad activa al Sernac (Art. 58 LPC)²⁹, incluso con prescindencia de la voluntad de las víctimas afectadas, si fuere necesario. Se asemeja en esto a los delitos de acción penal pública, en los cuales el organismo persecutor no depende de la iniciativa privada para solicitar su sanción.

En este caso, además, el Tribunal de Alzada señaló que el Art. 58 letra g) LPDC no establece una prerrogativa, sino que un mandato: “no se trata de una facultad, sino que de una obligación legal, pues el precepto aludido utiliza la expresión ‘deberá’, por lo que se trata en la especie, de una norma imperativa, que no queda al arbitrio del Servicio Nacional del Consumidor ejercer o no, sino que se encuentra por ley obligado a velar por los intereses generales de

²⁸ *Sernac con Feria Ticket* (2009): C. Ap. Santiago, Ing. 148-09, 17 de marzo de 2009, que revoca 3 JPL Santiago, Rol 17.391-Dio-08, 30 de octubre de 2008.

²⁹ FERNÁNDEZ FREDES ha explicado a este respecto: “la Ley (...) ha investido al mencionado organismo, además de la facultad que ya tenía para denunciar ante los Juzgados de Policía Local las infracciones por incumplimiento de esta normativa, la de hacerse parte –y, por consiguiente, desempeñar un papel activo– en las causas puramente civiles en que se ventilen cuestiones atinentes al interés general de los consumidores”, en FERNÁNDEZ FREDES, FRANCISCO (1998): “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones”, en *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión*, Facultad de Ingeniería y Ciencias Universidad de Chile, Vol. 1 N° 2, Santiago, p. 122.

los consumidores, a la luz de lo preceptuado en el artículo 1° del Código Civil, que, a propósito de la clasificación de las leyes, establece una triple categoría de ellas, siendo esta norma legal, imperativa” (Considerando primero).

En contra, la Contraloría General de la República había señalado que el Sernac es libre de accionar judicialmente o no, puesto que la potestad que le confiere la disposición señalada es de carácter discrecional, entendida por el órgano contralor como “la facultad de elección de la administración, dentro del marco legal y en su ámbito de competencia, de llevar a cabo tales actuaciones cuando la situación lo amerite”³⁰.

3. Bibliografía.

3.1. Normativa

Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

3.2. Doctrina y artículos de opinión

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006): “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 N° 1.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2010): “La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: Régimen en la ley chilena de Protección del Consumidor”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 16 N° 1.

AIMONE GIBSON, Enrique (1998): *Derecho de Protección del Consumidor* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2004): *El nuevo procedimiento regulado en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores* (Santiago, Editorial LexisNexis).

DE PÉREZ CORTÉS, María Jeanneret (2007): “La legitimación activa, el goce de los derechos y la vigencia del principio de juridicidad”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Cuestiones del Contencioso Administrativo* (Buenos Aires, LexisNexis Abeledo Perrot).

FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (1998): “Nueva Ley del Consumidor: innovaciones y limitaciones”, en *Revista Perspectivas en Política, Economía y Gestión*, Facultad de Ingeniería y Ciencias Universidad de Chile, Vol. 1 N° 2, Santiago.

³⁰ Asociación de Protección al Consumidor “Aproc-Viña”- Sernac (2007): CGR, Dictamen N° 50.183, 7 de noviembre de 2007. En la misma resolución, el organismo contralor estimó que: “en relación con la negativa del Sernac para iniciar las acciones de interés colectivo contempladas en el artículo 50, inciso quinto, de la Ley N° 19.496 por no considerarlas pertinentes, debe tenerse presente que dicho Servicio está facultado para resolver, en mérito de los antecedentes de que disponga, si ejercerá las acciones legales que correspondan ante el Juez competente o si, por el contrario, no hará uso de esa facultad”.

GORDILLO, Agustín (1998): *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado, Tomo 2* (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, tercera edición).
GUERRERO BECAR, José Luis (2013): "Art. 23 inc. 2 LPC", en BARRIENTOS CAMUS, Francisca, Coord.: *La protección de los derechos de los consumidores*, Editorial Thomson Reuters, Santiago.

JARA AMIGO, Rony (1999): "Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones", en CORRAL TALCIANI, Editor: *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Cuadernos de Extensión N° 3, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Santiago.

MOMBERG URIBE, Rodrigo (2011): "La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC) (Corte Suprema)" *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXIV N° 2.

MONTÓN GARCÍA, Lidón (2004): *Acciones colectivas y acciones de cesación* (Madrid, Instituto Nacional del Consumo).

PIZARRO WILSON, Carlos (2013): "Art. 16 A", en BARRIENTOS CAMUS, Francisca, Coord.: *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

POBLETE ITURRATE, Orlando (2003): "Las acciones por intereses colectivos y difusos. Algunas consideraciones básicas", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año VII, N° 7, Santiago.

ROMERO SEGUEL, Alejandro (2003): "La incorporación de las acciones para la tutela del interés colectivo y difuso en la Ley de Protección al Consumidor", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año VII, N° 7, Santiago.

3.3. Jurisprudencia citada

Sernac con Aguas Magallanes (2010): C. Ap. Punta Arenas, Ing. 3-2010, 19 de marzo de 2010.

Sernac con Chilectra S.A. (2008): 1 JPL Maipú, Rol 5275-2005, 27 de mayo de 2008.

Sernac con CMR Falabella (2013): C. Ap. Santiago, Ing. 626-2013, 2 de octubre de 2013, CL/JUR/2185/2013, que revoca 3 JPL Santiago, Rol 22.608-PCM-2012, 7 de noviembre de 2012.

Sernac con CMR Falabella (2012): 3 JPL Santiago, Rol 22.608-PCM-2012, 7 de noviembre de 2012, revocada por la C. Ap. Santiago, Ing. 626-2013, 2 de octubre de 2013, CL/JUR/2185/2013.

Sernac con Credichile (2008); 3 JPL Santiago, Rol 7973-07, 3 JPL Santiago, 29 de julio de 2008.

Sernac con FERIA Ticket (2008): 3 JPL Santiago, Rol 17.391-Dio-08, 30 de octubre de 2008, revocada por C. Ap. Santiago, Ing. 148-09, 17 de marzo de 2009.

Sernac con FERIA Ticket (2009): C. Ap. Santiago, Ing. 148-09, 17 de marzo de 2009, que revoca 3 JPL Santiago, Rol 17.391-Dio-08, 30 de octubre de 2008.

Sernac con Instituto Profesional AIEP S.A. (2011): C. S., Ing. 4941-2011, 25 de agosto de 2011.

Sernac con Universidad de la República (2008): 3 JPL Santiago, Rol 21708-FGA-08, 13 de octubre de 2008, revocada por C. Ap. Santiago, Ing. 9940-08, 26 de noviembre de 2008.
Sernac con Universidad de la República (2008): 3 JPL Santiago, Rol 22.179-08, 14 de octubre de 2008, revocada por la C. Ap. Santiago, Ing. 9939-08, 26 de noviembre de 2008.

Sernac con Turismo Pepa (2010): C. Ap. Concepción, Ing. 273-2010, 27 de octubre de 2010.

Asociación de Protección al Consumidor "Aproc-Viña"- Sernac (2007): CGR, Dictamen N° 50.183, 7 de noviembre de 2007.

Análisis sobre el fallo tributario de Coca-Cola Embonor contra el Servicio de Impuestos Internos

EDUARDO IRRIBARRA SOBARZO

Abogado Tributarista

Diplomado en Planificación Tributaria

Magíster© en Tributación

FACULTAD DE ECONOMÍA Y NEGOCIOS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

Socio del Instituto Chileno de Derecho Tributario.

Investigador en tributación y

profesor de Derecho Tributario.

Abogado Socio Estudio Iribarra & Cía.

RESUMEN: El presente artículo analiza la sentencia del juicio tributario entre Coca-Cola Embonor S.A. y el Servicio de Impuestos Internos, dada su importancia en haber alterado el entendimiento pacífico sobre normas tributarias fundamentales. En efecto, esta sentencia confirma diversas interpretaciones administrativas del Servicio de Impuestos Internos, aumentando la exigencia para la aceptación de gastos deducibles de la renta afecta al Impuesto de Primera Categoría; y revistiendo de caracteres de antijuridicidad a aquellas operaciones efectuadas en el marco de planificaciones tributarias, a pesar de la ausencia de normas expresas en Chile que sancionen estas operaciones.

Introducción

En materia tributaria, así como en cualquier área del derecho, las sentencias judiciales constituyen la interpretación concluyente de las normas jurídicas, y simplemente recuerdan el aforismo de que "*derecho es lo que aprueban los jueces*"¹, sin perjuicio de que personalmente crea que además tal juicio será derecho en la medida de que sea justo o por lo menos congruente con las normas jurídicas.

En Chile no existe un procedimiento que permita establecer con anticipación por un juez el sentido correcto de una norma, sin que se encuentre trabada una litis de por medio. Por otro lado, es conocida la impersonalidad, falta de proactividad y colaboración preventiva del Servicio de Impuestos Internos

¹ D' Ors, Álvaro, 1953, p. 12.

ante consultas de los contribuyentes, aun cuando los derechos de petición y de información se encuentren presentes en la Constitución². Recordemos que si bien existe la obligación del Servicio de responder consultas a particulares, dicha Superioridad ha venido colocando exigencias a esta obligación, como la de proporcionar antecedentes, o la de no referirse en términos abstractos, lo cual merma lógicamente el ejercicio de este derecho, frente al riesgo de ser eventualmente fiscalizado, haciendo casi inviable el ejercicio de este procedimiento tan necesario.

Es necesario tener presente como una premisa que las sentencias judiciales en Chile, además de no ser vinculantes sino para las partes del proceso –salvo contadas excepciones–, no necesariamente constituyen una correcta interpretación de la norma, sino simplemente una opinión particular de un tribunal que debe ser respetada por las partes cuya decisión les afecte. Es el efecto del contrato social. Y en este mismo sentido, siempre es posible modificar la interpretación judicial, dado que no sólo cambian con el tiempo las condiciones y necesidades sociales, sino además la forma como se formulan y defienden determinadas interpretaciones de las normas tributarias por los particulares litigantes ante los tribunales de justicia, generando por ende nuevos entendimientos.

Por otro lado, los avances y esclarecimientos de verdades en materia tributaria desde la academia o desde fuentes extranjeras, no siempre son recogidas tempranamente por los tribunales, ni menos por los tribunales superiores, lo cual retrasa la evolución interpretativa que, como vemos, depende determinantemente de las sentencias judiciales. Este desfase se produce no sólo por la propia complejidad de la tributación, sino también por la condenable ausencia de literatura y reflexión en Chile sobre muchas áreas académicas, donde se insiste en formar profesionales con buena memoria, pero sin capacidad de reflexión. Con todo, es necesario cuestionarse además si existe otra razón para este desfase, como sería la decisión consciente de algunos tribunales en no recoger defensas de particulares basadas en tesis que aun estando ciertas desde el punto de vista normativo, generan un riesgo de impactar significativamente las arcas fiscales, lo cual sucede respecto de determinadas planificaciones tributarias mal llamadas “agresivas”.

