

# ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

**Año XVI, N° 32 – Julio 2015**



**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

• <b>Presentación</b> .....	5
<b>I. Tema Central: <i>¿Cabe al Poder Judicial responsabilidad en la crisis del Estado de Derecho?</i></b>	
• <b>Estado de Derecho y crisis del sistema judicial.</b> P. Rodríguez G.....	11
• <b>Sobre la jurisprudencia.</b> E. Soto K.....	29
• <b>El caso Artavia Murillo y los límites de la argumentación judicial</b> I. Henríquez H. ....	33
<b>II. Seminario internacional “Nuevas perspectivas del derecho contractual”</b>	
• <b>Presentación.</b> .....	55
• <b>Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido</b> V. Vial D.....	57
• <b>El contrato y los derechos fundamentales. La constitucionalización del derecho</b> J. Tamayo J. ....	65
• <b>El contrato y los derechos fundamentales</b> A. Guzmán B. ....	71
• <b>Integración e intervención administrativa: Autonomía privada y orden público económico</b> E. Alcalde R. ....	81
• <b>La Integración e intervención administrativa del contrato: la lucha contra las cláusulas abusivas</b> J. Barahona G. ....	105
• <b>La modificación unilateral del contrato en el derecho del consumo; la saga: el fallo “Sernac con Cencosud”, los DS. N°s 153, de 19.12.2013 y N° 39, de 09.03.2015</b> B. Caprile B. ....	135
• <b>El desequilibrio negocial y el debilitamiento del nexo contractual</b> C. Larroumet.....	149
• <b>Interdependencia de las obligaciones generadas por el contrato</b> P. Rodríguez G. ....	155
<b>III. Ensayos y estudios</b>	
• <b>Sobre la responsabilidad civil precontractual</b> A. Prado P. ....	167
• <b>Alcances inconstitucionales de la ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección</b> J. Alvear T. ....	177

• <b>Reforma constitucional sobre la forma de Estado en Chile. Estado unitario regionalizado y asambleas legislativas regionales</b> J.M. Díaz de Valdés J.	199
• <b>Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascaidas</b> F. Pfeffer U. ....	207
• <b>Reflexiones en torno a la potestad de la administración tributaria para la calificación de hechos, actos o negocios jurídicos. El nuevo artículo 4° bis del Código Tributario</b> J. González O. ....	227
• <b>Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI</b> (R.F. Campusano – A. Bolado P.).....	245

#### IV. Análisis jurisprudencial

• <b>Colusión: Un análisis jurisprudencial (Primera parte)</b> M.F. Juppet E. ....	283
• <b>Una errada sentencia en materia de delito tributario</b> J. García E. ....	317
• <b>La protección de los consumidores no excluye la aplicación estricta de las reglas del Código Civil</b> F. Mujica E. ....	337
• <b>Sobre el resarcimiento del daño patrimonial a consecuencia de un delito: fallo de la Corte Suprema causa rol N° 9.573-2014 (contra Aaron Vásquez y su padre, por el asesinato de Alejandro Inostroza)</b> A. Leiva L. ....	345
• <b>Algunas tendencias jurisprudenciales sobre el recurso de apelación en materia penal</b> R. Vera L. ....	349

#### V. Discurso inauguración año académico 2015

• <b>Facultad de Derecho, sede Santiago</b> (P. Rodríguez G.).....	373
• <b>Facultad de Derecho, sede Concepción</b> (G. Rioseco M.).....	379

#### VI. Libros, resúmenes y reseñas

• <b>Alumnos de postgrado publican libros sobre temas de su especialidad</b> (R. Campusano D.).....	389
• <b>Sanciones Administrativas Varios autores</b> N. Enteiche R. ....	393
• <b>Manual de Legislación Previsional, de Gabriela Lanata</b> F. P. Fuenzalida M. ...	397
• <b>Índice Revista de Derecho Público Iberoamericano, UDD, N°6, Abril de 2015.</b>	401
• <b>Índice Ius Publicum N°34/2015</b> .....	403

## Presentación

El deterioro progresivo del Estado de Derecho ha sido preocupación preferente de nuestra revista. Una cadena ininterrumpida de denuncias, delaciones e investigaciones desformalizadas, parece arrastrarnos hacia la destrucción de la juridicidad, sea porque la autoridad se muestra sobrepasada, sea porque no se respeta el mandato legislativo o se vislumbran claros síntomas de descomposición moral, tanto en el campo político como administrativo. Cualquier observador desprejuiciado comprobará, con cierto estupor, de qué manera se van erosionando muchas de las instituciones fundamentales del ordenamiento jurídico, no sin el beneplácito de sectores abiertamente rupturistas. Da la impresión que el desorden se generaliza en nombre de las más diversas consignas reivindicativas.

En el vasto panorama institucional se requiere identificar los agentes más activos de este proceso de desintegración, a fin de neutralizar sus nefastas consecuencias. Se sostiene, a este respecto, que la debilidad y vulnerabilidad del Estado de Derecho se relaciona directamente con la situación y funcionamiento del Poder Judicial, puesto que, en definitiva, este se yergue como un bastión frente al deterioro de las estructuras jurídicas y la seguridad pública. Adviértase que la Carta Fundamental prevé las crisis que pueden afectar a los poderes Ejecutivo y Legislativo, no así en lo concerniente al Poder Judicial, sobre cuyos hombros recae, en el día de hoy, el control de los actos de la Administración en su fase más radical (*ius puniendi*). Lo propio ocurre en el ámbito de las relaciones privadas. De aquí que se afirme, justificadamente, que el pleno restablecimiento de la juridicidad solo se alcanzará cuando los integrantes de la sociedad adquieran la convicción de que la ley se cumple y se erradique la impunidad.

¿Qué sucede entre nosotros? Una serie de hechos y circunstancias revelan que la población ha perdido la confianza en nuestros tribunales. Lo que destacamos reviste la mayor gravedad, porque los demás poderes del Estado, expuestos a la lucha política y la ácida crítica ciudadana, sufren un desgaste natural propio del ejercicio de sus funciones, lo que no ocurre tampoco en materia judicial. De aquí que el ejercicio de la jurisdicción esté llamado a transformarse en un pilar de la institucionalidad, capaz, incluso, de sustentar todo el peso estructural del sistema. Por lo tanto, no creemos exagerado sostener que una crisis de orden judicial desata consecuencias tan nocivas que contamina todo el aparato estatal.

Nos preocupa que los síntomas de la crisis que advertimos tengan su origen en el seno mismo del Poder Judicial, en el cual parecen confrontarse corrientes

ajenas al quehacer jurisdiccional en desmedro del factor que sustenta, como se dijo, la plenitud institucional. Atravesamos por un terreno proceloso y crispado cuya dirección y desenlace no es posible predecir. No se trata de hallar recetas políticas o de sumarse a pronósticos agoreros, sino de fortalecer y depurar nuestras instituciones, entre las cuales la judicatura es fundamental.

Lo anterior explica que hayamos destacado, como tema central de la presente edición, el progresivo debilitamiento del Estado de Derecho por las insuficiencias y carencias de que adolece la actividad judicial. Tenemos conciencia de que se trata de un tema ingrato, todavía más, doloroso para los hombres y mujeres de derecho, pero inesquivable a la luz de los antecedentes conocidos. Ojalá este tema suscite inquietud en el campo profesional de los abogados, muchos de los cuales ven con justificada aprensión el destino que nos aguarda. Un debate abierto, sin restricciones y en que intervengan quienes viven más estrechamente vinculados a nuestros tribunales de justicia, podría contribuir a aclarar este panorama cuya oscuridad impide detectar la profundidad de sus causas y sus efectos.

Todas las dificultades que encaramos solo podrán remediarse aplicando la ley con objetividad y lealtad, por una parte, e introduciendo, por la otra, las innovaciones que exige la actual realidad social. Cuesta comprender por qué razón la autoridad no visualiza la importancia de la potestad jurisdiccional y su aporte insustituible a la consolidación del Estado de Derecho.

La presente edición de nuestra revista contiene, además, un valioso material sobre varios otros tópicos. Se han reunido ocho trabajos preparados con ocasión de un seminario internacional, realizado los días 3 y 4 del diciembre del año pasado, sobre "**nuevas perspectivas del derecho contractual**", en el cual intervinieron, entre otros, el colombiano Javier Tamayo Jaramillo y el francés Christian Larroumet, ambos profesores y tratadistas ampliamente conocidos en nuestro medio.<sup>1</sup> Asimismo, destacamos los comentarios respecto de los alcances inconstitucionales de la ley que pone fin al lucro, el copago y la selección;<sup>2</sup> sobre la forma del Estado en Chile ante una eventual reforma constitucional;<sup>3</sup> sobre el deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades (a propósito del Caso Cascadas); sobre la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Re-

<sup>1</sup> Los temas desarrollados fueron los siguientes: i) el contrato y los derechos fundamentales; ii) la integración e intervención administrativa del contrato; iii) el desequilibrio negocial y el debilitamiento del nexo contractual; y iv) la interdependencia de las obligaciones generadas por el contrato.

<sup>2</sup> Este comentario está referido al fallo del Tribunal Constitucional (Rol 2787) que se pronunció sobre el requerimiento de inconstitucionalidad de la reforma escolar, produciéndose un empate (5 contra 5), que debió dirimir el Presidente del Tribunal.

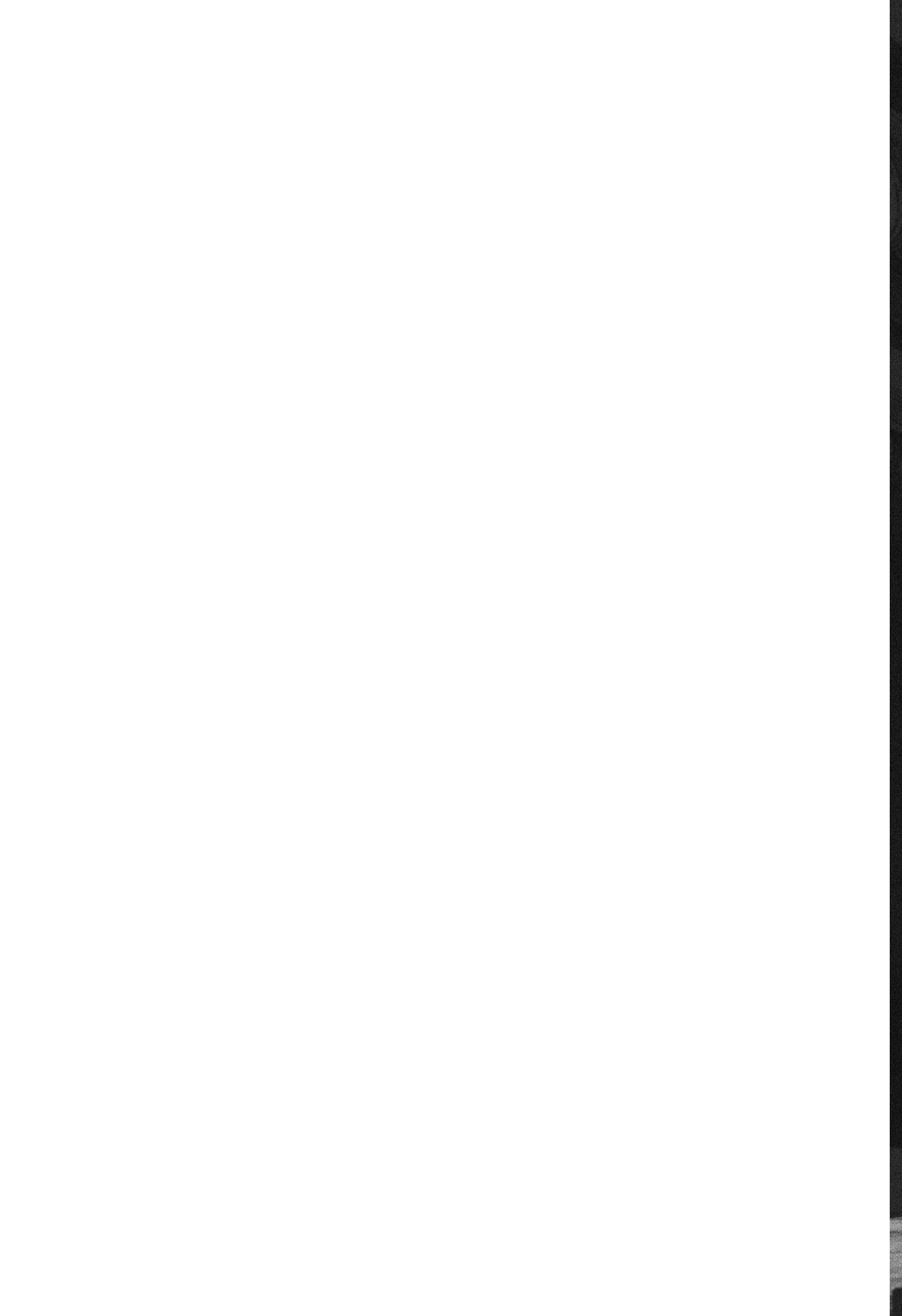
<sup>3</sup> Se analiza en este trabajo la proposición de establecer en Chile un Estadio Unitario y Asambleas Legislativas Regionales.

lativas a Inversiones (CIADI), etcétera. Se agregan, también, varios comentarios sobre la jurisprudencia y recensiones de obras recién publicadas.

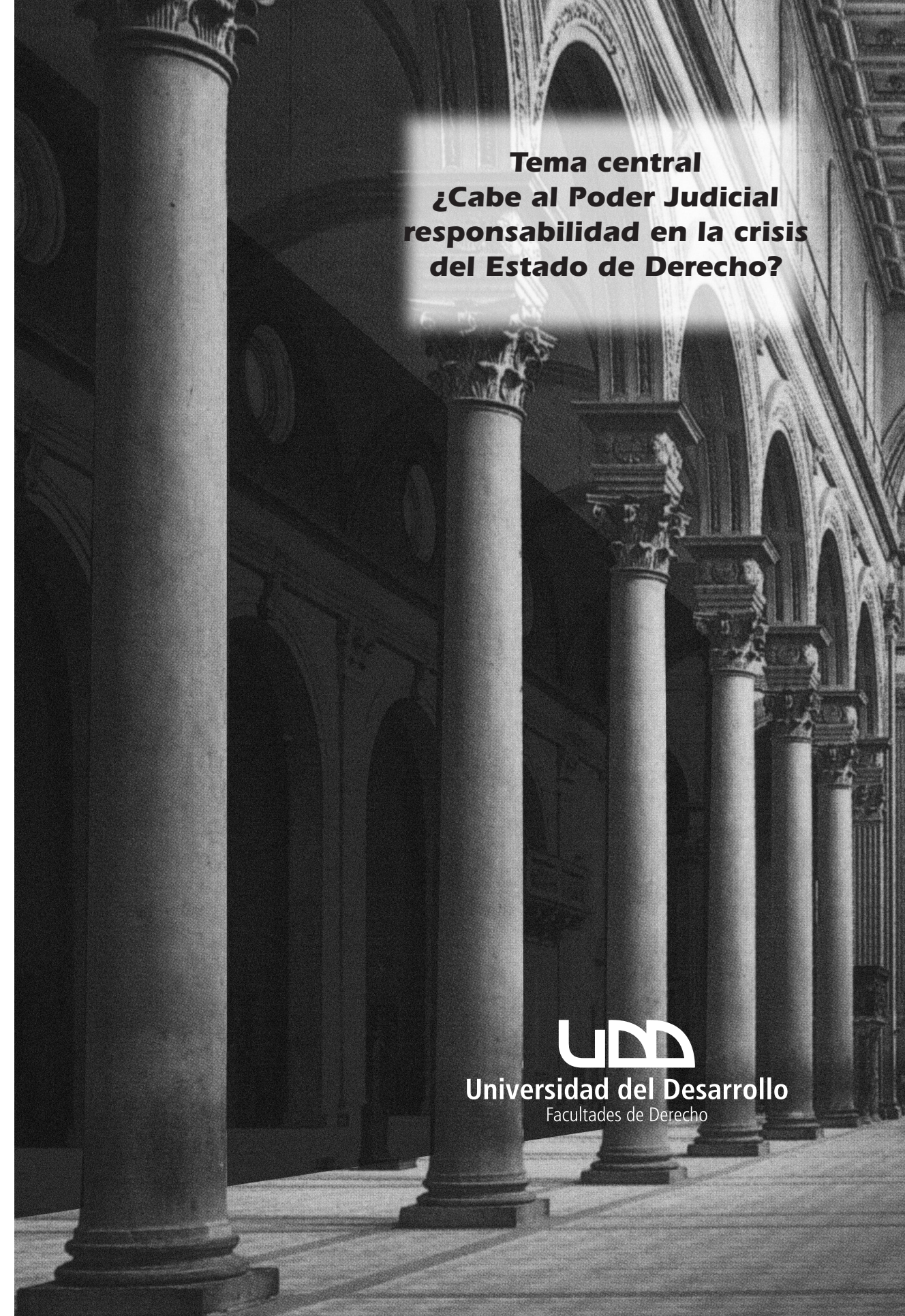
Una vez más, convocamos a profesores y abogados a sumarse a esta publicación con el ánimo de reafirmar el carácter de esta tribuna, fuente de debate y extensión del conocimiento jurídico, promoviendo, de esta manera, la revisión y modernización de nuestro sistema legal.

Finalmente, no podemos dejar de representar el hecho de que en los próximos meses, sin duda alguna, atendida la situación política del país, se reactivará la preocupación ciudadana sobre la reforma de la Constitución y la discusión acerca de varios proyectos de ley alentados por el Gobierno especialmente sensible para la ciudadanía. En este contexto, "Actualidad Jurídica" y otras publicaciones de la misma factura cobrarán cada día mayor importancia, en la medida que permanezcan abiertas a todas las posiciones sin otra exigencia que la seriedad académica y el rigor científico.

EL DIRECTOR







**Tema central**  
**¿Cabe al Poder Judicial**  
**responsabilidad en la crisis**  
**del Estado de Derecho?**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



## **Estado de derecho y crisis del sistema judicial**

PABLO RODRÍGUEZ G

Decano

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**RESUMEN.** El presente trabajo alude a diez cuestiones que explican el debilitamiento del Estado de Derecho, atribuyendo al Poder Judicial máxima importancia para su preservación, atendida la competencia que se le asigna en los ámbitos público y privado. Se describe la evolución que ha experimentado (de servicio público a Poder del Estado); las limitaciones que afectan su independencia (a pesar del reconocimiento constitucional); la posición asumida por los jueces a este respecto en los últimos años; la contaminación política que acusa actualmente la judicatura; el trato discriminatorio adoptado en materia de derechos humanos; el franco quebrantamiento del Estado de Derecho en algunas zonas especialmente conflictivas del país; el papel de la publicidad en la tarea de los tribunales; la judicialización de la actividad productiva; la estructura jerárquica del modelo chileno; y la tendencia de vastos sectores de jueces que parecen despreciar la aplicación de la ley, optando por imponer sus concepciones ideológicas. Se abarca una serie numerosa de problemas que conducen al deterioro del Estado de Derecho desde la perspectiva judicial y que acusan la necesidad de discutirlos y encararlos abiertamente.

\* \* \*

Desde hace algún tiempo, ha comenzado a perfilarse lo que bien podría llamarse “crisis del sistema legal”. Lo anterior implica que el ordenamiento normativo no responde a los requerimientos que de él se demandan –provocando descontento y decepción– ni funciona de la manera que corresponde. Varias son las manifestaciones que evidencian lo que señalamos. Basta un diagnóstico superficial para concluir que este efecto maligno radica fundamentalmente en el ejercicio de la judicatura, unido al hecho de que en todas las encuestas el Poder Judicial figura entre las instituciones peor evaluadas, juicio que comparten todos los sectores sociales y en porcentajes equivalentes.

A nuestra manera de ver, los peligros que afectan al Estado de Derecho y que golpean con mayor fuerza su estabilidad y consolidación son consecuencia de una visión errada de que lo que implica el ejercicio de la jurisdicción y de

la manera en que funciona el sistema en su totalidad. Es cierto que los demás poderes del Estado tienen tareas relevantes, pero casi todas ellas suponen –y la práctica así lo revela– un control que, en lo sustancial, corresponde al Poder Judicial. De aquí el enfoque del presente trabajo.<sup>1</sup>

## **I.- De servicio público a Poder del Estado.**

El origen del desencuentro entre la ciudadanía y la judicatura se remonta a muchos años. Durante largo tiempo los tribunales de justicia fueron considerados un mero servicio público, dependiente de los demás poderes del Estado, y subordinados a éstos. Recuérdese, por ejemplo, que los jueces ni siquiera estaban facultados para conocer el contencioso administrativo, lo cual hacía inmune a la Administración de toda suerte de responsabilidad. Asimismo, la fuerza pública, elemento consustancial al derecho, era dispuesta por la autoridad administrativa, burlando muchas veces (como sucedió entre 1970 y 1973) lo dispuesto en las sentencias judiciales.<sup>2</sup>

Las cosas, con el correr del tiempo, fueron cambiando. Se abrió paso lentamente un proceso de reconocimiento del Poder Judicial como tal –Poder del Estado– admitiéndose, paulatinamente, el pleno ejercicio de sus potestades e identidad. Varias generaciones intervinieron en ello, hasta conseguir el reconocimiento de la posición que le corresponde.

## **II.- Limitaciones a la independencia judicial.**

No obstante lo señalado, subsisten lazos y condicionantes que limitan la autonomía e independencia de la judicatura. Desde luego, la administración financiera del Poder Judicial está vedada a sus representantes, interviniendo en ella personeros ajenos a su organización y, por lo mismo, ajenos a sus verdaderas necesidades. Los jueces son designados por los otros poderes del Estado (de origen y naturaleza política), lo cual impide una carrera profesional descontaminada de factores ajenos a los méritos personales y capacidad ju-

<sup>1</sup> En la encuesta anual de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo correspondiente al año 2014 se consultó a los entrevistados si sabían en qué consistía el Estado de Derecho. Apenas el 47% respondió afirmativamente, lo cual demuestra la pobre cultura cívica de la población. Se preguntó también si creían que los jueces al dictar sentencia aplicaban la ley. Un 37% respondió afirmativamente, en tanto un 61% señaló que los jueces resolvían según su propio sentido de justicia o su ideología. Las cifras anteriores revelan que las decisiones de la ciudadanía sobre cuestiones jurídicas son poco confiables y que ella no está en situación de evaluar los peligros que enfrenta el Estado de Derecho.

<sup>2</sup> No puede olvidarse que el Gobierno de la época se arrogó la facultad de examinar el cumplimiento de las sentencias judiciales atendiendo a su mérito y oportunidad. En 1973 habían miles de sentencias judiciales cuya ejecución estaba pendiente, suscitando protestas de la Corte Suprema ante lo que se estimaba un quebrantamiento flagrante del Estado de Derecho.

rídica de sus miembros.<sup>3</sup> Se mantienen instituciones que, como los llamados “abogados integrantes”, son instrumentalizados por el Ejecutivo en desmedro de una institución que bien reglamentada podría contribuir poderosamente a la renovación y mejoramiento de la producción judicial.<sup>4</sup> La designación de los ministros de la Corte Suprema –organismo máximo del Poder Judicial a la cual está confiada la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación–, gracias a una reforma de 1997, se ha transformado en un proceso político en que participa el Jefe de Estado y el Senado de la República, incluso previa audiencia de los postulantes, en que se consulta derechamente sobre aspectos que caen de lleno en aquello que constituye el fuero interno del magistrado.

En suma, el Poder Judicial es independiente, pero subsisten amarras que amagan gravemente este carácter, manifestándose en hechos y circunstancias que comprometen su funcionamiento. Nadie, creemos nosotros, con un mínimo de objetividad, podría desconocer estas trabas o desentenderse de su importancia.

### **III.- La posición asumida por los jueces.**

Frente a lo manifestado, sería lógico pensar que la voluntad de los jueces coincidiría con estas inquietudes y que abrazarían, todos ellos, un ideario que abogara por su más plena y cabal independencia. Todavía más, era de presumir que estos propiciarían una carrera descontaminada de todo ingrediente ajeno al mérito, rectitud y autonomía en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. No puede ser independiente un Poder del Estado cuando la designación, promoción y reconocimiento profesional de sus miembros dependen de las decisiones de otro Poder del Estado, cuyo origen y funcionamiento obedece a intereses y principios absolutamente ajenos a las tareas judiciales. Sin embargo, la reacción de los magistrados ha sido inversa de lo que se suponía, y una parte importante –probablemente mayoritaria– de ellos se ha sumado a quienes procuran instrumentalizar políticamente la función jurisdiccional en nuestro país. Se ha dado a este fenómeno el apelativo de “activismo judicial”,

<sup>3</sup> Ministros de reconocida capacidad jurídica y de gran prestigio –como Raquel Campusano y Alfredo Pfeiffer– han visto frustrada su carrera judicial por razones políticas y prejuicios ideológicos.

<sup>4</sup> Desde hace años venimos reclamando contra la actual reglamentación de los “abogados integrantes”. No es posible que anualmente en las Cortes de Apelaciones y cada tres años en la Corte Suprema, se designen por el Ejecutivo, a propuesta de la Corte Suprema, a los jueces llamados a reemplazar a los ministros ausentes de sus funciones (en comisión de servicio, con feriado legal, permiso por enfermedad, etcétera). No puede exigirse a estos funcionarios independencia en el desempeño de sus tareas cuando su designación pende periódicamente de lo que resuelva el gobierno en ejercicio. Por ende, frecuentemente las salas de las Cortes de Apelaciones están integradas por dos ministros titulares y un abogado integrante y las salas de la Corte Suprema por tres ministros titulares y dos abogados integrantes. Para regularizar esta situación se ha propuesto que dichas designaciones se hagan por un espacio de tiempo de, a lo menos, 8 o 10 años, sin posibilidad de renovación, pudiendo el afectado intervenir posteriormente en el proceso de designación regular de ministro de corte.

lo que acusa, si no la militancia de los jueces en colectividades partidistas, a lo menos una cierta identidad con posiciones perfectamente definidas. A este respecto se han publicados estudios que detalladamente, incluso personificando a quienes offician de conductores, dan cuenta de una tendencia de aristas netamente políticas que divorcian los fallos judiciales de las normas de derecho que rigen nuestra convivencia.<sup>5</sup>

A lo indicado habría que agregar, además, la constitución de “movimientos” al interior del Poder Judicial, muy cercanos a la actividad gremial, pero impregnados de sentido político. El control de la llamada “Asociación Nacional de Magistrados”, que legítimamente agrupa a jueces, relatores y ministros de corte, acusa un enfrentamiento político entre sus integrantes, lo cual se expresa en corrientes tales como “Jurisdicción y democracia” y “Justicia, unidad y pluralismo”. ¿Pueden los jueces organizarse con un manifiesto trasfondo político y utilizar sus organizaciones gremiales para lograr fines ajenos a sus tareas específicas? No cabe duda que esta conducta es un claro testimonio del germen ideológico que inspira a un sector de la judicatura.

#### **IV.- Contaminación política del Poder Judicial.**

No debe dejarse de lado un hecho fundamental: tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo tienen origen en la contienda política, obedecen a leyes, hábitos y recursos ajenos absolutamente al ejercicio de la jurisdicción. Ambos se gestan en la lucha electoral (sufragio universal), cuyo alcance e influencia se extiende a la mayor parte de las actividades públicas. En consecuencia, al incorporar a la carrera judicial condicionantes impuestas por órganos propiamente políticos, se pervierte su esencia y se le reconduce a un ámbito que le es ajeno. En dos palabras: se politiza el ejercicio de la jurisdicción... Y es esto, exactamente, lo que está ocurriendo en este preciso momento.

Una falange de miembros del Poder Judicial, actuando de preferencia al alero de la Academia Judicial, liderada por un grupo de ministros de reconocida influencia en el ámbito gremial, ha conseguido instalar en los tribunales a abogados de definida posición política que ejercen sus cargos con un indisimulado sesgo ideológico. Especialmente significativo ha sido su desempeño en el área laboral y penal. Gran parte del desprestigio de nuestros tribunales obedece a una excesiva tolerancia con la delincuencia, generándose un explicable descontento

<sup>5</sup> El año 2013 se publicó con amplia difusión el libro “Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?”, de que son autores Francisco García G. y Sergio Verdugo R. Ediciones LYD (Libertad y Desarrollo). En dicha obra se analizan sentencias y actuaciones de diversos personeros, quedando en evidencia la influencia política que opera tanto en la formación de los jueces, como en su designación, promoción y decisiones jurisdiccionales.

social. El llamado “garantismo”, posición asumida por muchos de nuestros magistrados, ha dañado la imagen del Poder Judicial, al cual se le ve atento a los intereses del delincuente e indiferente a los quebrantos de la víctima. No cabe duda que esta actitud es fruto de un prejuicio ideológico que, por cierto, sobrepasa el mandato de la ley. El ingenio de nuestros periodistas ha dado en llamar “puerta giratoria” a la actividad judicial, al permitir que avezados antisociales puedan recobrar su libertad sin mayores dificultades a pesar de la gravedad de sus fechorías. Contrasta esta posición con procesos de revuelo nacional, cuando ellos afectan a empresarios, agentes financieros o personas vinculadas al mundo de los negocios. Entonces la prisión preventiva es celebrada como si se tratara de una condena anticipada y no una mera medida cautelar. Sin perjuicio de lo que diremos más adelante respecto de la publicidad que acompaña a muchos procesos judiciales, lo ocurrido en casos como Penta, SQM, Sociedades Cascadas o La Polar, hacen temer que, en ciertos casos, el ejercicio de la jurisdicción sirve para saciar pasiones que no pueden coexistir con la aplicación serena del derecho. Nada resulta tan injusto como el oprobio que cae sobre un imputado, mucho más cuando, en definitiva, es declarado inocente, como ocurre con frecuencia. No solo los magistrados deberían cuestionarse esta realidad, sino todos quienes intervienen en estas actividades.<sup>6</sup>

## **V.- Trato discriminatorio en materia de derechos humanos.**

Como si todo lo anterior no fuere suficiente, se observa un tratamiento discriminatorio en lo concerniente a los procesos sobre violación de derechos humanos. Respecto de esta materia habría muchísimo que decir, pero basta mencionar dos o tres circunstancias para medir en toda su magnitud lo que planteamos. A fin de eludir la prescripción de la acción penal y sancionar a los miembros de las FF.AA. y de Orden que intervinieron en el Gobierno Militar, se ha recurrido a la ficción del “secuestro permanente”, fundado en que los desaparecidos, en tanto no se descubran sus restos y se establezca la fecha precisa de su muerte, se hallan presuntivamente vivos y en poder de sus captores. De la misma manera, se han aplicado tratados internacionales que Chile no había ratificado a la época de ocurrencia de los hechos constitutivos de delito, justificando por este medio la sanción penal. Más aún, la Ley de Amnistía, dictada durante el régimen castrense y que entonces celebró incluso la jerarquía eclesiástica, se

<sup>6</sup> Todos somos testigos de la manera que se trata a una persona cuando es objeto de un proceso penal. Si este corresponde a un delito de los bautizados como “de cuello y corbata”, cae sobre el inculpado una lápida que lo acompañará el resto de su vida. La “noticia” que interesa destacar y que atrae la atención pública es la eventual responsabilidad penal, no el enjuiciamiento, la condena o la absolución. No obstante existir un principio de rango constitucional (“principio de inocencia”), conforme al cual nadie puede considerarse culpable de un delito mientras una sentencia ejecutoriada así lo determine, en los hechos la destrucción de la honra de la persona afectada es irremediable. No se divisa de qué manera puede corregirse este problema que, lamentablemente, lo seguirán sufriendo muchos inocentes.

ha aplicado a todos los elementos subversivos sancionados hasta la fecha de su dictación, pero no se aplica a los uniformados por tratarse de agentes del Estado. Una misma ley constituye eximente de responsabilidad penal para unos y no para otros, quebrantándose de paso una serie de principios y normas constitucionales.

No nos cabe la menor duda que la conducta observada por el Poder Judicial ha sido consecuencia de las presiones revanchistas generadas en el país una vez restaurada la institucionalidad democrática. De esta manera, las heridas causadas en el proceso político siguen abiertas en perjuicio de la paz social y la unidad nacional.<sup>7</sup>

Nadie puede negar la dolorosa realidad que conlleva la violación de los derechos humanos, pero nadie, tampoco, puede prescindir de las circunstancias en que aquello ocurrió. No se demanda impunidad, sino un tratamiento justo, equilibrado y, sobre todo, ajustado a la normativa que debería regir por igual para todos los chilenos.

Digamos las cosas claramente: la judicatura no ha estado a la altura del desafío histórico que asumió al restablecerse plenamente la institucionalidad democrática. No cabe duda alguna que, con el correr de los años y la extinción de las odiosidades todavía latentes, será duramente juzgada por el hecho de haberse abanderizado con posiciones revanchistas, ajenas absolutamente a los principios en que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico. En este aspecto acusa una desviación netamente política que repugna toda concepción de justicia.

Es cierto que durante el Gobierno Militar la judicatura observó una actitud más bien pasiva, pero ello fue consecuencia inevitable de la situación que entonces se vivía (reconocida por todos los sectores democráticos), y de los focos subversivos que lamentablemente se mantuvieron activos durante todos los años de la administración castrense. Podemos, por lo mismo, discrepar a este respecto, pero lo que nadie podría negar es la desequilibrada reacción judicial una vez restablecido el orden institucional contemplado en la Carta de 1980. Insistamos: no se pretende reclamar impunidad, sino un tratamiento igualitario para juzgar a uniformados y subversivos y, sobre todo, la aplicación de la ley sin privilegios ni preferencias. En el sentimiento público ha quedado, creemos nosotros, la sensación que la promoción de los "derechos humanos", inquietud que la mayoría de los chilenos celebra y comparte, ha sido explotada con propósitos políticos por un determinado sector de la ciudadanía, restándole

<sup>7</sup> No han faltado parlamentarios que plantean la necesidad de "anular" la Ley de Amnistía dictada por el Gobierno Militar. Sin perjuicio de que hablar de la "nulidad de una ley" es un disparate jurídico, no se advierte como podría ella ser privada de efectos cuando estos se han producido al momento de entrar en vigencia. La amnistía "borra" el delito en términos que la conducta incriminada deja de ser constitutiva de un ilícito penal, sin perjuicio de los efectos civiles que perviven.



valor a una cuestión de la que nadie se sustrae.<sup>8</sup> La defensa de los derechos humanos, por otra parte, no obstante la gigantesca campaña internacional que se ha desatado, parece ser “selectiva”, ya que los mismos sectores que la alientan en nuestro territorio, la ignoran en otras naciones en que abiertamente se aplastan los derechos humanos al amparo de ideologías totalitarias.<sup>9</sup>

## **VI.- Quebrantamiento del Estado de Derecho en zonas de conflicto.**

Si bien no corresponde al Poder Judicial el resguardo del orden público ni la adopción de medidas destinadas a prevenir actos delictuales, no puede omitirse la circunstancia de que la laxitud en el ejercicio de la jurisdicción constituye un incentivo poderoso que alienta la violación de la ley. Como se ha dicho tantas veces, la impunidad es un tónico formidable para los grupos que alientan el desorden y el desquiciamiento o que basan sus estrategias en el uso de la violencia.

Lo ocurrido en la VIII y IX regiones del país importa la ruptura del Estado de Derecho en dichas zonas, sometidas a toda suerte de abusos y estropicios, sin una reacción adecuada de la autoridad encargada del orden público y el imperio de la ley. También en ello cabe responsabilidad al Poder Judicial. Nos parece simplemente dramático que un puñado de chilenos viva en la inseguridad e incertidumbre, siendo objeto de atentados violentos y continuos.

No exageramos al sostener que nada encierra mayor gravedad que lo ocurrido en las regiones señaladas, porque, en cierta medida, se destruyen las bases de la convivencia social y, lo que resulta todavía peor, en nombre de una inaceptable reivindicación histórica que arrasa con todo el sistema jurídico asentado a lo largo de varios siglos. De prosperar estos movimientos retrocederíamos a épocas remotas superadas luego de dolorosos desencuentros.

<sup>8</sup> Conviene recordar las palabras de un destacado ministro de la Corte Suprema –don Rafael Retamal López–, que ejerció por varios años la presidencia del más alto tribunal del país, destacándose por ser un declarado adversario del Gobierno Militar. En un diálogo con Patricio Aylwin, que posteriormente fuera elegido Presidente de la República, y ante un requerimiento de éste sobre la pasividad de los tribunales en relación a la violación de los derechos humanos, manifestó, más o menos textualmente, “no se inquiete, don Patricio, ya llegará la hora del derecho.” Lo recordamos por cuanto es una clara demostración de que vivíamos un período anormal, sujetos a restricciones de todo orden en función de la pacificación y reorganización del país.

<sup>9</sup> Sobre los procesos incoados a propósito de la violación de los derechos humanos debe citarse la obra de Adolfo Paúl Latorre “Procesos contra los militares: ¿un problema sin solución”, en la cual se hace un examen exhaustivo de las arbitrariedades en que han incurrido los diversos jueces encargados de estos juicios. Asimismo, la obra de Gisela Silva Encina “Miguel Krassnoff prisionero por servir a Chile”. Lo ocurrido en este caso excede todos los límites y provoca una justa indignación. No está de más recordar que el Ministro de Fiero encargado de juzgar al General Augusto Pinochet tan pronto dejó su cargo (por jubilación voluntaria) fue candidato a senador por la V Región Costa como abanderado del Partido Comunista.

El problema que comentamos exige de las autoridades del Estado una atención preferente, puesto que de lo contrario esto será el comienzo de una progresiva desintegración nacional a través de la destrucción de sus instituciones. No ignoramos la influencia que en este orden de cosas juegan los movimientos que a lo largo y ancho del mundo promueven la movilización de los llamados "pueblos originarios". Por ende, no basta con restaurar el orden por los medios coercitivos, cuestión que lamentablemente no podrá eludirse si se atiende al nivel de conflictividad que ha alcanzado este enfrentamiento. Es necesario, además, como lo reclaman los entendidos y afectados, elaborar una política general de apoyo y organización de aquellos que, a lo largo de muchos años, han sufrido discriminación y rechazo. Pero el reconocimiento de errores históricos no justifica la destrucción del Estado de Derecho.

Como puede constatarse el panorama que describimos es desolador y no se advierte una reacción equivalente a su magnitud e importancia de parte de la autoridad.

Sin ánimo de exacerbar lo que denunciamos, cualquier encuesta que recoja los delitos cometidos en la Araucanía y sus alrededores revelará que la gran mayoría de ellos ha quedado sin sanción, incluso asesinatos de tanta repercusión nacional como el sufrido por un matrimonio de agricultores ultimados en su propia casa.<sup>10</sup> Ha habido propietarios que han sufrido decenas de atentados y que viven en estado de constante peligro, exponiendo sus vidas y las de sus familiares. Cuesta comprender en este escenario por qué razón no se adopta una política coherente y efectiva para restablecer el imperio del Estado de Derecho en aquella zona.<sup>11</sup>

La experiencia internacional permite comprender que lo que ocurre entre nosotros puede volverse un mal crónico si ello perdura en el tiempo. El caso de Colombia es aleccionador. La guerrilla de la FARC ha mantenido dividido el territorio nacional por más de 40 años, generándose un estado de guerra

<sup>10</sup> El matrimonio formado por Verner Luchsinger y Vivianne Mackay la noche del 4 de enero de 2013, fue asesinado por una turba mapuche en un atentado incendiario, resultando ambos calcinados y su casa reducida a escombros. Salvo una persona que merodeaba herido por los alrededores del lugar, fruto de los disparos que alcanzó a realizar la víctima, no se ha logrado descubrir a los asesinos ni a los inductores.

<sup>11</sup> Muchos de los afectados por asaltos y atentados a sus propiedades han optado de vender sus predios a organismos del Estado para que dichas tierras sean distribuidas entre los subversivos. De esta manera, lejos de frenar estos ataques, ellos se han multiplicado. La autoridad parece empeñada en una política que podría graficarse diciendo que radica en "bajar el perfil al problema", dando la impresión o de que no existe o de que no tiene mayor importancia. Las empresas forestales han sido blanco predilecto de la mayoría de estos atentados incendiarios, perdiendo parte de sus bosques y de sus maquinarias. La situación que describimos ha facilitado, como se reconoce por las autoridades, la acción de delincuentes que, aprovechando la conmoción existente, sustraen madera en gran escala. La frecuencia de estos atentados ha ido imperceptiblemente habituando a la población, de suerte que una reacción colectiva ya no es posible.

permanente con un altísimo costo económico, social y moral para toda su población.