El fallo dictado con ocasión del litigio entre Coca-Cola Embonor y el Servicio de Impuestos Internos alteró significativamente el estado de cosas en materia tributaria, y que obligan a que reflexionemos sobre sus efectos. El primer gran problema que esta sentencia hace evidente es el criticable entendimiento de los tribunales tributarios y superiores sobre diversas normas tributarias, y que con ocasión del mismo, ha relativizado en una parte considerable la certeza

² Artículos 19 N° 14 y 8, Constitución Política de la República de Chile, 1980.

jurídica de los contribuyentes. Estas normas tributarias son las que regulan los gastos deducibles de la renta afecta al Impuesto de Primera Categoría, y el devengamiento de los resultados de las agencias de contribuyentes en el exterior. El segundo gran problema es la necesidad de enfatizar la falta de rigor de algunos jueces tributarios en la ejecución de la actividad jurisdiccional que les ha sido encomendada, principalmente en lo relativo al uso correcto de las normas de la sana crítica.

Para una mejor comprensión y localización de los temas a abordar, en el Primer Capítulo de este artículo haremos un breve relato sobre el juicio Embonor con Servicio de Impuestos Internos, sintetizando las alegaciones de ambas partes, los puntos de prueba determinados por el tribunal, y el resultado de fallo, con referencia a los resultados obtenidos en los tribunales superiores. En el Segundo Capítulo, analizaremos el nuevo entendimiento que el tribunal tributario y tribunales superiores extrajeron de las normas tributarias que tuvieron injerencia en este juicio. Finalmente, en el Tercer Capítulo haremos una síntesis del sistema de sana crítica y analizaremos el efectivo cumplimiento del mismo por el Tribunal Aduanero y Tributario.

Capítulo Primero.

El juicio Embonor con Servicio de Impuestos Internos

En el año 2011, el Servicio de Impuestos Internos resolvió rechazar determinados gastos generados por la agencia de un contribuyente en el exterior, y por ende, imposibilitar deducirlos a sus resultados en Chile, bajo el argumento fundamental de que dichos gastos no contribuyeron a generar rentas tributables.

Los gastos no acreditados a juicio del SII correspondían a intereses pagados por la agencia del contribuyente en el exterior, provenientes de financiamiento utilizado en la adquisición de una sociedad anónima en el exterior, la cual a su vez adquirió diversas sociedades operativas en Chile.

La cronología de los hechos, asentados por el tribunal tributario en su sentencia (Considerando cuarenta y cuatro) es resumidamente la siguiente:

1. En el año 1999 una sociedad chilena (reclamante) constituye en Islas Caimán una agencia, la cual obtiene recursos financieros mediante la emisión y colocación de bonos en el mercado bursátil norteamericano y a través de la contratación de diversos préstamos obtenidos de la Banca.
2. En el año 1999 se constituye una Filial en Islas Caimán, en la cual la reclamante tiene el control del capital. El capital enterado en la sociedad

Filial proviene íntegramente del financiamiento obtenido por la agencia mediante la emisión de bonos.

3. En 1999 la filial compra la totalidad de las acciones de una sociedad que es dueña de diversas plantas productivas ubicadas en Chile.
4. En el año 1999 la filial en islas Caimán vende a una filial en Chile de la reclamante, las acciones de la sociedad que es propietaria de las plantas productivas. El pago de la filial chilena a la filial en Islas Caimán, se produce mediante crédito directo entre la vendedora, en cuenta corriente mercantil.
5. En el año 2005 la filial chilena se divide en dos empresas. La nueva sociedad adquiere las plantas productivas y el pasivo en favor de la filial en Islas Caimán.
6. Con posterioridad a la división, la sociedad reclamante absorbe a la nueva sociedad producto de la división, y adquiere las plantas productivas y el pasivo en favor de la filial en Islas Caimán.
7. La reclamante, luego de absorber a la sociedad referida en el número anterior, además de ser propietaria de la filial en Islas Caimán, adquiere un pasivo en favor de esta última, y las plantas productivas o sociedades operativas.

El efecto más importante de la operación del reclamante es que el pago de los intereses que la agencia efectúa por el financiamiento para adquirir el control de la filial en Islas Caimán lo devenga a resultados en su renta chilena, generando un gasto y una pérdida significativa afecta al régimen general del impuesto de Primera Categoría. Además, dicha pérdida generó un PPUA millonario.

Por otro lado, al tener el reclamante un pasivo en favor de dicha filial, las remesas que aquella remesaba al exterior no tributan en Chile, además de constituir para la misma un gasto aceptado. A mayor abundamiento, y de acuerdo a la legislación de Islas Caimán, la filial en ese país no tributa por las distribuciones de dividendos de sus accionistas, por lo cual el pago de dicho pasivo nunca se afectó con tributación alguna en Chile ni en esas Islas.

En el fallo se citan los argumentos que el contribuyente ofreció en el reclamo tributario, y que fundamentalmente son:

1. De acuerdo al art. 41 B inciso segundo N° 1 de la Ley de la Renta³, los contribuyentes deben agregar directamente a la renta líquida imponible del impuesto de Primera Categoría determinado por las rentas del país, el resultado tributario (positivo o negativo) obtenido en el ejercicio en el exterior por la agencia o establecimiento permanente.
2. Que el resultado tributario negativo de la agencia se encuentra determinado principalmente por gastos que corresponden a intereses devengados con ocasión de la obtención de los recursos que fueron invertidos como aporte de capital en la filial, la cual adquirió las sociedades operativas.
3. Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 31 inciso 3° N° 1 de la Ley de la Renta, los contribuyentes pueden deducir como gasto, en la medida que se relacionen con el giro del negocio, los intereses pagados o devengados sobre cantidades adeudadas, dentro del año a que se refiere el impuesto, que se relacionen con préstamos empleados directa o indirectamente en la adquisición, mantención y/o explotación de bienes que produzcan rentas gravadas con Impuesto de Primera Categoría.
4. Que de acuerdo a algunos pronunciamientos del mismo Servicio de Impuestos Internos (Oficios N° 5.077 de 28 de julio de 1978 y N° 3.424 de 26 de julio de 2006), a los cuales se acogió de buena fe, se ha podido dilucidar que el requisito de generar rentas gravadas en primera categoría que deben tener los bienes que el contribuyente adquiera para que los gastos asociados a dicha adquisición se acepten, es en términos potenciales, es decir, deben ser susceptibles de producir rentas, no existiendo obligación de que efectivamente se generen. En consecuencia, la adquisición de las acciones por la reclamante de las acciones de la filial en Islas Caimán cumple el requisito de que dichas acciones potencialmente produzcan rentas gravadas.
5. Que no resulta lógico efectuar distinción alguna entre una matriz y una agencia, por cuanto ambas son una misma cosa, toda vez que constituyen la misma persona jurídica. De lo anterior se desprende forzosamente que no puede existir una desvinculación entre los ingresos de una matriz y los gastos de una agencia.

En virtud de los argumentos anteriormente citados, el contribuyente concluye que el aporte de capital en una sociedad anónima extranjera es una inversión susceptible de generar rentas gravadas con Impuesto de Primera Categoría, y además se relaciona con su giro.

³ Decreto Ley N° 824 de 1974.

Por su parte, el Servicio contestó el reclamo, fundamentando el rechazo de las pérdidas en las siguientes razones:

- a) ***"Falta de acreditación de la pérdida de la agencia que incidió en el resultado tributario de la reclamante, dado que la documentación aportada por la reclamante durante el proceso de fiscalización no resulta ser clara ni completa, impidiendo que pueda acreditarse la pérdida de la Agencia reconocida por su Matriz. Asimismo, que no fue acompañada en la oportunidad legal correspondiente la documentación que el Servicio de Impuestos Internos requirió para que se justificaran fehacientemente los resultados negativos mencionados.***

- b) ***La ausencia de la debida y directa correlación entre los ingresos y gastos, dado que "la Agencia no ha obtenido rentas que puedan asociarse a los créditos e intereses derivados de los mismos, obteniendo sólo resultados negativos por más de 10 años incidiendo igualmente en los resultados tributarios de su Matriz".*** En este sentido, el SII expresó que "a partir de la obtención del financiamiento en el año 1999 hasta antes de la adquisición por parte de XXXXXX en el año 2005, no había posibilidad de recibir rentas susceptibles de ser gravadas con el Impuesto de Primera Categoría, razón por la cual no se da la relación inmediata y directa entre ingresos y gastos en los términos de la Ley sobre Impuesto a la Renta".

El Servicio de Impuestos Internos sostiene en la contestación que a partir de la citación efectuada al contribuyente no se registraron antecedentes sobre rentas obtenidas por la agencia a contar del uso del financiamiento por el cual se deducen como gastos los intereses que éste generó.

Asimismo, el SII aduce que a partir de los antecedentes aportados previa y posteriormente a la citación, se estimaron no acreditadas, justificadas ni respaldadas las partidas citadas, razón por la cual se dictó la Resolución N° 85 objeto del reclamo.

En la Resolución N° 85 se señaló, entre otros argumentos, que de la información aportada por el contribuyente no resultó suficiente ni permitió acreditar los gastos de intereses efectuados por la agencia, en los términos que exige el artículo 31 de la Ley de la Renta, por no contar con el debido respaldo documentario para evaluar la efectividad y cuantía de la operación eventualmente celebrada, y del mismo modo, los antecedentes expuestos y documentos aportados tampoco fueron suficientes para acreditar la pérdida de arrastre de su agencia en Islas Caimán utilizada como gasto por el contribuyente, que se fundarían en los intereses provenientes de las deudas cuya existencia no fue justificada

ni acreditada de modo alguno, ya que no se aportaron otras contabilizaciones además de aquella correspondiente a la emisión de Bonos USA serie 144 A para el año 1999, tales como cartolas, pagarés, cuadros o planillas que mostrasen la composición de los intereses devengados hasta el año comercial 2009.

Por su parte, el SII sostiene que tampoco fue acreditada la obtención de rentas por la agencia en Islas Caimán o por la matriz a partir de los financiamientos que se habrían contratado por la primera, y en Chile, bajo un proceso de reorganización empresarial efectuado sólo durante el año 2005, le habría permitido a la matriz adquirir las plantas operativas.

Finalmente, el SII argumentó que respecto de la alegación efectuada por el contribuyente en su escrito de reclamo sobre la aplicación del artículo 26 del Código Tributario en relación con la jurisprudencia administrativa que versa sobre la potencialidad de generar rentas gravadas en primera categoría existente en la adquisición de los derechos sociales, que de la respuesta dada a la Citación y los antecedentes acompañados no es posible desprender la aplicación de los criterios invocados por el reclamante, puesto que la justificación de las pérdidas cuestionadas tendría su origen en la adquisición de acciones de una sociedad anónima y no de derechos sociales de una sociedad de personas.