## VII.- Justicia y publicidad.

El portentoso desarrollo tecnológico –especialmente en el ámbito de las comunicaciones–, que invade todos los sectores, se ha dejado sentir fuertemente en el área judicial. No existe proceso de importancia –sea por sus consecuencias económicas, políticas, internacionales, etcétera– que no se halle influido por los medios de comunicación social. A lo anterior hay que agregar la influencia que ejercen, cada vez con mayor intensidad, las llamadas “redes sociales” en que la ciudadanía parece descargar sin reservas sus frustraciones, amarguras y prejuicios. ¿Hasta dónde puede un juez sustraerse de las presiones que desata la publicidad? Como lo hemos sostenido reiteradamente, los medios de comunicación social toman partido en muchos procesos, generando una atmósfera propicia para imponer veredictos anticipados, sean condenatorios o absolutorios. Existen casos complejos, que requieren estudios especializados y profundos, lo cual, sin embargo, no es óbice para que la opinión pública “exija” una cierta conclusión. Creemos que en este ambiente el juez, salvo excepciones muy valiosas, queda capturado y se suma a la corriente predominante.

Por otro lado, es recomendable que la ciudadanía conozca de qué manera funcionan nuestros tribunales y aprecie la seriedad y estudio que demanda impartir justicia. Es indudable que parte de la mala imagen que las encuestas asignan al Poder Judicial no es más que fruto de la reserva y secretismo con que desarrolla sus funciones. Asimismo, como se ha destacado por varios comentaristas, es necesario simplificar el lenguaje jurídico, haciéndolo accesible a la comprensión del “hombre medio”, al menos para informar y dar a conocer sus reflexiones y decisiones. Lo que señalamos explica los esfuerzos de la Corte Suprema, en particular, para extender el conocimiento de sus actividades y tareas.<sup>12</sup>

Finalmente, en este orden de cosas, el derecho a informar libremente sin censura previa, facultad de que gozan los medios de comunicación social, está garantizado constitucionalmente y no puede coartarse (artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República), sin perjuicio de *“responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades...”*.

<sup>12</sup> Al inaugurar el año judicial 2015 el Presidente de la Corte Suprema manifestó a este respecto que *“Prestar una justicia cercana y comprensible para los justiciables, nos impulsó a desarrollar un proyecto que invita a los jueces a ejercer su rol mediante un lenguaje claro y sencillo. Complemento de lo anterior es la elaboración de un diccionario de términos y conceptos de uso frecuente.”* Cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha elaborado un diccionario sobre la materia de su especialidad.

Como puede comprobarse, nos hallamos ante un problema difícil de resolver, ya que se encuentran comprometidos derechos y valores amparados por los instrumentos jurídicos del más alto rango. Indiscutiblemente la actual tendencia es abrir la información a todo tipo de acuerdos, decisiones y gestiones, especialmente aquellos vinculados con la Administración. La transparencia es un valor irrenunciable que debe primar en la mayor parte de los casos y que ha dado lugar a la creación del “Consejo para la transparencia”, en virtud de la Ley N°20.285 sobre acceso a la información pública, definido como un organismo destinado a *“promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información”* (artículo 32).

Por consiguiente, esta situación solo puede enfrentarse con la cooperación y apoyo de los medios de comunicación, comenzando con la preparación jurídica mínima de los profesionales de la prensa (terminología tradicional que comprende a los diversos medios de comunicación), y su compromiso moral de no influir indebidamente en el desarrollo de los procesos judiciales. Más de alguien considerará ingenua nuestra proposición, además de tratarse de una receta que requiere largos años para su debida implementación. Todo ello puede ser efectivo, pero no se advierte otra solución sin lesionar derechos que, como se dijo, son intocables. Medidas como la prohibición de informar, de televisar o transmitir las audiencias judiciales, u otras semejantes, agravan el problema en lugar de resolverlo, y colocan a la judicatura al margen de un estado de transparencia y conocimiento público. Así como reclamamos la preparación de los periodistas para un adecuado desempeño al informar sobre el funcionamiento de la judicatura, también reclamamos de los jueces un esfuerzo para evitar que caiga sobre ellos la presión informativa. En el futuro, la judicatura deberá convivir con la publicidad y adaptarse a ella, sin afectar la independencia los jueces ni envenenar la atmósfera en que se desenvuelven.<sup>13</sup>

### **VIII.- Judicialización de la actividad productiva.**

Como es sabido, el año 1989, mediante Ley N°18.825, se modificó el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución, confiando a los tribunales ordinarios de justicia el llamado “contencioso administrativo”. Ello significó dar a nuestros jueces facultades para resolver cualquier conflicto entre la Administración del Estado y los particulares.

<sup>13</sup> El Presidente de la Corte Suprema en el discurso inaugural del año judicial 2015, luego de destacar que *“los índices de transparencia sitúan al Poder Judicial chileno como el primero de Latinoamérica”*, agregó textualmente: *“Atrás quedó el tiempo de aquel Poder Judicial silente y lejano, que sólo reaccionaba cuando era requerido o interpelado, hoy es parte activa de la sociedad y contribuye a perfeccionar la democracia”*.

Dos factores inciden directamente en el aumento de conflictos judiciales entre la Administración y los particulares. Primero, una enorme cantidad de leyes regulatorias de la actividad productiva, tendencia que se acentúa a lo largo del tiempo. Segundo, un Estado que conserva parte sustancial de sus empresas productivas y que, por lo mismo, es el agente económico más importante del país. En este marco no tiene nada de sorprendente la judicialización de la mayor parte de las disputas y desacuerdos entre los entes administrativos y los agentes privados.

Todavía más, las leyes regulatorias, que cubren la totalidad de la actividad productiva, contemplan recursos judiciales para revisar lo obrado por la Administración, a través de sus organismos de supervisión y control. Este mecanismo, por lo menos, atenúa en parte el hecho de que aquélla obre como juez y parte al momento de sancionar a los agentes económicos privados.

Así las cosas, el fenómeno de la judicialización de la actividad productiva no es más que una necesaria consecuencia de la estructura orgánica del Estado chileno y la insuficiencia de instrumentos que, como los tribunales contencioso-administrativos, no se han instalado jamás, no obstante hallarse contemplados tanto en la Constitución de 1925 como de 1980.

Esta cuestión cobra mayor trascendencia atendido el hecho de que nuestros tribunales no están en condiciones de resolver algunas controversias altamente especializadas que requieren de acabados conocimientos técnico-científicos. Obligados a fallar, suscitan críticas, muchas veces justificadas, pero explicables por efecto de lo indicado.

En el mundo moderno la especialización es ineludible. El conocimiento ha avanzado tanto, que nadie puede cubrirlo en todas sus infinitas manifestaciones. De allí que la estructura de los tribunales deba adaptarse a esta realidad, incorporando recursos que permitan encontrar las mejores soluciones al amparo de un conocimiento consolidado. La existencia de tribunales ambientales y tributarios es un buen síntoma de que esta materia se está encarando correctamente.

Sin embargo, advertimos a este respecto dos cuestiones importantes. La creación de tribunales especiales –tendencia que se hace patente en todas las actividades– tiende a una gradual desintegración del Poder Judicial, puesto que cada judicatura especial resta competencia a los tribunales ordinarios para radicarla en otra instancia. Por otra parte, la revisión jurisdiccional de las resoluciones de la Administración, genera una dispersión de procedimientos que entorpece el trabajo judicial.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Sobre este punto el presidente de la Corte Suprema en el discurso antes citado expresó: *"Teniendo presente que no es posible seguir eludiendo más la racionalización del contencioso administrativo el Tribunal Pleno acordó, en torno a la unificación de los procedimientos actualmente existentes y para garantizar los derechos de los usuarios del sistema, instar por el establecimiento de un sistema especial al interior del Poder Judicial o mediante un procedimiento que contemple la reforma procesal civil o disponiendo la unificación"*

## **IX.- Estructura jerárquica del Poder Judicial.**

Si, como ha quedado dicho, el Poder Judicial no tiene legitimidad electoral sino institucional, la cual arranca de la carrera profesional de quienes lo integran, resulta fundamental mantener, para su buen desempeño, la estructura jerárquica establecida en la Carta Política Fundamental. Con irritante superficialidad se ha sostenido que la designación de los jueces por los órganos políticos (Ejecutivo y Legislativo) conferiría a éstos (los jueces) legitimidad democrática. Con ello se delimita la indicada legitimidad exclusivamente al plano político electoral y se pervierte lo que constituye lo esencial de la potestad jurisdiccional.

Insistimos, tal como lo señala el artículo 5° de la Constitución Política de la República, que *“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece.”* Por consiguiente, la legitimidad de la judicatura es manifestación del ejercicio de la soberanía que, en este caso, corresponde a las autoridades instituidas en la Carta. La legitimidad política electoral no se transfiere al Poder Judicial. Ella está dada por el mandato constitucional que consagra a sus titulares en el marco de lo que hemos llamado carrera judicial (establecimiento y designaciones).

Corresponde a la Corte Suprema, como lo previene el artículo 82 de la Constitución, la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la República, con excepción de Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales. Por ende, el Poder Judicial es esencialmente jerarquizado y deben respetarse sus atribuciones.

Lo manifestado concuerda con el “principio de independencia”, elevado por la Carta Política a norma esencial de su estructura.

En suma, toda pretensión por menoscabar las prerrogativas y facultades de la Corte Suprema, como lo promueven algunos movimientos, incluso al interior de los tribunales, importa un atentado a su estructura básica.

Se olvida frecuentemente que la construcción jerarquizada del Poder Judicial es consecuencia de su carácter de tribunal de casación, llamado por mandato constitucional a velar por la unificación de la interpretación de la norma legal. Es esta una manifestación elocuente de la *“igualdad ante la ley”*, derecho consagrado en el artículo 19 N°2 de la Carta Constitucional.

---

*de los procedimientos contencioso administrativos especiales en uno similar al actual reclamo de ilegalidad municipal”.* Como puede constatarse, existe inquietud sobre esta materia, no obstante no detenerse en lo que hemos llamado “desintegración del Poder Judicial”, como consecuencia de la creación constante de judicaturas especializadas, que ciertamente reviste mayor gravedad.

## X.- Una cuestión de fondo.

No obstante la gravedad que atribuimos a cada uno de los hechos examinados en lo precedente, ninguno de ellos tiene tanta trascendencia como lo que concierne al rol que cabe al juez al desempeñar su cometido. La sola discusión de esta materia deja en entredicho la vigencia del Estado de Derecho, en la medida que se desvirtúa la tarea del juez y, con ello, paralelamente la majestad de la ley.

La soberanía, como lo explicita nuestra Constitución, reside en la Nación, la cual delega su ejercicio en las autoridades (de origen político o institucional), que la misma Carta instituye. En ejercicio de la soberanía, las diversas potestades (constituyente, legislativa y reglamentaria) dictan las “normas jurídicas” (mandatos generales y abstractos que establecen los poderes públicos, su funcionamiento, los derechos fundamentales y la forma en que deben resolverse los conflictos que se promueven en el orden temporal). Por consiguiente, todo conflicto intersubjetivo es resuelto, en ejercicio de la soberanía, por las normas jurídicas dictadas con arreglo a la Constitución. El artículo 1° del Código Civil, resume lo que señalamos en forma magistral al definir la ley como “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”. Por otra parte, el sistema jurídico es pleno, ello implica que todas las conductas sociales están reguladas o calificadas por el ordenamiento normativo, de suerte que es perfectamente posible conocer con antelación los efectos y consecuencias de derecho que se siguen de una determinada conducta.<sup>15</sup> De lo anterior se desprende la “certeza o seguridad jurídica”, para algunos autores el único valor propiamente jurídico, puesto que solo puede darse en virtud de la aplicación del ordenamiento normativo.<sup>16</sup>

De lo que llevamos dicho se infiere que es la norma jurídica la llamada resolver los conflictos intersubjetivos de que conocen los tribunales y que ella es una manifestación del ejercicio de la soberanía.

---

<sup>15</sup> Recordemos que las conductas sociales de mayor trascendencia están “reguladas” por el derecho (se describen en la ley y se les atribuye determinadas consecuencias), las demás están “calificadas” por el derecho, vale decir, son catalogadas como legítimas o ilegítimas. El mecanismo de que se vale el sistema jurídico se funda en la distinción entre derecho público y derecho privado. En el primero, la autoridad puede hacer todo aquello a que está expresamente autorizada en la ley, existiendo una prohibición en lo demás; en el segundo, los particulares puede hacer todo aquello que no está prohibido expresamente en la ley, existiendo, por ende, una permisión a su respecto. Como se enseña, el derecho ordena cuando “habla” (regula) y cuando calla (califica). Este planteamiento conduce a la necesidad de establecer cuándo nos hallamos ante una norma de derecho público y cuándo ante una norma de derecho privado. Es aquí donde surge un escollo para aplicar el sistema jurídico.

<sup>16</sup> Entre ellos cabe destacar al filósofo Jorge Millas, para quien la seguridad jurídica era el único valor propiamente jurídico, puesto que ella solo podía darse mediante la aplicación del ordenamiento normativo. Como es sabido, el derecho está dotado de lo que se denomina “plasticidad axiológica”, lo cual implica reconocer que el derecho puede realizar todos los valores imaginables. Entre ellos, solo la seguridad jurídica es de dominio exclusivo del derecho.

Ahora bien, para aplicar la norma (general y abstracta como quedó dicho), es necesario interpretarla (mecanismo destinado precisamente a esta función), vale decir, desentrañar su verdadero sentido y alcance y, paralelamente, generar una regla (mandato particular y concreto), que singulariza lo ordenado en la norma. Esta última función se realiza por la potestad jurisdiccional (creándose la sentencia), la potestad administrativa (creándose la resolución administrativa), la potestad autonomía privada (creándose los actos y contratos y las reglas personales que nos damos para cumplir espontáneamente el derecho). En otras palabras, el mandato general y abstracto se singulariza, generándose un mandato particular y concreto que resuelve el conflicto o genera una nueva situación intersubjetiva.

De cuanto llevamos dicho se deduce, entonces, que la sentencia judicial, la resolución administrativa, el acto y contrato y las reglas que nos damos para cumplir voluntariamente lo que ordena la norma jurídica, arrancan su validez de esta última y que obligan solo en la medida que se ajusten a lo ordenado en ella.

¿Cuál es, entonces, el rol que cabe al juez al momento de dictar sentencia? La respuesta no admite dudas: él debe aplicar la norma jurídica, acatar lo que ella ordena y resolver el conflicto sometido a su conocimiento de la manera que la norma lo dispone. De lo contrario, lo obrado carecerá de validez, porque lo que prescribe obliga en tanto y en cuanto se funda en el contenido de la norma (ley). Las convicciones morales del juez no tienen cabida en el desempeño de sus funciones. El compromiso por él asumido consiste en resolver “conforme derecho”. Sus preferencias y valores no orientan el accionar que le compete. Su única guía es el mandato normativo, incluso cuando no hay ley que resuelva el caso, ya que la analogía y los principios generales de derecho son una manifestación del derecho positivo.<sup>17</sup>

Es precisamente en este punto en el cual, a nuestro juicio, comienza a deteriorarse aceleradamente el Estado de Derecho. Como se anticipó en las páginas anteriores, una falange de jueces ejercen la jurisdicción anteponiendo sus propias convicciones, ideologías y preferencias por sobre el mandato normativo. Para lograr este fin se opera de dos maneras diversas: desconociendo lisa y llanamente lo que ordena la norma (ley); o bien, en un juego de retorcido intelectualismo libresco, transformando el mandato normativo para ajustarlo a sus fines personales. Este comportamiento queda en evidencia particularmente en lo relativo a los procesos por violación de los derechos humanos; o sobre

<sup>17</sup> Es aquí, precisamente, en donde se armoniza el poder político con el poder institucional. En efecto, la fórmula que permite resolver la controversia a que es llamado el juez está dada por el poder político (órganos colegisladores), y aplicada por el poder institucional (tribunales de justicia). Cabe sostener, entonces, que la aplicación de la ley es una manifestación del ejercicio de la soberanía.



alteración del orden público en que la autoridad, por lo general, reclama “bajarle el perfil al problema”; o en aquellos procesos que generan una presión social sobre los tribunales (juicios laborales, ambientales, financieros y económicos en general).

Aclaremos desde luego que al señalar que al juez no le corresponde obrar conforme sus convicciones morales o preferencias valóricas, no incompatibilizamos derecho y moral. El problema tiene otra perspectiva. Es la norma jurídica la que recoge los valores morales que orientan su contenido. Son las potestades encargadas de dar vida a la norma las que incorporan los valores a su estructura (transformándolos en elemento normativo), de manera que al quebrantarse su mandato, invocando y obrando en virtud de otros valores (los del juez), se atenta doblemente contra el imperio del orden jurídico. En el fondo el juez, al eludir lo dispuesto en la norma, aplica un derecho inexistente que se da a sí mismo y que constituye el peor atentado contra el derecho y sus fines.

Se ha dicho, con razón, que *“por la misma puerta por la que entra la política a un tribunal sale el derecho”*. Deberíamos agregar que este fenómeno es, probablemente, el mayor peligro que enfrenta el Estado de Derecho y al cual estamos expuestos desde hace ya varios años. No faltan quienes reclaman una legitimidad “democrática” para la judicatura, sin advertir que el incumplimiento de la ley es una manifestación antidemocrática, al eludir el mandato que emana del legislador, llamado a ejercer la soberanía por medio de la dictación de las leyes. Por lo mismo, ignorar la ley, cuando ella debe aplicarse, importa un desacato a la potestad política. Falta, creemos nosotros, una reacción enérgica de la Corte Suprema para frenar los ímpetus de quienes desprecian el mandato legal en nombre de sus concepciones ideológicas, y un esfuerzo por abrir paso a una comprensión más profunda del problema.

No son pocos los que creen que los tribunales de justicia deben satisfacer los intereses predominantes en la ciudadanía, como única fórmula para superar el rechazo que se observa en encuestas y análisis prospectivos. Se trataría de una especie de “populismo judicial”. Desde luego, lo que debe intentarse es mejorar las tareas jurisdiccionales y la aplicación leal de las normas, más allá de simpatías y reconocimientos. Si el Poder Judicial cumple sus tareas, imponiendo el cumplimiento de la ley y desoyendo las presiones de que es objeto, ganará la confianza de la ciudadanía al margen de mediciones de poca fiabilidad. No es exagerado sostener que el bajo nivel de reconocimiento ciudadano a las tareas de la judicatura es consecuencia directa de los altos índices de victimización y que ello, en medida nada despreciable, deriva de la ineficiencia de los servicios policiales y el tratamiento benigno de los jueces hacia los delincuentes más avezados.

## **XI.- Balance.**

Del análisis precedente puede inferirse que el Estado de Derecho en Chile atraviesa por una etapa difícil en la cual una serie de síntomas acusa un agravamiento progresivo. Si bien es cierto que este mal afecta a la mayoría de las instituciones básicas del país, se evidencia con más fuerza en el funcionamiento y el papel que corresponden a los tribunales de justicia. Ellos son los encargados de sancionar el incumplimiento de la ley y de ellos depende, como quiera que se mire, que cese la proliferación del delito y que impere el derecho en todo nuestro territorio.

Parece necesario e inevitable encarar este problema con imaginación y realismo. No basta con introducir reformas, es urgente rediseñar la estructura del Estado, probablemente, reducir su tamaño y racionalizar los servicios y organismos que lo conforman. Que sea esta una voz de alerta frente a los muchos peligros y los inmensos daños que pueden sobrevenir en el día de mañana.

Altamente preocupante resulta la indiferencia que, en relación a estas cuestiones, se observa en la jerarquía judicial y los institutos universitarios encargados del estudio del derecho. Basta examinar el discurso inaugural del Presidente de la Corte Suprema (2015) para comprender que nuestras visiones difieren absolutamente. La satisfacción que expresa el representante del Poder Judicial y la descripción de la realidad judicial que predomina en su intervención, no corresponden a lo que aquí queda dicho. Prácticamente ninguna de las observaciones descritas en estas páginas merece a la autoridad comentario de ningún orden. Nada resulta más peligroso que observar una misma realidad con enfoques tan contrapuestos.

Finalmente, hay que destacar dos cuestiones vitales. Primero, hemos atribuido una especial importancia al funcionamiento del Poder Judicial para explicarse y abordar la precaria condición por la cual atraviesa el Estado de Derecho. Si los tribunales de justicia operan normalmente, sin presiones ni obstrucciones provenientes de los demás poderes públicos, se asegura la subsistencia del Estado de Derecho. Por el contrario, si aquellos ven resentido su funcionamiento, desaparece toda posibilidad de estabilidad institucional. Segundo, debe la Administración apoyar al Poder Judicial (sin perjuicio de desatar las amarras que obstan a su plena independencia en todos los planos), en particular en lo que concierne a los recursos financieros que se requieren para mantener su actual infraestructura, mejorarla ampliando sus instalaciones, y creando nuevos tribunales capaces de absorber las necesidades que se multiplican periódicamente. La reforma procesal penal, como quiera que se juzguen sus resultados, ha sido un paso importante en la modernización y renovación de la judicatura. En los próximos años deberá abordarse una reforma procesal civil, tanto o más importante que la penal. Para el buen éxito de este nuevo desafío se requerirá

de un respaldo presupuestario que se adecúe a la magnitud e importancia la obra. Esperamos que ello sea posible.

Estamos plenamente conscientes de que tampoco se trata de hipertrofiar la estructura judicial y la función de los magistrados. También ha habido naciones en que se ha instalado una verdadera "dictadura judicial", lo que supone que este tipo de decisiones adquiere un cariz político expansivo que termina por dominar la vida pública con todas las falencias e insuficiencias que es posible presumir. Aquello es consecuencia directa de las deformaciones que conlleva, a corto o largo plazo, la politización de los jueces. Al reclamar la cooperación de la Administración, entendemos la importancia de mantener y perfeccionar los equilibrios entre los poderes del Estado, la descentralización de las potestades y la participación ciudadana en las tareas de la cosa pública.

En suma, atravesamos un espacio peligroso en la evolución de una de las instituciones básicas de la República (el Poder Judicial), sin la cual es imposible imaginar la subsistencia del Estado de Derecho. Un diagnóstico realista y equilibrado es presupuesto necesario para la corrección de las anomalías que denunciarnos. Ocultar lo que sucede o depotenciar su trascendencia constituye un error garrafal que impedirá abordar con eficiencia una acción rectificadora cada vez más necesaria.



## Sobre jurisprudencia

EDUARDO SOTO KLOSS

Abogado.

Doctor en derecho

UNIVERSIDAD DE PARÍS/PANTHÉON/SORBONNE.

Profesor Titular de Derecho Administrativo

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

### Introducción

Desde hace algún tiempo –diría que desde hace dos décadas o algo más– el tema de la “jurisprudencia judicial”, es decir, de los fallos de los tribunales de justicia, especialmente superiores, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, ha despertado la inquietud (por no decir franco malestar) de muchos abogados de ejercicio ante ellos y una creciente preocupación respecto de la incertidumbre que presentan ciertos criterios que chocan con textos expuestos de la Constitución y de las leyes, o bien que presentan los cambios de criterios respecto de hechos idénticos, que hacen tabla rasa de la seguridad jurídica y sobre todo de la justicia, que son la razón de ser de la existencia misma de los jueces, más aún si son supremos.

Casos hay al por mayor que constituyen ejemplos de lo dicho. Valga indicar la *folclórica* creación del llamado “secuestro permanente”, pero al mismo tiempo no se admite el “ilícito continuado” que implica una omisión ilegal y/o arbitraria de la Administración en el recurso de protección; o la dicotomía de aceptar que el acto administrativo nulo es imprescriptible con régimen de derecho público, pero a su efecto dañoso producido en su destinatario se le aplica el derecho privado en cuanto a la prescripción de su demanda, fundado ello sea en razón de que habría un vacío legal y luego puesto que siendo un tema patrimonial ello debe ser regulado por el código civil (sic!); qué decir en materia ambiental –ya desde la época del caso *Trillium*– con unas decisiones contradictorias y también cambiantes; o en materia del llamado “amparo económico”, en donde ya resulta risible advertir el cambio constante de posiciones jurisprudenciales, pues aquí se encuentran decisiones que van desde plantear que no se trata propiamente de un amparo (no obstante que su procedimiento es el del “*habeas corpus*”, amparo por antonomasia), hasta que sólo es procedente en virtud del inciso 2° del artículo 19 de la Constitución, para luego establecer que procede por ambos incisos y más tarde volver a que sólo cabe cuando hay infracción al inciso 2° (quizás qué solución habrá

cuando se publiquen estas líneas...); en lo “laboral” se producen igualmente antinomias, hasta llegarse al mecanismo de la “unificación de jurisprudencia” (que ha producido recientemente no poca perplejidad en algunos respecto del caso de los llamados “contratados a honorarios” en la función pública); qué decir respecto de la procedencia o improcedencia del llamado “reclamo de ilegalidad municipal” cuando se trata de resoluciones de los Directores de Obras, cuyas soluciones varían cada cierto tiempo.

Y así pueden citarse muchos más casos aun en las diversas ramas del derecho, siendo muy útil que los especialistas de ellas pudieran indicar ejemplos para completar este brevísimo cuadro.

¿A qué se deberá ello? ¿Qué causas podrían señalarse que estarían en su origen? ¿Es, acaso, algo programado por alguien y aplicado ex profeso? ¿Es algo puramente casual, espontáneo o fruto de una planificación destinada a corroer la confianza en nuestros jueces y tribunales... y destruir esos “castillos roqueros” que son el último baluarte de protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de quienes ejercen el poder gubernamental de la Nación?

Indaguemos sobre qué causas podrían existir para que se haya producido esta situación que, ciertamente, es preocupante para la comunidad nacional que conformamos.

¿Causas?

Causas siempre hay muchas respecto de los hechos, no todas de la misma entidad y hay veces en que ni siquiera aparecen sino mucho tiempo después.

Causa externa al régimen mismo puede ser una carta u oficio de quien ejerce el cargo de Presidente de la República, que pretende influir en la magistratura suprema y ésta se deja “mandonear”, en actitud ciertamente deleznable y deshonrosa por su obsecuencia. Externa también es la causa proveniente de la “hegemonía” (o “vedetismo”) que ejerce en una sala determinado ministro, con grave desmedro de la independencia indispensable del resto de ella. Externa, asimismo, es una causa muy chilena, como es el carácter trabajador de algún ministro que por su laboriosidad impone su criterio arrastrando al resto que ve así facilitada su tarea. Causas internas son ya las posiciones ideológicas en lo político que inciden en sus fallos: piénsese en la materia ambiental o laboral o penal o en cualquiera materia, v.gr. si los jueces adhieren a convicciones socializantes y/o totalitarias. Y en este aspecto, en el orden administrativo incide –como tantas veces lo he escrito– la visión estatista que pretende (a la hegeliana) que el Estado es todo y el ciudadano un mero engranaje suyo (un mero rut...) y que lo entiende como “administrado”, como si fuera una “cosa”, olvidándose nada menos que la persona es el principio, sujeto y fin de

la Sociedad, del Estado y del Derecho.

Aquí en este punto incide la visión del Derecho que tengan los magistrados; así, algunos ven en él un mero sistema de normas, puestas por el legislador, el “positivismo legalista” (sea normativista u otro), es decir el Derecho es la ley (*dura lex sed lex*, olvidando que *summa ius summa iniuria*), no advirtiendo que el Derecho es un medio para la perfección del hombre, del ser humano, para que viviendo en sociedad viva en paz social. Otros entienden el Derecho como el objeto de la justicia, ese hábito de dar a cada cual lo suyo, lo que le pertenece, ya en cuanto ser humano y su intrínseca dignidad ontológica, esto es por el hecho de ser humano, ya en cuanto lo que le pertenece en razón de un título que ha adquirido sea por la ley o por una convención (*lato sensu*) originada en el ejercicio de su autonomía privada,

Estas visiones referidas, unidas a un estatismo (más o menos intenso), o a la primacía de la persona humana, llevan o suelen llevar, con frecuencia, a posiciones que pueden chocar o ser contrastantes y producir soluciones diferentes según sea la mayoría circunstancial del tribunal, fallos que varían según la integración del mismo, sea cuando funciona la sala con todos sus ministros o, lo que es más usual, con abogados integrantes, los que no pocas veces han sido funcionarios públicos en algún organismo de la Administración del Estado e incluso abogados de la propia defensa del Estado. En estas condiciones se comprende que las decisiones vayan cambiando –a veces con diferencia de pocos días o semanas– y se contradigan, afectándose muy gravemente hasta los derechos fundamentales que la Constitución asegura a toda persona, como son, por ejemplo, la igualdad ante el Derecho (art. 19 N° 2), la igual protección de las personas ante el Derecho (art. 19 N° 3 inciso 1°) y, en consecuencia, afectándose muy ostensiblemente la justicia (esa “constante voluntad...” como decían los romanos).

Otra causa puede indicarse en cuanto a no captar los jueces supremos que son *parte* –y de modo muy temporal– de una “institución de la República”, como es la Corte Suprema, la suprema magistratura judicial de la Nación y ejemplo para todos los jueces que le son inferiores en jerarquía. Pareciera que cuando llegan a tan elevado cargo no advierten que ha habido muchísimos otros jueces supremos antes que ellos, tal vez más sapientes, con una larga carrera judicial y con la experiencia correspondiente en el manejo y aplicación del Derecho, cuya labor no puede ser “echada por la borda” (como si fuere lastre). Pareciera que estos nuevos magistrados –venidos a veces de fuera– no captan que la “jurisprudencia” es una labor de muchos, de varias décadas, y es una verdadera obra *polifónica* y no de *solistas* que pretenden alterar una obra finamente urdida que no cabe ser destruida como por “elefantes en una tienda de venta de porcelanas”. Quién sabe si esta causa pudiera resumirse brevemente en una “falta de humildad”, falta como omisión, como ausencia,

como carencia, de esta virtud tan fundamental para quien ejerce la más alta magistratura judicial, la cual es una actividad de "servicio" y no de engolosinamiento narcisista.

Otras causas existirán, sin duda, y que podrían ser caracterizadas por otros colegas a fin de completar este breve recuento.

No puede olvidarse que el Derecho verdaderamente progresa en su finalidad de concretar la justicia en su aplicación, a través de los jueces, cuya diaria labor va construyendo poco a poco, paso a paso, la "jurisprudencia", ese arte de decir el Derecho (el *ius* de los romanos) por los prudentes en un caso concreto. Es decir, se requiere de jueces poseedores de la *prudencia*, sin la cual el derecho se transforma siempre, por desgracia, en iniquidad.



# El caso Artavia Murillo y los límites de la argumentación judicial

IAN HENRÍQUEZ HERRERA

Profesor de la U. de los Andes y de la U. Central  
Licenciado en Derecho y Magister en Derecho Privado,

**U. DE CHILE**

Magíster en Investigación Jurídica y Doctor en Derecho,

**U. DE LOS ANDES**

Abogado

## Introducción

Con fecha 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”) emitió el fallo en el caso conocido como *fecundación in vitro* o caso Artavia, iniciado el 29 de julio de 2011 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“la Comisión”) en contra del Estado de Costa Rica<sup>1</sup>. La Comisión solicitó a la Corte la declaración de responsabilidad internacional del Estado, por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1. y 2 del mismo instrumento, en presunto perjuicio de casi una veintena de personas.

El *quid* del asunto decía relación con la legitimidad o no de la prohibición impuesta en 2000 por la Corte Suprema de Costa Rica a la fecundación *in vitro*, con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de un acto administrativo regulatorio de esta técnica. La Corte declaró la responsabilidad del Estado de Costa Rica y ordenó las reparaciones que estimó pertinentes. El fallo está lleno de peculiaridades en su razonamiento, que lo alejan del ejercicio mismo de la jurisdicción y que permiten preguntarnos si estamos ante una expresión de activismo judicial.

## 1. Humpty Dumpty y los límites de la significación

Lewis Carroll, profesor de Lógica en Oxford, en *Alicia a través del espejo* refiere el siguiente diálogo (Cap. VI):

<sup>1</sup> Véase HENRÍQUEZ, IAN, “Comentario al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, N° 3, 2013, pp. 55 a 77; el cual es la base para este artículo.

“Humpty Dumpty tomó el cuaderno y lo consideró con atención.

–Sí, me parece que está bien... –empezó a decir.

–Pero, ¡si lo está leyendo al revés! –interrumpió Alicia.

–¡Anda! Pues es verdad, ¿quién lo habría dicho? –admitió Humpty Dumpty con jovial ligereza mientras Alicia le daba la vuelta al cuaderno–. Ya decía yo que me parecía que tenía un aspecto algo rarillo. Pero, en fin, como estaba diciendo, me parece que está bien hecha la resta... aunque, por supuesto, no he tenido tiempo de examinarla debidamente... pero, en todo caso, lo que demuestra es que hay trescientos sesenta y cuatro días para recibir regalos de cumpleaños...

–Desde luego –asintió Alicia.

–¡Y sólo uno para regalos de cumpleaños! Ya ves. ¡Te has cubierto de gloria!

–No sé qué es lo que quiere decir con eso de la “gloria” –observó Alicia.

Humpty Dumpty sonrió despectivamente.

–Pues claro que no..., y no lo sabrás hasta que te lo diga yo. Quiere decir que “ahí te he dado con un argumento que te ha dejado bien aplastada”.

–Pero “gloria” no significa “un argumento que deja bien aplastado” –objetó Alicia.

–Cuando yo uso una palabra –insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso– quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.

–La cuestión –insistió Alicia– es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

–La cuestión –zanjó Humpty Dumpty– es saber quién es el que manda..., eso es todo”.

Este breve y profundo pasaje da buena cuenta de lo que implica la manipulación del lenguaje. Si esta manipulación proviene de quien está revestido de *potestas*, el asunto cobra mayor importancia y se torna objeto de preocupación. Y si esa *potestas* está radicada en un tribunal, ya la cuestión nos empuja e interpela de un modo directo a juristas y profesores de derecho.

El caso Artavia es un ejemplo de distorsión grave y manipulación del lenguaje. Paradójicamente, se presta de modo excelente para un análisis pedagógico sobre estas materias. Al menos eso hay que reconocerle. Se hubiese requerido mucho tiempo y una grande imaginación para elaborar un argumento como

el del fallo, que habría sido divertido de leer si no fuese porque se trata de un caso real. Ha dicho ya una autora: “*La sentencia en el caso Artavia ha sido un desafortunado ejercicio interpretativo de la Corte*”<sup>2</sup>. Podemos añadir, siguiendo el método propuesto por Atienza, que las debilidades se manifiestan también en cuestiones procesales, de calificación, de aplicabilidad y de discrecionalidad<sup>3</sup>, según tendremos ocasión de mostrar.

Estas falencias son las que desprestigian a dicho órgano interamericano, y que permiten fundada y razonablemente preguntarnos si estamos ante un caso de mero activismo<sup>4</sup>. Esta pregunta cobra mayor relevancia atendido el importante rol que ha tenido históricamente la Corte en la protección de los derechos humanos en la región, rol que debemos cuidar y preservar. La mera condescendencia o la aceptación acrítica de argumentos toscos no contribuyen a fortalecer su autoridad; puesto que tener *potestas* no es lo mismo que tener *auctoritas*.

La sentencia ejecutoriada será siempre un acto de imperio, pero puede ser un acto equivocado<sup>5</sup>. Moreso, con simpatía y provocación, ha denominado *doctrina Julia Roberts* –por remembranza de la película *El informe pelícano*, en la que una estudiante de derecho dice de la Corte Suprema: “*They are wrong*”– a aquella según la cual las proposiciones jurídicas singulares tienen un valor de verdad previo a la decisión de los tribunales en dicho caso; esto es que, como pareciera obvio, los tribunales superiores pueden equivocarse<sup>6</sup>. El error judicial, la sinrazón, el desvarío, no configuran ni pueden configurar jurisprudencia en sentido propio. Un fallo malo no es un fallo que se deba seguir.

## 2. Resumen del hecho y del *iter* procesal

El 15 de marzo de 2000, la Corte Suprema de Costa Rica declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 2409-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, que autorizaba y regulaba la práctica de la fertilización *in vitro* (“FIV”). El 19 de enero de 2001 fue presentado el caso ante la Comisión, la que con fecha 14 de julio de 2010 aprobó el Informe Final de Fondo 85/10,

<sup>2</sup> VARGAS VERA, GEORGINA, “La protección del derecho a la vida en la Convención Americana de Derechos Humanos. Interpretación del artículo 4.1 en el caso Baby Boy vs. Estados Unidos y Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica”, en *Epikieia. Derecho y Política*, N° 22, p. 24.

<sup>3</sup> ATIENZA, MANUEL, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pp. 423 a 438.

<sup>4</sup> Un conjunto de peculiaridades y anomalías del fallo puede verse en PAÚL, ÁLVARO, “La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, en *Derecho Público Iberoamericano*, año 1, N° 2, abril de 2013, pp. 303 a 345.

<sup>5</sup> Sobre la falibilidad judicial, puede verse, *inter alia*, VINOGRADOFF, PAUL, *Introducción al derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1985, p. 126.

<sup>6</sup> MORESO, JOSÉ JUAN, “Los desacuerdos en el derecho”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, N° 57, pp. 223 y ss.

en el que, haciendo lugar a lo solicitado, efectuaba una serie de recomendaciones al Estado de Costa Rica. Luego de tres prórrogas vencidas para el cumplimiento por parte del Estado, la Comisión presentó el caso ante la Corte. La Comisión alegó violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la "FIV" a causa del fallo de la Corte Suprema. Entre otros aspectos, la Comisión señaló que tal prohibición implicó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia, una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, y que esta prohibición habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres. Sobre la base de lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

La audiencia pública fue celebrada los días 5 y 6 de septiembre de 2012, en la que declararon dos presuntas víctimas y cuatro peritos. La Corte recibió 49 escritos en calidad de *Amicus curiae*.

### **3. Los argumentos de la Corte**

La línea argumental de la Corte sigue principalmente tres derroteros: excluir al embrión *in vitro* de la esfera de protección del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos ("la Convención"); incluir el acceso a las técnicas reproductivas en el derecho a la vida privada y a fundar una familia; analizar la proporcionalidad de la medida estatal en entredicho.

#### **3.1. La exclusión del embrión *in vitro* de la esfera de protección del art. 4.1 de la Convención.**

La Corte excluyó de la esfera de protección del artículo 4.1. de la Convención al embrión aún no implantado. A tal conclusión arriba luego de hacer uso de los métodos de interpretación correspondientes al derecho de los tratados. En el apartado siguiente analizaremos críticamente los razonamientos de la Corte. Por ahora, describiremos su proceder.

Según el uso corriente de los términos, la Corte entiende el sentido de la norma en cuestión del siguiente modo:

187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación. Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

188. Por otra parte, respecto a la expresión “en general”, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que significa “en común, generalmente” o “sin especificar ni individualizar cosa alguna”. Según la estructura de la segunda frase del artículo 4.1 de la Convención, el término “en general” se relaciona con la expresión “a partir de la concepción”. La interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones.

189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

La Corte incurre aquí en una clara petición de principios. Hay un error lógico en su argumentación. Para decir que el embrión humano no cabe en la expresión “desde la concepción” es un muy mal argumento sostener que una determinada hormona por la que se detecta la implantación se produce –obviamente– cuando el embrión se implanta en el útero femenino. Si lo que ha querido la Corte argumentar es que, en el estado actual de la embriología, sólo es posible detectar que ha ocurrido la concepción al interior del cuerpo de la mujer una vez que se detecta la señal de la referida hormona, lo único que puede seguirse de ello es que hay una técnica limitada. Nada aporta ello a la interpretación de la Convención.

Por otra parte, la hipótesis de hecho relevante es diferente a la utilizada por la Corte. La cuestión pertinente dice relación con el embrión extrauterino. Precisamente, en este caso la fusión de las membranas de los gametos masculino y femenino es directamente observable. Nada importa aquí la Gonadotropina Coriónica.

En suma, si se parte, solapada o implícitamente, de la premisa de que concepción es implantación, tiene pertinencia aludir a aquello que aludió la Corte. Pero el punto en cuestión es precisar el alcance de la expresión concepción.

Para la Corte, la aplicación de los otros métodos de interpretación refrenda su conclusión inicial.

En primer término, la Corte hace uso del método histórico, y la conclusión que explicita la Corte al aplicarlo es algo trivial y bastante obvia:

221. La Corte concluye que los trabajos preparatorios indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión “y, en general, desde el momento de la concepción”, ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras “en general”.

Desde luego, si las propuestas de las respectivas delegaciones hubieran prosperado, el texto definitivo no habría sido tal. Así que nada dice con ello la Corte. Pero lo que sí era relevante, y de manera sorprendente la Corte no lo explicita entre sus conclusiones, es que el concebido sí quedó incluido en la esfera de protección de la norma. Esto, que es de Perogrullo, al omitirse invierte los términos del análisis. Una cosa es partir de la base de la protección del concebido e intentar precisar el alcance de la expresión “en general”, y otra muy diversa es poner en entredicho la protección del concebido atendida la expresión “en general”. La Corte hace lo segundo, sin que pueda advertirse el fundamento para ello.

Con ocasión del método sistemático, la Corte arriba a una de sus conclusiones más sorprendentes:

222. La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende

del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales.

La conclusión a la que arriba la Corte al interpretar este artículo es absurda. No se logra ver de qué modo la expresión: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, cual es el texto objeto de la actividad interpretativa, pueda significar: “el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada”. Es un artificio sin asidero textual siquiera.

La interpretación evolutiva que hace la Corte le lleva a sostener, asimismo, que el embrión humano no puede ser entendido como persona:

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

En el mismo orden argumental, la Corte aludiendo al principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado concluye que el derecho a la vida no puede ser entendido como un derecho absoluto:

258. Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

Según ha podido advertirse, la Corte, en su esfuerzo interpretativo, excluye de la esfera de aplicación del artículo 4.1. de la Convención al embrión previo a la implantación.

### **3.2. La inclusión del acceso a las técnicas reproductivas en el derecho a la vida privada y a fundar una familia.**

Para intentar comprender los fundamentos y alcances del fallo, debe tenerse en debida consideración que la Corte incluye las técnicas reproductivas en el contenido del derecho a la vida privada y a fundar una familia. Se lee en el fallo:

142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia



los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

Como se ve, la Corte expresa que la decisión de ser padre o madre –en términos biológicos, no meramente culturales– cabe bajo la esfera de protección del derecho a la vida privada. Sin perjuicio de que esto amerita un análisis particular, desde ya notamos que ese enunciado la Corte lo extrapola al acceso a técnicas reproductivas. Hay allí un salto lógico carente de justificación. Por cierto, una cosa es la decisión de ser padre o madre, en la que al Estado no le cabe injerencia, y otra diversa es el acceso a las tecnologías biorreproductivas. Qué decir del salto desde allí hacia el hecho efectivo de llegar a ser padre o madre. Podemos considerar la siguiente analogía: si el acceso a la educación es un derecho, de ello no se sigue la titularidad activa para acceder a las tecnologías de la información, ni menos aún a egresar de una determinada carrera y obtener una titulación.

### **3.3. El análisis de proporcionalidad de la prohibición estatal de acceso a la FIV**

Una tercera línea argumental seguida por la Corte dice relación con el análisis específico de la proporcionalidad de la afectación de derechos que habría implicado la prohibición de la FIV a causa del fallo de la Corte Suprema. El núcleo de dicha línea puede extraerse de los siguientes considerandos:

314. Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica.

315. En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural. La Corte resalta que el embrión antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal.

316. Por tanto, la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.

Cabe notar que, sobre la base de la argumentación anterior, la Corte considera innecesario pronunciarse sobre el margen de apreciación interna que le pudo haber cabido al Estado de Costa Rica.

#### **4. Análisis y comentario**

Los argumentos de la Corte parecen débiles a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en relación al rol fundamental del reconocimiento del carácter personal de todo ser humano y de la igualdad ante la ley. Asimismo, hay una serie de considerandos que adolecen, además, de evidentes yerros lógicos. Por otra parte, se echan en falta, más allá de lo aconsejable en un acto de un órgano de jurisdicción, justificaciones también de índole procesal y probatoria, según se mostrará.

##### **4.1. *Contra legem*, para la Corte no todo ser humano es persona<sup>7</sup>**

Es curioso que el máximo órgano jurisdiccional de la región americana en materia de derechos humanos llegue a sostener que no todo ser humano es persona, contra texto expreso de la Convención (art. 1.2). Para apreciar debidamente lo anterior, ha de tenerse claridad respecto del reconocimiento de la personalidad jurídica como criterio básico de inclusión en la esfera de protección a todo ser humano y concatenadamente, respecto de la igualdad ante la ley.

##### **4.1.1. *El reconocimiento de la personalidad jurídica***

En primer lugar, cabe recordar que, como es obvio, el embrión humano es un ser humano. Esta afirmación, de orden fáctico, no resulta controversial desde el punto de vista fisiológico. Para la embriología contemporánea constituye una afirmación común que el ciclo biológico de la especie zoológica *homo sapiens sapiens moderno* principia con la fecundación<sup>8</sup>. Se trata de una constatación empírica. Así, por ejemplo, en Chile, Fernando Zegers –quien inclusive en este caso sirvió de perito por los peticionarios– ha declarado: “*Estamos convencidos*

<sup>7</sup> En este punto, hemos seguido de cerca nuestro *La regla de la ventaja para el concebido en el derecho civil chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, esp. pp. 144 a 156.

<sup>8</sup> PEARSON, HELEN, “Developmental biology: Your destiny from day one”, en *Nature*, (2002), July 4, pp. 14 y 15; y por todos: SADLER, T.W., *Langman’s medical embryology*, 7ª ed., Baltimore, Williams & Wilkins, 1995.

de que una nueva vida comienza en la fecundación<sup>9</sup>. De igual modo, ha señalado Yuval Levin, miembro del Comité de Bioética de los Estados Unidos de Norteamérica, que es un hecho claro y no controvertido que la vida humana comienza cuando el embrión es creado<sup>10</sup>. El genetista Carlos Valenzuela ha descrito:

“c.- Un cigoto humano y un embrión humano son seres humanos bióticos (animados o no, personas o no) que están por nacer (...); e.- El cigoto humano (óvulo fecundado) es un individuo completo de la especie humana; f.- Los determinantes científicos operacionales que se le exigen a cualquier ser vivo para ser un individuo de la especie son: autonomía (procesal), integralidad (todos sus elementos están vinculados a un programa de desarrollo) y completud (genoma completo de la especie en estado funcional para generar el desarrollo de cualquier estado de los individuos de esa especie). El cigoto humano cumple con estos tres requisitos; g.-La constitución del genoma del cigoto por gametos con genomas permutados y recombinantes de ambos progenitores, más sus cambios mutacionales hacen que éste sea un individuo único, irrepetible y autónomo, distinto genéticamente de ambos progenitores; h.- El cigoto humano es un ser humano completo individuo de la especie *Homo sapiens*. Tiene genoma completo de la especie, es una célula que autónomamente se construye y es capaz de programar y reprogramar su material hereditario y tiene todas sus funciones integradas. Se autodetermina, se autoconstruye y se autoprograma (...)”<sup>11</sup>.

A esta afirmación de hecho, no controvertida, se suma una afirmación ahora ya no fáctica, sino normativa, cual es que todo ser humano es persona. Este enunciado normativo está positivado en el artículo 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>12</sup>. En efecto, el artículo expresa el derecho de todo ser humano, doquiera que se encuentre, al reconocimiento de su personalidad jurídica, a su entronización en el mundo del Derecho. Idéntica norma contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 16, y el mismo contenido se desprende de los artículos 1 N° 2 y N° 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, el art. 1 N° 2 dice que para los efectos de la Convención, “*persona es todo ser humano*”. A su vez, el art. 3 señala que toda persona –es decir, todo ser humano– “*tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”. Este derecho, según el artículo 27 de la Convención Americana, no es susceptible de suspensión alguna. Al

<sup>9</sup> CROXATTO, HORACIO, ZEGERS, FERNANDO, “Anticoncepción de emergencia, ciencia y moral”, en *Estudios Públicos*, 95 (invierno 2004), p. 400.

<sup>10</sup> LEVIN, YUVAL, “A Middle Ground for Stem Cells”, en *The New York Times*, 19 enero 2007, opinión editorial.

<sup>11</sup> En *Estudios Públicos*, N° 95, Invierno, 2004, pp. 385-386.

<sup>12</sup> Artículo 6°: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

discutir la Convención Americana, el entonces Vicepresidente de la Comisión Interamericana Marco Gerardo Monroy Cabra escribió que la personalidad jurídica incluye el derecho al reconocimiento civil y la capacidad legal<sup>13</sup>. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones ha afirmado que en casos de tortura y desaparición –es decir, cuando a un ser humano se le trata como a una cosa– se vulnera, entre otros derechos, el reconocimiento a la personalidad jurídica.

Ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que excluir a un ser humano del orden jurídico e institucional del Estado significa “*una negación de su propia existencia como ser humano revestido de personalidad jurídica*”<sup>14</sup>.

Por consiguiente, no cabe bajo ningún respecto excluir a un ser humano del orden jurídico e institucional del Estado, es decir, a ningún ser humano puede desconocerle su personalidad jurídica. De manera tal que no cabe distingo alguno entre ser humano y sujeto de derecho, o en otros términos, entre ser humano y persona. Un ser humano no puede sino ser persona, nunca puede ser una cosa.

Pedro Nikken, quien fuera presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y juez de la Corte Interamericana, señala que los derechos humanos son aquellos que le corresponden a todo ser humano por el mero hecho de ser tal<sup>15</sup>, afirmación que es pacífica en esta materia. Encontramos asertos de la misma índole en Máximo Pacheco, Diego Uribe, Antonio Cancado y Cecilia Medina entre otros autores<sup>16</sup>. De esto deviene necesariamente que la titularidad jurídica en la esfera de protección de los derechos humanos deriva de un solo requisito: ser humano. Como ha hecho notar R. Spaemann:

“Si la pretensión de pertenecer a la sociedad humana quedara al juicio de la mayoría, habríamos de definir en virtud de qué propiedades se po-

<sup>13</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual 1996*, Washington, 1997, p. 341, respuesta de los peticionarios en caso N° 10.675 (informe n° 51/96).

<sup>14</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual 1996*, Washington, 1997, pp. 393, 406, 418, 495.

<sup>15</sup> NIKKEN, PEDRO, *Antología básica sobre Derechos Humanos*, IIDDDH, Costa Rica, 1993.

<sup>16</sup> CANCELADO, ANTONIO (EDIT.), *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, San José/La Haya, IIDH, 1996, pp. 84 y 190; MEDINA, CECILIA (EDIT.), *Manual internacional de los derechos humanos*, Santiago, editado por Cecilia Medina, 1990, pp. 23 a 28; MEDINA, CECILIA, NASH, CLAUDIO, *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007, p. 18; PACHECO, MÁXIMO, *Introducción al derecho*, Editorial Jurídica, Santiago, 1976, pp. 26-7; EL MISMO, *Los derechos humanos. Documentos básicos*, Editorial Jurídica, Santiago, 1992, pp. VII-XV; HÜBNER, JORGE IVÁN., *Los derechos humanos*, Editorial Jurídica, Santiago, 1994, pp. 69-74; BIDEAIN, C. ET AL., *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, t.5., p.18; BIGOTTE, M., “Nótula sobre a fundamentação dos direitos humanos”, en FERREIRA DA CUNHA ET AL., *Direitos humanos. Teorias e práticas*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 77 a 97; AYMERICH, I., “Génesis de los derechos humanos”, en DURÁN, P. (COORD.), *Manual de derechos humanos*, Granada, Comares, 1993, p. 5; BARIFFI, F., “Sobre la universalidad de los derechos humanos; ¿Universalidad o universalismo?”, en *Revista de derecho* (Temuco) n° 4, 2003, p. 40.

see dignidad humana y se pueden exigir los derechos correspondientes. Pero esto sería suprimir absolutamente la idea misma de derechos humanos<sup>17</sup>.

De lo anterior, se sigue necesariamente que constatado el *factum* –la existencia de un ser humano– se aplica el criterio normativo: la personalidad jurídica. El aserto “todo ser humano es persona” es perfectamente coherente con la sistemática del derecho internacional de los derechos humanos.

Es clara la sinonimia que emplea la Declaración de 1948 –así como todos los instrumentos de protección general de Derechos Humanos– entre los vocablos ser humano, persona humana, hombre. Conforme las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para interpretar un tratado se debe, de buena fe, atender en primer lugar al sentido corriente de las palabras, teniendo en cuenta su contexto, objeto y fin<sup>18</sup>; y ser humano indica a todo miembro de la especie humana, o, como lo señala el preámbulo de la Declaración Universal, “todos los miembros de la familia humana”. ¿Podría pretender la Declaración excluir a algunos miembros de la especie humana? Es razonable pensar que no. Como elemento interpretativo debe tenerse en consideración el art. 1° de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, que dice:

“El Genoma Humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas”.

El genoma, hoy se sabe, se estructura en la fecundación. Por consiguiente, todo aquel que tenga genoma humano es “miembro de la familia humana”, de lo que se desprende el reconocimiento de su “dignidad y diversidad intrínsecas”.

La interpretación de los Derechos Humanos tiene además –según la doctrina– reglas específicas: es dinámica, extensiva, protectora y expansiva. La consideración de cada uno de estos aspectos refuerza la sinonimia entre humano y persona<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> SPAEMANN, ROBERT, “Sobre el Concepto de Dignidad Humana”, en MASSINI, CARLOS, SERNA, PEDRO (EDS.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998, p. 98.

<sup>18</sup> Dice el art. 31 de dicha convención: “Regla general de interpretación. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

<sup>19</sup> JACOBS, F., WHITE, R., *The european convention on human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 26 a 38; BUERGENTHAL, THOMAS., *International human rights*, Minnesota, West Publishing Company, 1998, pp. 113-115; WRIGHT, J., *Tort law & human rights*, Oregon, Oxford and Portland, 2001, pp. 47-51; MEDINA CECILIA: “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Sistema jurídico y Derechos Humanos*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1996 pp. 74 y ss.; NOGUEIRA, HUMBERTO, *Dogmática Constitucional*, Universidad de Talca, 1997, pp. 140 y ss; BUERGENTHAL, THOMAS (EDIT.), *La protección de los Derechos Humanos en las Américas*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 160 y ss.

Si seguimos las reglas de la tópica jurídica, hemos de aplicar el aforismo *favorabilia amplianda*, es decir, que las normas favorables se interpretan extensivamente, principio que ha sido recogido y sistematizado por la doctrina en materia de derechos humanos. El segundo aforismo interpretativo que la misma doctrina ha afirmado es *pro homini*, por el cual las reglas de estas cartas siempre se interpretan en beneficio del ser humano. En un voto concurrente en el caso "Pelamare vs. Chile", el juez Sergio García, actual presidente de la Corte Interamericana, afirma que en caso de duda el criterio hermenéutico ha de ser "el más compatible con la igualdad ante la ley, y por lo tanto, el más favorable al individuo"<sup>20</sup>.

Por todas estas razones, pensamos, queda suficientemente afirmado el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica<sup>21</sup>. Normativamente podemos afirmar: todo ser humano es persona. Este es un punto que el fallo de la Corte desatiende.

#### **4.1.2. La exclusión del embrión de la esfera de protección del derecho no satisface el estándar de igualdad ante la ley**

A nuestro juicio, la configuración de la personalidad jurídica de todo ser humano se fundamenta, también, en el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación. Si son acertadas tanto la opinión de la doctrina en esta materia como la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la única conclusión coherente es el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano.

Para Cecilia Medina el principio de igualdad ante la ley es un principio rector en los derechos humanos:

<sup>20</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, fallo de 22 noviembre 2005, disponible en la base de datos de la Corte, en [www.cidh.org](http://www.cidh.org).

<sup>21</sup> En el concierto europeo la Recomendación N° 1046 de 1986 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su N° 5 señala que desde la fecundación la vida humana se desarrolla de manera continua ("*Considérant que dès la fécondation de l'ovule, la vie humaine se développe de manière continue...*"), y en su n° 10 indica que el embrión humano debe beneficiarse en toda circunstancia del respeto propio de la dignidad humana ("*Considérant que l'embryon et le foetus humains doivent bénéficier en toutes circonstances du respect du à la dignité humaine...*"). La Recomendación 1100 de 1989 reitera estos conceptos, al señalar en el n° 3 que el embrión debe ser tratado con el respeto de la dignidad humana ("*l'embryon et le foetus humains doivent être traités dans le respect de la dignité humaine...*"), en el n° 4 que este respeto es propio a toda vida humana ("*et le respect de la dignité humaine inhérente à toute vie...*"), en el n° 6 se considera la conveniencia de definir la protección jurídica acorde al embrión desde la fecundación ("*Considérant qu'il convient de définir la protection juridique à accorder à l'embryon humain dès la fécondation de l'ovule, comme il est prévu dans la Recommandation 1046*"). Muy especialmente debe tenerse en cuenta el fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Vo con France* (53924/00, 8 Julio 2004), en el cual se aceptó que el *nasciturus* está bajo la protección del artículo 2° de la Convención Europea de Derechos Humanos, al rechazarse la excepción *ratione materiae* presentada por el gobierno francés.

“...un principio fundamental de la teoría de los derechos humanos es el de igualdad, si lo expresamos en términos positivos, o de la no discriminación, si lo expresamos en términos negativos. Si los derechos humanos son aquellos derechos inherentes al ser humano, todos los seres humanos son sus titulares, sin exclusiones”<sup>22</sup>.

Dicho principio está contenido en todos los instrumentos de protección general de los derechos humanos<sup>23</sup>, los cuales emplean categorías abiertas, mediante la técnica de *clausuli apertus*. Lo denotan expresiones tales como “de cualquier otra índole” u otras equivalentes. Específicamente en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el principio de no discriminación emana de los arts. 1.1 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica. Por el primero, según lo ha entendido la Corte Interamericana, se establece la incompatibilidad *per se* entre un tratamiento discriminatorio y el contenido de la Convención:

“todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma”<sup>24</sup>.

Respecto del segundo –que consagra la igualdad ante la ley– la Corte Interamericana ha manifestado que “dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el art. 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal”<sup>25</sup>. Resulta especialmente interesante consignar lo que la Corte Interamericana ha entendido por igualdad ante la ley:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlos con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> MEDINA, CECILIA, *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, p. 10.

<sup>23</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos art. 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 2.1; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art. 2; Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales art. 14; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos art. 2, art. 3; Convención Internacional sobre los Derechos del Niño art 2.1; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, art. 2, etc.

<sup>24</sup> Opinión Consultiva N° 4/84, N°53.

<sup>25</sup> Opinión Consultiva N° 4/84, N°54.

<sup>26</sup> Opinión Consultiva N° 4/84, N° 55.

Por lo pronto, es importante destacar que la misma Corte Interamericana había afirmado la unidad e identidad de naturaleza del género humano. No existen seres humanos más o menos humanos que otros. Para Rafael Nieto, ex Presidente de la Corte Interamericana, nos encontraremos frente a una discriminación odiosa toda vez que una diferencia de tratamiento ataque “la unidad o dignidad de la naturaleza del ser humano”<sup>27</sup>.

Negar la personalidad jurídica del concebido es incompatible con la igualdad ante la ley. No se trata del derecho a voto, ni de obtener licencia para conducir. Se trata de la inclusión en la esfera del derecho como sujeto, y no como objeto. Se trata, pues, de un núcleo radical de juridicidad. Hay aquí una curiosa, pero no por ello menos odiosa, discriminación en función del espacio. Baste pensar si las propias tecnologías reproductivas permitirán en lo futuro el desarrollo extrauterino: jamás habrá implantación y según el criterio de la Corte, entonces, no habrá concepción ni tampoco sujeto protegido por la Convención. Se inaugura por vía jurisprudencial la humanidad de segunda categoría.

#### **4.2. Algunas cuestiones procesales: ¿por qué se privilegió sólo un informe pericial?**

En otro orden de cosas, llama de inmediato la atención que el informe pericial del perito Fernando Zegers es citado más de veinte veces a lo largo del fallo, sin que aparezca razón explícita alguna de por qué se privilegió esta opinión por sobre otras de calificados expertos. El punto no es trivial, dado que el perito Zegers precisamente ha centrado su actividad en la aplicación de biotecnologías reproductivas en humanos. Es decir, es promotor e impulsor de la técnica cuestionada en el presente caso. Para evitar cualquier equívoco, no está en entredicho alguno su competencia técnica o profesional. El reproche que me parece pertinente apunta hacia la Corte: el perito tenía interés en el contencioso y carecía de imparcialidad. Por ende, a lo menos la Corte debió haber expresado razones de dos índoles diversas: la primera, para admitir un perito con interés; la segunda, para privilegiar dicho informe en desmedro de los otros. Nada de eso hizo la Corte.

Me pregunto si en un contencioso entre un pueblo originario que defienda su derecho al agua en contra de una multinacional hidroeléctrica se admitiría, siquiera, y se privilegiaría –más encima– como perito a un ingeniero consultor de la hidroeléctrica. Es de confiar que no, pero la interrogante que plantea este fallo queda en pie.

En lo puntual, este notorio desequilibrio probatorio tuvo consecuencias relevantes. De hecho, en el considerando 183 la Corte afirma que hay dos posibles

<sup>27</sup> NIETO, RAFAEL, *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, IIDH, Temis, Bogotá, 1993, p. 127.



hipótesis respecto de lo que debe entenderse por concepción: “algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación [...], mientras que otras consideran que el punto de partida [...] es su implantación”. El hecho es que la literatura en embriología sostiene lo primero. Para fundamentar la segunda hipótesis, la Corte sólo cita el informe del perito Zegers. La Corte pone en un plano de igualdad una afirmación fuerte en el plano científico con una conjetura más bien peregrina en el estado actual de la cuestión, y sólo a partir del referido informe pericial, en desmedro incluso de otros dos (perito Caruso y perito Condic). Lo anterior adquiere todavía otra dimensión si se tiene en cuenta que el propio perito Zegers había sostenido públicamente, previo al juicio, que la vida humana principia en la fecundación (*vid supra*). Todas estas circunstancias requieren una explicación, que el fallo no contiene.

## Conclusiones

El fallo objeto de este comentario impresiona como débil en su fundamentación. Por lo pronto, adolece de errores estrictamente lógicos, pero además no parece fiel al *corpus juris* internacional que la propia Corte había ido configurando, especialmente a propósito del reconocimiento de la personalidad jurídica y de la igualdad ante la ley. Este fallo pone en entredicho la afirmación fundamental de que todo ser humano es persona. Las consecuencias jurídicas –y aun políticas– pueden ser indeseadas y no parecen haber sido suficientemente ponderadas ni sopesadas.

Sorprende, especialmente, la manifiesta distorsión en el uso del lenguaje que pretende llevar a concluir que el artículo 4 N° 1 de la Convención no protege al concebido no nacido. Aquí se puede advertir una clara desviación del sano razonamiento judicial.

El fallo tiene debilidades, además, en cuestiones procesales, de calificación, de aplicabilidad y de discrecionalidad. Estas debilidades impiden que el caso Artavia constituya un legítimo y verdadero precedente.

## Bibliografía

AYMERICH, I., “Génesis de los derechos humanos”, en DURÁN, P. (coord.), *Manual de derechos humanos*, Granada, Comares, 1993.

BARIFFI, F., “Sobre la universalidad de los derechos humanos; ¿Universalidad o universalismo?”, en *Revista de derecho* (Temuco) n° 4, 2003.

BIDEGAIN, C. ET AL., *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, t. 5.

BIGOTTE, M., "Nótula sobre a fundamentação dos direitos humanos", en FERREIRA DA CUNHA ET AL., *Direitos humanos. Teorias e práticas*, Coimbra, Almedina, 2003.

BUERGENTHAL, THOMAS, *International human rights*, Minnesota, West Publishing Company, 1998.

CANCADO, ANTONIO (EDIT.), *Derecho Internacional y Derechos Humanos*, San José/La Haya, IIDH, 1996.

BUERGENTHAL, THOMAS (EDIT.), *La protección de los Derechos Humanos en las Américas*, Civitas, Madrid, 1990.

CROXATTO, HORACIO, ZEGERS, FERNANDO, "Anticoncepción de emergencia, ciencia y moral", en *Estudios Públicos*, 95 (invierno 2004).

HENRÍQUEZ, IAN, "Comentario al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros", en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, N: 3, 2013.

HENRÍQUEZ, IAN, *La regla de la ventaja para el concebido en el derecho civil chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2011.

HÜBNER, JORGE IVÁN., *Los derechos humanos*, Editorial Jurídica, Santiago, 1994.

JACOBS, F., WHITE, R., *The european convention on human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1996. LEVIN, YUVAL, "A Middle Ground for Stem Cells", en *The New York Times*, 19 enero 2007, opinión editorial.

MEDINA, CECILIA, *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994.

MEDINA, CECILIA (EDIT.), *Manual internacional de los derechos humanos*, Santiago, editado por Cecilia Medina, 1990.

MEDINA, CECILIA, NASH, CLAUDIO, *Sistema interamericano de derechos humanos: introducción a sus mecanismos de protección*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007

MEDINA CECILIA: "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en *Sistema jurídico y Derechos Humanos*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1996.

NIETO, RAFAEL, *Introducción al sistema interamericano de protección a los derechos humanos*, IIDH, Temis, Bogotá, 1993.

NIKKEN, PEDRO, *Antología básica sobre Derechos Humanos*, IIDH, Costa Rica, 1993.

NOGUEIRA, HUMBERTO, *Dogmática Constitucional*, Universidad de Talca, 1997.

PAÚL, ÁLVARO, "La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia", en *Derecho Público Iberoamericano*, año 1, N° 2, abril de 2013.

PEARSON, HELEN, "Developmental biology: Your destiny from day one", en *Nature*, (2002), July 4.

SADLER, T.W., *Langman's medical embryology*, 7ª ed., Baltimore, Williams & Wilkins, 1995.

PACHECO, MÁXIMO, *Introducción al derecho*, Editorial Jurídica, Santiago, 1976.

PACHECO, MÁXIMO, *Los derechos humanos. Documentos básicos*, Editorial Jurídica, Santiago, 1992.

SPAEMANN, ROBERT, "Sobre el Concepto de Dignidad Humana", en MASSINI, CARLOS, SERNA, PEDRO (EDS.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998.

VARGAS VERA, GEORGINA, "La protección del derecho a la vida en la Convención Americana de Derechos Humanos. Interpretación del artículo 4.1 en el caso Baby Boy vs. Estados Unidos y Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica", en *Epikieia. Derecho y Política*, N° 22.

WRIGHT, J., *Tort law & human rights*, Oregon, Oxford and Portland, 2001.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual 1996*, Washington, 1997.

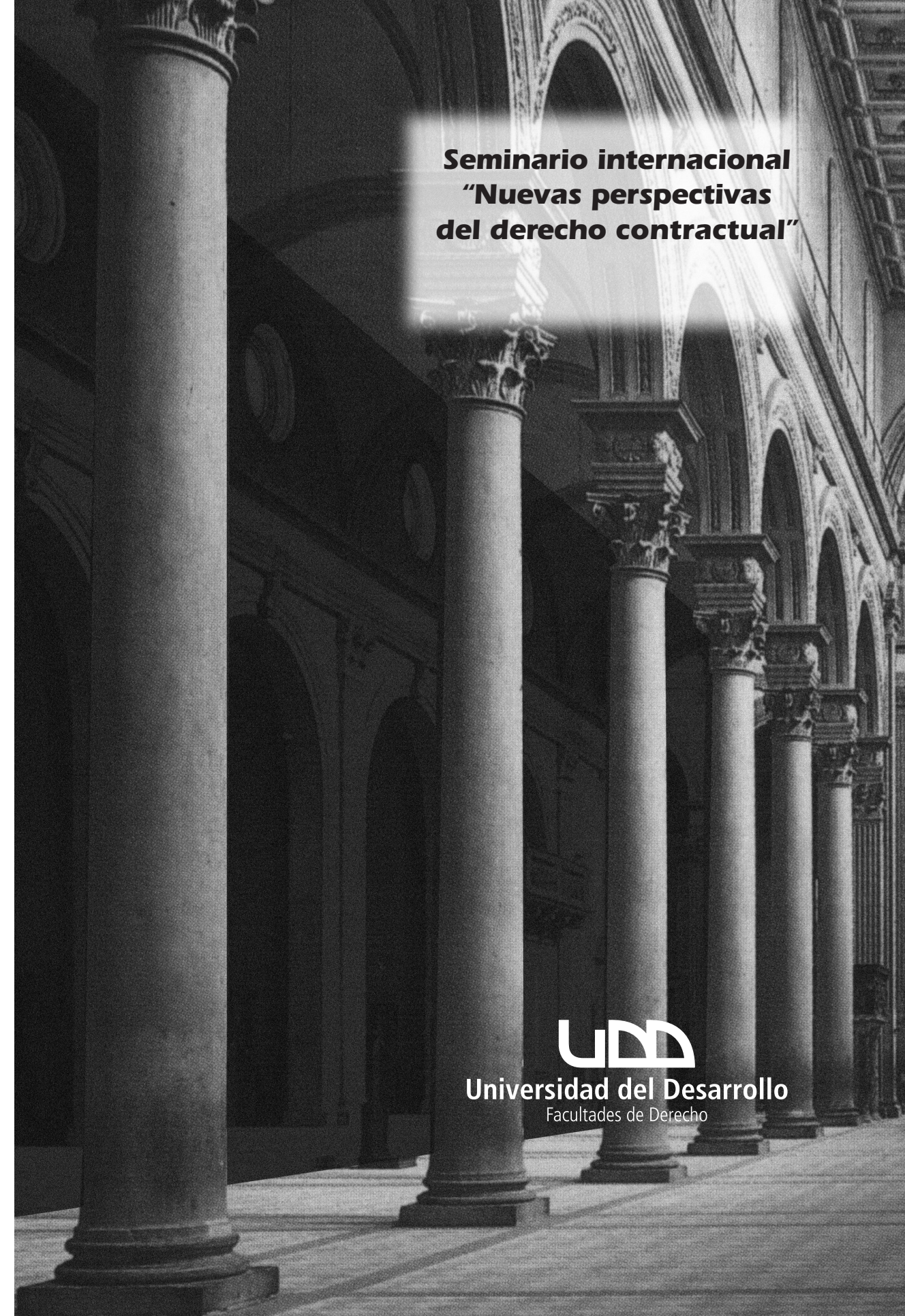
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Opinión Consultiva N° 4/84, N°53.

Opinión Consultiva N° 4/84, N°54.

Opinión Consultiva N° 4/84, N° 55.





**Seminario internacional  
“Nuevas perspectivas  
del derecho contractual”**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



## **Seminario internacional “Nuevas perspectivas del derecho contractual”**

### **Presentación**

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago, organizó, durante los días 3 y 4 de diciembre pasado, un seminario sobre derecho contractual, al cual asistieron destacados civilistas, tanto de Chile como del extranjero.

Se abordaron en él cuatro temas centrales: i) el contrato y los derechos fundamentales; ii) la integración e intervención administrativa del contrato; iii) el desequilibrio negocial y el debilitamiento del nexo contractual; y iv) la interdependencia de las obligaciones generadas por el contrato.

El primer día intervino el tratadista colombiano Javier Tamayo Jaramillo, cuyas obras jurídicas circulan profusamente en nuestro país; y el profesor de la Universidad Católica de Valparaíso Alejandro Guzmán Brito, de vasta trayectoria editorial y académica. En la misma sesión, segunda parte del seminario, intervino el profesor de la Universidad Católica de Chile Enrique Alcalde Rodríguez, autor de varios textos ampliamente conocidos; y el profesor de la Universidad de Los Andes Jorge Baraona González destacado civilista de nuestro medio y ex abogado integrante de la E. Corte Suprema.

El segundo día participó el profesor francés de la Universidad de Paris Christian Larroumet, algunas de cuyas obras jurídicas han sido editadas en nuestro país; y el profesor de la Universidad del Desarrollo de Concepción, doctorado en Francia, Bruno Caprile. Finalmente, en el último tema, participó el profesor de las universidades de Chile y Católica de Chile y ex abogado integrante de la E. Corte Suprema Víctor Vial del Río; y el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo Pablo Rodríguez Grez. Cada una de estas intervenciones dio motivo a un debate enriquecedor en que se profundizaron los temas tratados.

La Revista “Actualidad Jurídica” solicitó a los intervinientes, para los efectos de su publicación, las minutas o documentos preparados en esta ocasión por cada uno de ellos. Agradecemos la cooperación prestada y ofrecemos a nuestros lectores dicho material, con el mismo texto que se nos hiciera llegar. Creemos que se trata de un valioso aporte para el estudio de las renovadas perspectivas del derecho contractual.





## **Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido**

VÍCTOR VIAL DEL RÍO

Profesor de Derecho Civil

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

P. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Dentro del tema “Interdependencia de las obligaciones que crea un contrato bilateral”, lo primero que cabe preguntarse es, si perfeccionado el contrato, se observa alguna relación entre las obligaciones recíprocas de las partes; o si, por el contrario, ambas obligaciones adquieren una existencia separada e independiente la una de la otra, en términos tales, por ejemplo, que siendo ambas exigibles, su infracción por una cualquiera de las partes autorizaría a la otra para demandar el cumplimiento o la resolución del contrato, prescindiéndose del hecho que el demandante no hubiese cumplido o no estuviera llano a cumplir las obligaciones que el contrato engendraba para él.

Evidentemente, la búsqueda de la relación de interdependencia que pudiera existir entre las obligaciones recíprocas de las partes puede vincularse o más bien depende del concepto que se tenga de causa, y específicamente del de causa de la obligación. Sabido es que, a la época de dictación del Código Civil chileno, imperaba la doctrina clásica de la causa, que la requiere para la obligación y no para el contrato que la engendra, y de conformidad con los postulados de tal doctrina, que es la que acogió el Código Civil francés, en todos los contratos bilaterales la obligación que contrae una de las partes encuentra como causa la obligación recíproca de la otra parte, lo que determina un criterio estrictamente objetivo para configurar la causa de la obligación. Sin embargo, el Código Civil chileno, luego de consagrar en el artículo 1467 que “no puede haber obligación sin una causa real y lícita”, con lo que manifiestamente sigue la doctrina clásica de Domat y Pothier, se aparta del Código Civil francés cuando define la causa diciendo que debe entenderse por ésta “el motivo que induce al acto o contrato”, lo que designa a las razones individuales, subjetivas o psicológicas que determinan a las partes a contratar. Igualmente sabido es que, como consecuencia de lo anterior, se ha discutido en la doctrina nacional si la causa se requiere para la obligación o para el contrato, pues las disposiciones del Código Civil chileno dan sustento para una o para otra tesis.

Establecido lo anterior, cabe mencionar que la doctrina clásica requiere que la obligación tenga una causa **al momento de perfeccionarse la convención**. Así, la obligación de una de las partes en el contrato bilateral tiene causa si en dicho momento la otra parte se ha obligado, a su vez.

En mi opinión, Andrés Bello requiere que las obligaciones que nacen de un contrato tengan causa, ciñéndose a este respecto a los postulados de la doctrina clásica. Sin embargo, y probablemente observando que la causa objetiva propia de dicha doctrina no es suficiente para invalidar convenciones en que el motivo que induce a las partes a celebrarlo va contra la moral, también extiende el requerimiento de una causa para los contratos.

Ilustrador sobre el particular resulta la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia francesa, según la relatan los hermanos Mazeaud. En efecto, obviándose que el Código Civil francés sigue la teoría clásica en materia de causa y que no contiene referencia alguna a las motivaciones individuales o subjetivas que se pudieran tener para contratar, en Francia se han invalidado convenciones en que el motivo que indujo a su celebración era abiertamente inmoral, ineficacia que no resultaba de los postulados de la doctrina clásica, ya que no cabía reprochar ilicitud a la obligación que engendraba el contrato<sup>1</sup>.

De este modo, si bien al tiempo de perfeccionarse el contrato bilateral las obligaciones que éste engendra se sirven recíprocamente como causa, por regla general una vez que tales obligaciones nacen se apartan, por así decirlo, la una de la otra, produciendo cada una los efectos que le son propios, de tal manera que es perfectamente concebible que una se extinga y la otra subsista, como ocurre con los modos de extinción de las obligaciones que no suponen la disolución del vínculo contractual. En cambio, cuando el contrato se mira como no celebrado, que es el efecto propio de la nulidad o de la resolución, ambas obligaciones se extinguen o debieran mirarse como inexistentes.

Precisamente en el efecto antes anotado se justifica la teoría de los riesgos y el artículo 1550 del Código Civil, que coloca el riesgo de la especie o cuerpo cierto cuya entrega se debe a cargo del acreedor. Así, en el contrato de compraventa si la especie cuya tradición se debe perece por un caso fortuito, extinguida por tal modo la obligación del vendedor subsiste la del comprador de pagar el precio, de manera tal que éste debe pagar por una cosa que, en definitiva, no va a recibir, lo que demuestra la independencia de las obligaciones de las partes.

De la doctrina clásica en materia de causa de la obligación resultaría que perfeccionado el contrato bilateral y contrayendo las partes obligaciones que se

<sup>1</sup> MAZEAUD, Henri *et al.* *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa-América. 14ª edición. Buenos Aires. 1960. pp. 297 y ss.

sirven recíprocamente como causa, carecería de relevancia el hecho que una de ellas, que no ha cumplido su prestación, demande a la otra, que tampoco ha cumplido, la prestación debida, pues la causa es **la existencia de la obligación, y no su cumplimiento**. Distinto sería si el Código Civil hubiese seguido la teoría de Henri Capitant, autor según el cual *“todo el que consiente en obligarse hacia otro lo hace en consideración de un fin que se propone alcanzar por medio de esta obligación. La obligación de quien contrae está siempre y necesariamente dominada por el deseo de alcanzar el fin que él ha previsto...”*<sup>2</sup> *“...La vida de la obligación, una vez nacida, queda subordinada a la realización del fin perseguido, porque si este fin no llega a realizarse, tampoco es admisible que la obligación mantenga su fuerza obligatoria”*<sup>3</sup>. Según Capitant, en un contrato sinalagmático, quien demanda el cumplimiento de la obligación debe probar que él ha cumplido la suya o está dispuesto a cumplirla, pues de lo contrario la obligación demandada carecería de causa.

Sin embargo, en la institución en que sí se advierte alguna relación entre las obligaciones que engendra el contrato bilateral es en la denominada en doctrina “excepción de contrato no cumplido”, para la cual se cita como fundamento el artículo 1552 del Código Civil, que dice que *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes 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”*. Sobre la base de la disposición citada, gran parte de los autores nacionales interpreta que quien pretende demandar el cumplimiento de un contrato bilateral o su resolución debe haber cumplido o estar llano a cumplir las obligaciones que para él engendra el contrato, naciendo así esta excepción que el Código Civil desconoce con la denominación que se le da usualmente en la práctica. Así, por ejemplo, Arturo Alessandri dice que *“la ley quiere que en los contratos bilaterales, en que la obligación de cada parte sirva de causa a la otra, los contratantes estén en el más absoluto pie de igualdad y se mantengan en perfecto pie de equilibrio. De ahí que si uno no cumple sus obligaciones, el otro está autorizado para rehusar el cumplimiento de las suyas mediante la exceptio non adimpleti contractus que consagra el artículo 1552 del Código Civil. De ahí, también, que el que exige el cumplimiento sólo pueda hacerlo a condición de que él también lo cumpla por su parte o se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*<sup>4</sup>.

Investigando el origen de esta excepción en el Derecho Romano, Luis Claro Solar señala que los romanos habrían asumido más bien la independencia de las obligaciones que crea el contrato bilateral, pero que dada la estructura de las obligaciones generadas por los contratos de buena fe *“la parte que obra*

<sup>2</sup> CAPITANT, Henri. *De la causa de las Obligaciones*. Nueva Biblioteca Universal. Madrid. 1927. P. 17

<sup>3</sup> Ibid. p. 27

<sup>4</sup> Comentarios a una sentencia de casación en REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA. Segunda Parte. Sección Primera. Tomo XXVIII. p. 693.