A la luz de la pretensión y defensa en el reclamo, el Tribunal Tributario estableció como puntos de prueba los siguientes:

- 1) Procedencia de deducir como gasto necesario para producir la renta líquida imponible del Impuesto de Primera Categoría del año tributario 2010, declarada por la reclamante XXXXXX, RUT N° XX.XXX.XXX-X, mediante formulario 22 folio N°100903990, la suma de \$ 965.410.100, por concepto de pago de intereses, efectuado por su Agencia en Islas Caimán, destinada a financiar el aporte de capital en la filial ubicada en Islas Caimán, denominada Embotelladora Arica Overseas y, asimismo, la suma de \$188.815.467.514, por concepto de pérdidas de arrastre, imputadas en el mismo formulario. Hechos, motivos y circunstancias.
- 2) Efectividad de que los montos dados en préstamo a la Agencia en el exterior, que han devengado la obligación de pago de intereses cuya procedencia como gasto se discute, fueron destinados a la adquisición directa o indirecta de activos que generan o son susceptibles de generar rentas gravadas con Impuesto a la Renta de Primera Categoría".
- 3) Constitución del Grupo Empresarial del cual XXXXXX, RUT N° XX.XXX.XXX-X, es la Empresa Matriz; y los estatutos y balances tributarios de cada una de las filiales y Agencias o Sucursales que intervienen en el

proceso de reorganización impugnado por el ente Fiscalizador, mediante la fiscalización terminado con la Resolución N° 85, de 9 de mayo de 2011, reclamada en autos, de los Años Tributarios 2000 a 2010.

- 4) Efectividad de haberse obtenido por parte de la Agencia Embotelladora Arica S.A. los dineros provenientes del financiamiento correspondiente a los contratos de crédito financieros e instrumentos de deuda, los cuales habrían dado origen a los intereses cuya deducción fue cuestionada a XXXXXX, RUT N° XX.XXX.XXX-X, en la Resolución Exenta N° 85 de fecha 9 de mayo de 2011.
- 5) Efectividad que los dineros obtenidos por la Agencia Embotelladora Arica S.A., a consecuencia de la emisión de Bonos 144-A de EE.UU., fueron destinados íntegramente como aporte de capital en la sociedad Filial Embotelladora Arica Oversears, efectividad que los dineros obtenidos del Crédito Sindicado fueron destinados a pagar la obligación contraída mediante la emisión de Bonos 144-A de EE.UU.; y, efectividad que los dineros obtenidos de los contratos de Crédito Bilaterales fueron destinados al pago del Crédito Sindicado.
- 6) Efectividad que los montos rebajados por XXXXXX, RUT N° XX.XXX.XXX-X, como gasto del ejercicio y pérdida de arrastre, determinando su resultado negativo de la Renta Líquida Imponible para el año tributarios 2010, corresponden a los intereses que se habrían efectivamente devengado producto del financiamiento otorgado a la Agencia Embotelladora Arica S.A., a través de la emisión de Bonos 144-A y de las obligaciones de crédito.

En la parte resolutive, el Tribunal Tributario no dio lugar al reclamo interpuesto por el contribuyente, con condenación en costas.

En contra del fallo emitido por el TTA, el contribuyente interpuso recurso de apelación ante la I. Corte de Apelaciones de Arica, el cual fue rechazado. Finalmente, el contribuyente recurrió de casación en el fondo ante la E. Corte Suprema, también sin éxito.

Sin perjuicio de que la decisión sobre el reclamo tributario de Embonor se mantuvo sin modificaciones en las instancias superiores, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema expresaron con ocasión de los recursos presentados sus particulares interpretaciones respecto de algunos preceptos tributarios, y que ciertamente impactan el entendimiento vigente sobre los mismos.

Capítulo Segundo. Análisis sobre el entendimiento de los tribunales sobre normas tributarias

Antes de todo análisis, es necesario establecer como antecedente que los argumentos esgrimidos por el contribuyente en su reclamo tributario se fundamentan sobre normas concretas. En efecto, de acuerdo al artículo 41 inciso segundo N° 1 de la Ley de la Renta, le es permitido al contribuyente reconocer en Chile los resultados generados en sus agencias o establecimientos en el exterior, declarándose ello expresamente:

“Las empresas constituidas en Chile que declaren su renta efectiva según contabilidad, deberán aplicar las disposiciones de esta ley con las siguientes modificaciones:

(...)

En el caso que tengan agencias u otros establecimientos permanentes en el exterior, el resultado de ganancias o pérdidas que obtengan se reconocerá en Chile sobre base percibida o devengada”.

Por otro lado, la imputación de gastos generados por la agencia en el exterior, podrán ser imputados como gastos en Chile, sin otras limitaciones que la correcta aplicación de las normas de la Ley de la Renta sobre la determinación de la base imponible del Impuesto de Primera Categoría, con la sola excepción de la posibilidad de deducir la pérdida de ejercicios anteriores. De esta manera, y salvo la excepción sobre pérdidas de ejercicios anteriores, el contribuyente deberá deducir los gastos de la agencia de acuerdo a las normas generales del artículo 31 de la Ley de la Renta como si fuese cualquier gasto normal generado en Chile.

El fallo del Tribunal Tributario y Aduanero, si bien dio por acreditado el gasto consistente en los intereses pagados por la agencia en el exterior, la consideró como un gasto rechazado, al no haberse acreditado fehacientemente la relación entre ingresos y gastos, dado que el reclamante no generó con ocasión de dicho gasto renta alguna afecta al Impuesto de Primera Categoría. Además, estimó que lo anterior se justifica dado que de lo observado en los antecedentes del juicio, la operación efectuada por Embonor tuvo como única finalidad eludir impuestos, calificando dichos gastos de artificiales.

En efecto, vemos en el considerando vigésimo primero del fallo que de acuerdo a la documentación acompañada por el contribuyente se da cuenta de la efectiva existencia de la operación de colocación de bonos en el mercado

norteamericano y de los créditos bancarios posteriores, y que fueron destinados a refinanciar la deuda de los bonos. También dicha documentación da cuenta de la existencia de la filial y de la agencia en Islas Caimán; de la efectividad de la participación de la reclamante en el capital de la filial, a través de aportes de recursos obtenidos con la emisión de los bonos; y de la efectiva declaración de las pérdidas de arrastre que incluyen los intereses pagados por la agencia.

Por lo anterior, el Tribunal Tributario da por acreditado el gasto en sí mismo, sin perjuicio de que en seguida atiende al mérito del mismo de ser necesario para producir la renta, de acuerdo a lo exigido por el primer punto de prueba, esto es: la procedencia de deducir como gasto necesario para producir la renta líquida imponible del Impuesto de Primera Categoría. En este sentido, el fallo no lo considera como necesario, aduciendo que *“en toda la documentación escrutada, **no se encuentra algún antecedente que demuestre inequívocamente la relación entre ingresos y gastos** y una debida concatenación de sucesos jurídicos, que permita seguir una línea que llegue a concluir que la sociedad reclamante, XXXXXX, RUT N° XX.XXX.XXX-X, mantuvo una unidad irrestricta con las otras sociedades, que satisfaga los requerimientos de la Ley de Impuesto a la Renta, en los términos de considerar los intereses pagados a los bancos como gastos susceptibles de deducirse de su renta líquida imponible”*. Dicho de otro modo, por el hecho de que el financiamiento que generó el gasto por pago de intereses no contribuyó a generar rentas para el reclamante, dicho gasto no reúne el requisito de ser necesario a la luz del entendimiento del Tribunal respecto del artículo 31 de la Ley de la Renta.

Según se señala en el fallo, la *“mencionada agencia sólo ha tenido resultados negativos por más de diez años consecutivos y sucesivos, lo que por cierto afecta y remece los resultados impositivos de la casa matriz de la reclamante. En otras palabras, la actora no ha recibido rentas que se vinculen a los créditos e intereses de que se trata en estos autos y, sin embargo, pretende se le acepten como gastos los intereses pagados a terceros y que emanan de las operaciones a que alude en la reclamación”*.

Adicionalmente a la consideración de la falta de correlación entre el gasto e ingresos, el fallo argumenta que quien adquirió las sociedades operativas no fue la agencia, sino la filial en el exterior, la que es una persona jurídica distinta de la matriz y de la agencia, con domicilio y nacionalidad en el extranjero. En este sentido, el fallo señala que *“no estamos en presencia de la compra de las acciones de las sociedades operativas por parte de la misma Agencia de la reclamante, lo que la haría merecedora sin mayor cuestionamiento a deducir como gastos los intereses antes referidos”*.

En el considerando trigésimo del fallo el juez parece hacerse cargo –aunque ello no queda muy claro– de la tesis formulada por el contribuyente en orden

a que el requisito de generar rentas gravadas en primera categoría que deben tener los gastos en intereses, para ser aceptados, no se refiere estrictamente a la producción de las mismas, sino a "la potencialidad de producirlas". Al respecto, la sentencia declara: "y en caso alguno, si no se producen efectivamente rentas afectas a impuesto, es suficiente con que exista una teórica potencialidad de producir dichas rentas, como lo pretende y reitera la actora en sus escritos".

De acuerdo a los argumentos esgrimidos por el juez tributario para rechazar el gasto objeto del reclamo, es posible observar algunas situaciones que son interesantes de destacar.

1. Correlación entre ingreso y gasto

Sobre este punto, es interesante indagar el significado de la exigencia de correlación entre ingresos y gastos que utiliza el fallo para estimar como necesario un determinado gasto. Según nuestra apreciación, el fallo estableció una exigencia adicional a lo requerido por la norma para aceptar que un determinado gasto pueda ser imputado a la renta líquida del impuesto de Primera Categoría, y que podría sintetizarse en el siguiente postulado: **cuando un determinado gasto no contribuye a generar rentas, dicho gasto no es necesario para producir la renta.**

De la lectura del artículo 31 de la Ley de la Renta, no es posible hallar tal exigencia.

El inciso primero del artículo 31 de la Ley de la Renta señala en lo pertinente que los gastos deducibles son "todos los gastos necesarios para producirlas", agregando que "no se deducirán los gastos incurridos en la adquisición, mantención o explotación de bienes no destinados al giro del negocio o empresa". Si miramos el significado de "necesario", según el Diccionario de la RAE, el cual lo define como "que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin", podemos concluir que el requisito de que un gasto sea necesario para producir una renta no se relaciona con que dicho gasto garantice a todo evento una determinada renta, previsión que es también inestimable cuando se trata de negocios o emprendimientos. Por el contrario, el requisito de "necesario para producir la renta" dice relación con una concepción de que la búsqueda o estimación de una determinada renta necesita indispensablemente de un determinado desembolso o gasto, como sería el caso de que para poder tener mayores chances de rentas en relación con mis competidores, necesito agregar valor entregando en el domicilio del cliente determinado producto, y por lo mismo la adquisición de una camioneta sea necesaria para esa finalidad. Como se puede apreciar, si luego de haber realizado el desembolso para adquirir la camioneta no obtengo mayores ingresos, no por ello dicho gasto será recha-

zado. En consecuencia, la producción de renta de que habla la ley se refiere a una estimación objetiva de la renta que un bien adquirido puede generar, estimación que por cierto debe hacerse al momento de dicha adquisición, y no *ex post*, es decir, no esperando unos años para verificar si efectivamente dicho bien produjo rentas como condición para calificar como necesarios los gastos incurridos en su adquisición. Por lo tanto, es indudable que la ley acepta determinados gastos cuando potencialmente son capaces de generar rentas.