*sin tomar en cuenta esta equivalencia contraviene el fin del contrato; y era por tanto equitativo y aun necesario dar al otro contratante el medio de rechazar la acción válidamente intentada contra él... este medio no podía ser una denegación directa de la acción del demandante, sino una excepción verdadera fundada en el incumplimiento del contrato por el demandante”<sup>5</sup>.*

Reconoce, empero, Claro Solar que en la época clásica “sus aplicaciones no fueron frecuentes aun en los contratos sinalagmáticos perfectos... a causa de la facilidad que presentaba la compensación en las obligaciones de buena fe... La multiplicación posterior de las demandas reconventionales y el ensanche considerable del dominio de la compensación contribuyeron a dejar la negativa pasiva de la prestación integral a un campo extremadamente limitado”<sup>6</sup>, y menciona que fueron los canonistas medievales los que trajeron a la excepción de vuelta a la escena, “introduciendo un principio de amplia equidad susceptible de dar a esta excepción de inejecución el lugar que ha venido a ocupar en el Derecho Civil”<sup>7</sup>. Y concluye que a aquello que los romanos no habían dado nombre particular, los postglosadores, tanto canonistas como civilistas, le dieron tanto un principio como un nombre, llegando a conocerse en el siglo xv como “*exceptio non impleti o adimpleti contractus; modi non servati*”<sup>8</sup>.

Señala, asimismo, el autor citado que la profundización de la citada excepción entre los siglos xvi y xix se atribuye a los jurisconsultos germánicos, lo que no ocurrió en Francia, donde “la teoría de la excepción por inejecución sufrió un eclipse casi completo”<sup>9</sup>, no estando explicitada la excepción en el Código Civil francés hasta la recepción de la obra de los pandectistas germanos de fines del siglo xix, principiada por Saleilles y seguida por Huc, Baudry-Lacantinerie, Bade y Planiol, entre otros, que trataron de encontrar el espacio a esta excepción dentro del código napoleónico, recuperando en él el principio “*trait par trait*” (equivalente a nuestro “pasando y pasando”).

Define Claro Solar la *exceptio non adimpletu contractus* como “un medio de defensa de la buena fe que el que se halla obligado en virtud de una relación sinalagmática, sin estar él precisado a ejecutar primero el contrato, puede hacer valer para rehusar la prestación debida hasta el cumplimiento de la prestación que incumbe a la otra parte”<sup>10</sup>.

Lo que parece significativo destacar es que, según se analizará más adelante, el artículo 1552 del Código Civil chileno recoge la excepción de contrato no

<sup>5</sup> CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Volumen V. *De las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile. Bogotá. 1992. p. 771.

<sup>6</sup> Ibid. 776

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid. P. 778

<sup>9</sup> Ibid. P. 781

<sup>10</sup> Ibid. P. 788

cumplido en relación con la mora, a diferencia de otros códigos que la regulan con un carácter general. Así, el Código Civil alemán dispone que: *"el obligado por virtud de un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectuación de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir anticipadamente"* (parágrafo 320. ap.1, prop. 1<sup>a</sup>.) Incluso si una de las partes se obligó a cumplir previamente, se le concede también la excepción si con posterioridad a la conclusión del contrato se produce un empeoramiento de la situación patrimonial de la otra parte, hasta que se den seguridades (parágrafo 321).

El sistema de consagrar con carácter general la excepción de contrato no cumplido es seguido, entre otros, por el código suizo de obligaciones, el italiano y el portugués. Lo mismo ocurre en el Código Civil argentino, cuyo artículo 1201 dice *"En los contratos bilaterales, una de las partes no puede demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo"*. Ello, sin perjuicio de la disposición del artículo 510, según la cual *"en las obligaciones recíprocas el uno de los obligados no incurre en mora si el otro no cumple o no se allanare a cumplir la obligación que le es respectiva"*.

Como se ha dicho, el Código Civil chileno no reconoce la llamada excepción de contrato no cumplido con un carácter general, estableciéndola específicamente, según se procurará comprobar, sólo en relación con la indemnización de perjuicios. Su aplicación a la acción de cumplimiento o a la de resolución del contrato bilateral es producto de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, sobre la base de dar una aplicación extensiva al artículo 1552.

En efecto, llama la atención, en primer lugar, que en el artículo 1489 del Código Civil, el legislador, luego de establecer que el incumplimiento de lo pactado por una de las partes del contrato bilateral da derecho a una de las partes del contrato para perseverar en el contrato e instar por su cumplimiento o desistirse del mismo demandando su resolución, que constituyen los derechos principales del acreedor de la parte infractora, en ninguna parte mencione que tal derecho alternativo supone como requisito o condición esencial que quien pretenda obtener la ejecución forzada de la obligación o la resolución del contrato deba haber cumplido o estar llano a cumplir lo pactado. Distinta es la situación con la indemnización de perjuicios, que adicionalmente puede solicitar quien demanda el cumplimiento o la resolución del contrato, pues según lo dispuesto por el artículo 1557 *"se debe indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora"*, y el artículo 1552 señala que *"en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"*.

O sea, de los artículos antes citados se desprende inequívocamente que la excepción de contrato no cumplido la puede oponer el demandado de in-

demnización de perjuicios, en el contexto de un juicio en que como acción principal se ha pedido el cumplimiento forzado o la resolución del contrato, alegando que no se encuentra en mora, pues la contraparte no ha cumplido o no se encuentra llana a cumplir el contrato. Lo anterior guarda relación con el hecho de que la mora la reglamenta el Código como uno de los requisitos que hacen procedente la indemnización de perjuicios en materia de responsabilidad contractual.

En suma, y reiterando lo expuesto, no se encuentra en ninguna disposición de carácter general –alcance que presentan, por ejemplo, los artículos 1489 y 2465 del Código Civil– referencia alguna que permita dar sustento a la interpretación amplia que sustenta gran parte de la doctrina, con fundamento errado, a mi juicio, en el artículo 1552 del mismo cuerpo legal, pues éste, y vale la pena insistir, sólo es aplicable en materia de indemnización de perjuicios. En cambio, en disposiciones especiales, como lo es en la compraventa el artículo 1826, del Código Civil, luego de reproducir el principio general contenido en el artículo 1489, determina *“todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo”*, con lo cual está concediendo al vendedor una excepción para negarse a cumplir la obligación de efectuar la tradición de la cosa vendida a través de un artículo que sería innecesario y redundante si existiese el principio general que en el articulado del Código Civil se echa de menos.

He mencionado que la doctrina que postula que la parte que pretende el cumplimiento forzado del contrato o su resolución debe haber cumplido las obligaciones que para ella engendra el contrato, no puede encontrar sustento en la teoría de la causa, pues la causa de la obligación de una de las partes es la existencia y no el cumplimiento de la obligación de la otra. De otro lado, es menester hacer presente que para sustentar en el artículo 1552 del Código Civil la excepción de contrato no cumplido con el alcance amplio, hay autores que sostienen que el artículo 1489 de dicho cuerpo legal requiere que el demandado se encuentre en mora, situación en que sería imposible constituirlo ya que el actor no ha cumplido o no está llano a cumplir su obligación, requisito que la ley no establece.

De lo anterior resulta, en mi opinión, que la excepción de contrato no cumplido con el alcance amplio tantas veces citado no encuentra asidero en el artículo 1552 del Código Civil, de lo que pudiera resultar como consecuencia que aun la parte infractora de su obligación en el contrato bilateral podría exigir su cumplimiento o su resolución, sin perjuicio de otros mecanismos procesales de defensa como pudiera ser una demanda reconvenzional. Lo único que no podría hacer, en cambio, sería demandar indemnización de perjuicios, pues no se configuraría uno de los requisitos de la misma, cual es la mora, interpretación por la que inicialmente me inclinaba.

Sin embargo, debo reconocer que tal interpretación, estrictamente apegada, en mi concepto, a la hermenéutica legal, no soluciona el problema práctico que resulta de otorgar las acciones que derivan de la infracción de la obligación a una parte que, en el fondo, y pese a no cumplir la prestación debida se encuentra en una situación de privilegio que nada justifica, lo que configura un escenario a todas luces inequitativo y que vulnera la buena fe que debe existir durante toda la vigencia de la relación contractual, lo que me ha motivado a perseverar en la búsqueda de una solución al problema que encuentre una adecuada fuente en el derecho positivo.

Y creo que precisamente en el principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, que establece el artículo 1546 del Código Civil, se encuentra el fundamento legal que permite dar sustento a la excepción de contrato no cumplido con el alcance amplio que se ha anotado.

Si bien el artículo 1546 contiene una de las más importantes disposiciones del Código Civil, se suele destacar solamente la primera parte de la citada norma, que señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe, entendida ésta como un deber de actuar con corrección y lealtad, sin repararse en que la buena fe va mucho más allá, pues, como lo señala la norma citada, impone obligaciones que aunque no hubiesen sido expresadas, es posible incorporarlas al contrato con el mismo valor que tendrían si hubiesen sido declaradas por las partes, pues ellas se deducen de la naturaleza misma de la relación de obligación. Como lo ha observado el jurista italiano Emilio Betti<sup>11</sup> la buena fe en la ejecución del contrato impone a las partes la necesidad de una cooperación recíproca que descarta, por completo, la idea de que el contrato es el medio de que se vale cada una de las partes para satisfacer sus propios e individuales intereses, toda vez que ambas contraen la obligación de velar e instar por la satisfacción de los intereses recíprocos. Según Betti la buena fe *“impone, no simplemente una conducta negativa de respeto, sino una activa colaboración con los demás, encaminada a promover su interés... La buena fe, en el sentido impositivo que asume en las relaciones de obligación, consiste en una actitud de activa cooperación en interés ajeno, en una actitud de fidelidad al vínculo, por el cual una de las partes de la relación obligatoria está pronta a satisfacer la expectativa de prestación de la contraparte”*<sup>12</sup>. *“La buena fe de que se trata aquí es esencialmente una actitud de cooperación destinada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte; actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte, y en cuanto a los tratos preparatorios del contrato, la lealtad y la veracidad hacia*

<sup>11</sup> El catedrático español José Luis de los Mozos, traductor de la obra *“Teoría General de las Obligaciones”*, señala en la Presentación de la misma que *“el profesor Emilio Betti ha sido uno de los más importantes juristas europeos del siglo XX, y seguramente el jurista italiano más universal”*. BETTI, Emilio. *“TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES”*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969

<sup>12</sup> Op. cit. p. 82.

*la otra parte contratante...”<sup>13</sup>. “Debiendo poner la atención sobre la función de integrar las obligaciones contractuales, podemos decir que el criterio de la buena fe lleva a imponer a quien debe la prestación a hacer todo lo necesario –se haya dicho o no– para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación misma. Ya al analizar la prestación habíamos distinguido estos dos aspectos: la acción del deudor y el evento consistente en la utilidad que se trata de conferir a la contraparte. Por tanto, podemos decir que la buena fe, en cuanto integradora de la obligación textualmente asumida con el contrato, impone al deudor el hacer no sólo aquello que ha prometido, sino todo aquello que es necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida”<sup>14</sup>.*

La buena fe así entendida revela que es abiertamente contrario a aquella que una de las partes del contrato bilateral, en abierta vulneración al deber de cooperación antes señalado, acuse a la otra de infringir la obligación contraída si la primera tampoco ha cumplido lo pactado, de lo que resulta el nacimiento del derecho de rehusarse a cumplir la prestación debida, mientras la otra parte no cumpla o esté llana a cumplir, a su vez.

En suma, un aspecto importante en que se manifiesta la interdependencia de las obligaciones contraídas por las partes en el contrato bilateral es que el deber de cooperación que supone la recta ejecución de la convención de buena fe, determina que para el ejercicio de los derechos que derivan de la opción de perseverar en el contrato o desistirse de él, es imperativo que el contratante que pretenda ejercer dichos derechos haya cumplido o esté llano a cumplir la obligación que para su parte engendró el contrato, pues ello es lo que fluye claramente del artículo 1546 del Código Civil.

Ahora bien, si el contrato hubiese engendrado más de una obligación para la parte que pretende acogerse a los efectos previstos por el artículo 1489 del Código Civil, corresponde al juez determinar si aquella que la demandada acusa infringida y en la que basa la excepción de contrato no cumplido presenta la relevancia o importancia que hiciere posible oponerse al cumplimiento forzado o a la resolución del vínculo contractual.

En síntesis, la denominada en doctrina excepción de contrato no cumplido para oponerse a la demanda de cumplimiento o de resolución del contrato, encuentra su consagración legislativa en el artículo 1546 del Código Civil, lo que presenta particular relevancia si no se demandara indemnización de perjuicios<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Op. cit. p. 102.

<sup>14</sup> Op. cit. 114 a 116.

<sup>15</sup> Nota: Las reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido surgen, en gran parte, del análisis que ha efectuado el autor de este trabajo con un grupo de ex alumnos de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica de Chile, entre los cuales cabe citar a Ricardo Quezada, José Antonio Vial, Javier Poblete, Pablo Ortúzar, Ignacio Orellana, Gonzalo Falcón, Tomás Ruiz Tagle, Gabriela Manríquez y Emilia Rivas.



# **El contrato y los derechos fundamentales. La constitucionalización del derecho**

JAVIER TAMAYO JARAMILLO

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

1. El tema del contrato y los derechos fundamentales pasa necesariamente por lo que hoy se denomina como la constitucionalización del derecho.
2. Pero la definición y contenido de la constitucionalización pasa igualmente, por una pugna constante entre el neoconstitucionalismo ideológico y el neoconstitucionalismo conceptual o lógico, como explicaré más adelante.
3. Ambos conceptos surgen del hecho de que siguiendo la estructura piramidal kelseniana o de la escuela de Viena, pero desde el punto de vista axiológico y no formal, ya nadie discute que todo el ordenamiento normativo debe estar acorde con los principios y derechos consagrados en la Constitución. Toda norma debe respetar los valores, principios y derechos constitucionales.
4. Pero el neoconstitucionalismo ideológico desprecia y desconoce sin inconveniente alguno el orden jurídico, si se trata de aplicar al caso concreto un derecho fundamental o los que sin serlo están ligados a ellos en la práctica, como sería el derecho a la salud o al mínimo vital. Es decir, el juez tiene la discrecionalidad necesaria para aplicar la solución que le parece correcta, independientemente de lo que digan las normas, inclusive las constitucionales en algunos casos.
5. En cambio, el neoconstitucionalismo lógico o conceptual reconoce los valores constitucionales y la necesidad de que el juez y la ley los apliquen, pero dentro del núcleo esencial o duro, tanto de las normas constitucionales como de las normas inferiores de todo tipo.
6. Pero esta teoría no defiende el formalismo o literalismo positivista en todos los casos, como lo calumnian las doctrinas antinormativas como los neoconstitucionalistas ideológicos o del nuevo derecho. El positivismo incluyente acepta que el juez con un margen de discreción judicial aplique la solución que crea correcta, en las denominados casos oscuros,

en las lagunas, y cuando es evidente que el método teleológico prima sobre el literal.

7. Ahora, en Latinoamérica ha hecho carrera el neoconstitucionalismo ideológico extremo, de orientación marxista, derivado del llamado en Italia *EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO*, y en Latinoamérica, *DERECHO DE LOS JUECES* o *NUEVO DERECHO*, de acuerdo con el cual, los jueces siempre deben fallar favoreciendo al proletariado, poco importa lo que digan las normas, es decir, convirtiendo la función judicial en un arma de lucha política, y con ello una lucha de clases. Es decir, les interesa el Estado social, pero no el Estado de derecho. Con el agravante de que a esa táctica, de la mejor buena fe, contribuyen juristas de gran sensibilidad social y humanista, pero que no se dan cuenta de que están sirviendo al aniquilamiento del Estado Social de Derecho.
8. Con base en ello, vemos en casi todos los países latinoamericanos tribunales de todo rango, reconociendo derechos económicos y sociales, no previstos en la ley ni en los contratos, lo que convierte a los jueces en figuras políticas mediáticas que los tornan en personajes eróticos y que marcan el criterio de lo políticamente correcto, para luego incursionar en actividad política, blandiendo como banderas sus generosas sentencias.
9. Dentro de los derechos sociales o económicos, están el derecho a la salud, pero por sus costos, la ley tiene que hacer restricciones con el fin de que los escasos recursos se repartan por igual entre los menesterosos. Así las cosas, tribunales constitucionales no pueden reconocer derechos sociales, como la salud, mientras el legislador no lo haya previsto. Así lo prevén las Constituciones occidentales, y allá eso se respeta. Pero los tribunales nuestros, en su gran mayoría, hacen caso omiso de esa limitación y desconocen ese principio y otorgan todo lo que un menesteroso solicite, así sea a costa de los recursos que dispone el Ejecutivo para conceder a todos por igual, lo poco o mucho de que dispone.
10. Pero esta teoría se derrumba como un castillo de naipes cuando estudiamos con seriedad la teoría de los principios (ALEXY) y el criterio de restricción de los derechos constitucionales.

**11. Cómo funcionan los derechos constitucionales.** ALEXY, al igual que los grandes teóricos de los principios, valores y derechos constitucionales, unánimemente piensan que los derechos, así sean los fundamentales, solo son exigibles en la medida en que sea fáctica y jurídicamente posible concederlos en la práctica. El Estado social de derecho es imposible, si pese a su consagración absoluta y categórica en la práctica, se aplican sin un desarrollo legislativo. Un derecho constitucional no

es aplicable si con ello se violan los derechos constitucionales de otras personas. No se puede, por ejemplo, atender las pretensiones judiciales de una de las partes del contrato, si alegada y probada la prescripción, el juez la desconoce con el fin de garantizar al demandante, el mínimo vital. Ni se puede garantizar el derecho a la prórroga del contrato de trabajo si el patrón prueba que el contrato era a término definido, y no fue prorrogado (imposibilidad jurídica).

12. Y no se puede otorgar prestaciones o derechos sociales si estos no han sido desarrollados por el legislador. Sobre todo, no se pueden otorgar dichas prestaciones si el Estado carece de recursos suficientes, y los escasos recursos de que dispone para atender a todos los débiles, al conceder una prestación no prevista en la ley, deja a estos en la absoluta miseria, pues se estarían violando los derechos de estos, y se estaría violando el derecho a la igualdad. En Colombia, la Corte anda desbordada concediendo toda clase de derechos sociales con cargo al Estado. Hoy, el sistema de salud, el carcelario y el mínimo vital están colapsados, pues mientras se le ordenó al Estado dar a todos los colombianos un servicios de salud sin límites, se ordenó la construcción de cárceles en todos los municipios del país, se ordenó concederles a los desplazados por el conflicto armado vivienda, salud, alimentación y educación, se autorizan cirugías estéticas para garantizar el derecho a la autoestima y a la dignidad, los niños mueren de desnutrición, en el campo no hay educación, y en los hospitales dejan morir a mujeres parturientas por falta de recursos, pues estos se gastaron en toda esa clase de prestaciones sociales. Y esas tutelas hoy son letra muerta, porque ya el Estado carece de recursos para cumplir esos fallos y al mismo tiempo garantizar a los demás pobres un mínimo de asistencia social. En la más reciente tutela o amparo se ordenó al Estado enviar a un paciente a los Estados Unidos a que le practicasen una operación de trasplante de médula espinal, con un costo de dos millones de dólares, cuando en el país se practicaba esa misma operación por la décima parte de los costos. Todo ello es consecuencia del reconocimiento sin límites de todos los derechos fundamentales y constitucionales, sin tener en cuenta las restricciones legales, ya que no todo se puede garantizar. Eso depende de la cantidad de recursos de que dispone el Estado.
13. Como se ve, estos derechos constitucionales no son garantizables, porque fácticamente ello es imposible ante la ausencia de recursos.
14. Y llevando las cosas al extremo, si a causa de un desastre el Estado solo dispone de transporte para salvar a dos personas, y hay 20 en peligro de muerte, es claro que 18 de ellos morirán porque el Estado, en ese momento, no tiene cómo salvar la vida de todas las víctimas. Y no por

ello el Estado es responsable, porque fácticamente no tenía como garantizar el derecho a la vida de todos ellos. Y en ninguna parte del mundo es garantizable en todos los casos el derecho de libertad. Imaginemos la libertad de locomoción en una ciudad como Santiago, sin un código de la circulación y sin semáforos. O la abolición del Código Penal para que no haya gente privada de la libertad.

15. Como se ve, ningún derecho constitucional es siempre categórico y absoluto. Es indispensable que sean fáctica y jurídicamente posible.

#### 16. LA RESTRECCIÓN DE DERECHOS.

17. Los neoconstitucionalistas ideológicos o los de tipo marxista desconocen la ley y aplican directamente la Constitución basados en un sofisma sobre la pirámide kelseniana, según la cual la contradicción entre una norma constitucional y una legal se resuelve en favor de la primera. Luego si por ejemplo la Carta Política garantiza el derecho a la Libertad de opinión, pero la ley restringe parcialmente ese derecho en favor del derecho a la intimidad, es claro que el primero primaría sobre la ley restrictiva, pues el tenor literal de ambas normas es diferente, y por tanto debe ceder ante la norma constitucional.

18. Otras veces se dice que todo derecho constitucional se debe aplicar cuando hay violación del mismo, sin importar los derechos de los demás ni el juicio de proporcionalidad. También se dice a veces que todo contrato derecho que aparece mencionado en la Constitución, es porque está impregnado de constitucionalización.

19. Pero es acá donde se precisa aclarar el concepto verdadero de constitucionalización.

20. En efecto, todas las leyes son restricciones de derechos constitucionales. Paradójicamente, para que todo el mundo disfrute de la mayor porción posible de un derecho fundamental hay que quitarles a todos ellos una cierta porción de su contenido, de acuerdo con la disponibilidad que las circunstancias de hecho y de derecho lo permitan. Es imposible pensar en que, a punta de juicios de amparo, en un país pobre haya vivienda para todos, libertad absoluta, salud sin límites, derecho a la intimidad irrestricto. Inmersos en el mundo, los derechos de los unos chocan con los de los otros, y si no fuera por la restricción de las leyes, se crearía un caos de tal magnitud que los derechos constitucionales desaparecerían. Mediante la ley, el Estado de Derecho desarrolla y restringe todos y cada uno de los derechos fundamentales, para que todo el mundo pueda disfrutar, parcialmente, de cada uno de ellos.

21. Y el legislador es soberano para restringir, siempre y cuando no sea excesiva la restricción. Así, por ejemplo, si una ley establece una prescripción de 30 días para ejercer una acción delictual por muerte en accidente de tránsito, es claro y razonable pensar que se trata de una restricción excesiva y por lo tanto, en virtud de la constitucionalización de la ley, dicha prescripción viola la Carta Política. Pero si la prescripción es de 10 años, y la demanda se presenta 15 años después de haberse producido la muerte, y el demandado alega la prescripción, el juez no podrá decir que la norma es inconstitucional, así la viuda y sus hijos se queden sin el mínimo vital. En ambos casos, las leyes contradicen y restringen el derecho fundamental a la defensa, y desconocen el mínimo vital, pero mientras en el primer caso la restricción de 30 días es excesiva, y por lo tanto es inconstitucional, la segunda es una prescripción razonable, razón por la cual, no contradice la axiología de la Constitución. El texto constitucional y el legal son contradictorios, pero el legal no contradice axiológicamente la Constitución, ya que la prescripción razonable es un principio que racionaliza en el tiempo el derecho de defensa.
22. Pero es aquí donde el nuevo derecho y las teorías antinormativas vuelven trizas el Estado de Derecho. En efecto, supongamos que una norma constitucional afirma que *EL ESTADO GARANTIZARÁ A TODOS EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA DIGNIDAD*. Y que otra norma diga que se *GARANTIZARÁ A TODOS EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*. Esos dos derechos son absolutamente imposibles de garantizar en su totalidad porque a menudo chocan el uno contra el otro.
23. En consecuencia, si una ley dice que en horarios infantiles no se podrán transmitir noticias que informen sobre la vida privada de un artista, es evidente que desde el punto de vista lingüístico la ley contradice la letra del texto constitucional, y entonces fácil sería decir que la norma inferior, la que restringe el derecho a la libre información, va contra la Constitución. Por eso, por ignorancia, o por su lucha política, es un error monumental afirmar que se aplica a raja tabla el derecho a la libertad de expresión, pues esta norma es superior a la que lo contradice en su lenguaje y contenido.
24. El derecho es un sistema coherente que necesita un ensamble impregnado por el logos de lo razonable, pero sin desconocer el núcleo duro de la norma escrita.
25. Si se entiende y se acepta que todo derecho constitucional solo es exigible si es posible fáctica y jurídicamente, entonces aceptaremos que las restricciones legales lo que buscan es mermar el contenido de todos los derechos para que pueden coexistir juntos, razonablemente.

26. EN CONSECUENCIA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSISTE EN QUE TODAS LAS NORMAS INFERIORES QUE DESARROLLAN Y RESTRINGEN RACIONALMENTE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SON EXEQUIBLES, ASÍ LITERALMENTE, SIEMPRE, LA NORMA RESTRICTIVA, CONTRADIGA LA NORMA CONSTITUCIONAL. LO DEMÁS ES DEMAGOGIA Y LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE OTRA ARMA DE LUCHA POLÍTICA DEL MARXISMO, CON LA AYUDA DE JUECES QUE DE BUENA FE ESTÁN CREYENDO QUE CON SUS DECISIONES CONTRIBUYEN A LA REALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.
27. Esa restricción razonable de la ley es la esencia de la constitucionalización del derecho.
28. Acorde con lo anterior, el contrato debe entender que tanto desde el punto de vista de las leyes como de las cláusulas pactadas por las partes, las unas y las otras deben conservar un límite razonable de contenido constitucional.
29. En general, uno podría decir que las cláusulas abusivas y la licitud del objeto y de la causa son la constitucionalización del derecho. Porque bien vistas las cosas, todo contrato que pacte o incluya cláusulas abusivas o el desconocimiento de un derecho constitucional, simplemente, serían nulo.
30. Y en lo que se refiere a las leyes que regulan el contrato, pongo a título de ejemplo algunas insertas en el nuevo Estatuto del Consumidor que rige en Colombia. Por ejemplo, existe una norma que permite al prestador de servicios no otorgar garantía de eficiencia del servicio prestado; y en lo que se refiere a las garantías de idoneidad o ineficiencia, permite la exoneración mediante la prueba de una causa extraña, lo que choca contra el objeto del contrato, pues en las obligaciones de garantía nada exonera de responsabilidad. No es constitucional que un vendedor alegue que a causa de un aguacero en el puerto de llegada, un refrigerador no tiene la eficiencia esperada, y pese a ello se quede con el precio. Finalmente, consagra una prescripción de un año para todos los contratos, como la caída de un edificio, lo que es muy corto. Todas esas normas violan el equilibrio económico del contrato debido a una restricción excesiva de los derechos del consumidor.

## El contrato y los derechos fundamentales

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1. El tema de “los contratos y los derechos fundamentales” es un capítulo de uno mayor que solemos denominar “constitucionalización del derecho”, civil esta vez<sup>1</sup>, porque ese fenómeno también puede ser visto con respecto a las demás ramas del derecho privado y público.

Él se manifiesta bajo tres dimensiones: ÿ) la incorporación en la Constitución, generalmente bajo la rúbrica general de “derechos fundamentales”, “garantías constitucionales” y aun “derecho humanos”, de normas propias de la rama del derecho de que se trate y que tradicionalmente no hicieron parte del texto

<sup>1</sup> Sobre el fenómeno cito la siguiente literatura, limitada a la de autores chilenos o extranjeros publicada en Chile con interés nacional y tendencialmente circunscrita al derecho privado: CEA EGAÑA, José Luis, “La constitucionalización del derecho”, en *Revista de Derecho Público*, 59 (Facultad de Derecho, Universidad de Chile, junio de 1996), pp. 11-22; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “La constitucionalización del derecho civil”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 93 (1996) 3, 1ª parte, pp. 107-137; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “La constitucionalización del derecho”, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *Veinte años de la Constitución chilena. 1981-2001*, Santiago, Conosur, 2001, pp. 37-55; CASTELLÓN, Hugo - REBOLLEDO, Laura, *Aspectos sobre la constitucionalización del derecho civil*, Santiago, Conosur, 1999; AA. VV. (de la Clínica jurídica de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú), “Discriminación en discotecas: libertad de contratación y derechos del consumidor”, en *Cuaderno de Análisis Jurídico*, Serie Publicaciones especiales, 9: “Defensa jurídica del interés público”, Santiago, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1999, pp. 263-268; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001; FAVOREAU, Louis-Joseph, “La constitucionalización del derecho”, en *Revista de Derecho*, 12 (Universidad Austral, agosto de 2001), pp. 31-43; FERRADA, Juan Carlos (coordinador), *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile - Universidad Austral de Chile, 2003; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “Constitucionalización del derecho civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los derechos fundamentales”, en *Temas de Derecho*, 19 (Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, enero-diciembre de 2004) 1-2, Edición especial: “Jornadas de Derecho Civil en homenaje al bicentenario del Código Civil francés”, pp. 207-243; VARGAS SÁEZ, Luis, “Recepción jurisprudencial de la constitucionalización del Derecho Civil en nuestro sistema”, en *Gaceta Jurídica*, 286 (2004), pp. 7-24; CORRAL TALCIANI, Hernán, “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado”, en *Derecho Mayor*, 3 (Universidad Mayor, octubre de 2004), pp. 47-63; NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “La Constitucionalización del Derecho a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Derecho Mayor*, 3 (Universidad Mayor, octubre de 2004), pp. 97-122; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “El Tribunal Constitucional y su aporte a la constitucionalización del derecho”, en *Derecho Mayor*, 3 (Universidad Mayor, octubre de 2004), pp. 65-96; CUEVAS FARREN, Gustavo, “Constitucionalización del derecho: una aproximación al proceso y sus causas”, en *Derecho Mayor*, 3 (Universidad Mayor, octubre de 2004), pp. 13-46; NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Constitucionalización del derecho civil. La propiedad sobre bienes incorporales en la jurisprudencia”, en MARTINIC, María Dora - TAPIA, Mauricio (directores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 517-531; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, “Constitucionalización del derecho”, en *Actualidad Jurídica* (año 11), 22 (Universidad del Desarrollo, julio de 2010), pp. 9-20.

constitucional, para aprovechar la supremacía de ese texto y su fuerza normativa; ii) la aplicación de las garantías constitucionales de variado contenido, a la negocialidad o actuación jurídica de que se trate, como es, por ejemplo, el juzgamiento de un contrato según el prisma de la igualdad antes la ley o de la prohibición de discriminar en materia económica dirigida al Estado; iii) la recepción de las llamadas “bases generales” de una determinada rama en la Constitución; así, por ejemplo, las “bases generales de la administración de justicia”, que no son otra cosa que el establecimiento unas reglas sobre la organización de los tribunales y los procedimientos judiciales en la Constitución, que por su generalidad y amplitud no bastarían para regularlos y necesitan del complemento de las leyes ordinarias, las cuales, empero, deben respetar dichas reglas; de ahí que se diga que éstas tienen sus “bases” en la Constitución.

El fenómeno en sí mismo es antiguo, pues ya en las primeras declaraciones de derechos (las de las colonias inglesas de América del Norte una vez independizadas de su metrópolis, y francesa de 1789) cuando las elevemos a rango constitutivo, o sea, constitucional<sup>2</sup>, contenían declaraciones sobre diversas ramas del derecho, como la garantía de la propiedad o de la libertad personal, etcétera. Por lo mismo, la idea de una “constitucionalización del derecho” tiene algo de pretenciosa, porque, dada la existencia de una “parte dogmática” en la Constitución, y atendido que muchos de los enunciados de esa parte atañen a diversas ramas del derecho, no es que haya una “constitucionalización” donde antes no la había, sino que la Constitución no pudo dejar de contener tales enunciados; al menos la Constitución tal cual se la entiende ahora (pero desde hace muchos decenios) en el Occidente y aun en el resto del mundo, que han imitado sus estilos jurídico-políticos.

Ahora bien, con independencia de que la relación entre el contrato y los derechos fundamentales sea o no una manifestación de la llamada “constitucionalización del derecho”, nuestra exposición se limitará a lo que expresan las palabras del título: el contrato y los derechos fundamentales.

2. La primera y acaso sorprendente observación es que en la *Constitución* chilena no existe establecida una general “libertad de contratación”, que pueda ser puesta en paralelo con tantas otras libertades dispuestas en su texto. La libertad de contratación deriva negativamente de que, para que dos personas puedan obligarse (uni o bilateralmente), el *Código Civil* solo exige una capacidad, un consentimiento, un objeto lícito y una causa lícita (artículo 1445 CC.). De hecho, para determinados contratos se exigen algunas cosas más; pero, en principio, basta lo dicho para que pueda haber un contrato válido. Así que

<sup>2</sup> Porque al principio se las diferenció de la Constitución propiamente tal; de ahí la distinción que aun hoy hacen los constitucionalistas entre una “parte dogmática” y una “parte orgánica” de la Constitución.



la libertad de contratar, como todas las libertades, tiene algunas limitaciones generales, que pueden reducirse a la ilicitud. Dos personas, que en principio pueden contratar lo que quieran, no pueden, empero, contratar sobre lo ilícito.

Pero, ¿en qué consiste esa libertad? Abarca varios aspectos: i) La libertad de contratar o de no contratar: así como se puede contratar sobre lo que se quiera, también se puede escoger no contratar en manera alguna. Limitan esta libertad de elegir entre contratar o no contratar los llamados contratos forzosos o impuestos, sobre todo los que un autor denomina “heterodoxos”, y los contratos dirigidos<sup>3</sup>; ii) La libertad de celebrar personalmente un contrato o de hacerse sustituir por otro para celebrarlo, generalmente bajo la forma de la representación; iii) La libertad de la forma contractual: es suficiente que dos partes consientan para que se perfeccione un contrato, sin tener que sujetarse a formalidades o solemnidades forzosas. Este aspecto involucra al consensualismo como manera general de concluir contratos. Pero hay dos grupos de excepciones: el de los contratos reales, que exigen la tradición o la entrega de una cosa para que se perfeccione el contrato<sup>4</sup>, como el mutuo o el comodato; y el de los solemnes, que solo se perfeccionan desde que se haya ejecutado una solemnidad prescrita y descrita por la ley, como la promesa de contrato o la compraventa de inmuebles; iv) la libertad de insertar los elementos accidentales que se quieran en un contrato; v) la libertad de suprimir elementos naturales de un contrato; o vi) la libertad de escoger la ley nacional o extranjera por la cual haya de regirse el contrato que se celebra<sup>5</sup>.

Estos o casi todos estos aspectos suelen ser resumidos con la expresión “autonomía de la voluntad” aplicadas al contrato<sup>6</sup>; así que, con respecto a éste, “libertad contractual” y “autonomía de la voluntad” vienen a ser locuciones sinónimas<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Sobre estas materias se puede ver: LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general* (5ª edición, Santiago, Abeledo Perrot - LegalPublishing, 2010), cap. 3º, núms. 32 y 33, pp. 137-147. Digo que estas categorías “limitaban” la libertad de escoger entre contratar o no y no digo que la suprimen, porque generalmente queda subsistente la facultad del sujeto de situarse o no en la posición o situación de tener que contratar; así que indirectamente aquél conserva algo de su libertad.

<sup>4</sup> La regla del realismo que acabamos de sintetizar está siendo dejada de lado en todas aquellas legislaciones que han optado por convertir en consensuales los contratos reales tradicionales, a cuyo respecto véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La consensualización de los contratos reales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 29 (Valparaíso, 2º semestre de 2007), pp. 35-60 = en *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda* (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009), II, pp. 131-156.

<sup>5</sup> Sobre esta materia especialmente para Chile, véase: VIAL UNDURRAGA, María Ignacia, “La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado”, en *Revista Chilena de Derecho*, 40 (2013) 3, pp. 891-927.

<sup>6</sup> La autonomía de la voluntad en materia contractual, o sea, la libertad contractual, nada tiene que ver con la fuerza obligante de los contratos (artículo 1545 CC.). Ésta se aplica incluso a aquellos contratos en que no hubo libertad para celebrarlos, o la hubo escasa, como los forzosos.

<sup>7</sup> La autonomía de la voluntad es referida, por ejemplo, al testamento y en general a cualquier otro acto unilateral y desde luego a las convenciones no contractuales. Por consiguiente, en su generalidad, ella no es sinónima de “libertad contractual”, más que cuando se la aplica a los contratos.

La historia de la expresión “autonomía de la voluntad”, de evidentes conexiones kantianas, está, empero, por hacerse. Parece que su empleo comenzó en el ámbito del derecho internacional privado, para designar la libertad de las partes de un contrato en orden a escoger la legislación por la cual habría de regirse ese contrato, de donde se la extrapolaron al resto del derecho<sup>8</sup>. Semánticamente, “autonomía de la voluntad” significa que la voluntad no tiene otra ley (*nómos*) que la que se dé ella a sí misma (*autó*); y alude, pues, a la idea de que en materia negocial, el autor o las partes de un acto jurídico pueden crear sus propias normas privadas con las cuales regirlo. Así dicho, eso es falso, porque tradicionalmente los particulares deben respetar varias heteronormas (cfr., para empezar, el artículo 1445 CC.) y el tiempo ha estrechado severamente su ámbito de acción<sup>9</sup>; y porque de un hecho, como es la voluntad, no pueden nacer normas. Sea como fuere, haríamos bien en seguir el consejo de Savigny y proscribir el uso de esta expresión en el derecho<sup>10</sup>.

Queda reiterado que la libertad de contratar, cuyos extremos han sido descritos, no se encuentra establecida en la *Constitución*. Y tal vez resulte mejor que así sea, porque, como se ha visto, esa libertad admite tantas excepciones, que su establecimiento en el texto constitucional, sin los adecuados matices, tornarían en demasiado rígido el sistema contractual. Por ahora, al menos, es suficiente el artículo 1445 CC.

3. De paso observemos que la ausencia de la libertad contractual en la *Constitución* corre parejas con otras libertades de derecho privado, cuya omisión es también notoria. Así nada se dice ahí sobre la libertad matrimonial, o sea, para contraer matrimonio o no contraerlo y, en el caso de querer contraerlo, para hacerlo con quien del sexo opuesto se quiera<sup>11</sup>; o sobre la libertad de testar

<sup>8</sup> LÉVY, Jean-Philippe - CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, núm. 542, pp. 793-794. Ahora bien, en su *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1849, VIII, § 360, p. 112, Savigny recuerda que “*die neueren Schriftsteller*” (“los modernos escritores”) designan “*diese sehr allgemeine Einwirkung des freien Willens als Autonomie*” (“este muy general efecto de la voluntad libre como autonomía”), con referencia a la libertad de escoger la legislación por la cual regir un acto. Pero el autor se cree en el deber de contradecir “este uso lingüístico”: “[...] *so mu ich doch Widerspruch einlegen gegen einen Sprachgebrauch, der hierin neuerlich gelten gemacht worden ist*” (“[...] yo debo ciertamente presentar objeciones contra un uso lingüístico que recientemente se ha hecho valer en esta materia”). Nuestro autor hace ver que la palabra “autonomía” era usada en el interior del derecho alemán para designar la prerrogativa de la nobleza y algunas corporaciones de regular sus operaciones con una especie de legislación interna (ibíd., pp. 112-113). De este modo, resulta claro que Savigny tomó distancia frente a la expresión “autonomía” y tanto, que incluso aconseja evitar su uso (ibíd., p. 113). De hecho, el lugar citado del tomo VIII del *System* es el único en que ella comparece. Según LÉVY, J.-Ph. - CASTALDO, A., *Histoire*, cit. aquí mismo, pp. 193-194, en Francia, el uso de “autonomía” fue introducida por Jean-Jacques Foelix (1791-1853), en 1853. Solo en 1886, en su *Traité élémentaire de droit international privé*, André Weiss (1858-1928) empleó la expresión definitiva “autonomía de la voluntad”, que hizo fortuna en los autores posteriores de todas las ramas y, especialmente, de derecho civil. Originalmente se hablaba de autonomía de las partes, del individuo, del ciudadano, del testador.