El inciso segundo del artículo 31 de la Ley de la Renta regula la situación de los gastos incurridos en el extranjero, en donde además de exigir los mismos requisitos del inciso primero, establece que ellos deben acreditarse con los correspondientes documentos emitidos en el exterior de conformidad a las disposiciones legales del país respectivo, siempre que conste en ellos, a lo menos, la individualización y domicilio del prestador del servicio o del vendedor de los bienes adquiridos, según corresponda, la naturaleza u objeto de la operación y la fecha y monto de la misma. Además, el contribuyente deberá presentar una traducción al castellano de tales documentos cuando así lo solicite el SII. En seguida, establece que si dichos documentos no existen, los gastos podrán ser aceptados por el Director Regional a su juicio, si ellos son razonables y necesarios. Para la aplicación de estos últimos dos criterios –los cuales impiden aplicar un criterio arbitrario– el Director Regional deberá atender a factores tales como la relación que exista entre ventas, servicio, gastos o los ingresos brutos y el desembolso de que se trate de igual o similar naturaleza, de contribuyentes que desarrollen en Chile la misma actividad o una semejante. En otras palabras, los gastos en el extranjero deben ser necesarios para generar potencialmente rentas, siempre que se acrediten mediante las exigencias formales que el mismo inciso segundo establece, y a falta de dichas exigencias, el Director, de acuerdo a un juicio objetivo, y previo un análisis de la relación entre ingresos y gastos o entre ingresos y desembolsos de contribuyentes que desarrollen en Chile alguna actividad similar, podrá –fundadamente– rechazar un gasto.

Señalamos que el rechazo debe ser fundado, dado que en materia de derecho administrativo, aquellas facultades que la ley otorga a algún jefe de servicio para resolver “a su juicio” o “a su juicio exclusivo” determinadas materias, lleva consigo la obligación de fundamentar su decisión dentro de la legalidad, so pena de incurrir en el vicio de nulidad del acto administrativo.

Por otro lado, y respecto del gasto de intereses, el inciso tercero N° 1 del artículo 31 de la Ley de la Renta, establece un criterio más amplio todavía para su aceptación, lo cual se desprende a contrario sensu de su redacción:

“Los intereses pagados o devengados sobre las cantidades adeudadas, dentro del año a que se refiere el impuesto. No se aceptará la deducción de intereses y reajustes pagados o adeudados, respecto de créditos o préstamos empleados

directa o indirectamente en la adquisición, mantención y/o explotación de bienes que no produzcan rentas gravadas en esta categoría”.

En este sentido, la ley está aceptando el gasto de intereses sobre préstamos que se utilizan para adquirir, mantener o explotar, **incluso indirectamente**, bienes que produzcan o sean capaces **potencialmente** de producir rentas gravadas con el Impuesto de Primera Categoría.

Como es posible advertir, respecto de los gastos por intereses reclamados en el juicio Embonor, es posible concordar con el contribuyente cuando señaló en su acción que los gastos se aceptan aun siendo potencialmente capaces de generar rentas. Por otro lado, y dado que el mismo tribunal dio por acreditado el gasto por intereses provenientes del endeudamiento de la agencia del reclamante en el exterior y la utilización del mismo en el capital de una filial, y en consecuencia, cumplidos los requisitos de acreditación documentaria del inciso segundo del artículo 31 de la LIR, es a todas luces inaplicable lo dispuesto en dicho inciso segundo en orden a que el Director Regional pueda rechazar los gastos a su juicio exclusivo, debiendo el juez haber tenido presente dicha circunstancia para reconocerlos como necesarios.

Respecto de la exigencia de relación entre ingresos y gastos establecida por el juez tributario, es falsa la afirmación de su considerando trigésimo noveno, en orden a que el artículo 41 B de la Ley de la Renta “exige acreditar la existencia de una correlación directa entre los ingresos generados por la agencia en el exterior y los gastos por intereses deducidos por la misma”. Dicha exigencia no consta en el artículo mencionado, y parece ser que el tribunal se remitió a la aplicación de los principios generales de la aceptación de gastos señalados en el artículo 31 del cuerpo legal citado; pero además yerra al exigir la correlación que preceptúa el inciso segundo del artículo 31 al caso de autos, en que dichos gastos se acreditaron fehacientemente, a la luz de lo que el mismo fallo declaró en sus considerandos vigésimo primero y vigésimo segundo.

Cabe destacar que sin perjuicio de lo referido anteriormente, la E. Corte Suprema confirmó el entendimiento del SII y del juez tributario respecto de la exigencia de correlación entre ingresos y gastos, en estos términos:

*“Que, finalmente y en cuanto a la transgresión del artículo 41 A letra B, N°1 de la Ley de Impuesto a la Renta, resulta necesario consignar que dicho capítulo propuesto adolece de problemas similares a los constatados precedentemente, al construirse sobre la base de hechos diversos de los establecidos, toda vez que se estableció por los jueces de la instancia que la Filial constituida en el extranjero emitió bonos y luego materializó la operación de capitalización mediante créditos, **siendo un hecho acreditado que la sociedad extranjera sólo ha tenido pérdidas, de manera que al no haberse demostrado***

la existencia de ingresos generados por la agencia que opera en el exterior, se dejó asentado que no es posible por ello que sean gastos necesarios para producir la renta” (Considerando duodécimo).

Por otro lado, y en relación con la apreciación del SII confirmada por el TTA de que quien adquirió las sociedades operativas no fue la reclamante, sino su filial, que es una persona jurídica distinta, tampoco concordamos con dicho entendimiento. En efecto, si miramos la finalidad del financiamiento obtenido por la agencia en Islas Caimán de la reclamante, apreciamos que efectivamente se utilizó indirectamente para adquirir las sociedades embotelladoras chilenas a través de la compra de sus acciones por la sociedad filial en la cual participó la reclamante con los recursos obtenidos en préstamo. Por otro lado, la participación de la reclamante en la sociedad filial que luego adquirió estas sociedades operativas, es en sí misma una adquisición de un bien capaz de generar rentas gravadas con impuesto de Primera Categoría, aun cuando en los hechos no se distribuyeron rentas; y en este sentido el fallo erró en estimar sólo como bien generador de renta las sociedades operativas, olvidando la aptitud de generarlas por parte de la filial. Además, dicha filial adquirió las sociedades operativas necesariamente con los recursos obtenidos por los aportes de capital realizados por la sociedad reclamante, lo que a lo menos debió haberse considerado por el tribunal. El mismo carácter de inversión susceptible de generar renta lo acentúa el artículo 41 B inciso segundo N° 4 de la Ley de la Renta, que señala que *“las inversiones efectuadas en el exterior en acciones, derechos sociales y en agencias o establecimientos permanentes, se considerarán como activos”*.

Lamentablemente, el entendimiento del fallo señalado en el párrafo anterior, fue confirmado también por la Corte de Apelaciones en estos términos:

“Cabe consignar al respecto que los pronunciamientos administrativos relativos a deducir como gasto necesario los intereses provenientes de créditos destinados directa o indirectamente en la adquisición de bienes susceptibles de generar rentas gravadas con el Impuesto de Primera Categoría, razonan sobre la base que quien esté deduciendo los intereses como gasto sea aquel contribuyente que adquiera los bienes susceptibles de generar rentas gravadas con el señalado impuesto, pero de los antecedentes allegados se desprende que quien adquirió los bienes fue una sociedad ajena a la recurrente, su filial Embotelladora Arica Overseas ubicada en Islas Caimán, quien adquirió el control de las empresas de embotellado” (considerando undécimo, párrafo cuarto).

Finalmente, y en relación con el principio relativo de los fallos, cabe destacar una reciente sentencia del Tribunal Tributario de Valdivia en el año 2013, la cual rechazó la tesis del SII en orden a exigir en los gastos deducibles una correlación con ingresos, por ser estos últimos hechos inciertos. Veamos:

"(...) para aceptar un gasto, se requiere que exista una necesaria correlación con determinados ingresos. Desde luego, dentro de los requisitos que el artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta establece para considerar un gasto como necesario, no figura aquel que exija la existencia de ingresos o utilidades para que sea factible, desde el punto de vista tributario, su deducción. Es más, resulta propio de la lógica económica y empresarial, el que se incurra en gastos presentes para generar ingresos futuros, ingresos cuya existencia es en todo caso incierta, sin que nuestro ordenamiento tributario impida la rebaja de tales gastos. Lo que el legislador requiere es que los gastos se hayan materializado con el objeto de producir rentas, no que estas efectivamente se produzcan".

2. Aplicación del artículo 26 del Código Tributario

Coca-Cola Embonor sostuvo también en el reclamo que se acogió de buena fe a la interpretación del SII⁴ en los Oficios N° 5077 de 1978 y N° 3424 de 2006, señalando que *"en materia de deducibilidad de gastos por intereses, mi representada se ha acogido de buena fe a los pronunciamientos que en dicho sentido ha emitido el propio Servicio, en los que se ratifica la posibilidad de deducirlos, en la medida que la inversión tenga la potencialidad de generar rentas gravadas con dicho impuesto, todo lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Código Tributario"*.

El mencionado artículo 26 del Código Tributario⁵ establece:

"No procederá el cobro con efecto retroactivo cuando el contribuyente se haya ajustado de buena fe a una determinada interpretación de las leyes tributarias sustentada por la Dirección o por las Direcciones Regionales en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales destinados a impartir instrucciones a los funcionarios del Servicio o a ser conocidos de los contribuyentes en general o de uno o más de éstos en particular (...)".

Al respecto, el Oficio del Servicio de Impuestos Internos N° 5077 de 1978, citado por Embonor, señala expresamente lo siguiente:

"En el caso de empresas dedicadas habitualmente a realizar enajenaciones de acciones de sociedades anónimas, los reajustes y diferencias de cambio motivados por préstamos o créditos destinados a su adquisición se cargan a la cuenta de resultado Corrección Monetaria, toda vez que en tal caso, las acciones constituyen bienes susceptibles de producir rentas gravadas en Primera Categoría".

⁴ Servicio de Impuestos Internos.

⁵ Decreto Ley N° 830 de 1974.

Respecto de la adquisición de derechos sociales, el Servicio aplica en este Oficio el mismo entendimiento.

A su vez, el segundo Oficio citado por Embonor es el N° 3424 de 2006, el cual consulta la aplicación del criterio del Oficio N° 5077 de 1978 respecto de los intereses directamente relacionados con la inversión en una sociedad de responsabilidad limitada, entendimiento que es concedido por dicha Superioridad.

Como es posible apreciar, la amplitud de lo expresado por el Oficio N° 5077 de 1978 es tal que no deja dudas sobre la posibilidad de deducir como gastos los intereses de financiamientos destinados a la adquisición de acciones.