<sup>9</sup> Véase LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*, cit. (n. 3), cap. 3°: “”, núms. 44-44bis, pp. 215-221

<sup>10</sup> Suele reemplazársela por “autonomía privada”; por todos: DíEZ-PICAZO - GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 12ª edición, Madrid, Tecnos, 2012, reimpresión 2013, I, núm. 24, pp. 367-374.

<sup>11</sup> Que no haya matrimonio entre personas del mismo sexo, no viola la libertad matrimonial porque

acerca del patrimonio que habrá de quedar al fallecer el testador; la cual, por otro lado, en Chile no existe más que en las hipótesis de ausencia de “legitimarios”. Sí, en cambio, encontramos establecida una “libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes” (artículo 19 N° 23 CPol., con excepciones que no interesan ahora); e, indirectamente, una libertad de enajenación de los bienes propios, derivada de la general garantía del “derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales” (artículo 19 N° 24 CPol.)<sup>12</sup>, porque la garantía de la propiedad incluye la garantía de la facultad de enajenar y abandonar las cosas de que se es dueño y de renunciar los derechos de que se es titular, o sea, de enajenar (y de no enajenar) la propiedad de cosas corporales e incorporales, que es un aspecto básico de la que podemos denominar “libertad en la circulación de los bienes”. Ahora bien, la libertad constitucional de enajenación añade un argumento más al clásicamente debatido problema de la validez del pacto o cláusula de no enajenar, en el cual, naturalmente, no habremos de reentrar ahora.

---

la unión de tales personas no es matrimonio; éste, pues, por definición, es entre personas de distinto sexo. Por cierto, si se autoriza una unión entre sujetos del mismo sexo, a eso hay que imponer otro nombre y aunque se lo denomine “matrimonio” no lo es; de modo que la palabra entonces empieza a tener dos significados distintos: uno, el de la unión heterosexual o verdadero matrimonio, y otro, el de la unión homosexual, solo nominalmente un matrimonio. Pretender que la ausencia de matrimonio entre sujetos del mismo sexo constituya una violación de la libertad matrimonial, es lo mismo que alegar ausencia de libertad de locomoción por no poder volar como hacen las aves, es decir, no por medio de máquinas, sino merced a órganos propios.

<sup>12</sup> El primer segmento del inciso 2° del artículo 19 N° 24 añade: “Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad”. Esta disposición se puede interpretar en dos sentidos: i) que la ley puede establecer libremente el modo de adquirir que quiera; y por ejemplo, abolir el modo llamado sucesión por causa de muerte; o ii) que los particulares no pueden establecer ellos mismos unos modos de adquirir la propiedad, pues tal compete a la ley, de modo que la norma instaura la tipicidad legal de tales modos. La norma fue discutida en la sesión 149ª de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, celebrada el 2 de septiembre de 1975 (en *Actas*, V), y en la forma en que fue propuesta por la Subcomisión del Derecho de Propiedad decía: “Solo la ley puede, y sin afectar al derecho en su esencia, establecer los modos de adquirir, [...]”. Con posterioridad, la Comisión advirtió que la limitación propuesta, de no poder el legislador afectar el derecho de propiedad en su esencia valía para todos los derechos constitucionales, y fue así como terminó por ser generalizada como se ve en el actual artículo 19 N° 26 CPol. Aunque el preciso punto de si el legislador es libre para establecer los modos de adquirir que quiera no fue objeto de debate directo en la Comisión, a lo largo de su debate quedó claro que al regular la propiedad como se lo autorizan los términos del primer segmento del inciso 2° del artículo 19 N° 24 CPol., el legislador no goza de absoluta libertad, de donde deducimos que tampoco es libre para suprimir los modos de adquirir establecidos en el *Código Civil*, porque, una vez establecidos, como lo fueron desde el derecho romano en adelante y finalmente en dicho *Código*, su eliminación atacaría la esencia de la propiedad y su libre ejercicio. Especialmente vale ello para el impedimento de abolir la sucesión, porque ello implicaría abolir la propiedad privada en un plazo determinado, ya que al morir las personas lo que dejaran tendría que pasar al Estado, y al cabo del tiempo éste sería dueño de todo sin margen para el dominio de los particulares. En realidad, pues, el sentido del primer segmento del inciso 2° es establecer la tipicidad legal de los modos de adquirir y negar competencia a los propietarios para establecer los ellos mismos. De esta forma, por ejemplo, unas partes no podrían acordar que la compraventa que celebran transfiriera el dominio de la cosa vendida al comprador, antes de ejecutada su tradición. En otro lenguaje, la disposición en examen constituye un caso de reserva legal, que está para defender a los ciudadanos y no para afectar sus libertades. Véanse: FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, “La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece”, en *Revista Chilena de Derecho*, 28 (2001) 2, pp. 287-298; y ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derecho fundamentales*, Santiago, LegalPublishing, 2008, § 64, 1: “La reserva legal”, pp. 257-261.

De esta forma verificamos que algunas de las libertades fundamentales del derecho privado, como la matrimonial, de contratar y de testar, no se encuentran establecidas como tales en la *Constitución*.

4. Es cierto que la declaración general del artículo 1° inciso 1° CPol.: “*Las personas nacen libres [...]*”<sup>13</sup>, si no pasa de ser una mera declaración retórica, también incluye, entre otras, a la libertad de contratación. Si las personas se vieran impedidas de celebrar contratos, eso querría decir que no son libres.

Ahora bien, junto con la inexistencia de una expresa garantía general de contratación –que es la que nos interesa ahora– encontramos algunos eslabones básicos que permiten construirla.

5. Desde luego, hallamos establecidas algunas declaraciones de libertad para figuras singulares, de gran proyección y trascendencia empero.

a) El inciso 1° del artículo 19 N° 15° CPol. garantiza “*El derecho de asociarse sin permiso previo*”; y su inciso 3° declara que “*Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación*”. Concuerdan, en parte, con esta disposición: i) el artículo 20 N° 1 y N° 2 de la *Declaración universal de los derechos del hombre* (1948): “1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de [...] asociación [...]*. 2. *Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación*”; ii) el artículo 22 de la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (1948): “*Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras personas para promover, ejercer y proteger sus intereses de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden*”; iii) el artículo 22 N° 1 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (1966): “*Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras [...]*”; y iv) el artículo 16 N° 1 de la *Convención americana sobre derechos humanos* (1969): “*Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole*”.

La importancia que estas reglas sobre derecho o libertad de asociación tienen para nuestro tema es que ellas cubren y comprenden la libertad de celebrar el contrato de sociedad civil, comercial o de cualquier otro género; sin perjuicio de abarcar, por supuesto, a una multitud de otras posibilidades asociativas que ahora no nos interesan. Esta libertad incluye i) la de celebrar cualquier tipo o clase de contrato de sociedad; ii) la de no celebrarlo (por expreso mandato del artículo 19 N° 15° inciso 3° CPol.); iii) la de escoger a las personas con quienes se quiere celebrar el contrato, aunque el criterio declarado de elección de unas

<sup>13</sup> La redacción del precepto es extraña; lo que quiere decir es que las personas deben ser libres, desde que nacen hasta que mueren y no solo que nacen libres; sobre estos puntos véase: GUZMÁN BRITO, A., *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, pp. 170-171. Sobre su carácter normativo, *ibíd.*, pp. 174-175.

y rechazo de otras implique discriminación<sup>14</sup>; iv) la de abandonar una sociedad ya formada, o sea, la de renunciar a ser asociado a ella; y otras<sup>15</sup>.

Pero no están garantizadas las libertades (o derechos) de ingresar en una sociedad preexistente, ni de permanecer en ella. Las hipótesis contrarias vulnerarían la libertad sí garantizada: cuando se forzara el ingreso de alguien sin el consentimiento de los socios, y cuando se prohibiera el egreso de alguien a quien los socios quieren expulsar se obligaría a los demás a asociarse o a no asociarse<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, si alguien se niega a celebrar sociedad con un individuo de determinada raza, no puede ser perseguido de conformidad con la Ley N° 20.609: *Establece medidas contra la discriminación* (D.O. de 24 de julio de 2012), porque su artículo 2 inciso 3° ordena considerar razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso 1° del artículo 2, como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo del derecho fundamental referido, entre otros, en el N° 15 del artículo 19 CPol. Lo cual es lógico, porque la libertad de no celebrar asociación tiene rango constitucional, mientras que la no discriminación por particulares es una figura de rango solo legal. El *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (vigente en Chile merced al Decreto supremo N° 778 [D.O. de 29 de abril de 1989, que solo tiene valor de ley ordinaria y no podría modificar la *Constitución*]) carece de una norma que prohíba en general discriminar. Su artículo 24 N° 1 establece, pero en favor de los niños, un derecho a tener medidas de protección que requiere su condición de menor “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento”. El artículo 26 declara: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; y queda claro que el primer segmento atañe solo a la igual protección de la ley sin discriminación; y el segundo prohíbe toda discriminación, pero únicamente “a este respecto”, vale decir, al respecto de la igual protección. El *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (vigente con valor de ley ordinaria en Chile en virtud del Decreto supremo N° 336 [D.O. de 27 de mayo de 1989]) también carece de una prohibición general de discriminar. Su artículo 2 N° 2 obliga a las partes del Pacto “a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; pero, como se ve, la disposición solo atañe a una garantía indiscriminada del ejercicio de los derechos establecidos en el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (vigente con valor de ley ordinaria en Chile en virtud del Decreto supremo N° 336 [D.O. de 27 de mayo de 1989]) también carece de una prohibición general de discriminar. Su artículo 2 N° 2 obliga a las partes del Pacto “a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; pero, como se ve, la disposición solo atañe a una garantía indiscriminada del ejercicio de los derechos establecidos en el Pacto mismo. DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, “La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42 (2014) 1, pp. 149-186, opina que de diversas disposiciones constitucionales se puede extraer fundamentos para prohibir discriminar entre particulares; pero sus conclusiones son muy forzadas; en todo caso, no queda claro si el autor solo opina que debería prohibirse tal discriminación o cree que ella ya existe con base en los fundamentos que defiende, haciendo abstracción de que su trabajo no trata de la Ley N° 20.609 de 2012. De todas maneras, véase en el cap. IV, pp. 161-170, su examen de los muchos casos en que la prohibición de discriminar encuentra obstáculo en algún derecho constitucional.

<sup>15</sup> Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho privado constitucional de Chile*, cit. (n. 13), pp. 236-237. En especial cabe recordar que la libertad del artículo 19 N° 15 CPol. cubre a las comunidades o copropiedades convencionales (no a las incidentales) (ibíd., p. 239-240)

<sup>16</sup> Ibíd., p. 238.

Por cierto, la libertad de celebrar sociedad está sometida a los límites que el artículo 19 N° 15° CPol. sanciona con respecto a la general libertad de asociación, ocuparnos de los cuales extendería demasiado este trabajo<sup>17</sup>.

b) El artículo 19 N° 21 CPol. garantiza “*El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica [...] respetando las normas legales que la regulan*”. El centro de gravedad del precepto está en la palabra “actividad”. No hay fundamento que autorice circunscribir este vocablo a un “conjunto de actos” o a una “sucesión de actos”. La palabra “actividad” viene del sust. *activitas* y ésta del adj. *activus*, que proviene, a su vez, del sust. *actio* = “acción”. “Activo” es, pues, el adjetivo de “acción” y “actividad” es el sustantivo abstracto de lo que “acciona”; poco importa que se trate de una acción, o de un conjunto y menos de una secuencia prolongada. Del volcán que haya tenido una única erupción se dice haber estado en “actividad”, sin que se eche de menos un conjunto o una secuencia dilatada de erupciones; y también se dice haber de tener “una actividad” alguien, aunque se trate de una actuación aislada y no difundida, extendida o repetida. En tales circunstancias, el “derecho a desarrollar cualquiera actividad económica” no se limita a un desarrollo prolongado de actividades plurales, e igual se tiene derecho a ejecutar una actuación aislada de contenido económico.

El punto que nos interesa destacar es que hay muchos contratos que por sí mismos implican, envuelven, suponen o involucran una actividad económica<sup>18</sup>. Tal acaee, desde luego, en los contratos de sociedad, ya tratados, pero también en la compraventa, en la permuta, en el arrendamiento, en el mutuo, en los contratos de transporte de cosas y personas y en una infinidad de otros especialmente de carácter comercial, como todos los actos de comercio de naturaleza contractual (no solo, pero eso ahora no nos interesa). Esto nos permite formular la siguiente regla: todo contrato que envuelva un acto u operación o, en el lenguaje de la *Constitución*, una actividad de carácter económico, está protegido por el artículo 19 N° 21 CPol., no por ser contrato, sino por contener una actividad así. Se tendrá presente, empero, que no toda actividad económica implica un contrato, así como que no todo contrato implica una actividad económica. Ejemplo del primer extremo de esta afirmación es la recolección de objetos desechados en los basureros o en los vertederos, aunque sea con la finalidad de después vender tales objetos. En esta actividad hay imbricado un acto jurídico como es la ocupación de *res derelictae*, pero no un contrato. Ejemplo del segundo extremos es la donación, atendido su carácter gratuito y la necesidad de que empobrezca al donante.

c) El artículo 19 N° 23 CPol. garantiza “*La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes [...]*”. Antes mencionamos esta norma, en cuanto admite

<sup>17</sup> Pero véase *ibíd.*, pp. 241-242.

<sup>18</sup> Sobre esto, que no limita la garantía al ámbito meramente económico y empresarial, y la extiende a toda actividad jurídico-económica, véase: GUZMÁN BRITO, A., *El derecho privado constitucional*, cit. (n. 13), pp. 254-256.

ser vista como manifestación de una de las libertades fundamentales del derecho privado, cual es precisamente la libertad de adquirir bienes. Ahora la invocamos porque también ofrece una proyección en el ámbito de la libertad de contratación, en cuanto atañe a todo contrato en que vaya envuelta o involucrada una adquisición del dominio. Tal acontece en los modos de adquirir que suponen un título contractual de adquirir, como en la tradición, que exige un título traslativo de dominio (artículo 675 inciso 1° CC.), como compraventa, permuta, donación, crédito, pago, aporte en sociedad, etcétera<sup>19</sup>. La protección del título contractual se funda en este razonamiento: Si hay un consecuente que depende de cierto antecedente, negado éste se niega el consecuente. De esta manera si, por ejemplo, se prohíbe la donación, queda prohibida la tradición por causa o título de donación; pero la tradición es un modo de adquirir, impidiendo la cual se vulnera la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes, garantizada por el artículo 19 N° 23 CPol.; por ende, la donación no puede ser prohibida. Lo propio acaece con la prescripción adquisitiva ordinaria fundada en un título contractual.

El razonamiento vale lo mismo si ahora partimos de la garantía del derecho de propiedad establecida en el artículo 19 N° 24 CPol., en cuanto de ella, como ya hicimos ver<sup>20</sup>, se puede deducir una libertad de enajenación de bienes. Ahora bien, tal libertad cubre todas las enajenaciones que se funden en un antecedente o título contractual, los cuales no pueden ser impedidos, a riesgo de vulnerar la libertad de enajenación.

d) El artículo 19 N° 25 CPol., en cuanto garantiza la libertad de crear y difundir las artes (expresión ésta que no debemos entender limitada al sentido de las “bellas artes”) cubre al contrato de arrendamiento para la confección de una obra material (lib. IV, tít. 26°, § 8 CC.). No se podría impedir u obstaculizar o limitar esencialmente este contrato, en efecto, sin menoscabar la libertad de creación artística garantida por la citada disposición.

e) El artículo 19 N° 16 CPol., que garantiza “La libertad de trabajo y su protección”, no solo se refiere al trabajo asalariado bajo vínculo de subordinación o dependencia, que es objeto del moderno contrato de trabajo regido por el Código del ramo, sino a cualquier trabajo, remunerado o no, libre o dependiente, permanente u ocasional; teniendo presente que “trabajo” es cualquier acción o efecto de trabajar, vale decir, de ocuparse en la actividad física o intelectual que sea. Por consiguiente, cualquier contrato que implique o envuelva un trabajo en los términos dichos, queda alcanzado por la garantía citada. Tal acaece en

<sup>19</sup> Sobre lo cual, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El justo título traslativo del dominio de la tradición en el pago y en las operaciones crediticias”, en CORRAL TALCIANI, Hernán - RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil, II: Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago de Chile, LexisNexis, 2007), pp. 695-719.

<sup>20</sup> Véase más arriba el número 3.

el arrendamiento para la confección de una obra material, pero, además, en el arrendamiento de servicios inmateriales (lib. IV, tít. 26°, § 9 CC.), en el mandato, en la sociedad a la que se puede aportar precisamente trabajo o industria (artículo 2055 inciso 1° CC.)<sup>21</sup>.

6. En conclusión, pese a la inexistencia de una declaración general expresa sobre libertad contractual en la *Constitución*, hay en ella diversos elementos que permiten configurar una protección difusa y dispersa de tal libertad.

---

<sup>21</sup> Sobre esta materia: GUZMÁN BRITO, A., *El derecho privado constitucional*, cit. (n. 13), pp. 249-253



# **Integración e intervención administrativa: Autonomía privada y orden público económico**

ENRIQUE ALCALDE RODRÍGUEZ  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Doctor en Derecho  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Junto con agradecer la invitación del Sr. Decano a este importante Seminario, quisiera primero contar, a modo de confidencia, que la materia sobre la cual se nos solicitó exponer –al profesor Barahona y a quien les habla– nos dejó un tanto perplejos. Ello, porque la misma supone, necesariamente, exhibir un dominio del Derecho Administrativo, del cual, al menos yo, carezco por completo o de un modo casi absoluto.

Sin embargo, superada esa sorpresa inicial, así como el ligero pudor que implica abordar tópicos que no resultan del todo familiares, procedimos con el profesor Barahona a ponernos de acuerdo o, más que a eso, a “coludirnos” derechamente respecto a los temas que cada uno abordaría. Colusión que, en todo caso, realizamos con miras a beneficiar a este auditorio.

Como producto o resultado de este esfuerzo, decidimos que en lo que a mi respecta abordara –aunque de un modo sucinto atendidas las limitaciones de tiempo– el fundamento que suele esgrimirse a fin de que la Administración o el Estado decidan o justifiquen intervenir en la contratación privada.

\* \* \*

## **Persona Humana y Autonomía Privada**

A modo de premisa, cuya fundamentación excede los propósitos de esta conferencia, advertimos que nuestra posición parte de un concepto del Derecho que supone su identificación con “lo justo”, esto es, con lo debido a otro en razón de una cierta igualdad o proporción.<sup>1</sup> Por lo mismo, concebimos el orden

<sup>1</sup> *Soto Kloss* se expresa en relación al punto en los siguientes términos: ““Lo justo” es un objeto determinado en sí mismo, independiente de las disposiciones subjetivas o contingentes del agente que realiza el acto de justicia. La rectitud del objeto, de lo debido, no se determina en función de la subjetividad del hombre, sino por sí misma; la relación jurídica sólo se establece por la mediación del objeto (la cosa): la pretensión de uno y el deber del otro. Los sujetos que son parte de la relación jurídica se relacionan en

jurídico como la regulación del obrar humano en lo que atañe a las relaciones de justicia, es decir, de la atribución a personas de aquello que les es suyo y que, por virtud de la fuerza con la cual se vincula a ellas, decimos que les “pertenece” o que les “es debido”.<sup>2</sup> Para la consecución de este fin, la vida en sociedad –exigencia impuesta por la propia naturaleza humana– determina la necesidad de contar con normas jurídicas que, en cuanto reglas de conducta, y respetando tal naturaleza<sup>3</sup>, permitan efectuar dicha atribución dentro de un sistema armónico y coherente, cuyo tramado ha sido tejido, en parte, con las fibras de un conjunto de nociones que llamamos principios generales de derecho. De igual modo, advertimos que la prosecución de tales logros impone, además, la necesidad de que el Estado asegure un orden que sirva de marco para desarrollar, tanto él mismo como los individuos, las acciones que se enderecen en este sentido. Ello es, en palabras de *Messner*, lo que sirve de fundamento de la autoridad estatal y que, al mismo tiempo, lleva a concebir el Estado ante todo y principalmente como una “unidad o comunidad jurídica”.<sup>4</sup>

Abordando el tema desde su perspectiva de fondo, creemos –con *Corral*– que la personalidad es un *prius* ante el Derecho y que, a consecuencia de ello, bien enseña *Doral* que “las exigencias objetivas de la naturaleza humana sitúan a la persona en el centro del orden constituyente que es el Derecho: el orden de la comunidad política, el orden del espíritu, el orden de la vida humana. De este orden fundamental –orden justo– el Derecho positivo es mero reflejo”. Agrega el autor nacional que “el propiciar esta unidad conceptual y el reconocimiento de la prioridad de la persona ante el Derecho no significa, por supuesto, pretender que

---

razón de la cosa (*res*), de un objeto, y este mide su relación y la “ordena”; es un principio de orden, en la medida que exista esa igualdad requerida, que es la que equilibra y “ajusta” la relación. Ese “lo justo” es precisamente el Derecho, el *ius*”. SOTO KLOSS, “*Moral y Derecho: Una aproximación a ...*”, pág. 19.

<sup>2</sup> Sin embargo, aún entre nosotros, nombres tan ilustres como el del profesor Rodríguez Grez, inspirados en corrientes positivistas, tienen a la justicia por un concepto “ajeno” al Derecho. Ello, p. ej., lo lleva a escribir que “lo estricta y puramente jurídico desdeña el enfoque axiológico ... su trascendencia sólo puede apreciarse desde otra perspectiva (la justicia y demás valores), diferente de la proporcionada por el derecho.”, RODRÍGUEZ GREZ, “*El Derecho como creación ...*”, pág. 15.

<sup>3</sup> En este sentido, la naturaleza del hombre constituye medida de *orden* y *proporción*. “Es medida de orden, porque es principio de operación y toda operación tiende a un fin; por lo mismo comporta un orden ínsito en ella, pues no hay finalidad sin ordenación. Y es razón o medida de proporción, porque siendo lo que constituye al hombre como hombre, es criterio a la vez de lo que al hombre corresponde como tal.”. HERVADA, Javier, “*Historia de la Ciencia del ...*”, págs. 29 y 31. En esta misma línea, pero refiriéndose a la indisoluble “trilogía” racionalidad-naturaleza-moral, son sustanciales los aportes que proporciona el pensamiento de autores como *Finnis*, para quien “la primera condición de la acción humana para que sea efectivamente tal y sea susceptible de una valoración ética es la de su racionalidad. Para que un tipo de conducta sea incluida como mínimamente racional, es decir, para que sea considerada como una acción humana, se requiere que esta acción esté dirigida hacia un bien, y aquí ya encontramos la expresión más básica de la regulación que ejerce el primer principio de la razón práctica: “El bien debe ser perseguido y el mal evitado”. La dificultad se plantea al intentar dar contenido a este principio básico de la acción: ¿Cómo sabemos que lo que consideramos un bien es verdaderamente un bien para el hombre? La respuesta a esta cuestión no se puede ni debe plantear desde una teoría metafísica de la bondad o de alguna antropología específica, pues estaríamos realizando una ética de tipo inferencial o deductiva y desperdiciaríamos la evidencia que nos presta la experiencia ética, que es expresión de la misma racionalidad humana.”. MOYA, op. cit., pág. 96.

<sup>4</sup> MESSNER, op. cit., pág. 817.

ésta quede fuera de la regulación jurídica, sino que dicha regulación debe adecuarse a una realidad que existe con prescindencia de ella. El Derecho entonces –como lo expresa *Hernández Gil*– está llamado a “dar significación jurídica a la persona”.<sup>5</sup>

También sobre la base de la concepción que se ha reseñado, se deduce el imperativo que tiene el Estado –y cualquiera autoridad– de garantizar a toda persona “una esfera de poderes jurídicos, que incluirá una capacidad, un estado y la posibilidad de ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas subjetivas y centro aglutinador de normas”.<sup>6</sup> En este contexto, son diversos y variados los hechos a los cuales cabe asignar la virtud de hacer nacer, modificar o bien extinguir una determinada relación jurídica, identificándose habitualmente como tales la ley, el reglamento, la sentencia y la posibilidad de crear reglas de Derecho mediante los actos jurídicos que ejecutan los particulares. Son estas últimas aquellas a las cuales queremos aludir cuando hablamos de *autonomía privada*, la que entendemos, a su vez, como un poder complejo, inherente a la persona humana, y que en función de su capacidad natural de autodeterminarse para la obtención de sus fines existenciales, debe serle reconocido por el ordenamiento jurídico con el objeto que se halle en condiciones de disponer de los derechos subjetivos de que es titular, así como de generar y regular los efectos jurídicos que derivan de su actuación en sociedad.

Desde que se comprende, pues, que el Derecho debe manifestarse como un cauce que permita a la persona alcanzar sus fines naturales –tanto en su esfera individual como en la referida a la sociabilidad que le es propia– cabe también reconocer la facultad que a ella asiste para crear *reglas* jurídicas. Y tal poder le pertenece de un modo *originario*, en el sentido que no se trata de una concesión graciosa que le puede haber asignado la autoridad estatal, sino que de una potestad emanada de su propia personalidad, vale decir, inherente a su misma condición de persona.<sup>7</sup> Todavía más. La propia definición de persona y el rol que

<sup>5</sup> CORRAL, Hernán, “*El Concepto Jurídico de ...*”, págs. 319 y 320. En este mismo artículo, el profesor Corral señala que “el *quid* de la cuestión estriba en afrontar el dilema de si se reconoce a la persona como una realidad ontológica previa a la cual el Derecho *sirve* o, por el contrario, si se la considera mero artificio técnico del cual el Derecho *se sirve* para lograr una mejor organización de sus normas. En el fondo, puede apreciarse aquí un punto más en el que se refleja la pugna entre dos concepciones antagónicas de lo jurídico: positivismo e iusnaturalismo. Si se entiende el Derecho como una ciencia aséptica, que estudia normas positivas con prescindencia de todo elemento axiológico, no puede extrañar que también los conceptos de persona y personalidad resulten carentes de todo contenido real y que por fuerza haya que concluir que se trata de meros medios de los cuales se vale el ordenamiento por razones de estricta conveniencia técnica; pudiendo los entes a los que se quiere comprender en dichos conceptos-tipos, variar de acuerdo a las circunstancias y condiciones históricas. La persona es un elemento creado *por* el Derecho y *para* el Derecho. En nuestro parecer, una perspectiva realista impide negar relevancia al concepto ontológico de persona en el campo jurídico, haciéndose evidente que los criterios del Derecho en esta materia deben adecuarse a aquello que se nos presenta como persona de acuerdo a la misma naturaleza humana. Por lo mismo, se puede concluir diciendo que “No se es persona en cuanto se ostenta capacidad jurídica; se ostenta capacidad jurídica en cuanto se es persona”. (págs. 317 y 318.).

<sup>6</sup> CORRAL “*El Concepto Jurídico de ...*”, pág. 320

<sup>7</sup> *Ibíd.*, pág. 320. La misma premisa es destacada por *Brebbia*, para quien todo ordenamiento jurídico necesariamente debe partir de ella en razón de ser anterior a la existencia misma de la sociedad, a la vez

le corresponde en el ámbito jurídico –según hemos visto– también ha de serle reconocido desde una perspectiva originaria. En armonía con tal predicamento, ciertamente elocuente es el texto del artículo 5° de la Constitución Política, el cual, directamente y sin eufemismos, prescribe que “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”; derechos estos a partir de los cuales es posible colegir, a su turno, un conjunto de principios que concretizan una efectiva protección de la persona.<sup>8</sup>

En función de los enunciados que se reseñan, *Hervada* nos dice que puesto que el hombre, por ser persona, es dueño de su propio ser y capaz de dominar su entorno, este dominio se plasma en un doble aspecto: (i) capacidad de regular sus ámbitos de libertad; y (ii) poder de actuación sobre las situaciones jurídicas que caen bajo su esfera de dominio; lo que luego precisará distinguiendo entre *libertad de negociar* y *libertad negocial*. La primera, consistente en la libertad para *realizar o no* el negocio jurídico y, la segunda, relativa a la posibilidad de determinar su *contenido*. El mismo autor acota que mientras aquella es esencial, en términos tales que su desconocimiento importa negar el concepto mismo de autonomía privada, ésta, en cambio, supone aceptar que no se trata de un poder *soberano*, en cuanto necesariamente está sujeta a las regulaciones que impone la ley. Esta última, a su vez, no puede restringirse a considerar dicha autonomía como mero supuesto de hecho de determinadas normas<sup>9</sup>, como tampoco establecer condiciones que en la práctica importen negar su vigencia.<sup>10</sup>

---

que su condicionante. Ello se traduce, a su vez, en reconocer “la existencia de una esfera de autonomía privada en los sujetos, que les permita dirigir sus acciones de manera de satisfacer adecuadamente las exigencias que le impone su condición de seres humanos integrados a la vida social”. Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pág. 238.

<sup>8</sup> A este respecto, se ha fallado por el Tribunal Constitucional que “*los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea, sino que los “reconoce y asegura”*; y “*que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección ..*”, Rol N°46, Consid. 19°.

<sup>9</sup> HERVADA, “*Cuatro lecciones ...*”, págs. 89 y 90 y 93 y 94. En contra de esta opinión se manifiesta, v.gr., *Ferri*, para quien el derecho se reduce a la voluntad de la comunidad o del Estado, de lo cual se sigue que al negocio jurídico le queda únicamente la función de hecho al que la ley, es decir, la voluntad general, conecta los efectos jurídicos o, como se ha dicho la “función individualizadora o concretadora de la voluntad del Estado ...”. Agrega que “La voluntad general tiene aquí relieve sólo en cuanto confiere a los individuos el poder de crear derecho objetivo; es decir, da lo que los alemanes llaman *Ermächtigung*, de tal modo que aquel poder reposa sobre una norma superior, expresión de una voluntad general o de la comunidad... La norma general habilita a los individuos para crear derecho objetivo, y por ello son éstos quienes crean derecho objetivo en cuanto habilitados por la norma general, y el derecho así creado es expresión de su querer.”. FERRI, Luigi, op. cit., págs. 35 y 36. *Luna Serrano y Rivero Hernández*, entre otros, asignan dos funciones principales a la autonomía: La primera viene dada por el hecho de que aquella supone consentir a las personas la potestad de “confeccionar reglas jurídicas de origen privado destinadas a integrarse en el ordenamiento jurídico como fuentes subordinadas y dependientes” y, la segunda, consistente en la autorización que la misma implica para que los particulares “lleven a cabo actuaciones que provoquen, de acuerdo con lo que ya está previsto con carácter abstracto y general por el ordenamiento, la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas”. Citados por FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pág. 230.

<sup>10</sup> En relación con estas consideraciones, *Corral* plantea que el “rescate y defensa que se ha hecho de la autonomía de la voluntad como principio rector del sistema de derecho privado, y la revalorización del negocio jurídico y del contrato como figuras idóneas para regular la circulación de la riqueza y la

En un sentido “institucional”, la autonomía privada se erige en un *principio general de derecho*, toda vez que el respeto a la persona y el reconocimiento de sus fines determinan su misma existencia, siendo dentro de este marco donde el hombre puede realizarse plenamente, constituyendo, además, un deber del Estado contribuir a crear las condiciones sociales que así lo permitan (art. 1° de la C. P. de la Rep.).<sup>11</sup> Por tal razón, la supresión de la autonomía privada como principio general de derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en un puro instrumento de la comunidad.<sup>12</sup> También debido a ello, destaca su rol de criterio inspirador de la labor interpretativa, con lo que se quiere significar que todas las normas jurídicas deberán interpretarse en la forma que resulte más conforme al principio general y de modo que aquellas que representen una excepción a él reciban siempre una aplicación restrictiva.<sup>13</sup>

En lo que se refiere a sus múltiples manifestaciones, la autonomía privada encuentra un cauce natural de expansión y desarrollo, aunque no el único, en

---

prestación de bienes y servicios, no puede hacer olvidar que ellas deben enmarcarse en un sistema, esto es, en un conjunto orgánico y coherente de criterios, normas y principios, que permitan que en las relaciones privadas cada uno reciba lo suyo, esto es, “lo justo” y que “si se pierde este referente, es fácil que la autonomía de la voluntad se convierta en un instrumento de extorsión y de opresión ...”. CORRAL, Hernán, “*Nuevas formas de contratación ...*”, pág. 559.

<sup>11</sup> No obstante la consagración constitucional del aludido principio de subsidiariedad, ha de prevenirse contra el extremo de creer que siendo obligación del Estado contribuir al bien común, todo aquello que no pueda obtenerse para tal fin genere una responsabilidad jurídica a su respecto. De hecho, serán muchas las ocasiones en que la propia realidad no permita satisfacer en debida forma las legítimas aspiraciones de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional. Una tal restricción fue, por lo demás, advertida por quienes redactaron nuestra Carta Política. Así, por ejemplo, al precisar el sentido de uno de sus preceptos –después suprimido en razón de estimarse ya subsumido en otro–, se justificaba su eliminación en razón del carácter demagógico –y de imprevisibles consecuencias legales– que podría atribuírsele sin tener en cuenta que el derecho a vivir con cierta dignidad muchas veces no es posible de asegurar por los gobiernos, atendida las condiciones sociales y económicas en que nos hallamos inmersos. Sesión N° 414, de fecha 27.09.78, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, citada por VARAS ALFONSO, Paulino, op. cit., pág. 725.

<sup>12</sup> En el ámbito que comentamos, vale la pena traer a colación lo que D’Ors plantea en torno a los lamentables equívocos y confusiones a que ha conducido el denominado “humanismo cristiano”. En especial, acusa el grave error de éste al introducir la distinción entre *individuo* y *persona* de forma que aquél se considere como parte integrante de la sociedad, “en tanto la persona se considere relegada directamente a Dios, sin una intermediaria adscripción a comunidad alguna. Aunque la intención de esta distinción, así formulada, parezca apuntar a la defensa de la personalidad humana, trascendente al orden puramente temporal en que se inserta el individuo, la consecuencia de la misma –nos dice– ha venido a ser precisamente la contraria: la de someter a la persona, como pura trascendencia inorgánica del individuo, al orden temporal de la comunidad política a la que sirven los individuos. De esta suerte, se diría que aquella, al quedar desvinculada de todo orden comunitario, ha quedado también desamparada frente a las pretensiones de la sociedad a la que pertenece su individualidad.” D’ORS, Álvaro, op. cit., pág. 251. En igual sentido, Ibañez hace ver el error en que incurrir doctrinas como la propugnada por *Maritain* –la cual considera “inficionada de gnosticismo y maniqueísmo”– que al estructurarse sobre la base de una mal ponderada distinción entre *persona* e *individuo*, concluyen por concebir cada hombre como un fin para sí mismo y dotado de la más plena y absoluta libertad. IBAÑEZ SANTA MARÍA, Gonzalo, op. cit., págs. 61, 62 y 63.

<sup>13</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pág. 391. A este mismo respecto, *Rescigno* observa que “el reafirmar la autonomía de los sujetos privados y la libertad como “el principio” o “la regla” del sistema no es, sin embargo, un planteamiento puramente ideal, privado de valor práctico”, toda vez que su sentido concreto radica en que “las limitaciones, singularmente y consideradas en su conjunto, son la excepción y, por lo tanto, no pueden ser introducidas o extenderse fuera de las materias y de los casos en los que son previstas”. Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pág. 228.

el ejercicio de la iniciativa que asiste a los particulares en materia económica. De ahí, entonces, que el constituyente, junto con explicitar su primacía (art. 1° de la C. P. de la Rep.) y restringir la intervención estatal en este plano (art. 19 N° 21, inc. 2° de la C. P. de la Rep.), haya también consagrado una garantía individual destinada a asegurar una de las formas concretas en que ésta se expresa (art. 19 N° 21, inc. 1° de la C. P. de la Rep.). Tal vez su principal paradigma viene a ser la libertad contractual, la cual se revela como la vía que en mejor medida permite que los particulares participen en la creación del Derecho, generando y a la vez regulando sus relaciones jurídicas, al tiempo que con ello se fomenta una mayor aceptación y prestigio de aquel dentro de la comunidad. En este orden, principios generales tan evidentes como el *pacta sunt servanda*, precisamente arrancan su fuerza –adicional a la emanada del imperativo moral que obliga a respetar la palabra empeñada– del hecho que el contrato, por un lado, siempre ha de ser el resultado de una libre determinación de las partes (*libertad de contratar*) y, del otro, que al contratar éstas han aceptado libremente –y a menudo elegido y concordado– el contenido de la convención celebrada (*libertad contractual*).<sup>14</sup>

Hasta aquí, –pero con la salvedad de lo expuesto acerca de su carácter “originario”– puede que no se adviertan grandes diferencias entre nuestro pensamiento y las escuelas de inspiración positivista<sup>15</sup>, ya que uno y otras reconocen la existencia de limitaciones al *poder* que se asocia a la autonomía privada. La principal discrepancia que profesamos respecto de quienes siguen las concepciones de *Kelsen*, viene dada por nuestra negativa a aceptar que esta facultad de “autonormarse” deba entenderse subordinada, siempre y ante todo, a la voluntad jurídica estatal –en cuanto se concibe a tal poder como un mero “supuesto de hecho” de las normas– tanto en lo que atañe a su fuente –conforme ya lo expresamos– como en lo tocante a la precariedad de su contenido al que, en nuestra opinión, tales doctrinas conducen.<sup>16</sup> En efecto, nos parece

<sup>14</sup> En este sentido puede verse, v.gr. MESSINEO, Francesco, op. cit., págs. 51 y 52.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, *Ferri* dirá que “ésta (la autonomía privada) se convierte en el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas.”. FERRI, op. cit., pág. 42 y *Rodríguez Grez*, manifiesta que “la autonomía privada permite a los particulares elaborar *reglas* por medio de la celebración de contratos y convenciones o la ejecución de actos unilaterales, referidos todos a situaciones específicas y concretas.”. RODRÍGUEZ G., “*El Derecho como ...*”, pág. 69.

<sup>16</sup> Autores como *Luigi Ferri* y el mismo *Rodríguez Grez*, ya citados, abandonan por completo la precisión del contenido substancial de tales nociones a aquello que determinen las normas positivas, con tal que se respete su estructura “escalonada” y “jerárquica”, hasta llegar a la Constitución, concebida como la “norma superior” y, por ende, como criterio *último y definitivo* de validez y legitimidad. Para este efecto, se sostiene, por ejemplo, que “la validez de una norma, es decir, su conformidad con el derecho, no puede ser afirmada sino con referencia a la norma superior que regula su formación. Respecto de ella, el negocio jurídico constituye un supuesto de hecho, en cuanto por ella está previsto de modo general y abstracto... La autonomía privada *no es un poder originario o soberano*. Es un poder conferido a los individuos por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo.”. FERRI, op. cit., págs. 45 y 51. (La cursiva es nuestra).

que semejantes posiciones, aun cuando extiendan la esfera de dominio de la autonomía privada a la más o menos amplia gama de posibilidades que le otorga el camino de la “exclusión” de todo aquello que el Estado no se reserva para su propia regulación, llevan en sí mismas la potencialidad de convertir el concepto en un cáscara vacía. Ello, por la vía de supeditar su existencia y la integridad de su mismo contenido a lo que en determinado momento dictaminen quienes ostentan el *imperium*, por mucho que se trate de autoridades democráticamente elegidas o de funcionarios respetuosos de la Constitución y las leyes. Y es que para nosotros está lejos de constituirse en una garantía el hecho de fundamentar estas nociones exclusivamente en la “jerarquía” que debe guardarse respecto de las normas jurídicas de creación estatal, y mucho menos si, en último término, se la pretende basar en el favor que ellas tengan al interior de una cierta comunidad o de cara al sentir popular que resulte mayoritario en una determinada época o circunstancia histórica.<sup>17</sup> ¿Qué consuelo nos podría reportar el que se diga, por ejemplo, que “*el campo donde actúa la autonomía privada es justamente el de los intereses privados*” si aquellos son simplemente definidos como “*todos aquellos cuya tutela no asume por sí, ni impone a otros, el Estado*”?<sup>18</sup> o el que prevenga que en esta materia “*debemos partir de la premisa fundamental de que en el derecho privado puede hacerse todo aquello que no esté prohibido en la ley*”?<sup>19</sup>; ¿o el que se exprese, en fin, que “*es tarea del jurista –no sólo cívica y política, sino antes incluso, científica– determinar la validez o la invalidez de las normas no solo conforme a parámetros formales, sino que fundamentalmente “sustanciales”– si al mismo tiempo tal “validez sustancial” y “valores” a que se alude se identifican exclusivamente con los principios normativos establecidos como tales por el constituyente*”?<sup>20</sup> ¿De dónde arranca la “*premis fundamental*” que determina la aplicación de criterios diversos en los ámbitos público y privado y qué nos deja a cubierto de la posibilidad de que sea abrogada por otra ley igualmente ajustada al proceso de generación de las normas previsto en la Constitución? ¿No podría acaso una determinada Constitución, en cuanto suprema ley de la República, invertir dicho principio y disponer que en el futuro los particulares sólo podrán ejecutar aquellos actos jurídicos para los cuales cuenten con una expresa y previa autorización estatal?<sup>21</sup>, ¿o bien establecerse en un nuevo texto “*principios normativos*” completamente opuestos a los que hoy día nos rigen?

<sup>17</sup> Sobre este particular, *Emilio Betti* afirma que “no podrían las partes perseguir con el negocio un interés práctico que no fuera resumible en algunos de los tipos de interés *admitidos por la conciencia social* y mercedores de tutela por el derecho”. BETTI, Emilio, op. cit., pág. 88. (La cursiva es nuestra).

<sup>18</sup> FERRI, op. cit., pág. 12.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ GREZ, “*El Derecho como ...*”, pág. 69.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., págs. 874 y 878.

<sup>21</sup> Guardando las proporciones, pero como una manera de reflejar la variabilidad que se exhibe en materias que, en determinados momentos, se han estimado “de principios”, un certero ejemplo nos lo suministra la legislación de cambios internacionales. Sobre este particular, puede verse nuestra obra “*Nueva Legislación sobre Operaciones de Cambios Internacionales*”, Ediar Conosur, 1991.

## Autonomía Privada y Actividad Económica

Pensamos que muchos de los embates que se dirigen en contra de los derechos de la persona por parte del poder público, fundamentalmente en el ámbito económico que ahora examinamos, importan desconocer o bien confundir cuál es, primero, el origen y naturaleza de la facultad que asiste a los particulares para “autonormar” sus relaciones jurídicas y, segundo, los límites que no ya los privados, sino que la misma autoridad, deben observar en este campo.

En este sentido, apreciamos que luego del fracaso del socialismo y las doctrinas estatizantes que le sirvieron como fieles esbirros, el nuevo “Leviathan” que amenaza la libertad y dignidad del hombre ha optado por utilizar el ropaje de una exorbitante “regulación”,<sup>22</sup> llegando incluso a fundar sus limitaciones a la persona en una pretendida “superioridad” –o en el mejor de los casos “igualdad”– que tendría frente a ella la “naturaleza”, con la significación que le atribuyen a este concepto algunas corrientes ecologistas.<sup>23</sup> Así también constatamos que en muchas ocasiones, en aras de buscar una reglamentación administrativa “justa y equilibrada”, las normas cuya fuente debiera estar radicada en la autonomía privada se ven peligrosamente desplazadas, de suerte que ésta “ya no tendría que respetarse por estar íntimamente vinculada a la naturaleza de la persona como ente racional y libre, sino en cuanto sirva a los fines o intereses de la colectividad.”<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Con razón advierte *Mendoza* que “debe irse asentando y recalando una idea imprescindible, cual es que en un mundo cada vez más tecnificado y especializado, la convivencia lejos de simplificarse añade complejidades en el diario vivir que luego capta el legislador, y en demasía a veces, bajo el prisma de la regulación, desapareciendo en ese instante el ideal mágico de la codificación racionalista, puesto que se hace insostenible la existencia de un solo cuerpo legal que pueda captar, en plenitud, los avatares de la legislación”. MENDOZA Z., Ramiro, op. cit., págs. 717 y 718.

<sup>23</sup> Nos referimos especialmente a los postulados de la llamada “*Ecología Profunda*”, que considera, entre otras cosas, que “la tierra ha entrado en su fase más precaria de la historia”, siendo algunas de sus causas “... el considerar a la vida humana como superior, como si los hombres fuesen algún tipo de realeza por sobre la naturaleza” y “... la pérdida de una ética de comportamiento basado en lo sagrado del mundo natural”. En definitiva, tal corriente plantea una suerte de divinización de la naturaleza que se traduce en una vuelta al antiguo paganismo, en el que “todas las cosas están llenas de dioses”. Más aún, en ocasiones, el mismo ecologismo es presentado como un mensaje mesiánico de salvación, como una nueva religión capaz de salvar al hombre de la destrucción a la cual la tecnología contemporánea lo está condenando. Hasta hace algunos años se hablaba del marxismo y de las demás ideologías como religiones *secularizadas* (Augusto del Noce). La ecología profunda debe considerarse, en cambio, una ideología *sacralizada* que se recubre de una tonalidad mística o pseudomística que la hace más atractiva y quizás, por eso, más peligrosa. VIDAL G., Gerardo, op. cit., págs. 20-25. Relacionado con este tema, transcribimos la opinión de un autor que, a nuestro juicio, centra el problema ecológico en su correcta dimensión al decir que “las relaciones no sólo se producen en el sentido de que la ecología nos lleva a descubrir un orden ético, sino también al revés. Si se ha producido un desorden en las relaciones entre el hombre y la naturaleza, es porque antes se ha alterado la forma en que el hombre se entiende a sí mismo. Y no cabrá, por tanto, lograr una genuina reconciliación del hombre con la naturaleza física sin procurar una restauración de ese sensible y precario equilibrio que se da al interior del ser humano. El hombre trata mal a la naturaleza porque se mira y la mira mal, de una manera poco verdadera.”. GARCÍA- HUIDOBRO, Joaquín, op. cit., pág. 70.

<sup>24</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pág. 393. En un sentido similar se pronuncia también DE CASTRO, Federico, op. cit., pág. 15.



Relacionado con el panorama descrito, *Rodríguez Grez* destaca el hecho de que en algunos sectores impera aún un marcado interés por la ingeniería social, recurriendo, para satisfacerlo, a una nutrida legislación reglamentaria y a nuevos intentos por introducir el dirigismo contractual, lo cual también se ha traducido en una tendencia a restringir la esencial función interpretativa de los jueces.<sup>25</sup> Igual realidad es aquella que ilustra *García de Enterría*, haciendo ver la tendencia de la Administración en orden a apropiarse de los poderes normativos, no sólo en virtud de su potestad reglamentaria, sino que por las varias formas de delegaciones legislativas, cada vez más intensas y generalizadas, que se conocen en todos los países. Junto con ello, advierte también que la Administración es un pésimo legislador, toda vez que le falta una visión serena y general de las situaciones sociales que le permita situarse en esa superioridad de posición que se requiere para acometer la definición abstracta de un orden justo; y ello motivado “por la parcialidad de sus respectivas especialidades técnicas y por la dialéctica propia de las disfunciones burocráticas, consustanciales a su misma existencia”.<sup>26</sup>

Como resultado de lo expuesto, ya casi no asombra ver cómo en ocasiones se invocan, prescindiendo de su real contenido y efectos, conceptos cuyo solo nombre parece otorgar “patente de corso” para configurar violaciones a principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico. Una de estas nociones es, precisamente, la del *orden público económico*, la cual, presentada en ocasiones con contornos vagos e inciertos, suele ser esgrimida por autoridades regula-

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ G., Pablo, “*Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de ...*”. A propósito de esta misma idea, en la misma ponencia el profesor *Rodríguez* nos recuerda que “Cada día son más frecuentes las normas de orden público, los derechos irrenunciables y las conductas tipificadas como delito en el campo tributario, previsional, laboral y comercial. Todo ello ha ido transfiriendo al Poder Legislativo ( ... ) funciones que son propias de los jueces e incluso de los particulares”.

<sup>26</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “*La Lucha contra ...*”, págs. 81-83. A propósito de este mismo tema, es interesante reproducir la opinión que merece a *Messner* está habitual y no siempre ponderada delegación de facultades que suele hacer el legislativo en favor de la Administración. Conforme a este autor, la representación popular, en el caso de que se trate de algo más que de meras cuestiones técnicas, no tiene ningún auténtico derecho para hacer esa delegación. Nadie puede renunciar a un derecho que va vinculado a un deber, si no se asegura la consecución del fin de ese derecho; este fin no depende de la libre voluntad del que tiene el derecho, sino que éste continúa siendo responsable de su consecución. Sabemos que tal responsabilidad corresponde al legislador, bien sea éste un gobernante o una representación del pueblo. Hoy en día, sin embargo, se sigue con preocupación creciente las consecuencias de la amplitud de la legislación delegada, lo que se traduce en que esta parte de la legislación se sustrae fácilmente al control efectivo de la representación popular, se dificulta con mucha frecuencia la determinación de responsabilidades, se abre una amplia puerta al arbitrio de los gobiernos por la inevitable imprecisión de las reglas legales generales, se acumula en las manos del gobierno y de la burocracia administrativa un poder incontrolado, e insensiblemente toma incremento el centralismo. El legislador responsable en los regímenes democráticos, es decir, la representación del pueblo, aceptó así limitaciones para las que no estaba facultado. No estaba facultado, puesto que el detalle de las leyes, por lo general, no es menos importante para el bien común efectivo que los mismos principios de la ley. Las obligaciones del legislador no permiten, por tanto, una sustracción de la mitad de sus responsabilidades, lo cual presenciamos actualmente y a menudo mediante la práctica de la legislación delegada.”. MESSNER, op. cit., págs. 964 y 965. En un sentido similar puede verse SOTO KLOSS, “*En la Forma que Prescriba...*”, págs. 688 a 691.

torias como argumento para justificar la total o parcial abolición de aquellos. Se olvida así, primeramente y entre otras cosas, que “el concepto de orden público económico que consideró el constituyente dice relación claramente con los derechos de las personas frente al Estado y jamás podría convertirse en un medio para impedirles e imponerles condiciones, exigencias y cortapisas fundadas en consideraciones administrativas discrecionales.”<sup>27</sup> Con singular intuición pareció advertir este peligro la propia comisión que tuvo a su cargo el estudio de la actual Constitución Política, la cual, al referirse al punto, precisó que la expresión misma de *orden público económico* debe ser entendida como el conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a *preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país*, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común.<sup>28</sup>

Incluso se constata que muchas de estas limitaciones pretenden fundarse en un mal entendido “principio de subsidiariedad”, el cual, si bien posee un aspecto “positivo”, no puede llevar a que la acción protectora del gobierno se transforme en un billete de entrada liberada para el intervencionismo. Pensamos, asimismo, que es posible arribar a iguales conclusiones si examinamos los principios constitucionales que integran el concepto de *orden público económico* y que a nuestro juicio no dejan lugar a dudas en cuanto a que su genuino significado apunta en la dirección de proteger a los propios administrados antes que limitar su autonomía.<sup>29</sup> Junto a ello, debe considerarse que siendo todo “orden” la recta o adecuada disposición de las cosas hacia su fin, en el caso del denominado “orden público económico”, la determinación de su misma finalidad –y a la cual, por tanto, habrá de dirigirse cualquier preceptiva que pretenda basarse en él– impone la imprescindible necesidad de tener en cuenta los objetivos que el constituyente tuvo en vista al consagrar el concepto, y siempre considerando su adhesión a los principios esenciales que

<sup>27</sup> FELIÚ S., Olga, op. cit., pág. 83. Todavía con mayor claridad, nuestra jurisprudencia se ha manifestado en torno al punto precisando que no basta a la autoridad justificar una cualquiera decisión mediante “*la mera invocación de causales superiores de utilidad pública, bien común, salud pública, orden público, etc., sin que deba comprobarse su veracidad.*”. I. Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 7 de Julio de 1992 (conociendo de un recurso de protección deducido en contra del Secretario Regional Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones de la Región Metropolitana), confirmado por la Excm. Corte Suprema el 29 del mismo mes y año.

<sup>28</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, “*La Actividad Económica en la ...*”, pág. 121.

<sup>29</sup> Para ello, baste considerar, por ejemplo, la enumeración que de aquellos hace *Fernandois*, destacando los siguientes: a) Principio de libertad económica; b) Principio de subsidiariedad económica del Estado; c) Principio del derecho de propiedad privada; d) Principio de la no discriminación económica arbitraria; e) Principio de la disciplina del gasto fiscal; f) Principio de la política monetaria independiente; g) Principio de la reserva legal de la regulación económica; y h) Principio de la revisión judicial económica. FERNANDOIS V., op. cit., pág. 78. En igual línea, *Jaime Williams* entiende que el “eje central” del *orden público económico* “es la libertad creadora”, añadiendo que precisamente por eso “la resguarda mediante las garantías a la propiedad privada, a la igualdad ante la ley, a la no discriminación arbitraria, y al reconocimiento del rol subsidiario del Estado, que favorece la libertad empresarial en aras del bien común.”. WILLIAMS, Jaime, op. cit., pág. 98.

reconoce en el capítulo dedicado a las bases de la institucionalidad. Fundados en esta orientación, corresponde también tener en cuenta que siendo una de las finalidades de las normas constitucionales limitar el poder y tutelar debida y eficazmente los derechos de la persona, resulta manifiesto el que tanto las facultades o atribuciones que se confieren a aquel como las restricciones que afectan a éstos, han de ser interpretados siempre de un modo restrictivo. Conserva así plena vigencia la recomendación que un día hiciera el jurista *Modestino* en el sentido que “ninguna razón o fundamento de derecho, ni tampoco de la justicia –benigna y equitativa– permite que hagamos más severo, por una interpretación demasiado dura y contra el interés de las personas, aquello que ha sido introducido saludablemente para la utilidad de las mismas”.<sup>30</sup>

Ahora bien, dentro de las principales motivaciones que, según creemos, todavía inducen a ciertos sectores a no claudicar en sus intentos por invadir la esfera de actuación inherente a los privados, se encuentra una verdadera nostalgia por recuperar aquellos espacios que otrora ocupó el Estado en el ámbito de la actividad económica, incluso como prestador de servicios que en su momento fueron artificialmente catalogados como esenciales de ser proporcionados por la propia estructura estatal, con las perniciosas consecuencias de todos conocidas. De tal suerte, se olvida por algunos aquello que bien nos recuerda *Aróstica* al expresar que “el desarrollo de “cualquiera” actividad económica lícita, sin distinción, pertenece *iure proprio ab initio* a los particulares”. A partir de ello también colige que “este derecho tiene cabida y recibe aplicación incluso cuando el legislador condiciona el acceso a ciertas actividades, primordiales para la comunidad, a una previa “concesión de servicio público” que se ha de obtener de la autoridad, como es el caso, por ejemplo, del suministro eléctrico, la distribución de agua potable, o la transmisión telefónica”; y que, por lo mismo, no se trata de “cometidos cuya *titularidad* pertenezca al Estado como función propia, y en que éste sólo aparezca delegando su *ejercicio* en los particulares interesados en su operación”.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Digesto 1.3.25. Cita de SOTO KLOSS, “*Algunas Consideraciones ...*”, pág. 383. A la misma cita recurre ZAPATA, op. cit., 174 y 175. Una referencia explícita al principio enunciado puede hallarse en el recientemente estrenado Código Procesal Penal, cuyo artículo 5°, inc. 2° previene que “*Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía*”.

<sup>31</sup> ARÓSTICA M., Iván, “*De Espaldas al ...*”, págs. 108 y 109. Por iguales razonamientos, *Aróstica* agrega que “en tales casos, no se ha hecho acreedor al Estado de un poder discrecional para concurrir o no al negocio concesional, como quiera que éste se encuentra supeditado a un procedimiento reglamentado, que necesariamente debe concluir con la habilitación solicitada, si el interesado reúne las exigencias técnicas requeridas. Ni tampoco los empresarios del ramo quedan subordinados a los clásicos poderes exorbitantes de la Administración: no hay poder de dirección o tuición como para que se pueda sustituir la decisión empresarial por la decisión burocrática, como tampoco existe el poder de resolución unilateral y posterior rescate, que faculte al Estado para reemplazar a los prestadores privados y reasumir la gestión del servicio.”. En otra de sus publicaciones, el mismo autor agrega que “El Derecho no ganaría ni perdería porque el Estado intervenga más o menos en la vida económica y social. Pero eso está negado, al menos por la experiencia chilena. El influjo de las concepciones estanzantes impuestas en nuestro país, desde los años 30 hasta 1973, no es calculable en cero, pues lejos

Sin perjuicio de lo dicho, pensamos que la raíz de este tipo de apreciaciones, y el principal motivo que lleva a que algunos muestren una cierta actitud condescendiente hacia la voracidad de los apetitos reguladores exhibidos por los agentes estatales, radica, fundamentalmente, en una visión maniquea acerca del bien singular de la persona y el bien común de la sociedad, como si se tratara de dos aspectos irreconciliables, en constante pugna y colisión. Ello muchas veces se traduce en la generalizada creencia –también anidada en el sentir de algunos jueces– de que la Administración sería el sujeto titular del interés público y altruista frente a los intereses particulares y egoístas del administrado, de lo cual, a su vez, se seguiría que los segundos deben subordinarse ante el primero.<sup>32</sup> Sin embargo, semejante posición olvida que antes que examinar la calidad de los intereses o la extensión general o particular del que el ciudadano intenta hacer valer, lo esencial es determinar, primero, su posición jurídica como titular de derechos fundamentales. Porque si resulta que el administrado es titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se pretenda hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario no servirá absolutamente para nada, pues éstos cederán a la primacía de aquellos.<sup>33</sup> Entre nosotros, tales premisas arrancan de la noción de “bien común” adoptada por el constituyente, en cuanto previene que su prosecución deberá, en todo caso, sujetarse al pleno respeto de los derechos y garantías que la propia Constitución consagra.<sup>34</sup>

---

de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho articulado por la Carta de 1925, constituyó uno de los factores más determinantes de su declinación. La razón es simple, si se mira la situación por el revés y el derecho: es que al mismo ritmo en que crecía la Administración del Estado como gestora de actividades empresariales, se reducían –proporcionalmente– los espacios donde la *libertad* de industria podía realizarse (doy su rigor etimológico a esta palabra); a lo que habría que sumar la distorsión de la *igualdad*, producto de los privilegios y ventajas con que actuaban las empresas estatales frente a sus similares privadas”. ARÓSTICA M., Iván, “Crónica sobre ...”, pág. 145.

<sup>32</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, op. cit., pág. 688. En relación con el tema, se advierte también que entre los diversos presupuestos del totalitarismo, generalmente subyace una visión finalista y optimista del poder como bueno o, en todo caso, dotado de valor ético gracias a la fuente de legitimación de quien lo posee. Desde esta perspectiva, suele entonces ocurrir que los derechos de los ciudadanos resulten instrumentalizados por intereses públicos superiores a ellos y, a tal fin, limitados y disciplinados en virtud de cláusulas normalmente indeterminadas que los vacían de contenido. Para muestra dos botones: “los derechos civiles” –establecía el art. 1 del Código Civil ruso de 1923– “están protegidos por la ley mientras su ejercicio no entre en contradicción con los fines sociales y económicos para los que han sido establecidos”. Por su parte, el art. 61 de la Constitución cubana prescribe: “ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra... la existencia y fines del estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible”. FERRAJOLI, op. cit., pág. 885.

<sup>33</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Hacia una ...”, págs. 46 y 47.

<sup>34</sup> Pese a lo “difusa” que pueda estimarse la noción de bien común, lo cierto es que su contenido determina una limitación para las actuaciones del Estado y que se reconoce en el denominado *principio de subsidiariedad*. Sobre este particular, bien vale la pena traer a colación aquello que siempre ha entendido la *Doctrina Social* de la Iglesia en materia del rol subsidiario que cabe atribuir al Estado. Así, por ejemplo, en su comentario a la Encíclica *Centesimus Annus*, Astorquiza nos recuerda que para el magisterio “una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad, y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común.” (N° 48). ASTORQUIZA, Patricio, op. cit., pág. 32. A propósito de nuestro ordenamiento jurídico, la

Ahora bien, antes de profundizar en las proyecciones de este concepto al Chile de hoy, veamos algo de los orígenes más inmediatos de esta noción.<sup>35</sup>

En el "Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil", Portalis defiende con calor y pasión la noción de orden público civil. Dice el jurista francés:

"Los pactos de los particulares no pueden derogar aquellas leyes favorables al orden público, y que interesan a las buenas costumbres. Verdad importante y que no debe descuidarse; puesto que para el mantenimiento del orden público se han creado las leyes y los gobiernos. La conservación del orden público en una nación cualquiera es la ley suprema; y dar firmeza a convenciones contrarias a esta ley, sería colocar las voluntades particulares sobre el nivel de la voluntad general, sería disolver el Estado".

En Chile, una definición tradicional del mismo concepto es aquella que proporciona *Claro Solar*, quien entiende por orden público "el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas".

Si uno examina la doctrina, advierte que aunque los autores no concuerden en un concepto estrictamente unívoco de orden público en el campo del derecho civil, lo cierto es que existe un grado muy importante de coincidencia al señalar sus notas o características fundamentales, esto es, su referencia a la organización social básica de la comunidad política, a sus intereses generales y más permanentes y a los valores que sustentan las normas de convivencia que defiende su ordenamiento jurídico.

Es en virtud de esas consideraciones, de superior naturaleza, que el derecho restringe la autonomía de la persona y desconoce las convenciones contrarias al orden público, para salvaguardar la armonía fundamental de la comunidad organizada.

El concepto de Orden Público Económico "OPE", en cambio, es mucho más próximo en el tiempo y comienza a desarrollarse en la doctrina como conse-

---

Constitución Política reconoce sin ambigüedad la primacía y privilegio que ostenta la iniciativa privada frente a la acción estatal. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha sido enfático en afirmar que "el artículo 1° de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional."; agregando que conforme al contenido y alcance del inciso final del artículo 1° de la Carta Fundamental "los titulares e integrantes de los órganos del Estado deben realizar estas funciones básicas a fin de alcanzar la finalidad suprema, el "bien común...". Fallo Rol N° 19, de 27 de octubre de 1983, Considerando 9°.

<sup>35</sup> En lo que sigue, y con excepción de las opiniones que identificamos como personales, nos basamos en STREETER, Jorge, *Separatas de Derecho Económico*. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1991.

cuencia de los graves trastornos que acarrearán la Primera Guerra Mundial y la crisis económica que se inicia en 1929.

El trabajo de elaboración de estas nuevas ideas jurídico-económicas tiene gran auge en Francia, destacándose principalmente la contribución de Ripert en su obra "El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno".

Como botón de muestra, veamos que escribía Ripert:

Si se admite –decía el jurista– que hay, impuesto por el Estado, cierto orden económico que los particulares no tienen el derecho de trastornar con sus convenciones, el artículo 6 del Código Civil Francés (que prohíbe derogar, mediante convención privada, las reglas relativas al orden público y a las buenas costumbres) tomará un nuevo sentido. El orden establecido por el Estado para la producción, el cambio y la distribución de las riquezas será de naturaleza económica, pero al mismo tiempo es un orden público; tendrá necesariamente carácter obligatorio y, por vía de consecuencia, serán nulas las convenciones que traten de atentar contra él.

El contrato moderno –continúa Ripert– "aparece, entonces, como la sumisión de las partes a un conjunto de reglas legales obligatorias. Es dirigido por el legislador como dirige la economía misma y por vía de consecuencia. Las partes quedan libres de contratar o no, pero es ésta toda su libertad y libertad que sólo lo es en apariencia, puesto que es necesario contratar para vivir" (cierro las comillas).

Relativamente a nuestro país, la situación económica que desencadenó la crisis del año 29 se tradujo en un conjunto de regulaciones nunca antes vistas y que se reflejaron en publicación de leyes y creación de organismos administrativos que afectaron –y afectaron sustancialmente– los más variados sectores y actividades y, sin dudas de clase alguna, también al régimen de contratación privada.

Así, por ejemplo, encontramos normativas severamente restrictivas:

Sobre cambios internacionales...

Sobre la determinación de precios...

Sobre obligaciones en moneda extranjera...

Sobre obligaciones en moneda nacional...

Sobre comercio exterior...

Sobre cuotas de producción...

Sobre bienes energéticos...

Sobre obligaciones de producir...

Sobre artículos de primera necesidad...; y un largo etc...

Es en este contexto –que llegó para quedarse– donde fue incubándose y desarrollándose, entre nosotros, la noción de OPE.

El problema, sin embargo, es que las “Leyes Económicas” contienen indicaciones, las más de las veces contradictorias, respecto de principios que responden, a su vez, a sistemas distintos:

- Una parte de la legislación que interesa a la economía reconoce la tutela de la propiedad y ampara la autonomía contractual;
- Otras disposiciones, inspiradas en el deseo de consagrar la primacía del Estado en el campo de la economía, someten la conducta de los particulares a las órdenes que emanan de la Administración;
- Una tercera y muy numerosa especie de normas económicas se explican por motivos de intervención propios de un régimen mixto.

Así las cosas, se comprenderá que resulta muy difícil para el intérprete elaborar conceptos homogéneos a partir de una materia prima tan disímil.

Con todo, y haciendo un esfuerzo de síntesis, advertimos que los intentos de precisar qué es el OPE se orientan por dos vías principales: la una ve el orden público económico como un concepto meramente *funcional* sin un contenido determinado; la otra pone en cambio el acento en *aspectos sustantivos* que se refieren a la organización económica fundamental de una sociedad.

Quienes se orientan en la vía del concepto funcional no reconocen ningún contenido específico y determinado a aquello que sea el OPE. Más bien, se atienen al hecho de que las normas que se reconocen como pertenecientes al orden público tienen funciones determinadas, tales como la dirección económica, la protección del contratante más débil y el fomento de ciertas actividades económicas, quedando fundamentalmente entregado a la autoridad administrativa el dar de tiempo en tiempo a esas normas el contenido que, en un momento determinado, se estima más adecuado para mantener la organización o lograr las finalidades convenientes al interés general.

En la doctrina nacional, tal vez quien primeramente formuló una definición en esta línea fue el profesor de Derecho Comercial don *Raúl Varela*, quien, hace sesenta años, describía el OPE como “el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad”.

Apartándose del concepto funcional, otra corriente de la doctrina que busca una noción material, entiende el OPE como una *especificación* del orden público del derecho clásico o tradicional, y que lo define, por consiguiente, en atención a su contenido.

El profesor *José Luis Cea*, por ejemplo, concibe el OPE “como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de una país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”.

En una línea semejante, pero con grados de precisión mucho mayores, se inscribe el concepto de OPE tratado el año 1978 por la *Comisión de Estudios de la Constitución Política*, la que al referirse a este tema cuidó de precisar que aquél comprendería materias de tanta sustancia como el principio de subsidiariedad de la actividad estatal, la libre iniciativa de las personas para desarrollar actividades económicas, la igualdad en el trato que las personas deben recibir de parte del Estado y de sus organismos, el derecho para adquirir cualquier clase de bienes, la tutela del derecho de propiedad en sus diversas especies, el control del gasto público y el endeudamiento fiscal, por citar solo algunas.

De este modo, para esta segunda corriente doctrinaria y jurisprudencial, el OPE se describe en una forma similar a como siempre ha ocurrido con el orden público *civil*, es decir, por relación a los principios fundamentales de la comunidad política, entendiendo por tales aquéllos que se encuentran consagrados en la Constitución.

Muy vinculado con lo dicho, y a propósito, ahora, de las funciones y aplicación del OPE, la doctrina contemporánea distingue un orden público *de protección* y un orden público *de dirección*.

El objetivo del primero (orden público *de protección*) sería tutelar al contratante más débil mediante, entre otras medidas, la represión de las cláusulas abusivas y de los contratos leoninos. Se trata de ‘medidas de protección’ por cuanto están establecidas en beneficio de uno de los contratantes; el protegido se beneficia entonces de un derecho de origen legal.

La mayor parte de las ‘medidas de protección’ han surgido en sectores de actividad contractual donde existe un desequilibrio económico entre los con-



tratantes, de manera que uno de ellos dispondría de un cierto poder sobre el mercado que le permitiría establecer unilateralmente las condiciones del contrato. Es lo que ocurre con los “contratos de adhesión”.

A diferencia de este concepto, el llamado orden público económico *de dirección* tendría por objeto permitir al Poder Público la obtención de ciertos objetivos económicos.

Persigue, en definitiva, llegar a una cierta organización de la economía nacional, eliminando del ámbito de la contratación privada todo lo que podría contrariar esa orientación.

Se incluyen en esta categoría las disposiciones obligatorias relativas a la moneda, al crédito, a la ecología, a la reglamentación económica de la competencia, a la regulación de los precios, y así suma y sigue...

## **Técnicas de aplicación del OPE**

La doctrina también enseña que, para el cumplimiento de estas funciones, las normas de orden público emplean diversas *técnicas de aplicación*, que producen, a su vez, efectos jurídicos de la más variada naturaleza. Así se reconocen la técnica: (i) de la prohibición; (ii) de la regulación; (iii) de la determinación del contenido del contrato; y (iv) de la de formación de la relación contractual por vía de autoridad.

### **a) Técnica de la prohibición**

El procedimiento de la prohibición se utiliza todavía, pero es poco frecuente en el derecho económico contemporáneo, porque no permite dar una verdadera organización a la economía o a las relaciones contractuales.

Ejemplo: “En las obligaciones expresadas en moneda extranjera para pagarse en moneda nacional no podrá pactarse otra forma de reajuste que la que lleven implícita.” (Artículo 24 de la Ley N° 18.010).

### **b) Técnica de regulación o reglamentación**

Es de muy amplia utilización. Consiste en que el acceso a una actividad o la celebración de un contrato queden sujetos a la concurrencia de requisitos o condiciones objetivas, cuyo cumplimiento o incumplimiento es materia de simple constatación de hecho, sin que el arbitrio de la autoridad influya en la posibilidad de ejecutar la conducta.

Ejemplo: Obligación de inscripción en el Registro Valores de la SVS.

### c) Técnica de determinación del contenido del contrato

Es ésta una técnica intensamente *dirigista*, porque en ella la autoridad pública ya no confía en las partes para que sean ellas las que den al contrato el contenido que deseen, sino que establece, en mayor o menor grado, el contenido de la obligación contractual de una de la partes, o de ambas.

Ejemplo: El contrato del usuario final con una empresa de distribución eléctrica

### e) Técnica de formación de la relación contractual por vía de autoridad

Es la que importa el más severo atentado a la autonomía privada, y que incluso puede llegar a hacerla desaparecer totalmente. Ella se ubica más allá del dirigismo contractual y se traduce en que todo o parte del contrato es reemplazado por un estatuto legal al que una o ambas partes quedan forzosamente sometidas.

Ejemplo: *La obligación de contratar.* Cuando la norma jurídica, de rango legal o incluso administrativo, impone al administrado una “*obligación de hacer*” que consiste precisamente en celebrar un contrato determinado con otra persona, generalmente una persona dentro de una clase determinada, y muchas veces en forma y condiciones que la norma jurídica también establece. (Tal sería el caso de la obligación de retorno y liquidación de divisas que el Banco Central de Chile puede imponer a los exportadores).

Está claro que la forma en que las normas de orden público económico afectan la autonomía privada depende de la construcción técnica del procedimiento de aplicación o de intervención de que en cada caso se trate. Muy distinta es la situación de una persona a quien se exige acreditar un grado académico para ejercer una labor profesional, que el caso de quien se ve puesto en el deber jurídico de enajenar un bien que está en su patrimonio, o de contratar con otro en condiciones que son previamente determinadas por la autoridad.

La legitimidad de las situaciones específicas en que una persona se ve alcanzada por normas de orden público económico no está ajena, entonces, a las disposiciones jurídicas fundamentales que establecen los derechos de la personas y que regulan sus eventuales restricciones.

Empero, el tema no concluye con lo reseñado. Estas técnicas brevemente enunciadas y, en general, el ejercicio de la potestad normativa de la administración a quien se encomienda desarrollar, en concreto, la noción de OPE, presentan algunos otros problemas relevantes.

A nuestro juicio, los principales son dos:

Primeramente, la Administración puede ser calificada como un pésimo legislador. Ello porque sólo es capaz de atender a las cuestiones más inmediatas, careciendo de una visión amplia como la que, al menos en teoría, posee el legislador; y también porque su estructura burocrática le proporciona a cada órgano administrativo la visión parcial correspondiente a su respectiva especialidad técnica, sin contar con una verdadera perspectiva de conjunto.

El segundo problema se vincula con la forma de concebir los derechos, libertades y garantías constitucionales, particularmente en el Chile de hoy, el Chile de la "Nueva Mayoría".

No cabe duda que nuestro país avanza decididamente hacia el modelo conocido como "Estado Social de Derecho", el cual implica, en lo sustancial, la superación del carácter negativo de los derechos fundamentales, los que dejan de ser considerados como una autolimitación del poder del Estado.

En otras palabras, el papel de los derechos fundamentales pasa a transformarse en instrumento jurídico de control de la actividad positiva del Estado, la cual debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder.

Lo anterior trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo a las libertades clásicas, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no como meros postulados programáticos.

De esta manera, se hace fácil advertir que la maraña de regulaciones administrativas no sólo tiende a aumentar de manera exponencial, sino que el concepto mismo de OPE se expande a horizontes que difícilmente son compatibles con la visión tradicional o clásica del contrato que, al menos los más viejos, no solo aprendimos en las escuelas de Derecho sino que alcanzamos a evidenciar en la práctica.

Muchas gracias.

## **Bibliografía citada y de referencia**

**ARISTÓTELES**, *"Ética a Nicómaco"*, Espasa Calpe, Madrid, 1978.

**ARÓSTICA M., Iván:**

– *"De Espaldas al Estatismo: El Derecho de los Particulares a Desarrollar Cualquier Actividad Económica"*, Ius Publicum N°1/1998, Escuela de Derecho - Universidad Santo Tomás, Santiago.

– “Crónica sobre la Expansión del Estado Empresario y el Retraimiento de la Iniciativa Privada”, *Ius Publicum* N°2/1999, Escuela de Derecho - Universidad Santo Tomás, Santiago.

**ASTORQUIZA, Patricio**, “*La Encíclica Centesimus Annus*”, *Estudios Públicos* N° 44, 1991, Centro de Estudios Públicos, Santiago.

**BETTI, Emilio**, “*Teoría General del Negocio Jurídico*”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1ª. Ed., s/a.

**BUSTOS R., Juan**, “*Bien Jurídico en los Delitos Económicos*”, Charla dictada en el Colegio de Abogados de Chile el día 29 de septiembre de 1994, y publicada por dicho organismo en diciembre del mismo año.

**CORRAL TALCIANI, Hernán:**

– “*El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria*”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. N... 17, N... 2, 1990, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

– “*Nuevas Formas de Contratación y Sistema de Derecho Privado (Con especial referencia al Derecho chileno)*”, en *Instituciones de Derecho Privado, “Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios”*, Palestra Editores, Lima-Perú y Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2000.

**CURY U., Enrique**, “*Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas*”, *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile*, núms. 44-45, 1979-1980.

**DE CASTRO Y BRAVO, Federico**, “*El Negocio Jurídico*”, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (1971), Madrid.

**DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio**, “*Sistema de Derecho Civil*”, Vol. I, (1989), Tecnos, Madrid.

**DOMAT**, “*Tratado de las Leyes*”, Instituto de Estudios de Administración, 1985.

**D’ORS, Álvaro**, “*Caput*” y *Persona*”, en “*Ética y Teología ante la Crisis Contemporánea. I Simposio Internacional de Teología*”, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1980.

**ETCHEBERRY, Alfredo**, “*Derecho Penal. Parte General*”, T. I, 3ª. Ed. Revisada y Actualizada, 1997, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

**EVANS DE LA CUADRA, Enrique**, “*Los Derechos Constitucionales*”, Editorial Jurídica de Chile, 1999, T. II.

**FELIÚ S., Olga**, “*El Ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos anti-monopolios*”, *Revista “Actualidad Jurídica”*, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N°1, enero 2000.

**FERNANDOIS V., Arturo**, “*El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980*” *Ius Publicum* N°4 (2000).

**FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos**, “*El Supuesto de la denominada “Autonomía de la Voluntad”*”, en *Instituciones de Derecho Privado, “Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios”*, Palestra Editores, Lima-Perú y Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2000.

**FERRAJOLI, Luigi**, *"Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal"*, editorial Trotta, 1997, Valladolid, con prólogo de Norberto Bobbio.

**FERRI, Luigi**, *"La Autonomía Privada"*, editorial Revista de Derecho Privado, (1969), Madrid.

**GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo:**

– *"La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo"*, Civitas S.A., Madrid, 1993.

– *"Hacia una Nueva Justicia Administrativa"*, Civitas S.A., Madrid, 1989.

**GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín**, *"Objetividad Ética"*, Edeval, Valparaíso, 1995.

**GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel**, *"Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal (títulos VIII y V)"*, en *"Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales"*, Mayo-Agosto 1980, Madrid.

**GONZÁLEZ P., Jesús**, *"Justicia Administrativa"*, en *"El Derecho Público de Finales de Siglo, Una Perspectiva Iberoamericana"*, Civitas, S.A., Madrid, 1997.

**HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco**, *"Introducción a la Criminología y al Derecho Penal"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

**HERVADA, Javier:**

– *"Historia de la Ciencia del Derecho Natural"*, 3ª. Ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1987.

– *"Cuatro Lecciones de Derecho Natural"*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Pamplona, 1989.

**IBAÑEZ, José Miguel**, *"Sociedad y Pecado"*, Revista de Derecho Público, 19-20, 1976, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

**IBAÑEZ SANTA MARÍA, Gonzalo**, *"El Estado de Derecho"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª ed., 1978.

**LYON PUELMA, Alberto**, *"Teoría de la Personalidad. Personas Naturales. Personas Jurídicas"*, Ediciones Universidad Católica de Chile (1993), Santiago.

**MASSINI C., Carlos Ignacio:** *"La Aportación de Tomás de Aquino a la Filosofía de la Justicia"*, *Ius Publicum* N°3/1999, Escuela de Derecho - Universidad Santo Tomás, Santiago.

**MENDOZA Z., Ramiro**, Comentario de jurisprudencia *"Acerca del control de la discrecionalidad técnica en materia eléctrica"*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 23, 1998, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago.

**MESSNER, Johannes**, *"Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural"*, Ediciones Rialp S.A., Madrid-México-Buenos Aires-Pamplona, 1967.

**MESSINEO, Francesco**, *"Manual de Derecho Civil y Comercial"*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

**MIR PUIG, Santiago:**

– *"Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho"*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1982.

– *“El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”*, Ariel S.A., Barcelona, 1994.

**MOYA C., Patricia**, *“Dos Posibles Acercamientos a la Ética de Tomás de Aquino. Disyuntiva o Complementariedad”*, en *“Seminarios de Filosofía”*, Anuario, Vol. N° 10, 1997, Instituto de Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago.

**NÁQUIRA R., Jaime**, *“Derecho Penal. Teoría del Delito”*, T. I, Mc Graw-Hill, Editor, Cristina Castillo, Santiago, 1998.

**OLGIATI, Francesco**, *“El Concepto de Juridicidad en Santo Tomás de Aquino”*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1977.

**RODRÍGUEZ G., Pablo:**

– *“Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de Generación de las Normas”*, Ponencia presentada en el Congreso sobre *“Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos”*, realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991.

– *“El Derecho como Creación Colectiva”*, Universidad del Desarrollo, Ediciones Jurídicas, Santiago, 1999.

**RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo**, *“Principios Constitucionales del Estado Empresario”*, Revista de Derecho Público, Vol. N° 62, 2000, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

**SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel**, *“El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal”*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999, Valladolid.

**SOTO KLOSS, Eduardo:**

– *“En la Forma que Prescriba la Ley. Nota sobre Prácticas Legislativas Inconstitucionales”*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, N°s 2 y 3, Tomo II, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Mayo - Diciembre 1993.

– *“La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile”*, Ius Publicum N°1/1999, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, Santiago.

– *“Algunas consideraciones sobre la posición de los juristas frente al Derecho en la época actual (Hacia un Finalismo Realista)”*, Revista de Derecho Público Núms. 19/20, Enero-Diciembre 1976, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

– *“Moral y Derecho: Una aproximación a sus relaciones”*, *“Ius Publicum”*, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, N° 5/2000.