Frente a este argumento esgrimido por el contribuyente, llama la atención la respuesta realizada por el SII en la contestación del reclamo, en donde no se hace cargo de lo dispuesto en el Oficio N° 5077 de 1978 –que aplica plenamente al caso del reclamante–, haciendo referencia solamente del Oficio 3424 de 2006 –que se refiere a la adquisición de derechos sociales– en estos términos: ***“la potencialidad de generar rentas gravadas en primera categoría en casos de mediar financiamientos para adquirir derechos sociales, no se da en el caso de autos***, toda vez que la sociedad filial Arica Overseas sobre cuya adquisición se habrían destinados los flujos de los financiamientos ***es una sociedad de capital***, según se desprende del artículo número 6 del Registro N° 88700 de fecha 31 de marzo de 1999 acompañado al reclamo, por lo que no pudo derivar sino en las conclusiones plasmadas en el acto reclamado ***y no en la aplicación de los pronunciamientos citados por el contribuyente.*”**

A su vez, el fallo del TTA rechaza el argumento relativo a la aplicación del artículo 26 del Código Tributario presentado por el contribuyente, señalando en su considerando cuadragésimo noveno lo siguiente:

“se hace evidente que no es aplicable, en caso alguno, el artículo 26 del Código Tributario, ya que a juicio de este Tribunal, XXXXXX, RUT N° XX.XXX.XXX-X, no aplica la interpretación administrativa dentro de su contexto, sino se asila en ella, sólo para dar la apariencia de plausible a una operación de planificación tributaria destinada a eludir la carga tributaria, en una operación que, a todas luces, no puede ser vista como una “legítima razón de negocios”.

En relación con el entendimiento del TTA, dado que la aplicación del artículo 26 del Código Tributario exige que el contribuyente se haya acogido de buena fe a una determinada interpretación legal del SII, es necesario previamente definir el sentido y alcance de dicha buena fe. A nuestro juicio, esta buena fe, al contrario de lo que estima el fallo, no es una exigencia moral al contribuyente de fundar todos sus actos en una legítima razón de negocios, lo que no sucedería por ejemplo si su único móvil es obtener un ahorro tributario. Al

contrario, esta norma regula situaciones en que, partiendo de la premisa de que la ley no regula concretamente la situación particular del contribuyente, y que por ello fundamenta su actuación en una interpretación administrativa, **debe entenderse que se acoge de buena fe a dicha interpretación cuando ésta es razonablemente aplicable a su situación particular.**

A contrario sensu, acogerse de mala fe a una interpretación legal de un dictamen, sería cuando el contribuyente conoce que la misma no aplica a su situación particular, pero de algún modo fuerza su aplicación. Para establecer esta mala fe, primeramente el SII debe alegarla y probarla, y luego el juez debe ponderar objetivamente el razonamiento del contribuyente, en orden a verificar si efectivamente se forzó un argumento orientado a que dicha interpretación sea aplicable a su caso particular.

Por lo anterior, en ningún momento encontramos en este artículo 26 una exigencia para el contribuyente, llamémosle *moral*, de que su actuación deba fundarla necesaria y suficientemente en una legítima razón de negocios.

Analizando en detalle la consideración del fallo citado, el juez declara que el artículo 26 no le es aplicable a Embonor, dado que éste no aplica las interpretaciones administrativas "*dentro de su contexto*", entendimiento que es confirmado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica. Al respecto, cabe destacar que los oficios N° 5077 de 1978 y N° 3424 de 2006, citados por Embonor en el reclamo, son muy claros y directos en cuanto a la posibilidad de imputar como gastos los intereses pagados por financiamientos utilizados en la adquisición de acciones. La consulta que fundamenta dichos oficios se basa sobre un supuesto o contexto idéntico al de Embonor, y sin embargo los tribunales no lo consideran así.

Por otro lado, el juez declara además que el contribuyente se asila de mala fe a dichos oficios, dado que sus actos no poseen una legítima razón de negocios, entendimiento del cual nosotros discrepamos, de acuerdo a nuestro entendimiento sobre la buena fe del artículo 26, y por otro lado, ante la ausencia de norma que sancione las operaciones realizadas por el contribuyente cuando carecen de una legítima razón de negocios. De esta forma, es incorrecto no aplicar el artículo 26 del Código Tributario cuando un contribuyente se acoge a un dictamen razonablemente aplicable a su caso concreto, con la finalidad de obtener un ahorro impositivo.

Asimismo, el fallo del TTA señaló en su considerando cuadragésimo sexto que la deuda y pago de intereses "*carece jurídicamente de causa*", lo cual es una impropiedad jurídica garrafal. En efecto, y a pesar del lacónico desarrollo de la causa en nuestro Código Civil en sus artículos 1445 y 1467, hablar de la causa implica para algunos referirse, ora a la obligación correlativa de la otra parte

contratante; ora a la causa motivo o razón subjetiva que llevó a determinada persona a contratar. Entonces, si queremos declarar que una deuda originada por préstamo, lo cual constituye una obligación, carece de causa, es necesario señalar: o que el acreedor (prestamista) no tiene obligación producto de la celebración del contrato de mutuo; o bien que quien recibió en préstamo una suma celebró el contrato sin ningún motivo o causa. En consecuencia, y respecto del juicio en cuestión, aquellos financistas que dieron en préstamo sumas de dinero a Embonor, sí asumieron obligaciones, las cuales fueron principalmente la obligación de entregar aquél dinero; y por otro lado, ciertamente que Embonor tuvo como causa subjetiva para celebrar dichos préstamos la posibilidad de adquirir con los dineros recibidos acciones en la filial situada en Islas Caimán, e indirectamente las sociedades operativas en Chile.

Sin perjuicio de lo anterior, en el recurso de apelación interpuesto por el contribuyente ante la Corte de Apelaciones de Arica, en el cual el contribuyente insistió en haberse acogido de buena fe a los pronunciamientos emitidos por el Servicio de Impuestos Internos, simplemente declaró lo siguiente:

*“(...) conforme a lo dispuesto en el señalado precepto del Código Tributario (artículo 26) que nos ocupa, no procederá el cobro (de impuestos) con efecto retroactivo cuando el contribuyente se haya ajustado de buena fe a un procedimiento administrativo del Servicio de Impuestos Internos. No obstante, **en la especie, no nos encontramos frente a un cobro de impuesto con efecto retroactivo, sino que frente a un rechazo de gastos que no cumplen los requisitos legales para ser considerados como un gasto necesario para producir renta y consecuentemente no susceptibles de ser rebajados de la carga impositiva del contribuyente reclamante**”.*

Como es posible apreciar, la Corte de Apelaciones rechaza la aplicación del artículo 26 del Código Tributario al caso Embonor, bajo el argumento de que lo que la ley impide al Servicio en dicho artículo es sólo el cobro de un impuesto con efecto retroactivo, pero jamás la posibilidad de rechazar un gasto.

Al respecto, la Corte interpretó el sentido del artículo 26 del Código Tributario desde un punto de vista aislado en relación con las demás normas jurídicas, dado que fundó su entendimiento en los límites que el propio artículo 26 estableció en favor del contribuyente, que únicamente es el impedimento del SII de cobrar un impuesto con efecto retroactivo, no existiendo efectivamente bajo esa perspectiva traba alguna para el mismo de objetar gastos o cualquier partida que implique un menor pago de impuestos.

Ahora bien, y sin perjuicio de coincidir parcialmente con el entendimiento de la Corte en ese sentido, las normas jurídicas deben interpretarse también de forma sistemática, como un todo lógico. Y desde esta perspectiva, parece

ser que el sentido del beneficio del artículo 26 del Código Tributario es el de impedir al SII –solamente– cobrar un impuesto retroactivamente cuando el contribuyente se ha acogido de buena fe a un dictamen, ***siempre y cuando además el acto realizado por dicho contribuyente no se sustente sobre una norma legal que regule su situación particular***. No deja de ser lógico entender el mencionado artículo 26 como un remedio de certeza jurídica en favor del contribuyente, quien ante la ausencia de una norma jurídica que valide tributariamente su actuación particular, busque refugiarse en un dictamen, el cual deberá ser respetado por el SII, quedando impedido –aunque solamente– de cobrar impuestos con efecto retroactivo. Si el contribuyente recurrió a dicho dictamen ante la ausencia de una norma que sustente su actuación, el juez aplicará el artículo 26 verificando previamente si el contribuyente se acogió a la interpretación del SII de buena fe, aunque de acuerdo a la definición de buena fe señalada más arriba, y no de acuerdo a lo entendido por el fallo en comento. En consecuencia, en este juicio en particular, y dado que el contribuyente se asiló en diversas normas que regulaban su actuación, no aplica el artículo 26 en cuanto a exigirse la verificación de la buena fe del contribuyente para acogerse a los pronunciamientos del SII.

Además del escaso beneficio que representa para el contribuyente la norma del artículo 26, en orden a que sólo inhibe al SII de cobrar retroactivamente un impuesto, cabe señalar que dicho precepto nos parece poco claro respecto del sentido y alcance de la frase “cobrar retroactivamente”. ¿Significa aquel cobro de impuestos sobre hechos gravados pretéritos, determinados sin un litigio o controversia, o incluye también la situación del contribuyente que acogiéndose de buena fe a un pronunciamiento ante la ausencia de una norma que regule su caso concreto, es posteriormente fiscalizado por el SII, proceso en el cual le son rechazados ciertos gastos, y en consecuencia le es determinada una mayor renta y por ende un mayor impuesto a pagar?

Con todo, es necesario reflexionar sobre la conveniencia de modificar el artículo 26 del Código Tributario, en el sentido primero de eliminar el requisito de verificación de la buena fe, que gracias al incorrecto entendimiento de este fallo, adquirió ribetes de exigencia moral, lo cual se opone directamente con el ordenamiento jurídico. Además, sería interesante ampliar la inhibición del SII cuando el contribuyente se acoge a una interpretación administrativa del SII, no sólo a impedir cobrar impuestos retroactivamente, sino también a objetar cualquier deducción o acto, lo que contribuiría a materializar una mayor certeza jurídica. En este sentido, si bien los oficios no obligan a los contribuyentes, sí obligan al mismo Servicio en cuanto no se publiquen de acuerdo al artículo 15 del Código Tributario, sin perjuicio de que el juez tenga la última palabra sobre el sentido y alcance de una norma.

3. Legítima razón de negocios

Sin perjuicio de los dos temas anteriormente tratados que producto del fallo Embonor han impactado fuertemente la interpretación pacífica que se tenía sobre determinadas normas tributarias, es la exigencia de eficiencia económica en los actos de los contribuyentes, el hecho más curioso y extraño introducido en este fallo, y que a su vez genera más controversias.