**STREETER, Jorge**, *Separatas de Derecho Económico. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1991.*

**SPAEMANN, Robert**, *“Natural - No Natural ¿Son nociones significativas para la moral?”*, Cuaderno Humanitas N° 12, Pontificia Universidad Católica de Chile, octubre 1998, Santiago.

**VARAS ALFONSO, Paulino**, *“El Respeto a Todo Derecho Inherente a la Persona, aunque no esté contemplado en la Constitución”*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, N°s 2 y 3, Tomo II, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Mayo - Diciembre 1993.

**VARELA, Casimiro A.**, *“Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal”*, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

**VIDAL G., Gerardo**, *"Ecología y Ecologismo - Ecología Profunda"*, Universidad Adolfo Ibáñez, Instituto de Humanidades, s/a.

**WILLIAMS, Jaime**, *"Libre Empresa, Derecho, Humanismo"*, Revista "Actualidad Jurídica", Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N°1, Enero 2.000.

**ZAPATA L., Patricio**, *"La Interpretación de la Constitución"*, Revista Chilena de Derecho, Vol. N°17, N°1, 1990, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.





# **La integración e intervención administrativa del contrato: la lucha contra las cláusulas abusivas**

**JORGE BARAONA GONZÁLEZ**

Profesor Titular de Derecho Civil,  
**UNIVERSIDAD DE LOS ANDES-CHILE**

## **Exordio**

1.- Quiero agradecer a la Facultad de Derecho de la U. del Desarrollo por la invitación que me hace como expositor en este Seminario Internacional, que reúne a dos connotados profesores de Derecho Civil, como es el profesor Javier TAMAYO de Colombia y Christian LARROUMET de Francia, junto a un grupo eminente de profesores nacionales, excluido quien habla. Me siento honrado de haber sido invitado.

2.- El tema que debo exponer, así como el propósito del Seminario “Nuevas perspectivas del derecho contractual”, parecen altamente relevantes para la comprensión del derecho contemporáneo y lo puedo señalar porque no he sido responsable de su elección.

Mi exposición tenderá a ser descriptiva, de manera de ofrecer al operador más que un marco conceptual, una reflexión sobre la evolución de ciertos conceptos, para demostrar las importantes modificaciones epistemológicas que nos toca apreciar y su impacto en la práctica del derecho contractual. Me interesa llegar a un punto específico, que creo es el de la libertad contractual, también conocida como principio de la autonomía de la voluntad y cómo se encuentra desafiado en el derecho contemporáneo. Para ello haré una presentación general, luego fijaré un cierto marco conceptual normativo de lo que hoy es el debate, para finalizar con un análisis breve de un aspecto que me parece crucial, a la luz de la Ley N° 19.496, como es el de las cláusulas abusivas, pero proyectadas más allá del estricto derecho del consumo, pues, creo es una materia que cobrará importancia en Chile.

\* \* \*

## **I Hacia un nuevo derecho contractual, en perspectiva iusfundamental y social**

3.- Es obvio que la Administración se interesa por la contratación, porque es bastante corriente que hoy recurra a la forma contractual para enfrentar sus

propias necesidades de satisfacción de servicio público<sup>1</sup>. La contratación administrativa, entonces, adquiere creciente importancia como modalidad de actuación de la Administración.

4.- Pero no sólo allí se aprecia una fuerza creciente del influjo o conexión entre Administración y el contrato, sino también en lo que podemos denominar la contratación estrictamente privada. En efecto, es claro que la que en un principio fue una nota caracterizadora para algunos contratos, en donde se apreciaba la intervención estatal, como es lo que históricamente se ha denominado como el "contrato dirigido"<sup>2</sup>, que inicialmente aparece vinculado con el contrato de trabajo, pero luego dio lugar a toda un área o disciplina autónoma del derecho y desgajada del derecho civil, como es el derecho del trabajo. Junto a él, en su momento, el contrato de arrendamiento ha pasado por épocas en Chile de fuerte dirigismo contractual<sup>3</sup>, o el contrato de seguro<sup>4</sup>, este último por la fuerte incidencia financiera que ofrece, entre los más relevantes.

5.- Además, existe una clara tendencia contemporánea de que muchos contratos, por su fuerte incidencia social, económica, o de servicio público, sean regulados con mayor o menor intensidad, dependiendo de la carga ideológica que le hayan impreso los propios legisladores. Así los contratos sobre servicios básicos (telecomunicaciones<sup>5</sup>, agua potable y servicios sanitarios<sup>6</sup>, gas<sup>7</sup>, electricidad<sup>8</sup>, etc.), o de connotación social, como es la afiliación para la administración de fondos de pensiones individuales<sup>9</sup>, o de salud previsional<sup>10</sup>, o de alta connotación socio-económica, como la contratación de créditos, tanto ante bancos como sociedades de retail, que hoy están fuertemente regulados<sup>11</sup>. Es más, en

<sup>1</sup> Para un panorama general MORAGA KLENNER, Carlos, *Contratación Administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, 2007; sobre nulidad de tales contratos, CONCHA, Ricardo, *Nulidad del contrato de la administración*, Abeledo-Thomson Reuters, Santiago, 2012.

<sup>2</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *LOS CONTRATOS, PARTE GENERAL*, Quinta Edición (actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis), Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago 2010, pp. 137-140.

<sup>3</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Evolución del Código Civil*, Segunda Edición, Temis, Santiago, 1983, pp. 343-347; como se sabe en Chile actualmente existe una ley especial sobre arrendamiento de predios rústicos, DL 993 de 1975 y Arrendamiento de Predios Urbanos, Ley N° 18.101 (Vid. ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *El contrato de arrendamiento*, Segunda edición ampliada, Editorial Metropolitana, Santiago, 2011).

<sup>4</sup> El contrato de seguro estuvo regulado en el Código de Comercio por más de 100 años, como cuerpo básico, pero actualmente lo está en legislación especial, Ley N° 20.667 de 2013 (Vid. ARELLANO ITURRIAGA, Sergio, *La ley del Seguro*, Editorial La Ley, Segunda Edición, Santiago, 2014).

<sup>5</sup> Ley N° 18168, varias veces modificada, la última por Ley N° 20.808 de 2015.

<sup>6</sup> DFL 382/Ley N° 18681 de 1988.

<sup>7</sup> Ley N° 323 de 1931, obviamente actualizada.

<sup>8</sup> DFL N°4/Ley N° 20.018, de 2006, que FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1, DE MINERÍA, DE 1982, LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS, EN MATERIA DE ENERGÍA ELÉCTRICA

<sup>9</sup> DL 3.500 de 1980, con sus modificaciones.

<sup>10</sup> Ley N° 18.983 de 1990, con sus modificaciones

<sup>11</sup> Ley N° 18.010 para operaciones de créditos de dinero y Ley N° 19.496, en la partes referida al Sernac Financiero, introducida por la Ley N° 20.555.

estos casos existen órganos públicos, con el nombre de Superintendencia, con carácter de servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya función básica es precisamente fiscalizar, interpretar la normativa y ponerla en ejecución, regular la actividad y controlar su operación, resolver conflictos entre los órganos fiscalizados y los usuarios, sancionar y hasta eventualmente, en ciertos casos, intervenir en su administración<sup>12</sup>.

6.- Agreguemos a lo anterior que una nueva disciplina ha aparecido desde inicios de la década de los 60 del siglo pasado y que ciertamente ha supuesto un profundo desafío para el derecho privado tradicional: me refiero al derecho del consumidor, cuya finalidad es precisamente darle protección a los consumidores, frente a los abusos que se producen en el consumo y la contratación en masa, básicamente derivados de la diferencia de poder y de información que exhiben proveedores o empresarios y consumidores<sup>13</sup>. Aunque nuestro país -no hay duda- llegó tarde a aprobar una legislación de este tipo<sup>14</sup>, siendo en un comienzo resistida por algún influyente sector, pensando que podría ser una rémora para el desarrollo del país, hoy día no parece tener demasiados detractores. Con todo, aún existe cierta inquietud en un ambiente no menor de los operadores jurídicos, sobre la manera en que ella debe ser implementada y aplicada. Especial preocupación existe por determinar la manera en que debe diseñarse y aplicarse el marco de intervención administrativa del Sernac, principal autoridad del nuestro país llamada a aplicar la ley N° 19.456 y que crecientemente ha tomado fuerza y legitimidad social<sup>15</sup>.

El tema de las cláusulas abusivas en el derecho del consumidor es el que aparece más fuertemente vinculado a la materia que nos ocupa, porque ciertamente supone una limitación moderna a la libertad contractual, que eventualmente obliga a un proceso de integración, cuando se detecta una cláusula como

<sup>12</sup> Entre las Superintendencias, se encuentran la de Isapres, de AFP, de Bancos e Instituciones Financieras, de Valores y Seguros, de Servicios Sanitarios, de Electricidad y Combustible, aparte del Servicio Nacional del Consumidor, cuyas facultades están siendo reforzadas, Boletín N° 9733-03, actualmente en el Senado y ya aprobado por la Cámara de Diputados ([http://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=10152&prmBL=9733-03](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10152&prmBL=9733-03), visitado el 11 de febrero de 2015). Algunas áreas de servicios no nacieron con fiscalización de una Superintendencia, pero el tiempo hizo imprescindible su establecimiento; algunas están en vía de creación, como la Superintendencia de Telecomunicaciones, Boletín N° 8034-15 actualmente con el proyecto radicado en el Senado [http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin\\_ini=8034-15](http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=8034-15), visitado el 11 de febrero de 2015).

<sup>13</sup> Para un estudio de esta ley en comparación con las reglas del derecho civil y comercial, BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 41 – N°2, (2014), (pp.381-408). Un estudio crítico del derecho del consumidor como derecho autónomo, en RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "¿Puede hablarse de un derecho del consumidor?", en *Actualidad Jurídica*, (Primera parte), Año XV, N° 29, enero de 2014 (pp. 169-208), y (Segunda parte), en Año XV, N° 30, julio de 2014, (pp. 125-173.)

<sup>14</sup> Ley N° 19.496 de 1997.

<sup>15</sup> Boletín N° 9733-03.

abusiva, así se declara y debe procederse a su expulsión del contrato, lo que obliga eventualmente a su reemplazo por otra que se ajuste a los nuevos parámetros legales<sup>16</sup>.

7.- Adicionalmente, es posible indicar que la creciente importancia de la Administración en la regulación contractual privada, y que hace 20 años parecía en retirada, se explica por el importante desarrollo que ha tenido en el mundo entero, especialmente en países económicamente más poderosos, los temas relativos a la necesidad de proteger la persona y sus derechos, civiles y sociales y culturales; el medio ambiente y el equilibrio socio-económico en general, generado por crisis financieras tanto en los Estados Unidos de América como en la Unión Europea y por el desarrollo de lo que hoy se afirma como los derechos de solidaridad o derechos de los pueblos: autodeterminación, desarrollo, medio ambiente sano, paz. Las convenciones y tratados sobre derechos humanos y las Constituciones, emergen así como un elemento normativo, que supera la mera expresión de ser “dique de protección” frente al poder, por la vía de limitar la autoridad y evitar que abuse de los derechos humanos<sup>17</sup>, para constituirse en un marco normativo que irradia todo el sistema.

Un constitucionalismo con fuerte contenido social<sup>18</sup> ha emergido de las mismas Cartas Fundamentales, y por sobre ellas, de los tratados de derechos humanos, civiles, políticos, sociales y culturales, como una expresión de valores y principios, que cada Estado debe reconocer, proteger y promover, y no únicamente como expresión estática frente a una realidad que deba evitarse, sino como

<sup>16</sup> Tímidamente en un comienzo, y con más convicción en 2004, con la Ley N° 19.995, se crearon reglas sobre cláusulas abusivas, que vinieron a generar una alteración de las reglas contractuales corrientes en Chile, siguiendo la corriente comparada. Sobre el tema en Chile se ha escrito bastante; para una lectura comprensiva, y referencias doctrinales y de jurisprudencia, AA.VV, *Protección de los derechos de los consumidores*, Iñigo de la Maza Gazmuri y Carlos Pizarro Wilson (Directores) y Francisca Barrientos Camus (Coordinadora), Universidad Diego Portales, Thomson Reuters, Santiago, 2013 (Vid. Comentarios a la normativa correspondiente a cláusulas abusivas, de los profesores Carlos Pizarro, Jean Petit, Francisca Barrientos, Claudio Fuentes, Ignacio Pérez López, Rodrigo Momberg, Fernando Fernández, Iñigo de la Maza, Lilian San Martín, Juan Luis Goldenberg, Guillermo Caballero, Mauricio Baquero, Radoslav Depolo).

<sup>17</sup> Por la importancia del tema, por quien lo expone y el contenido de lo que expresa, Vid. discurso del Sr. Presidente de la Ex. Corte Suprema Sergio Muñoz, en el Primer Foro Interamericano de Justicia Ambiental, 10 de octubre de 2014, <http://www.pjud.cl/documents/10179/1478806/Discurso+1%C2%BA%20Foro+Interamericano+de+Justicia+Ambiental+%2810+de+octubre+de+2014%29.pdf/bc6ab22f-1310-4a48-9c21-d4f2ef00d263?version=1.0>

<sup>18</sup> Una visión crítica de esta evolución nace del estudio de BRAVO LIRA, Bernardino, *Constitución y Reconstitución, "Historia del Estado en Iberoamérica 1511-2009"*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2010, p. 144, "A cambio de un derecho a sufragio y garantías constitucionales, el ciudadano se siente condenado a una sumisión irrestricta a los gobernantes de turno. Acostumbrado a discernir entre buen y mal gobierno, ley justa e injusta, uso y abuso del poder, todo esto le resulta forzado e intolerable. No puede tomar en serio tales exigencias ni tales derechos. Lo único que cabe tomar en serio es guardar distancia frente al Estado que, lejos de brindar seguridad y confianza, aparece como un enemigo real y potencial contra el que hay que defenderse y precaverse. Más que un deslizamiento hacia el Estado totalitario, se trata de una desvirtuación del Estado mismo a manos de las oligarquías y últimamente, tras su deserción, no se sabe por cuánto tiempo a manos de los presidentes raros. Poco a poco el Estado termina así convertido en un monstruo burocrático y parasitario que prodiga empleos y vive a costa del país, el Ogro filantrópico de que habla Octavio Paz, o el Dinossaurio, como lo llama Penna en Brasil".

expresión dinámica de la misma acción del Estado, que se erige en fuente de su propia legitimación. “Estado social de derecho”, “derechos fundamentales”, “derechos sociales”, “control de convencionalidad de las leyes”, “aplicación directa de la Constitución”, “valores constitucionales”, “principio de ponderación”, etc., se erigen en conceptos que en el Constitucionalismo de los primeros dos siglos parecían muy lejanos a los operadores, si no completamente desconocidos<sup>19</sup>.

Se trata de un marco no sólo normativo, sino también jurisdiccional<sup>20</sup>, porque por medio de las Cortes de Derechos Humanos, Tribunal de Roma, Corte Europea, Corte Interamericana, Tribunales Constitucionales, no sólo se va buscando asegurar la vigencia de estos criterios, sino además nutriendo de una frondosa doctrina que va permeando los sistemas nacionales<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Sobre dogmática iusfundamental puede verse en Chile, ALDUNATE LIZANA Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing Chile, 2008, pp. 104-105, quien expone una mirada crítica al proceso que conduce a darle operatividad a los derechos fundamentales en el sistema legislativo, por el riesgo de vaciarlos de contenido: “El tratamiento de los derechos fundamentales requiere de un especial cuidado, tanto más cuanto que se articula en un sistema de fuentes que se hace cada vez más complejo. A la ya discutida relación entre derechos fundamentales y derechos humanos (correspondientes a la posición de las fuentes de derecho constitucional frente a las de derechos internacional público) se suma en la evolución legislativa reciente el problema de la posición de los derechos fundamentales en la legislación ordinaria, donde encontramos, por ejemplo, consagración legal de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, con su correspondiente acción de amparo; la regulación procesal penal, con deberes de respeto de los derechos fundamentales y correlativa acción de nulidad, la aparición de los derechos fundamentales como deberes del empleador, y su consideración en el derecho procesal laboral, incluyendo una específica vía cautelar. Esta proliferación de referencias legislativas a los derechos fundamentales abre la posibilidad a su ejercicio procesal, provocando así los correspondientes pronunciamientos de jurisdicciones que no están concebidas en el manejo de categorías propias del derecho constitucional. El riesgo que se corre con ello es el de una expansión, y consecuente vaciamiento, del contenido fundamental de los derechos fundamentales.”

<sup>20</sup> Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el período 2006-2013”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 41 – N°2, (2014), ( pp. 409-435).

<sup>21</sup> En el considerando que sigue se nota esta influencia, para armonizar el derecho contractual con el derecho a la educación: “Séptimo: Que, según se advierte del basamento anterior, se faculta a la Universidad respectiva a retener por concepto de costos de administración hasta el 1% del arancel anual de la respectiva carrera, con lo que, en el caso de autos, el retracto presentado con un día de desfase en relación al plazo fatal indicado que cobra un 20% del arancel anual resulta arbitrario. En efecto, se está en la hipótesis que al iniciar la Universidad el proceso definitivo de planificación de actividades la recurrente dio cuenta de su decisión de no perseverar en sus estudios, por lo cual no se ha producido un daño superior al normal a cualquier retracto temporario. Es esta circunstancia, unida a la voluntad de la Universidad de no perseverar en el contrato educacional, la cual denotó un exceso en las exigencias pecuniarias lo que afecta la garantía prevista en el artículo 19 N° 24 de la Carta Política, por cuanto hace soportar a la recurrente un costo mayor al que razonablemente ha debido soportar la Universidad, el que se entiende proporcional a un porcentaje igual al fijado por el legislador por 10 días, esto es al 1% del arancel anual, conforme a lo cual la alumna deberá pagar ambas cantidades, las que suman un 2% del arancel anual, más la matrícula respectiva” (CS, Protección, Rol N° 24920-2014).

Otro caso, en un problema presentado por un paciente que intentaba hacer uso de CAEC (Cobertura Adicional de Enfermedades Catastróficas), se puede apreciar un criterio similar para resolver un conflicto de un derecho legal, en el marco de un contrato de salud previsual: “Tercero: Que la finalidad que se desprende de la lectura de la Circular N° 7, de 01 de julio de 2005, no ha sido otra que la de aumentar la cobertura que se otorga al afiliado y sus beneficiarios, siendo deber de la institución recurrida poner a dispo-

Esto es importante, porque tal concepción conlleva una carga ideológica que, necesariamente, ha de impactar en la contratación privada<sup>22</sup> y que en Chile comenzamos a advertir con un sentido más intenso, no sólo a nivel legislativo, sino también por acción de la propia autoridad y obviamente en el nivel más decantado por su particularización, como es el de la actuación judicial<sup>23</sup>.

Desde el ámbito estrictamente económico, las cuestiones de libre competencia<sup>24</sup> y de la lealtad en la competencia<sup>25</sup>, también tienen una esencial incidencia en la libertad y contenido de la contratación, según puede desprenderse de la legislación particular que existe sobre esta materia.

En consecuencia, estamos frente a un nuevo desafío, que dice relación con aspectos epistemológicos, de fuentes por lo mismo, donde pierden centralidad los Códigos, en el contexto de una dispersión normativa que debe ser reordenada<sup>26</sup>; hay una valoración distinta de aspectos que antes no parecían sensibles al Derecho y que exigen una reflexión profunda sobre el sentido de la justicia, en un contexto socio-económico complejo y diverso. Se advierte una evidente vuelta a la confianza en el Derecho como vehículo de cambio

---

*sición de sus abonados a un sistema conformado por una Red Cerrada de Atención y modalidad de atención médica cerrada, cuya finalidad precisamente es la de prestar atención de salud a dichas personas ante la eventualidad de presentar alguna de las enfermedades catastróficas cubiertas por el beneficio adicional.*

Pues bien, en el caso de autos ello no ha funcionado del modo previsto por una causa que no es imputable al paciente, dada la imposibilidad de su traslado, de modo que lo que correspondía era que la Isapre diera a la estipulación contractual una interpretación que atendiera la finalidad de la misma y que no se amparase en su facultad discrecional de designar al prestador. No cabe, en consecuencia, confundir la discrecionalidad, esto es, el uso motivado de las facultades de arbitrio, con la arbitrariedad, que consiste en la no motivación de las facultades discrecionales.

*En este caso, la Isapre no ha dado ninguna explicación atendible para justificar su negativa a otorgar la cobertura CAEC, aun ante la imposibilidad de traslado del paciente".* (CS, Protección, Rol N° 23036-2014).

<sup>22</sup> Cfr. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Relación entre valores y principios generales de Derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, Vol.35 – N° 3, (2008), pp.463-484.

<sup>23</sup> Sobre el tema, y por la importancia de autor por ser un destacadísimo profesor de derecho civil argentino y de gran influencia continental, y además es el actual Presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina, LORENZETTI, Ricardo Luis, *Razonamiento Judicial Fundamentos de Derecho Privado*, IDPL- Grijley, Lima, 2006, quien aboga por un reordenamiento a base de nuevos criterios de derecho privado, que decanten el razonamiento judicial, articulado en un sistema en el que confluyen normas, principios y paradigmas de decisión, que permita superar la abstracta formulación de los Códigos, destrozada por lo que denomina el "big bang" de fuentes alternativas. Con un sentido crítico respecto de corrientes metodológicas como el valorismo o el nuevo derecho y del activismo judicial en general, instando por hermenéutica basada en la semántica, el no menos conocido ex Magistrado de la Corte Suprema de su país, TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Manual de Hermenéutica Jurídica, Análisis constitucional, legal y jurisprudencial, Extracto adaptado y adicionado de la obra "La decisión judicial"*, Diké, Medellín, 2013.

<sup>24</sup> Por todos VALDÉS PRIETO, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

<sup>25</sup> Por todos CONTRERAS BLANCO, Oscar, *La competencia desleal y el deber de corrección en la Ley chilena*, Ediciones PUC, Santiago, 2012.

<sup>26</sup> LORENZETTI, cit., pp. 46 y 47: "Lo correcto es diferenciar a través del posicionamiento jerárquico de normas. Esa era la función del Código, como una ley superior o 'sacra'. La proliferación de leyes es una 'desacralización', ya que, al abundar, las normas adquieren un carácter instrumental que las devalúa. Hay una dinámica de la creación continua de leyes e instituciones y un subsiguiente deslizamiento jerárquico. En ese contexto vuelve a cobrar realce la hermenéutica, en tanto reconstrucción del sistema, identificando las normas fundantes, las derivadas y su vinculación interna".

social, que parecía en retirada, lo que desafía a los estudios de hermenéutica e interpretación jurídicas<sup>27</sup>.

Por lo visto, el tema es macizo y requiere de estudio y análisis, y por ello creo que merece que le dediquemos parte de este Seminario, más aún luego de haber apreciado las profundas e ilustradas conferencias que me han precedido.

8.- Como ha dejado expresado el profesor Enrique ALCALDE, el orden público tradicionalmente fue la categoría que permitía dibujar límites a la libertad de pactos o autonomía de la voluntad, que se le tiende a denominar autonomía privada<sup>28</sup>; queda así de manifiesto cómo este concepto, preñado de sentido económico, debe convivir con la aplicación de derechos, libertades, aspiraciones y proyectos de cambio social, con la política y el poder en definitiva. Me propongo en esta conferencia apuntar algunos aspectos de nuevo orden público que emerge en el horizonte<sup>29</sup>.

Me parece interesante, en relación con este tema, repasar brevemente dos conceptos clave para comprender el problema que se bosqueja:

- a) La dignidad de la persona y de sus derechos<sup>30</sup>;
- b) El contrato y su función social;

<sup>27</sup> A este respecto TAMAYO, cit., pp. 28 y 29 "...en la actualidad hay unas corrientes antisemánticas que conciben la interpretación jurídica como el descubrimiento de los valores que contienen y deben contener las normas o los precedentes vigentes, con miras a la aplicación de soluciones justas para cada caso concreto, independientemente de lo que digan dichas normas o precedentes. Como veremos, existen muchas variables de esta doctrina, entre ellas la de la interpretación creativa o constructiva de Dworkin, y la que concibe la interpretación jurídica como la aplicación de los valores constitucionales de acuerdo con determinada ideología política como, por ejemplo, la que propone la lucha de clases a partir del activismo de los jueces. En estas doctrinas valoristas o antisemánticas el intérprete no tiene inconveniente en prescindir del contenido lingüístico de la norma si de lograr la solución axiológica a la cual quiere llegar, se trata".

<sup>28</sup> El famoso profesor de Derecho Civil y político peruano, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, autor del prólogo al libro de LORENZETTI, cit., p. xxxiv, vierte un comentario escéptico hacia el final de sus líneas, respecto del proceso de solución de controversias por vía valorativa, e insta por la libertad de decisión (y valoración), que debe quedar radicada en las partes: "Desde este punto de vista, el bien común es muy importante pero no va más allá del establecimiento de las condiciones de la libre elección. Y ello da lugar a una intervención importante del Estado y de lo social dentro de la vida liberal. Es ésta la razón de que deban existir leyes (entre ellas, el Código Civil) así como jueces que diriman las controversias a fin de que el sistema de libre elección funcione sin fricciones. Es ésta también la razón por la que deben establecerse normas que garanticen la competencia leal y el libre comercio, normas que proscriban el abuso de posiciones dominantes que distorsionan la libre elección, normas que regulen el uso de los servicios comunes y de las facilidades generales del mercado y tantas otras que no pretenden decidir cuál es el bien de cada ciudadano, sino simplemente darle la posibilidad de que decida lo más fluidamente cuál quiere que sea su propio bien".

<sup>29</sup> Sobre este tema, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, "Constitución y Fuentes del Derecho", en *La Primacía de la Persona, Estudios en Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, (Jaime Arancibia Mattar y José Ignacio Martínez Estay, coordinadores), Legal Publishimng, Santiago, 2009, (pp. 346-366).

<sup>30</sup> Un temprano estudio de estos temas en relación con el Derecho Civil puede verse PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, "El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídicos 6*, (Medina Quiroga Cecilia, Mera Figueroa Jorge, editores), Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp.545-659.

No dudo que estas nociones pueden tener un relativo consenso en su formulación abstracta, aunque tal vez con poca operatividad práctica. Con todo, la carga ideológica del operador, en el nivel que sea, permite darles contenido diverso y hasta contradictorio a estos conceptos, lo que habla de su carácter polisémico<sup>31</sup>.

9.- Si comenzamos por la necesidad que se propone el Estado de proteger a la persona humana, podemos afirmar que ella impone, o exige, que todas las personas sean reconocidas como tales, en su intrínseca dignidad (hasta aquí parece existir consenso), a fin de asegurar que sus derechos innatos o fundamentales no sean afectados. A la hora de hacer el elenco de los derechos, inmediatamente comienzan los problemas, pues no hay acuerdo acerca de si existe un derecho al nacer, también si hay un derecho a abortar, o en qué consiste la no discriminación por sexo cuando hay temas de custodia de hijos o de adopción, qué deben entenderse por derechos reproductivos y de verdad si deben ser proclamados, si hay o no derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, cuáles son los grupos en riesgo de discriminación, la manera de abordar los problemas con pueblos originarios, hasta dónde debe protegerse la intimidad frente a la libertad de prensa y de expresión en general, qué es la ofensa a la religión, si los animales tienen derechos subjetivos, y un largo etc. Como es evidente, derecho y política se encuentran, no sólo porque la lucha política contemporánea se da en estos frentes, sino porque se demanda de legisladores y jueces comprometidos con estos temas.

Lo complejo y paradójico de esta situación es que invocando la dignidad de la persona y de su autonomía en Chile, se ha avanzado en procesos que pueden pensarse como contradictorios, pues, por una parte, en el ámbito laboral, por ejemplo, se ofrece a los trabajadores garantía de una integridad en vida y salud, llegando a proscribirse en los lugares de trabajo el acoso sexual y laboral, y se establece un sistema de protección laboral de las garantías individuales, o derechos fundamentales, por la vía de procedimientos de tutela efectiva. Pero paralelamente se prohíbe fumar en lugares de trabajo y públicos en general, aunque se pretende legalizar la marihuana y se es crecientemente permisivo con la pornografía, que todos sabemos está disponible en internet con un solo clic en el computador. Por otra parte, se postula la no discriminación y al mismo tiempo se aboga la legitimidad del aborto en casos de violación.

10.- Tal vez el aspecto más relevante, por su vinculación con el tema tratado, dice relación cómo la función social del contrato y cómo en muchos países

<sup>31</sup> Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago, 2006.



tiene una historia larga<sup>32</sup>. Puede ser que algunos ni siquiera hayan oído juntas estas palabras, porque contrato social sí que es un término famoso.

El concepto conecta con el tema de la función social de la propiedad, del contrato y de su fundamentación, que tiene siglos de discusión<sup>33</sup> y que marca, me atrevo a decir, un punto de tensión entre el derecho natural<sup>34</sup> y el derecho positivo, entre el liberalismo y el comunitarismo, entre personalismo y socialismo y variadas tendencias intermedias. ¿Qué hace legítimo al contrato, en el sentido de que legalmente debe ser cumplido y puede ser exigido?; ¿es el puro hecho de que haya sido alcanzado libremente, o bien requiere una justificación por su contenido?<sup>35</sup>. La cuestión es importante, porque lo que quiero dejar sentado es que cada día es menos segura, o aceptada, la idea de que el contrato obligue por el hecho de ser una expresión de la autonomía de la voluntad<sup>36</sup>.

Para el caso de nuestro Código Civil, la norma contenida en el artículo 1545, que como sabemos deriva de su similar francesa (artículo 1134 *Code Civil*), expresa

<sup>32</sup> El Código de Brasil de 2002 expresa textualmente en el artículo 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. REALE, Miguel, en su trabajo “FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO”, explica que ello deriva de la declaración constitucional de la Constitución Brasileira que proclama la función social de la propiedad. “O que o imperativo da “função social do contrato” estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Comenta el profesor Reale: “Não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao *poder negocial* que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.

O ato de contratar corresponde ao valor da *livre iniciativa*, erigida pela Constituição de 1988 a um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito, logo no Inciso IV do Art. 1º, de caráter manifestamente preambular.

Assim sendo, é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público. (<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>, visitado el 12 de febrero de 2014).

<sup>33</sup> Para una visión histórica del problema de la libertad contractual, con un sentido crítico de la visión voluntarista del contrato, ATTYAH, P.S., *The rise and fall of freedom of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, reimpresión 2003; en la antípodas, FRIED, Charles, *La obligación contractual. El Contrato como promesa*, (traducción de Pablo Ruiz-Tagle Vial, de la edición de 1981), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

<sup>34</sup> Para una estudio del aporte de la temprana doctrina jesuita a la libertad contractual puede verse: DECOCK, Wim, “Jesuit freedom of contract”, en *Legal History Review*, Volume 77 (2009), pp. 423-458.

<sup>35</sup> Aunque en nuestro medio la discusión prácticamente no ha existido, sí ha sido intensa y larga en otras latitudes, particularmente en el medio anglosajón. Vid. GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, Oxford, 1991, reimpresión 2011; AAVV, *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Edited by H Buckley, Duke University Press, Durham and London, 1999; CSERNE, Péter, *Freedom of Contract and Paternalism, Prospect and limits of and economic approach*, Palgrave Macmillan, NY, 2012.

<sup>36</sup> Sobre este punto, y a quien sigo, PIZARRO WILSON, Carlos, “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho* Vol 31 N°2 (2004) (pp. 225-237). Un estudio muy completo sobre el tema, en VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, quien llega a las mismas conclusiones.

que: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes"; a su turno, el artículo 1445 prescribe "Para que una persona se obligue a otra, por un acto o declaración de voluntad es necesario...", cumplir con 3 presupuestos adicionales, aparte del consentimiento carente de vicios. De ambas disposiciones se concluye que la mera o pura voluntad no basta, porque es necesario que a ella se agreguen: capacidad del sujeto, objeto lícito y causa lícita. Estos 4 elementos reunidos pueden dar lugar a una obligación de fuente voluntaria, y con ello admitir que un contrato esté "legalmente" celebrado y genere una obligación, que debe entenderse como una "ley" para los contratantes.

Desde el punto de vista del contenido, el artículo 1546 dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y "por consiguiente obligan no sólo a lo que en ello se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella". Esto quiere decir que el contenido contractual no está dado sólo por la voluntad contractual, sino también por aquellos aspectos que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley o costumbre le pertenecen.

De la lectura de estas normas no puede concluirse que el contrato obligue sólo porque es fruto de la expresión de una voluntad, sino más bien porque la ley viene a sancionar dicha manifestación con exigentes requisitos (objeto y causa real y lícitos), y además, exige un contenido que acompañe el acuerdo negocial, bajo el gran principio operativo de la buena fe.

La cuestión es importante, porque una reflexión en esta línea, en los derechos continentales se ha considerado como ilícitos a los contratos que carecen de objeto o causa, o se consideran ilícitas (las contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres)<sup>37</sup>. En el sistema anglosajón, la exigencia de *consideration* que debe exigirse a toda promesa para ser obligatoria y ejecutable, y la necesidad de que el contrato sea legal, viene a cumplir esta misma función<sup>38</sup>.

El punto que quiero iluminar es que no debe asociarse el principio del *pacta sunt servanda*<sup>39</sup>, tan antiguo como aceptado en el derecho civil, con el dogma moderno de que los contratos obligan porque son fruto de la autonomía de la voluntad.

<sup>37</sup> Para un historia de la elaboración de una teoría general del contrato, Vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Acto, negocio, Contrato y Causa en la Tradición del derecho Europeo e Iberoamericano*, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, Cizur Menor, 2005, pp. 79-96.

<sup>38</sup> Cfr. DRANIAS, Nicholas C., "Consideration as Contract: A secular Natural Law of Contracts", en *Texas Review of Law & Politics*, Vol.12 (2013), pp. 269-326; es clásico en esta material el trabajo de ATIYAH, P.A., "Consideration: A Restatement", en *Essays on Contract*, Clarendon Paperbacks, New York, 1986, (pp. 179-243).

<sup>39</sup> Este aforismo de Ulpiano, D.2.14.7.7, expresa que los pactos han de observarse (cfr. DOMINGO, Rafael y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, Rodríguez, *Reglas Jurídicas y Aforismos*, aforismo 483 *pacta sunt servanda*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000, p. 101.

La obligatoriedad de los contratos, me parece, ha de ligarse a aspectos de tipo filosófico o moral, en el sentido de detectarse una razón o principio de justicia, que imponga el deber de honrar los contratos<sup>40</sup>. De otra manera el *pacta sunt servanda* no es la causa que justifica la obligatoriedad de los contratos, sino la sedimentación de un principio que exige el cumplimiento de los contratos, pero previamente exige determinar por qué ello debe ser así<sup>41</sup>.

11.- Comprendo que para muchos lo que digo pueda aparecer peligroso y arcaico, y en algún sentido lo es, porque si miramos la historia del siglo XX veremos cómo el comunismo, el nacionalsocialismo, y el mismo fascismo italiano se llenaron de conceptos generales que exigían que los contratos pudieran justificarse si se insertaban en el bien general del pueblo, de la raza, o de la solidaridad social. No podrá extrañar entonces que en el *Codice* de 1943, pleno de los principios de la buena fe y de la *correttezza* se hayan usado de manera ideológicamente intencionada; o el mismo BGB alemán, que es de 1900, no haya tenido que modificarse para que en su momento se aplicaran las teorías sociales del Tercer Reich. La buena fe que se recogía en varias disposiciones del BGB, intencional e ideológicamente interpretadas, permitían esa tarea unificadora o integradora del contrato al orden social, que la ideología del régimen exigía a sus juristas y por lo cual fueron acusados, por otros juristas disidentes, luego de la caída del Tercer Reich en 1945.

12.- En un avance doctrinal desde la óptica de un estado democrático, la idea de solidaridad social no podía dejar de traspasar las concepciones liberales del contrato. Hoy tenemos todo un campo doctrinal, tanto en Europa como en los Estados Unidos, que aboga por una regulación (limitación) del contrato, que busca incorporarla en el proceso de integración social, sospechando de la clásica opción liberal o clásica, si se quiere, de que la pura libertad de pactos entre iguales asegura la justicia (bilateral y social) del trato<sup>42</sup>.

13.- En consecuencia, difícil resulta hoy afirmar que el puro pacto, libremente consentido, es garantía de justicia y orden social conformes, porque ya se sabe

<sup>40</sup> Es la tesis que defiende GORDLEY, cit., *passim*, quien sostiene que la pérdida del concepto del contrato como expresión o ejercicio de la virtud de la justicia bilateral, o de la gratuidad, escondió la verdadera fundamentación del contrato. Una aproximación histórica al dogma y sus excepciones en ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of The Civilian Tradition*, Clarendon Paperbacks, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 576-582.

<sup>41</sup> Es importante en este sentido el estudio que hace GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit., pp. 197-406, sobre la causa del contrato y de la obligación. El profesor Guzmán postula que la idea moderna y que llegó a nuestro Código de causa del contrato, con fuente en POTHIER (y éste en DOMAT), constituye una derivación equivocada de la doctrina de la causa medieval, que estaba vinculada sólo a algunos contratos, distintos a los nominados o reales, y por ello era más bien una exigencia para pactos innominados (*stipulatio*) o desnudos. Pienso que de todas maneras la idea de causa, en cuanto justificación de la obligación contractual, es común a todos los contratos en la tradición histórica, lo que ocurre que en algunos contratos ella aparece implícita en la regulación misma, o su forma.

<sup>42</sup> Cfr. BERNAL FANDIÑO, Mariana, *El deber de coherencia en el derecho colombiano*, Editorial P. Universidad Javeriana, Bogotá, 2013, pp. 41-82, quien presenta las bases del solidarismo contractual francés.

que la libertad humana, dejada así, al puro arbitrio, conduce a una monstruosidad, como es la esclavitud, que es paradójicamente la expresión más horrenda de la libertad humana, o a situaciones de subordinación que no pueden aceptarse. Por ello, la libertad de pacto, contra toda la ideología dominante, ha debido ser contenida; ya no es posible aceptar que la justicia del trato, únicamente se explique por el hecho de que haya sido libremente consentida.

14.- Hoy se ha llegado a hablar, como dije, de la función social del contrato. Se afirma por algunos que el contrato no logra legitimarse jurídicamente si no alcanza un grado de complementación o coordinación social, sea con la contraparte o con la sociedad como cuerpo. De otra manera, no se podría hablar de contrato jurídicamente protegible, si el resultado alcanzado como fruto del libre acuerdo no se inserta en un contexto de cooperación, interindividual y para muchos fuertemente social<sup>43</sup>.

15.- Es más, la misma aproximación económica del contrato bajo los criterios de la escuela del *law & economics* tiene una dimensión o función social, cuando se descubre que la libertad de pacto debe ceder a la necesidad de la maximización de bienestar; punto sobre el cual HAYECK al menos no estuvo dispuesto a aceptar<sup>44</sup>: el incumplimiento eficiente emerge como la institución más paradójica y extremada que esta doctrina ha logrado consagrar<sup>45</sup>. Estas teorías de la eficiencia económica llevadas al ámbito social, o de políticas públicas, con el fin de incentivar la cooperación de los contratantes, el uso eficiente de la información y por lo tanto la racionalidad de las transacciones, seducen a mentes que antaño habían caído encandiladas a la luz de las velas de la “planificación económica central”. Ellas encontraron en el nuevo análisis económico del derecho un buen aliado para proclamar la compatibilidad de desarrollo económico y bienestar social, que les había resultado tan esquivo y que en Europa hoy parece de nuevo escindirise.

16.- Por ello, más que hablar de autonomía de la voluntad, lo que debe afirmarse es la libertad contractual. La autonomía de la voluntad no nos parece, no termina por dar una real justificación del porqué quedamos obligados en un contrato, sino para proclamar la facultad que tenemos de obligarnos libremente.

Estoy consciente que desde el punto de vista constitucional, como ya he dicho, tenemos un marco normativo que da una fuerte señal en favor de la libertad de la persona, incluso de tipo económico<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Para un estudio más completo de la función social del contrato, en una perspectiva inter partes, formulada como deber de cooperación BERNAL FANDIÑO, cit., *passim*.