Si buscáramos la razón determinante utilizada por el juez para rechazar el reclamo tributario de Embonor, la cual no ha sido fácil de desentrañar por causa de una falta de rigor en el método de desarrollo y análisis del juez en la redacción del fallo, es posible visualizar que dicha razón es el hecho de que tales gastos finalmente nunca generaron ingresos para el contribuyente que los dedujo. Este punto, según se expuso en el subcapítulo 1 de este artículo, merece todas las críticas, dado que basta que la adquisición de bienes sea potencialmente susceptible de generar rentas, lo cual se determina al momento de la adquisición, y no *ex post*. Con todo, este argumento también es fortalecido con un entendimiento de parte del juez sobre la norma tributaria que no tiene asidero, como es el revestir de ciertos caracteres de antijuridicidad a aquellos actos realizados sin una razón de negocios eficiente, como sería el eludir impuestos, impugnando y rechazando en consecuencia los gastos necesarios para realizarlos.

En este sentido, el juez de la causa, al analizar la situación de la sociedad matriz chilena que en el año 2005 absorbió su filial también chilena, propietaria de todas las sociedades operativas y de una cuenta por cobrar en favor de la filial extranjera que anteriormente le había vendido dichas sociedades operativas, comenta lo siguiente:

“¿qué sentido tiene que (la matriz) pague intereses por créditos para que un tercero las adquiera (su filial en el extranjero), antes de que ingresen a su patrimonio, en condiciones que puedo (sic) haberlas adquirido directamente? y ¿qué sentido tiene que pague intereses por créditos para que un tercero las adquiera, si para que ingresen a su patrimonio debe pagar un precio superior al que el tercero pagó por esas plantas? No puede este Tribunal concluir otra cosa que la deuda y el pago de los intereses carece jurídicamente de causa” (considerando cuadragésimo sexto).

En relación con estas declaraciones, el juez cuestiona la verdadera utilidad para el contribuyente de haber adquirido indirectamente las sociedades operativas, con anterioridad a su adquisición directa, dado que en la primera adquisición se produce un gasto por intereses a su juicio innecesario y artificial. Sin embargo, el juez no considera en el análisis que la conveniencia de optar por una alternativa en vez de otra, aun cuando implique incorporar un pasivo a su patrimonio y demorar tiempo en controlar las sociedades directamente, es una

decisión de la cual el contribuyente es soberano, libre y autónomo, y que no tiene obligación alguna de justificar. Por otro lado, si tal decisión de adquirir las sociedades primeramente de forma indirecta le significa un beneficio tributario, y es al final ese el motivo determinante para actuar, tampoco los gastos que se incurran en la ejecución de ese plan deben ser rechazados.

En efecto, los gastos para ser necesarios requieren el cumplimiento de determinadas exigencias particulares de cada partida, que en ningún caso llegan a tocar aspectos relativos a la eficiencia económica de las operaciones de los contribuyentes a nivel macro o a largo plazo, como lo consideró la sentencia de Embonor.

Finalmente, antes de desechar el reclamo con costas, el fallo concluye señalando lo siguiente:

*“Que, por de lo expuesto, este Tribunal ha llegado a la convicción que las operaciones descritas, efectuadas por XXXXXX, RUT N° XX.XXX.XXX-X, **no son una gestión eficiente para la compra de las plantas**, sino, por el contrario, han generando la duplicación del costo de los activos, que van a acarrear pérdidas tributarias en Chile de manera artificial, pero que disminuye o evita el pago de impuestos a la renta; a favor de la producción de utilidades, también artificial, en la Filial extranjera, ubicada en un territorio donde no existe la carga de los impuestos a la renta; por lo que, tratándose de costos artificiales, evidentemente no corresponden a aquellos necesarios para producir la renta.*

*Por lo concluido, se hace evidente que no es aplicable, en caso alguno, el artículo 26 del Código Tributario, ya que a juicio de este Tribunal, XXXXXX, RUT N° XX.XXX.XXX-X, **no aplica la interpretación administrativa dentro de su contexto**, sino se asila en ella sólo para dar la apariencia de plausible a una operación de planificación tributaria destinada a eludir la carga tributaria, en una operación que, a todas luces, no puede ser vista con una “legítima razón de negocios” (considerando cuadragésimo noveno).*

Como puede apreciarse, el juez negó lugar al reclamo porque estimó que fuera de que los gastos de intereses no generaron rentas, toda la operación ejecutada por el contribuyente fue ineficiente, dado que buscó únicamente reducir significativamente su carga tributaria, y más aún, recuperar PPUA.

Este entendimiento excede de lo dispuesto por las normas tributarias chilenas que no prohíbe la celebración de actos jurídicos cuando su único objeto es obtener un ahorro tributario. De acuerdo al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, en Chile prima la libertad para realizar cualquier actividad económica, siempre que no sea contraria a la moral, orden público y buenas costumbres, respetando las normas que la regulan. Sobre la base de estos principios, es contrario a derecho exigir a los contribuyentes actuar de

acuerdo a una máxima de eficiencia, al punto de que quien se aleje de ella pueda ser víctima de impugnación judicial de sus actos y de los gastos utilizados para ejecutarlos. La ley es la ley, y no existe impedimento en realizar actos buscando un ahorro tributario, y aun habiendo dicha ley que sancione esta conducta, existe la posibilidad de invalidarla mediante el recurso de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, por ser contraria a normas constitucionales.

Tampoco es aceptable rechazar un gasto cuando el mismo forma parte de una operación que no tiene una legítima razón de negocios, dado que nuestra legislación sólo exige fundar actos dentro de esa máxima tratándose de aportes totales o parciales de activos en procesos de reorganización empresarial de acuerdo a lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 64 del Código Tributario, lo cual no tiene aplicación a este juicio. Por lo demás, esta norma solamente autoriza al SII para que en dichos casos establezca un valor o precio corriente, no pudiendo en ningún caso rechazar gastos asociados a dicha reorganización, ni menos afectar la validez de los actos realizados.

El juez debió haber reconocido la finitud y falibilidad de la legislación tributaria, que no ahonda en las intenciones de los contribuyentes, que contiene exigencias puntuales para la aceptación de gastos plenamente aplicable a la situación de Embonor, y una regulación a nuestro juicio equivocada sobre el devengamiento de resultados de agencias en el exterior, que provoca situaciones como las de este caso, que aun siendo éticamente perverso el sistema utilizado por Embonor, que procuraba finalmente evitar cualquier tributación por sus resultados en Chile, todo ello en desmedro de todos los chilenos, son situaciones que la ley acepta.

En consecuencia, el fallo adoleció de rigor técnico para argumentar la impugnación de gastos, dado que según dispone actualmente la normativa tributaria, los mismos cumplían con los requisitos de necesidad según se ha comentado anteriormente. Si el juez hubiese querido rechazar los gastos sin confrontar la normativa expresa de la Ley de la Renta y del Código Tributario, pudiera haberlo hecho conociendo de una acción de fraude a la ley, abuso del derecho o bien un enriquecimiento ilícito, y, por qué no, un ilícito penal, pero siempre que el Servicio de Impuestos Internos lo haya señalado en tales términos, dado que el juez no puede *motu proprio* juzgar aquello que no se le ha pedido juzgar.

Capítulo Tercero. Verificación de las normas de la sana crítica en el fallo Embonor

Finalmente, y a la luz del estudio del fallo Embonor y de diversos otros, es necesario resaltar la necesidad de un mayor rigor en la actividad jurisdiccional

de algunos jueces tributarios, sobre todo en relación con la correcta aplicación del sistema de la sana crítica.

Aunque no sea propio de los jueces tributarios, sino en general de no pocos magistrados de diversos tribunales que utilizan este sistema de valoración de la prueba según la sana crítica, es muy recurrente el error de entender que la sana crítica implica una facultad no sólo de valorar la prueba en términos más amplios, sino también de ir más allá de los argumentos presentados por el demandante y demandado, para luego resolver asuntos que exceden de aquello pedido por los litigantes, sin percatarse que dicho comportamiento es un vicio procesal llamado *extra petita*, y que vicia de nulidad la sentencia.

Otro problema muy recurrente en estas situaciones es el incumplimiento de la exigencia del sistema de sana crítica de analizar y valorar individualmente cada una de las pruebas presentada por las partes, y señalar con detalle las razones lógicas, técnicas y de la experiencia que llevaron al juez a que tal prueba acredite o no un hecho. En efecto, muchas sentencias juzgadas de acuerdo a este sistema analizan someramente la prueba, o bien hacen una análisis genérico de la prueba en su conjunto y no en su unidad, o bien ciertos jueces declaran expresamente en el fallo que han realizado un análisis de la prueba según la sana crítica para luego sin más resolver, pero sin que conste en dicha sentencia el análisis pormenorizado de la prueba. Este error recurrente constituye también un vicio procesal de la sentencia, atacable por la vía del recurso de casación en la forma, por falta de fundamento. Cabe destacar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 140 del Código Tributario, respecto de la sentencia definitiva en juicios tributarios, no procede el recurso de casación en la forma, debiendo corregirse cualquier vicio solamente en el Tribunal de Apelaciones.

La sana crítica la consagra el nuevo artículo 132 inciso catorce del Código Tributario que señala:

“La prueba será apreciada por el Juez Tributario y Aduanero de conformidad con las reglas de la sana crítica. Al apreciar las pruebas de esta manera, el tribunal deberá expresar en la sentencia las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en virtud de las cuales les asigna valor o las desestima. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

El método de valoración de la prueba de acuerdo a la sana crítica se diferencia del sistema de prueba legal o tasada, en que este último establece de antemano en la ley el valor de cada prueba y su jerarquía en relación con las demás.

Por su parte, el método de la sana crítica le concede una libertad al juez para apreciar la prueba y valorarla sin normas legales preestablecidas, sino sólo de acuerdo a los siguientes parámetros: razones jurídicas, de la lógica, de la ciencia, técnicas o de la experiencia. El procesalista uruguayo Couture define la sana crítica como aquella *“integrada por reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”*⁶.

*“Lo primero es que el sistema de la sana crítica solo se refiere a la “valoración de la prueba”, luego es claro que esa fórmula legal mantiene subsistentes, vigentes, en la respectiva materia, las demás normas sustantivas probatorias, denominadas reglas reguladoras de la prueba como las que señalan cuáles son los medios de prueba, las que establecen su admisibilidad, la forma de rendir la prueba o las que distribuyen el peso de ella. Disponiendo la ley que el juez apreciará la prueba en conciencia, debe este, sin embargo, respetar estas otras normas reguladoras que nada tienen que ver con su apreciación”*⁷.

De este modo, el juez se encuentra facultado para desestimar cualquier (o incluso toda) prueba o bien darle mayor valor a otras que según el sistema de prueba legal no tendría ninguna o escasa relevancia, pero sólo en la medida de que en la parte considerativa de su fallo el juez fundamente las razones que lo llevaron a actuar de ese modo, dado que la omisión de esta exigencia genera en el fallo un vicio de nulidad atacable por la vía del recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, por infracción a las normas reguladoras de la prueba.

Como es posible apreciar, es la fundamentación de la valoración realizada por el juez de cada una de las pruebas el requisito imprescindible de un fallo acorde a derecho, puesto que es la única manera de conocer si su criterio respetó o se adecuó a las reglas de la lógica, ciencia y experiencia. *“Esto en materia de sana crítica se traduce en que la fundamentación permite determinar al tribunal superior cuándo en la valoración de los hechos se han infringido las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios de la lógica por parte del juez inferior”*. En el mismo sentido: *“La función endoprocesal de autocontrol implica que el juez de por sí, al saber que debe justificar al final su decisión, eliminará todo elemento arbitrario o irracional de su decisión, ya que sabe que después no podrá justificar estos al redactar la fundamentación de la sentencia”*⁸.

⁶ Couture (1979) p. 195.

⁷ González Castillo (2006), p. 97.

⁸ Maturana (2012), p. 354.

Me permito agregar entre paréntesis que la sana crítica es todavía un sistema probatorio carente de una definición unívoca, lo que ya es una dificultad en contra de la certeza jurídica. Y sobre todo respecto del criterio de la experiencia, existe un falso entendimiento en la doctrina e incluso en la jurisprudencia chilena, de que se trata de un criterio subjetivo; entendimiento que formula un autor muy citado en nuestro país respecto de estos temas: Friedrich Stein⁹. Por el contrario, cuando la ley exige utilizar la experiencia como uno de los parámetros de valoración de la prueba, lo hace en relación con las “máximas” de la experiencia, pero no como la experiencia propia del juez, lo cual es muy distinto, dado que jamás se exige la experiencia propia del juzgador. En efecto, si la sana crítica exige una valoración fundamentalmente lógica, abstracta, ello no se condice con la posibilidad de incluir criterios subjetivos como la valoración del juez de algún punto sobre la base de su experiencia personal. Por ello la experiencia debe ser un conocimiento general. Leible, jurista alemán, cita el ejemplo de que si luego de un incendio se verifica que el foco del mismo se encuentra cercano a una defectuosa instalación eléctrica, entonces la experiencia de vida habla a favor de que el incendio se ocasionó por un cortocircuito¹⁰.

Por todo lo anterior, la fundamentación de los fallos se convierte en una garantía del debido proceso, y debe cumplirse no solamente en términos genéricos, sino haciéndose cargo de cada prueba en particular. Este problema se vuelve un problema mayor dado el fenómeno de que respecto de juicios tributarios sea muy usual que los tribunales superiores tiendan a confirmar los fallos inferiores, de forma tal que aun existiendo recursos para revocar o anular fallos infundados, la posibilidad de revertirlos sea bastante dificultosa. Y este problema se acentúa más por el fenómeno consistente en que una buena parte de los jueces tributarios provienen del Servicio de Impuestos Internos, los cuales tienden naturalmente a aplicar una noción pro fisco de las normas tributarias.

En el fallo Embonor es posible sin duda verificar algunas de las situaciones que en este subcapítulo hemos criticado de algunos jueces que utilizan el sistema de la sana crítica.

En este fallo verificamos primeramente un escaso análisis pormenorizado de la prueba rendida en los considerandos cuarto al duodécimo, en el sentido de que no se analiza en detalle cada prueba en particular, ni tampoco señalándose en seguida si ellas dan o no fe de los hechos controvertidos, además del porqué de dichos o conclusiones basados en razones jurídicas, lógicas, científicas, técnicas o de la experiencia. En efecto, apreciamos que al final de dichos considerandos, cada uno de los cuales contiene una lista de diversos documentos, el juez se refiere a estos en forma conjunta y no individual, simplemente declarando

⁹ Stein (1988), p. 27.

¹⁰ Leible, Stefan (1999), p. 251.

que “dan cuenta” de determinados hechos. Finalmente, en los considerandos vigésimo primero al vigésimo tercero el juez declara que toda la documentación acompañada en su conjunto “da cuenta” de determinadas circunstancias, pero tampoco justificando las razones de dicha valoración.

Por otro lado, el mismo juez en el segundo párrafo del considerando vigésimo cuarto, declara:

“este sentenciador ha hecho un estudio racional y pormenorizado de lo que estos instrumentos dan cuenta y donde se advierte claramente que en ninguno se demuestra la exigencia imperiosa prescrita en la Ley de Impuesto a la Renta, en orden a deducir de la renta bruta los gastos estrictamente necesarios para producirla”.

En relación con esta declaración, no consta en el fallo aquella parte en donde se hace un estudio racional y pormenorizado de los instrumentos. Reiteramos que es imperativo que el juez razone, analice y valore cada prueba, expresándose y constando ello en la misma sentencia. La misma crítica es posible realizarla respecto de la siguiente declaración:

“Que, efectivamente este tribunal después de haber ponderado y valorado debidamente todos los medios probatorios acompañados por la reclamante y, confrontados con las exigencias de la normativa de la ley de renta y haber revisado el material probatorio reiteradamente”.

Lamentablemente la I. Corte de Apelaciones entiende que las declaraciones citadas arriba son suficientes para cumplir con la exigencia de un análisis pormenorizado de cada prueba y de fundamentación exigido por la sana crítica.

Por su parte, y sin perjuicio de que el fundamento basal del juez para desestimar el reclamo fue no la falta de acreditación de los gastos, sino la falta de acreditación de ingresos generados por tales gastos, que a juicio del mismo es un requisito necesario de aceptación de dichas deducciones, llama la atención que el juez haya volcado su atención para reforzar su fundamento basal con consideraciones ajenas incluso a las referidas por el mismo Servicio de Impuestos Internos en su Resolución reclamada, que es la eficiencia de la operación utilizada por Embonor para adquirir las sociedades operativas en Chile mediante una primera adquisición indirecta. Sobre esta consideración, el tribunal entregó interpretaciones y valoraciones sobre la elusión como un hecho antijurídico, atribuyendo la actitud del contribuyente que actuaba de esa manera como una actitud de mala fe, lo cual ciertamente excede de las declaraciones solicitadas por las partes litigantes, además de ir en contra de la normativa tributaria chilena.

A mayor abundamiento, en la sentencia del recurso de apelación interpuesto por Embonor, la I. Corte de Apelaciones se sumó a la condena de aquellos actos realizados con un único objeto de obtener ahorro tributario, señalando lo siguiente:

“De este modo, la reorganización empresarial que realizó la reclamante no obedece a una legítima razón de negocios que la justifique, es decir, aquello que la jurisprudencia anglosajona denomina “business purpose test”, esto es, la planificación es aceptable en la medida que tenga un propósito comercial o económico diferente que el solo objetivo de evitar un impuesto y, en consecuencia, lo actuado ha sido derechamente con el objeto de evitar el pago de impuestos, configurándose en los hechos una duplicidad de costos que la misma ha volcado en su declaración de impuestos, siendo, por ende, correcto el rechazo efectuado por el Servicio de Impuestos Internos y, por ello, correcta la Resolución 85/2011 cuya impugnación se ha pretendido mediante el presente litigio”.

Conclusiones

De acuerdo a lo analizado en este artículo, es posible visualizar el impacto que ha significado el fallo Embonor en el entendimiento sobre diversas normas tributarias, sobre todo por la confirmación de tales criterios por los tribunales superiores que conocieron de los recursos presentados por el contribuyente reclamante.

En primer lugar, acentuamos la necesidad de tener presente el efecto relativo de las sentencias preceptuado en el artículo 3° inciso segundo del Código Civil, esto es, que sólo tienen fuerza obligatoria en las causas en que se pronuncian, lo cual no debe quitarnos la fe de que en un futuro los tribunales puedan modificar sus criterios.

Por otro lado, no podemos desconsiderar tampoco que en general el nivel de conocimiento de los tribunales superiores en materia tributaria no está todavía a la altura de las exigencias, lo cual implica ciertamente una barrera para la obtención de justicia de parte de los contribuyentes, y debe ser resuelto a la brevedad, comenzando con la implementación de salas especializadas en materias tributarias en Cortes de Apelaciones, exigencia que está en la ley, pero que aún no se cumple.

Por último, y sin que este artículo haya versado sobre el análisis de la estrategia de la defensa de Coca-Cola Embonor en este juicio, tanto en primera como en las instancias superiores, es necesario también resaltar que este aspecto del análisis jurisprudencial es importantísimo para saber si efectivamente los tribunales han recibido del demandante los argumentos idóneos, oportunos,

fundamentados y claros, y en definitiva si el malogrado resultado de tales sentencias se debe en parte a tales defectos, más que a una falta de conocimiento de las normas impositivas por parte de los sentenciadores.

En relación con la exigencia de correlación entre ingresos y gastos que los tribunales determinaron como un requisito para aceptación de gastos, será necesario defender con ahínco desde la academia y doctrina el entendimiento incorrecto de la norma tributaria por parte de los tribunales. Que exista la posibilidad de que un juez verifique ex post que un determinado gasto no generó rentas, o peor, decretarlo así al momento del desembolso, y por tal motivo ordenar su rechazo, además de ir en contra de la propia naturaleza incierta de los negocios, es una grave contingencia que puede inhibir determinados emprendimientos de los contribuyentes, y que tenderá a impedir la creación de negocios innovadores o más osados.

También este fallo nos ha generado críticas respecto del no reconocimiento como gastos necesarios de todos aquellos desembolsos que se destinen a la adquisición de acciones, sin perjuicio de que la normativa tributaria no deja dudas de su procedencia, así también los Oficios del SII citados por Embonor que expresamente lo permiten. A nuestro juicio, el tribunal enfocó demasiado la atención en las sociedades operativas chilenas como los únicos bienes susceptibles de producir rentas, pero no consideró que la adquisición de acciones por parte de la reclamante, en la sociedad anónima extranjera propietaria de dichas sociedades operativas, es claramente un activo susceptible de generar rentas por sí mismo.

Por otro lado, creemos que el asunto más delicado que surgió con este fallo es la condena de actos cuya causa determinante es el ahorro tributario mediante la elusión de impuestos, sin que exista norma alguna que condene esta situación, confundiéndolos casi con evasión, e impugnando los gastos que dicha operación genere. En este sentido, la crítica del TTA de aquellos actos denominados por el mismo como "ineficientes" es una consideración que escapa de la competencia de los tribunales de justicia, dado que los contribuyentes son libres de tomar sus propias decisiones económicas, sean estas buenas o malas, debiendo limitarse tanto el SII como los jueces a juzgar el alcance tributario de tales decisiones, pero no su oportunidad y mérito económico, ni menos su "causa motivo". Por su parte, la exigencia de una legítima razón de negocios para los actos de los contribuyentes solamente se encuentra en el caso de aportes parciales o totales de activos en proceso de reorganización, supuesto no aplicable en este caso, quedando en el resto de las hipótesis la mayor libertad en cuando a las razones para realizar determinados actos y contratos.

Si existe una voluntad judicial y del Fisco de condenar la elusión tributaria por amenazar la estabilidad del erario nacional, es necesario que dicha condena se sitúe en una ley enmarcada siempre dentro de normas constitucionales, o bien

que el Servicio de Impuestos Internos se atreva a fundamentar una impugnación de actos basada en el abuso de derecho, simulación, enriquecimiento ilícito, fraude a la ley, entre otras acciones, las cuales tienen sus propios requisitos y exigencias. Inclusive, es posible invocar la misma nulidad por objeto ilícito del Código Civil respecto de actos contrarios a la moral, orden público o buenas costumbres, o también el poco conocido artículo 11 del Código Civil, que recoge el principio "*dura lex, sed lex*", la cual permite declarar nulos los actos que la ley declara como tales con el fin de precaver un fraude, aunque dichos actos en sí no se sancionen con nulidad.

Como es posible apreciar, mediante estas herramientas que posee nuestro ordenamiento jurídico, y sin perjuicio de instar a un análisis sobre modificaciones legales que apunten a proveer mejores herramientas a los particulares para demandar la ineficacia de actos denominados como fraudulentos, no se fuerza ni desvirtúa la norma tributaria en pos de obtener una sanción a contribuyentes que realicen actos que atentan normas y principios civiles o constitucionales, pero no de naturaleza tributaria.

Bibliografía citada

D'ORS, Álvaro, (1953), *Principios para una Teoría Realista del Derecho*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

COUTURE, Eduardo (1979), *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma t. II.

MATURANA, Cristian, Universidad de Chile, *Los plazos, actuaciones judiciales, notificaciones, resoluciones judiciales y el juicio ordinario conteniendo la teoría general de la prueba*, Apuntes de Derecho Procesal Universidad de Chile, 2012.

STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, (1999), Bogotá, Colombia, Editorial Temis.

LEIBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, trad. de la Konrad Adenauer Stiftung; Medellín, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 1999.

GONZALEZ, Joel. *La fundamentación de las sentencias y la sana crítica*, Rev. chil. derecho [online]. 2006, vol.33, n.1, pp. 93-107. ISSN 0718-3437.

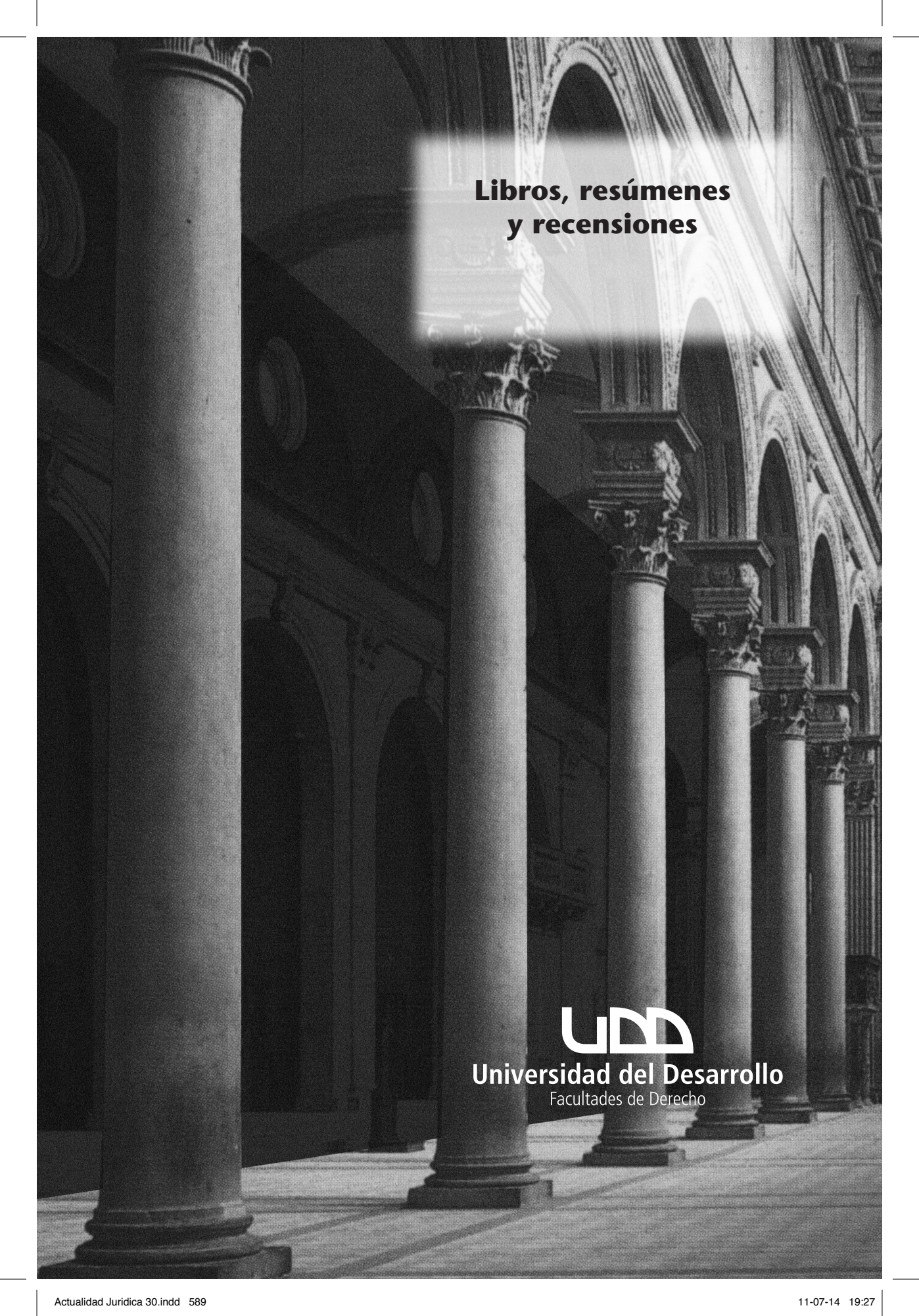
Normas citadas

Constitución Política de la República de 1980

Código Civil.

Decreto Ley N° 824 de 1974. Ley de la Renta.

Decreto Ley N° 830 de 1974. Código Tributario.



**Libros, resúmenes
y reseñas**



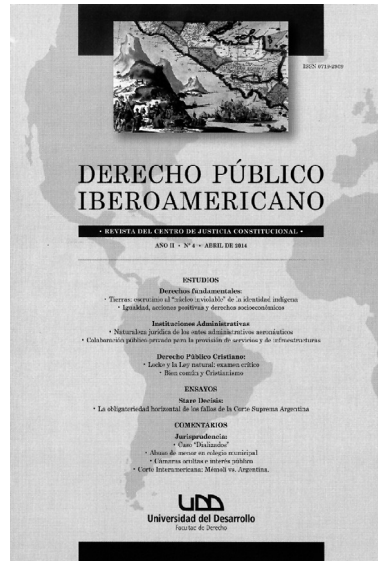
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Índice

Revista Derecho Público Iberoamericano

Facultad de Derecho UDD

N° 4 - Abril de 2014



ESTUDIOS

Derechos fundamentales:

- Tierras: escrutinio al “núcleo inviolable” de la identidad indígena
- Igualdad, acciones positivas y derechos socioeconómicos

Instituciones Administrativas:

- Naturaleza jurídica de los entes administrativos aeronáuticos
- Colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras

Derecho Público Cristiano:

- Locke y la Ley natural: examen crítico
- Bien común y Cristianismo

ENSAYOS

Stare Decisis:

- La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema Argentina

COMENTARIOS

Jurisprudencia:

- Caso "Dializados"
- Abuso de menor en colegio municipal
- Cámaras ocultas e interés público
- Corte Interamericana: Memoli vs. Argentina.

Índice

Revista Ius Publicum N° 32/2014

Escuela de Derecho

Universidad Santo Tomás

ESTUDIOS

CAMILO TAGLE: consideración crítica del relativismo moral y justificación del objetivismo ético.

SERGIO R. CASTAÑO: *El problema de una autoridad mundial a luz de los fundamentos de la potestad política.*

GONZALO LETELIER WIDOW: *El reduccionismo liberal y la politicidad de la familia.*

RAÚL MADRID: *libertad de cátedra en las universidades católicas o de inspiración católica.*

EDUARDO SOTO KLÖSS: *La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente (Tercera parte).*

CRISTIAN LETELIER AGUILAR: *El Tribunal Calificador de Elecciones, una excepción a su función de proclamar a senadores y diputados.*

EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO: *España limita al sur con el anacronismo de Gibraltar.*

CRÓNICA

Reflexiones tomistas: ESTHER GÓMEZ DE PEDRO. *Reflexiones éticas:* LUIS FERNANDO PÉREZ BUSTAMANTE, P. SANTIAGO MARTÍN, PATRICIO ACEVEDO, P. PEDRO TREVIJANO ECHEVERRÍA, REMEDIOS FALAGUERAS. *Reflexiones fuertes:* JAIME ARANCIBIA MATTAR, GONZALO ROJAS SANCHEZ, P. FERNANDO PASQUAL, FEDERICO GARCÍA L., GASTÓN ESCUDERO, ROLANDO STEIN BRYGIN, ADOLFO IBAÑEZ S.M., JOSÉ IGNACIO CONCHA CASTRO, FELIPE MUNOZ TRUFFELLO.

DOCUMENTOS

SANTO PADRE JUAN PABLO II. *Discurso con ocasión del VI Centenario de la Fundación de la Universidad Jagüellónica - Discurso a la Asamblea Plenaria de la Academia Pontificia de Ciencias (27-X-1998)* – SANTO PADRE BENEDICTO XVI: *Discurso durante la inauguración del 85° Curso Académico en la Universidad Católica del Sagrado Corazón (25 de noviembre de 2005) - Discurso al Mundo de la Cultura en la Universidad de Pavia (22 de abril de 2007) - Discurso en la bendición de la primera piedra de la Universidad de Madaba del patriarcado latino, Madaba (9 de mayo de 2009) - Discurso en el Encuentro con los jóvenes profesores universitarios. Basílica de San Lorenzo de El Escorial (19 de agosto de 2011)* - SANTO PADRE PÍO XII: *Discurso a los oficiales y tripulantes de la Nave-Escuela Chilena "Esmeralda" (20 de mayo de 1956)* – EDUARDO SOTO KLÖSS: *Presentación de Cuadernos Ius Publicum No 2/2013. "Discursos del Papa Benedicto XVI al mundo académico y la cultura" (6.8.20 13). Aula Magna Universidad Santo Tomas* - ANÍBAL RODRÍGUEZ LETELIER: *El discurso del Papa Benedicto XVI en el Parlamento alemán* - MARÍA ESTHER GÓMEZ DE PEDRO: *La antropología de Joseph Ratzinger, una aproximación desde su noción de libertad.*

ACTUALIDADES, JURISPRUDENCIA, RESENCIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

ACTUALIDAD JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre	
Dirección	
Dirección de despacho	
Comuna	
Ciudad	País
Teléfono	Fax
Profesión/Carrera	
Universidad/Instituto	
Empresa/Institución	
Giro	
R.U.T.	E-mail

Tipo de Suscripción

Nueva Renovación 1 Año 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de \$ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCION*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 22.000	\$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56-2-299 92 71
Fax: 56-2-299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56-41-268690
Fax: 56-41-268669
E-mail: cferrando@udd.cl