<sup>44</sup> Para un estudio comparativo entre la denominada Escuela Austríaca de la Economía y del Análisis Económico del Derecho, STORDEUR, Eduardo (h), “Economía de los contratos y escuela austríaca de economía: consideraciones preliminares”, en *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, N° 54 - Mayo 2011 (pp. 87-133).

<sup>45</sup> Cfr. POSNER, Eric A., *Contract Law and Theory*, Wolters Kluwer, NY, 2011.

<sup>46</sup> Sobre la materia FERMANDOIS V. Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2010, p. 29. El autor desarrolla largamente el concepto de orden público

Así, de acuerdo con nuestra Constitución, las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1°); derecho y protección de la vida privada (art. 19 N° 4) y a la libertad personal (art. 19 N° 7), normas todas similares a muchas Constituciones contemporáneas, apoyadas en la declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre las cuales puede fundarse el derecho a la libertad y a la autonomía personal.

En lo estrictamente económico, el artículo 19 N° 21 garantiza el derecho “a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. A ello debe agregarse lo dispuesto en el artículo 19 N° 23, sobre la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, salvo que sean de aquellos que deben entenderse como comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a la Nación toda y una ley así los declare. Dispone la Constitución que sólo con una ley de quórum calificado se pueden establecer requisitos o limitaciones para la adquisición de determinados bienes. El derecho de propiedad queda consagrado en el artículo 19 N° 24, cerrando esta trilogía de normas que dan un marco potente a la libertad de empresa: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. Sólo 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”.

No dudo que efectivamente esas normas consagran la libertad contractual, basada en el derecho a la libertad personal, en la igualdad intrínseca de toda persona y en el derecho a desplegar cualquier actividad económica, con las limitaciones ya vistas, porque todo contrato tiene como sustrato una operación económica. En efecto, el dominio que la constitución asegura en el artículo 19 N° 24 se refiere a toda clase de bienes, corporales o incorporeales, lo que permite concluir que la norma del artículo 19 N° 23 da amplia libertad de acceso a tales bienes, entendiendo como recibir la “titularidad” de derechos reales o personales, en la amplia comprensión que hemos recordado. Sabemos que el mejor título para hacerse de derechos personales, en cuanto fuente de tales derechos, son los contratos.

---

económico, como el concepto clave que permite ordenar la actividad económica, en coherencia con la Constitución de 1980, fundamentalmente con las denominadas Bases de la Institucionalidad. Apunta la siguiente definición: “Hemos definido el orden público económico como ‘el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana’.”

17.- La protección del derecho de propiedad alcanza a los derechos derivados de un contrato, si se piensa que el contrato es un bien incorporal, del que no puede ser privado su titular, sino bajo la forma de expropiación, pero claro, bajo una comprensión funcional y no normativa de ese bien denominado contrato<sup>47</sup>.

La función social del contrato sólo puede venir exigida, en principio, por ley, pues es ésta la única que puede imponer limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad.

Por último, la garantía del artículo 19 N° 26 de la misma Constitución: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

A todo lo anterior debemos agregar la garantía de la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad, manifestada entre otras muchas disposiciones en la garantía del artículo 19 N° 3, inciso 2°. “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Adicionalmente, en la regulación del recurso de protección se encuentra interesante material normativo:

“Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también, el recurso de protección en el caso del N° 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

<sup>47</sup> Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, “Irretroactividad de la ley e Intangibilidad contractual. A propósito del fallo del Tribunal Constitucional de la deuda subordinada del sistema bancario”, en *Derecho de los Contratos*, Universidad de los Andes, *Cuadernos de Extensión Jurídica* 6, Santiago, Editores H. Corral y G. Acuña, (2002), (pp. 47-68).

Como puede apreciarse, parece existir un cuerpo articulado y coherente, que, como he dicho, tiene como gozne el concepto de orden público económico, y cuyos contornos son imprecisos, como cualquier concepto o noción estándar o indeterminada en el Derecho.

## **II Integración e intervención del contrato por la Administración**

18.- Con este básico marco conceptual puedo entrar en el meollo del asunto. Los conceptos que debemos desarrollar dicen relación con la integración e intervención del contrato por la Administración.

19.- Históricamente, los problemas de libertad, interpretación e integración contractual, en relación con la Administración, se resolvían con los principios clásicos de libertad de contratación y autonomía privada (artículos 1445, 1546, 1560), relatividad de los contratos (1545), buena fe (1546), irretroactividad de la ley (9°) e intangibilidad de los contratos (art. 22 Ley de Efecto retroactivo de Las Leyes).

Pero como se ve, la cuestión ahora es más compleja, porque tenemos que asumir la existencia de otros principios, valores, o paradigmas, configurados muchos de ellos como libertades y derechos constitucionales (o derechos fundamentales).

El concepto de integración contractual apunta a la necesidad de colmar o completar una determinada laguna contractual, cuando por alguna circunstancia las partes no han previsto alguna materia que precisa de solución.

La idea de intervención se conecta con la facultad que puede encontrarse en alguna autoridad administrativa para introducirse en la regulación de un contrato y darle un contenido o eficacia distinta a la que las partes le dieron. Uso el término de "intervenir" en el sentido de invasión, cuando la autoridad administrativa desconociendo la autonomía de las partes, las suplanta, para darle al contrato un sentido diverso de que las partes le han dado, sea para modificarlo, para gestionarlo o directamente para ponerle término.

En ambos casos, como se ve, se trata de comportamientos que deben provenir desde la autoridad administrativa.

20.- Desde el punto de vista administrativo, la facultad de integrar o intervenir contrato es excepcional.

Como he dicho, existen autoridades que sí tienen expresamente la facultad de interpretar contratos y eventualmente intervenir en el sentido de regularlos, a partir de sus facultades interpretativas o normativas. La más importante, me

parece, es la Dirección del Trabajo. Pero no sólo ella, también tenemos las distintas superintendencias, como he dicho, que entre sus funciones está la facultad de aprobar contratos tipo o cláusulas uniformes.

21.- En la deliberación que se dio en el Tribunal Constitucional, y que se refleja en la sentencia que recayó en el proyecto de ley de la recientemente aprobada ley que creó introdujo la figura del administrador provisional<sup>48</sup>; puede advertirse la intensidad ideológico-jurídica que se aprecia entre los ministros que debatían la posible constitucionalidad de una figura que permite, en lo sustantivo:

*Artículo 13.- Para el cumplimiento de su objeto, el administrador provisional asumirá, desde el momento de su designación, con plenos poderes, y para la única finalidad de solucionar los problemas detectados en la investigación, el gobierno y la administración de la institución de educación superior, correspondiéndole en consecuencia, la representación legal y todas aquellas facultades que la ley y los respectivos estatutos o escritura social, según corresponda, le confieren a cualquier autoridad unipersonal o colegiada que desempeñe funciones directivas, llámese ésta asamblea de socios, directorio, junta directiva, gerente general, rector o cualquier otra nomenclatura que confiera alguna de las facultades señaladas en el presente inciso”.*

Es cierto que la figura no es nueva en nuestra legislación y así lo tuvo presente el TC para resolver el asunto<sup>49</sup>, pero no puede negarse que se introdujo después de más de 30 años de funcionamiento de la nueva institucionalidad universitaria en nuestro país y, por lo mismo, sin que las Universidades creadas al amparo de esa legislación la hubieran considerado. Por ello, la discusión que se dio en el tribunal y que separó aguas entre quienes estimaron constitucional el proyecto, acordando desechar el requerimiento y que hicieron la mayoría, y quienes estuvieron por acoger el requerimiento; el tema tiene relevancia, porque el TC cambió su doctrina anterior, resolviendo un tema parecido<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Tribunal Constitucional, sentencia de veintiséis de noviembre de dos mil catorce, Rol 2731-14. La ley tiene el N° 20.800, DO de 26 de diciembre de 2014.

<sup>49</sup> Lo recuerda la sentencia del TC, en su considerando segundo: “SEGUNDO: Que el administrador provisional existe en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en empresas que operan bajo la modalidad de contratos administrativos, como de empresas que operan bajo régimen de autorización.

Así, en empresas sujetas a contratos administrativos, existe en materia eléctrica (D.F.L. N° 4/2006, Economía), en materia sanitaria (D.F.L. N° 382/1988, Obras Públicas), en materia de concesiones de obras públicas (D.S. N° 900/1996, Obras Públicas), en materia de transporte público de pasajeros (Ley N° 18.696/1998).

En materia de empresas sujetas a autorización, existe respecto de los bancos (D.F.L. N° 3/1997, Hacienda); de las AFP (D.L. N° 3.500); de las Isapres (D.F.L. N° 1/2006, Salud); y en establecimientos educacionales de enseñanza básica y media (Ley N° 20.529).

Se trata, como se observa, de actividades intensamente reguladas, donde el interventor se suma a otras técnicas de policía (fiscalizaciones, órdenes, prohibiciones, inspecciones y entrega de información). Y donde las actividades desplegadas tienen un vínculo con el Estado (contrato administrativo o autorización);

<sup>50</sup> “TRIGESIMOSEXTO: Que, a la luz de estos principios interpretativos, es necesario cambiar el precedente de la sentencia Rol N° 184/1994.



Lo clave de este fallo es que pondera derechos de administración, alojados en el derecho de propiedad de la institución, con el derecho a la educación de los educandos, y formula un juicio de ponderación. Convierte así a los educandos en acreedores de un derecho de conformación personal, pero al cual el TC justifica una protección especial.

*“CENTESIMOSEPTUAGESIMONOVENO: Que, analizadas las características de la administración provisional, resulta evidente que ésta se funda en expresas consideraciones de interés público. El administrador provisional debe tratar de realizar una administración que restituya el equilibrio de derechos fundamentales amagados por una administración ruinosa que llevó a la institución a una crisis. La ausencia de intervención es sinónimo de pérdida del ejercicio del derecho a la educación de los estudiantes. En cambio, la intervención estatal sobre la administración de la institución de educación superior tiene por objeto preservarla hacia el futuro para sus titulares originales. El sacrificio que demanda para los administradores y controladores de la institución es infinitamente menor que la satisfacción del derecho legítimo que tienen los estudiantes a alcanzar sus títulos profesionales, que se ve frustrado por causas ajenas a su voluntad. Para unos, hay limitación, y para otros, privación de derechos. Este es un conflicto que exige una ponderada restricción de las facultades de administración, justamente para salvaguardar el modelo educativo que se ha planteado cada institución y sus programas y carreras que lo ejecutan. Por lo*

---

Por la sentencia Rol N° 184/1994, esta Magistratura, ejerciendo el control obligatorio de constitucionalidad, objetó la posibilidad de que la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, previo acuerdo del Banco Central, nombrara, por tres meses prorrogables, un delegado en una AFP, si ésta hubiere incurrido en infracción grave de ley que cause perjuicio al fondo que administra, o redujere de hecho su patrimonio, al mínimo que exige la ley.

El Tribunal consideró que dicho precepto afectaba el derecho de propiedad (por mera disposición administrativa se priva de la administración), el derecho de asociación (se impone a alguien externo a la sociedad), la autonomía de los grupos intermedios (se afecta el derecho de decidir sus propios actos y de administrar o fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar), y la facultad exclusiva de los tribunales de resolver los conflictos (el nombramiento de interventor es una medida precautoria inherente a los tribunales, no a órganos de la administración);

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, en el presente fallo, este Tribunal considera que es necesario revisar dicho precedente y sus fundamentos, por las razones que se expresan a continuación.

En primer lugar, dicho fallo se encuentra aislado en el tiempo. Por de pronto, porque la Corte Suprema, en 1983, había rechazado un recurso de protección, interpuesto por los accionistas del Banco de Chile contra la Superintendencia de Bancos, en que se cuestionaba el nombramiento de un interventor, a consecuencia de la crisis bancaria de ese año. La Corte Suprema consideró que el nombramiento del interventor era plenamente legítimo.

Para ello argumentó que los bancos realizaban una actividad trascendente en el desenvolvimiento de la vida nacional y con notoria influencia en la normalidad de los negocios del país. La inestabilidad en este sector es de gran gravedad y extensión en la comunidad toda.

Asimismo, la Corte consideró que no se trataba de un acto jurisdiccional, toda vez que el conflicto de intereses nace precisamente con ocasión de realizarse el acto administrativo del nombramiento. Además, su resultado no es inamovible, pues puede ser dejado sin efecto por la misma Superintendencia o por un Tribunal, no dándose el efecto de cosa juzgada que confiere a lo resuelto el carácter de irrevocable, inimpugnable y perpetuo. Y, finalmente, la medida tenía que ser puesta en vigencia con carácter de urgente. Ello pugna con la idea de un debate prolongado entre la autoridad que lo dispone y la institución que pudiera resultar afectada (RDJ, tomo LXXX, 1983, sec. 5a., págs. 57-65)”;

*mismo, el desplazamiento del administrador debe estar rodeado de garantías de que ambas situaciones acontezcan: que el derecho a la educación de los estudiantes no sea suprimido y que el proyecto educativo no naufrague. Eso es lo que exige poderes necesarios y suficientes, por un tiempo corto, con objetivos limitados y finalidades claras. Por lo tanto, es perfectamente constitucional este desplazamiento de la administración y entraña una intervención reducida en relación a la satisfacción de un interés público manifiesto como es el ejercicio del derecho a la educación de los estudiantes que ingresaron a una institución de estudios que contaba con el reconocimiento oficial del Estado”.*

En este sentido es muy expresivo el siguiente considerando, en el cual se compara el acreedor a la educación con un acreedor comercial o civil.

*“NONAGESIMOSÉPTIMO: Que, en caso de insolvencia, se puede nombrar a un veedor, cuya función básica es propiciar acuerdos entre deudores y acreedores (artículo 25, Ley N° 20.720). Para tal efecto, está facultado para imponerse de documentos, fiscalizar, impetrar medidas precautorias y de conservación (artículo 25, Ley N° 20.720). Si no es suficiente el veedor, hay que nombrar un liquidador. Este queda facultado para incautar e inventariar bienes, liquidarlos, cobrar créditos (artículo 36, Ley N° 20.720). Y desde la resolución de liquidación, el deudor queda inhibido de pleno derecho de administrar sus bienes, y deja de tener facultades de disposición (artículo 130, Ley N° 20.720).*

*Nadie podría sostener que toda esta regulación es expropiatoria y que afecta el artículo 19, N° 24°, de la Constitución. El legislador pondera que en determinadas circunstancias, para proteger a terceros, es necesario limitar las facultades del dominio.*

*Tratándose del administrador provisional, estos terceros son los estudiantes. Frente a la libertad de enseñanza, propia del dueño del establecimiento, la ley valora el derecho a la educación de los alumnos, que es puesto en peligro por una mala gestión.*

*No consideramos que los acreedores del derecho a la educación deban quedar en peor pie que los acreedores de una obligación civil o comercial”;*

El quid, me parece, está en que en el caso de derechos fundamentales, como el que se analiza, el TC formula una diferenciación entre la actuación de un acreedor civil y comercial, y su protección del crédito y la justiciabilidad de una garantía como esta, dotándola de un contenido operativo que la hace sobrepasar el marco formal del derecho de propiedad del prestador, al funcionalizar su derecho al cumplimiento del objetivo social que conlleva el derecho que se supone que imparte como prestación, y que se supone está en riesgo. Hay aquí un resquebrajamiento evidente del derecho de propiedad vinculado a

este tipo de prestaciones, que parece esencial para darle verdadero contenido, como derecho fundamental: el de la libertad de enseñanza. Hay un ostensible desequilibrio.

22.- Un organismo particularmente importante hoy es el Sernac, que tiene entre otras funciones (art. 58 letra 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, 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".

Las autoridades del Sernac, de hoy y de ayer, han declarado que sus facultades son insuficientes, pues sólo han permitido al Sernac un cierto control de cláusulas abusivas en el comercio, instando por la vía judicial cuando no llega a una autocomposición con la empresa en la instancia de mediación entre proveedores y consumidores y usuarios. Esta función supone intervenir en una relación privada, cuando se estima que una determinada cláusula no se ajusta a los términos legales<sup>51</sup>.

Es importante considerar en este sentido que, conforme con la Ley de las Pymes N° 20.416, artículo 9°, desde febrero de 2010, la ley del consumidor, en sus aspectos más relevantes y desde luego en materia de cláusula abusivas, permite ser aplicada a las relaciones entre micro y pequeñas empresas y sus proveedores, en carácter de irrenunciables anticipadamente. Esto supone una ampliación de la ley al ámbito más estrictamente considerado de los consumidores, aunque no así de las funciones administrativas del Sernac, que quedan expresamente excluidas a estos efectos.

No debe obviarse la incidencia que la regulación de las cláusulas abusivas en la Ley de Protección al Consumidor puede tener en el derecho común, porque aquí detecto una vía para intervenir los contratos desde la Administración, tanto en las áreas reguladas, como el derecho libre, por llamarlo de alguna manera, y que en los sistemas de derecho comparado se denomina condiciones generales de la contratación.

<sup>51</sup> El profesor RODRÍGUEZ GREZ, cit, p. 189, aprecia en la Ley del Consumidor chilena una línea de "intervención" del contrato "fijando, en líneas gruesas, las cláusulas que se prohíben, la manera en que el contrato debe ser celebrado, ejecutado, interpretado y resuelto", pero no cree que se trata de un contrato "dirigido", pues aprecia una diferencia de grado. "La "intervención del contrato" deja un margen a la voluntad de las partes, aun cuando restringido y limitado, a la inversa de lo que ocurre en el contrato dirigido, en que las disposición contractual ha sido establecida por la autoridad".

Es de todos conocido que el fallo Sernac con Cencosud<sup>52</sup>, y la activa intervención del Sernac posterior, lo que dio argumentos a la Superintendencia de Bancos para modificar las circulares que regulaban aspectos del crédito financiero que aparecían como contrarios a la Ley N° 19.496 y a los criterios sentados en el fallo referido<sup>53</sup>.

23.- Pero prefiero concentrar la atención en lo que me parece medular: la cuestión de las condiciones generales de la contratación y su incidencia en la contratación entre profesionales, o al margen de las relaciones de consumo, cuando una parte se aprovecha de su posición de poder o bien, le impone cláusulas vía contratos de adhesión. Como se ha visto, y siguiendo el criterio del profesor RODRÍGUEZ, en estos casos se puede dar una intervención del contrato, que puede llegar a una necesidad de integración, aunque no necesariamente por la administración

Chile no tiene una ley especial que regule esta materia, sólo podemos decir, como ya adelanté, que las micro y pequeñas empresas, es decir, las que facturen anualmente hasta 2.400 UF y 25.000 UF, respectivamente, están sujetas en sus relaciones con sus proveedores a la Ley N° 19.456, sobre protección de los derechos de los consumidores.

<sup>52</sup> CS, casación civil, Rol 12.355-11. Un comentario al fallo puede verse en PINOCHET OLAVE, Ruperto, "Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho del consumo chileno, comentario a la sentencia de la Excm. Corte Suprema de 24 de abril de 2013 recaída en el "caso Sernac con Cencosud", en *Revista Ius et Praxis* Vol.19, N° 01 2013 (pp. 365-378).

<sup>53</sup> La SBIF anunció el 30 de abril de 2013 (Circular 3.549), una serie de modificaciones a las normas que rigen a sus fiscalizados, modificando precisamente sus criterios sobre consentimiento. Para una explicación de estos criterios, puede verse la presentación del Superintendente de la época, señor Rafael Bergoening Vela, en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, "Adecuación de las normas SBIF a la Nueva Ley del Consumidor", 15 de mayo de 2013. [http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS\\_10247.pdf](http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_10247.pdf) El Gobierno del Presidente Piñera incluso decidió dictar un Decreto que regulara la situación del consentimiento expreso en estos casos, que llevó el N° 153, de 19 de diciembre de 2013, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, el cual fue rápidamente derogado, con la llegada al poder de la Presidenta Bachelet (Decreto N° 79 de 17 de marzo de 2014 del mismo Ministerio). La razón era obvia, el Decreto derogado regalaba la manifestación expresa de voluntad en contratos de adhesión de productos y servicios financieros, sin respetar la Ley N° 19.496, pues, entre otras normas contenía la siguiente: "Artículo 9°.- Efectos del Rechazo Expreso o No Manifestación de Voluntad Oportuna del Consumidor a la Propuesta de Modificación. En caso que el Consumidor rechace expresamente la propuesta de modificación comunicada por el Proveedor, o no manifieste su voluntad dentro del plazo establecido en el artículo anterior, la modificación no producirá efecto alguno, sin perjuicio de la facultad de cualquiera de las partes para poner término al Contrato, en caso que éste sea de duración indefinida.

Lo dispuesto en el inciso anterior sólo tendrá lugar en caso que la propuesta de modificación cumpla cabalmente lo establecido en el artículo 8°".

No puede haber duda que una norma así va contra lo que dispone el artículo 12 de la Ley N° 19.496: "Artículo 12.- Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio". Si el proveedor no tiene por ley derecho a ponerle término unilateralmente un contrato, dicha facultad no se la puede conceder un simple decreto.

El resto de las empresas se sujeta en sus relaciones a las reglas generales, el Código Civil y el Comercial.

Muchos países, incluso en este ámbito, tienen una ley general de condiciones generales de contratación (Alemania, España, Portugal, UK, etc.), que de alguna manera pretende regular la contratación privada cuando se da entre personas con poderes desiguales, para evitar abusos en la contratación. Estas leyes incluyen, obviamente, cuestiones referidas a los contratos de adhesión.

Se podría pensar que nuestro sistema legal común, al no tener restricciones en estas materias, deja estos temas a las reglas generales, especialmente a los tradicionales conceptos de orden público, buena fe y buenas costumbres.

Sin embargo, me parece que en lo sucesivo veremos una jurisprudencia más inclinada a sancionar prácticas abusivas, sea por vía de la inclusión de ellas en contratos de adhesión o por la vía de excluir sencillamente contenidos de cláusulas que parezcan excesivas. Veo un Sernac muy activo en esta materia, en todo el ámbito de la Ley de los Consumidores, en el resto, tal vez, las mismas Superintendencias adquirirán un rol más protagónico.

Los criterios que aquí juegan son:

- a) Imposición de un determinado contenido contractual por la vía de la adhesión.
- b) La falta de aceptación de un determinado contenido, por no haber sido el afectado suficientemente negociado.
- c) Un desequilibrio inaceptable en favor del proponente.
- d) La falta de razonabilidad de la cláusula desde la óptica del equilibrio económico del contrato.
- e) Todo en el marco de las exigencias de la buena fe.

24.- En cuanto a la cuestión del contenido mismo de una cláusula excesiva, abusiva o leonina, dice relación con tres aspectos que parecen clave: un desequilibrio de derechos en favor del proponente, una práctica contraria a los usos del comercio y de los negocios, buena fe y un daño o perjuicio objetivo para el afectado.

El problema está en que la buena fe, que regula el contenido contractual, conforme con lo que dispone el artículo 1546 del Código Civil, con el desarrollo

doctrinal que tiene en Chile, nos dice poco acerca de cuándo una cláusula parece no ajustarse a parámetros aceptables. Sin embargo, el caudal de principios, valores y paradigmas de nivel constitucional y de derecho internacional de derechos humanos, creo que tienen fuerte incidencia.

No dudo, en este sentido, que los criterios que emergen de la misma Ley N° 19.456 van a ser muy iluminadores.

25.- Creo interesante en este sentido traer aquí a colación los criterios que se han aprobado en lo que se define el denominado El Marco Común de Referencia, para el proceso de unificación del derecho privado de la Unión Europea.

II.-9:402: deber de transparencia en las cláusula no negociadas individualmente.

1) Quien predisponga cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente tiene el deber de asegurar que las mismas son redactadas y comunicadas en un lenguaje sencillo e inteligible.

2) En un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor una cláusula que haya sido predispuesta por aquel incumpliendo el deber de transparencia impuesto en el párrafo (1), podrá ser considerada por sólo este motivo como abusiva.

II.-9:403: Significado de "abusivo" en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor.

En un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor una cláusula (que no haya sido negociada individualmente) será abusiva, a los efectos de esta sección, si ha sido predispuesta por el empresario y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos, un perjuicio significativo al consumidor".

II.-9:404: Significado de "abusivo" en los contratos celebrados entre partes no empresarias.

En un contrato celebrado entre partes que no sea ninguna un empresario, una cláusula será abusiva, a los efectos de esta sección, si forma parte de cláusula estándar predispuestas por una de las partes, y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos, un perjuicio significativo a la otra parte".

II.-9:405: Significado de “abusivo” en los contratos celebrados entre empresarios.

Una cláusula incluida en un contrato celebrado entre empresarios será abusiva a los efectos de esta Sección, sólo si forma parte de la cláusula estándar predispuesta por una de las mismas y resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez de los tratos.

II.-9:406: Exclusiones del control de abusividad

1) No estarán sometidas al control de abusividad, conforme con esta Sección, las cláusulas contractuales que estén basadas en:

a) las disposiciones del derecho aplicable

b) convenciones internacionales de las que son parte los Estados miembros o la Unión Europea; o

c) estas reglas

2) Respecto de las cláusulas contractuales que han sido redactadas en un lenguaje sencillo e inteligible, el control de la abusividad no se extenderá ni a la definición del objeto principal, ni a la adecuación del precio a pagar

II.-9:407: Factores a tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas

1) El carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará, a los efectos de esta Sección, teniendo en cuenta el deber de transparencia conforme al Art. II):402 (deber de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente), la naturaleza de lo que proporciona a través del contrato, así como las otras cláusulas del contrato, o cualquier otro contrato del cual dependa.

2) A los efectos del Artículo II.- 9:403 (significado de “abusivo” en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor), las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, incluyen la oportunidad que tuvo el empresario de conocer la cláusula antes de la conclusión del contrato.

II.-9:408: Efectos de las cláusulas abusivas

1) Una cláusula que sea abusiva conforme a esta Sección no es vinculante para la parte que no la dispuso.

2) Si el contrato puede ser mantenido razonablemente sin la cláusula abusiva, las otras cláusulas seguirán siendo vinculantes para las partes.

En un reciente fallo, conociendo de un litigio por cláusulas abusivas en España, de un ejecutado bancario el Tribunal de Justicia Europeo ha dicho:

*“En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”.*<sup>54</sup>

26.- También vale la pena recoger la doctrina denominada de los *unconscionability terms*, que del fondo de sentencias de *equity* del *Common Law*, fueron incorporadas el *Uniform Commercial Code*, en 1952 y luego en el *Restatement (Second) of the Law of Contracts*, de 1981 .

*“2-302. Unconscionable contract or Clause.*

*(1) If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.*

*(2) When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination”*<sup>55</sup>.

**“§208. UNCONSCIONABLE CONTRACT OR TERM**

If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result”<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Publicado en *Actualidad* SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (\*) «Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Facultades del juez nacional que conozca del proceso declarativo – Cláusulas abusivas – Criterios de apreciación».

En el asunto C415/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 8 de agosto de 2011.

<sup>55</sup> <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-302>

<sup>56</sup> [http://www.lexinter.net/LOTWVers4/unconscionable\\_contract\\_or\\_term.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVers4/unconscionable_contract_or_term.htm). También el *Uniform Commercial Code*, K.S.A. 84-2-302: ““(1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause



La doctrina de *unconscionability* tiene su fundamento o justificación en el abuso del derecho de contratar libremente<sup>57</sup>.

Al respecto, un caso determinante (*leading case*) en la jurisprudencia del Estado Kansas, ha señalado:

*“Although the doctrine of unconscionability is difficult to define precisely courts have identified a number of factors or elements as aids for determining its applicability to a given set of facts. These factors include: (1) The use of printed form or boilerplate contracts drawn skillfully by the party in the strongest economic position, which establish industry wide standards offered on a take it or leave it basis to the party in a weaker economic position [citations omitted]; (2) a significant cost-price disparity or excessive price; (3) a denial of basic rights and remedies to a buyer of consumer goods [citation omitted]; (4) the inclusion of penalty clauses; (5) the circumstances surrounding the execution of the contract, including its commercial setting, its purpose and actual effect [citation omitted]; (6) the hiding of clauses which are disadvantageous to one party in a mass of fine \*494 print trivia or in places which are inconspicuous to the party signing the contract [citation omitted.]; (7) phrasing clauses in language that is incomprehensible to a layman or that divert his attention from the problems raised by them or the rights given up through them; (8) an overall imbalance in the obligations and rights imposed by the bargain; (9) exploitation of the underprivileged, unsophisticated, uneducated and the illiterate [citation omitted]; and (10) inequality of bargaining or economic power” (Wille v. Southwestern Bell Tel. Co., 219 Kan. 758).<sup>58</sup>*

“Para que pueda calificarse una cláusula como abusiva o *unconscionable*, de acuerdo con lo que estamos comentando, debe hacerse un análisis de procedimiento (*procedural unconscionability*) y de fondo o sustancial (*substantive unconscionability*). En el análisis del elemento de procedimiento, el juez analiza la forma y el procedimiento por medio del cual se ha acordado la cláusula, con el propósito de determinar si entre las partes existió un desequilibrio tal, que entre ellas no se presentó una verdadera negociación y la parte afectada por la cláusula no tuvo una opción o elección real (*meaningful choice*) para aceptar o rechazarla. Por su parte, para indagar por cuestión sustancial, el juez debe analizar el contenido de la cláusula

---

*of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result....”.*

<sup>57</sup> Sobre el tema WADDAMS, STEHEN, “Protection of weaker parties in English Law”, en *Unconscionability in European Private Financial Transactions Protecting the Vulnerable*, (Edited by James Devenny and Lorna Fox O`Mahony), Cambridge University Press, 2010 (Kindle Edition), New York, (pp. 26-445); RODRÍGUEZ YOUNG, Camilo, “Las cláusulas abusivas en el contrato de concesión desde la perspectiva estadounidense”, en *Vniversitas*, N°122 (2011), (pp. 519-539); FRIED, cit., pp. 150-157

<sup>58</sup> <https://www.courtlistener.com/opinion/1179357/adams-v-john-deere-co/>

para establecer si esta se encuentra claramente desbalanceada en favor de una de las partes”<sup>59</sup>.

Según explica RODRÍGUEZ YONG<sup>60</sup>, entre los criterios utilizados por la jurisprudencia estadounidense para determinar si una cláusula es abusiva, se han mencionado los siguientes:

- a) Si se está en presencia de un contrato estándar o de adhesión celebrado entre personas con un poder de negociación inequitativo;
- b) Si las partes tuvieron la oportunidad de leer y conocer el contrato antes de proceder a su firma;
- c) Si la cláusula acusada de ser abusiva se encontraba redactada en letra pequeña;
- d) Si la cláusula puede calificarse como sustancialmente injusta y, por último,
- e) Las circunstancias que rodearon la formación del contrato.

Estoy consciente que estos temas en Chile, tienen poco desarrollo, y menos aún en áreas no reguladas, sin embargo, me parece que cobrarán en el futuro importancia creciente; por ello traigo a colación estos aspectos doctrinales que pueden ayudar a entender mejor el juego entre la libertad contractual, el orden público y su interacción con la Administración.

Lo que estoy sugiriendo, es que aprecio próximo un ámbito de mayor restricción de la libertad de contratación, que desbordará lo que hoy es estrictamente las relaciones de consumo.

## **24.- La integración contractual**

Como ya he dicho, la integración la voy a abordar desde la óptica de las cláusulas abusivas y según el modelo de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor.

La cuestión clave es saber qué se hace con el contrato, al cual se le ha detectado una cláusula abusiva.

<sup>59</sup> Cfr. RODRÍGUEZ YONG, cit., p. 530.

<sup>60</sup> *Ibíd.*

La norma del artículo 16 A de la Ley 19.496 dispone:

“Declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración”.

La disposición transcrita por una parte considera al contrato como enteramente nulo, y por lo mismo exige expulsarlo del sistema, pero por otra, permite considerar que el contrato subsista sin la cláusula considerada abusiva, dando lugar a una nulidad sólo parcial. El criterio básico es el de la nulidad parcial, porque lo que debe buscarse es la preservación del contrato.

Sigo aquí una sentencia del TS español.

*“En este contexto, debe diferenciarse la labor interpretativa consistente en una mera y directa moderación por el juez de la cláusula declarada abusiva, extremo que prohíbe la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de junio de 2012, en interpretación de la directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, del juicio de eficacia contractual resultante que necesariamente se deriva tras la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión. A este sentido, responde la legislación especial en la materia de condiciones generales, en donde los artículos 9.2 y 10 LCGC, permiten al Juez “aclarar la eficacia del contrato” declarando la nulidad del mismo solo cuando la cláusula afecte a un elemento esencial (artículo 1261 CC), o determine una situación no equitativa en la posición de las partes que no puede ser subsanada.*

*Alcance, por lo demás, concordante con la relevancia que esta Sala, de acuerdo con la orientación de los textos de armonización del Derecho de Contratos Europeo, reconoce respecto del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) no sólo como canon o criterio hermenéutico, sino como principio general del derecho (SSTS 17 de enero de 2013, núm. 820/2013 y 15 de enero de 2013, núm. 827/2013).*

*Esta función comporta un juicio de la eficacia de la relación contractual objeto de examen que excede de la mera interpretación integrativa del contrato como complemento o extensión de lo acordado por las partes y, en su caso, de lo declarado abusivo, ya que encierra una auténtica valoración causal del entramado contractual resultante a los efectos de declarar el ámbito de eficacia contractual que resulte aplicable conforme, entre otros extremos, a la naturaleza y tipicidad del contrato celebrado, al engarce o conexión contractual afectada por la cláusula abusiva en cuestión y al cumplimiento obligacional observado,*

*todo ello conforme al principio de buena fe contractual y a la sanción del enriquecimiento injustificado por alguna de las partes*<sup>61</sup>.

Con todo, puede ocurrir que la cláusula puede ser determinante y esencial en el contrato, y podría concluirse que el contrato no puede subsistir como tal; en este caso, podría pensarse que debe anularse todo el contrato.

Para llegar a una conclusión de que el contrato no puede subsistir sin la cláusula considerada nula, debe hacerse una interpretación integral del contrato, indagando en su naturaleza y en la intención original de los contratantes.

Como puede apreciarse, esta es una operación residual porque importa terminar con el contrato, lo que puede ser muy perjudicial para el consumidor; lo que debe llevar a preferir una expulsión parcial de la cláusula.

Por ello, no debería descartarse, en materia de consumidores, la integración del contrato, en la medida de que no se trate de cláusulas sobre el precio, u otros aspectos. La idea es darle al contrato un contenido acorde a lo convenido, para respetar la esencia de la prestación o servicio ejecutado.

## **27.- Conclusiones**

- 1.- Resulta muy difícil desprenderse de los nuevos desarrollos del denominado constitucionalismo social, entre los que se incluye la idea de función social del contrato.
- 2.- Para quienes adhieren a una concepción más clásica de los contratos, afincadas en los principios perennes del Código Civil que recogen la tradición del derecho romano, común y codificado, existe una fuerte necesidad de revisar bien las categorías en que se fundan sus doctrinas para darles una contenido doctrinal más sustantivo, y no meramente formal como hasta ahora ha aparecido.
- 3.- Incluso en materia constitucional, los expertos en la disciplina a quienes les inquiete una comprensión excesivamente plástica de las garantías, han de renovar y sofisticar los criterios que ayuden a conciliar un desarrollo de los denominados derechos sociales y culturales y de la tercera generación, a fin de hacerlos compatibles con la necesidad de

<sup>61</sup> TS Español, *Sentencia* N°: 152/2014, *Fecha Sentencia* : 11/03/2014, CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL, *Recurso* N° : 2948 /2012, *Fallo/Acuerdo: Votación y Fallo: 05/03/2014 Ponente Excmo. Sr. D. : Francisco Javier Orduña Moreno, Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6ª, Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. José María Llorente García*

mantener asegurados los derechos constitucionales de propiedad, que dan confianza al tráfico y seguridad a las transacciones.

- 4.- Una renovación cultural también de los operadores jurídicos se impone, por la vía de comprender que el nivel de evolución que hemos alcanzado, lo que exige un comportamiento extraordinariamente serio, para así reconocer que no todo lo que se logra con la firma de un contrato necesariamente tendrá amparo y protección legal. Una comprensión del contrato de tipo funcional, que tienda a desarrollar criterios de lealtad, colaboración y coherencia, ayudaría enormemente a prevenir conflictos en materia de cláusulas consideradas abusivas, a fin de evitar la intervención de la administración en los pactos privados.
- 5.- Creo que una profundización del concepto de buena fe, que se plasme en un concepto operativo, realista, equilibrado y técnico, permitirá reconocer en el contrato una operación económica<sup>62</sup>, y con ello dialogar con su realidad y dinámica durante todo su *iter*, lo que contribuye a desarrollar su genuina función social, que antes que nada es de colaboración económica interpartes<sup>63</sup>.

Santiago, 5 de marzo de 2015

---

<sup>62</sup> Cfr. GAZMURI LARRAIN, Daniela, *El contrato como operación económica*, Santiago Chile, 2009, tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho, inédita (dirigida por el suscrito) y la doctrina que allí cita, entre otras D'ANGELO, Andrea, "Contrato y Operación económica", en AAVV, *Estudios sobre el contrato en general por los 60 años del Código civil Italiano (1942-2002)*, Ara Editores, Segunda edición, Lima, 2004, (pp. 633-681).

<sup>63</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, cit, p. 360, "El principio de buena fe, entendido con la amplitud que le pertenece, y aplicado efectivamente por los tribunales, representa un instrumento morigerador de la autonomía de la voluntad en materia contractual, ya que permite, cuando corresponda, apartarse del tenor literal del contrato, ora ampliándolo, ora restringiéndolo, en virtud de las circunstancias propias del caso que los tribunales son llamados a ponderar. La buena fe objetiva permite equilibrar el respeto debido a la palabra empeñada (la fuerza obligatoria del contrato) con los requerimientos de la justicia, máximo desiderátum del Derecho". Un estudio completo sobre la buena fe contractual en el derecho chileno, en BOESTCH GILLIER, Cristián, *La buena fe contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 2011 (trabajo que fue elaborado a partir de la tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, que el profesor Boeschta aprobó con máxima distinción en la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile y que dirigió el suscrito).



# **La modificación unilateral del contrato en el derecho del consumo; la saga: el fallo “Sernac con Cencosud”, los Ds. N°s 153, de 19.12.2013 N° 39, de 09.03.2015**

BRUNO CAPRILE BIERMANN

Profesor de Derecho Civil,

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Y UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA.

CONCEPCIÓN

Magister (D.E.A.) en Derecho Privado General,

UNIVERSIDAD DE PARÍS II PANTHÉON-ASSAS,

FRANCIA

**SUMARIO:** El artículo analiza la evolución de la modificación unilateral del contrato en el Derecho del consumo a partir del fallo SERNAC con CENCOSUD, dictado por la Excma. Corte Suprema el 24.04.2013, y las dificultades que ha planteado a los proveedores para, a partir de entonces, determinar cómo pueden modificar lícitamente los contratos de adhesión celebrados con sus consumidores. En esa evolución destacan los DS. N°s. 153, de 19.12.2013, y N° 39, de 09.03.2015; ambos han perdido vigencia, el primero por haber sido derogado, el segundo por haber sido retirado por el ejecutivo desde Contraloría General de la República, dónde se encontraba para la toma de razón, sin que hasta ahora se vislumbre cómo se dará respuesta a la interrogante planteada.

\* \* \*

## **Introducción:**

En el marco de este seminario internacional sobre “*nuevas perspectivas del derecho contractual*”, el tema que nos ocupa en este panel es “*El desequilibrio negocial y el debilitamiento del nexo contractual*”.<sup>1</sup>

Es sabido que el principio *pacta sunt servanda* está recogido en el artículo 1545 del Código Civil de Bello,<sup>2</sup> que no es más que una traducción del art. 1134

<sup>1</sup> Agradezco a la Facultad de Derecho de Santiago, en la persona de su Decano, don Pablo Rodríguez Grez, la gentil invitación al estupendo seminario con el cual nos regaló los días 3 y 4 de diciembre de 2014, así como la oportunidad de difundir por escrito aquellas intervenciones.

<sup>2</sup> Artículo 1545: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

del Code.<sup>3</sup> En ambos códigos, la máxima del respeto a la palabra dada está seguida por el imperativo de su aplicación de buena fe.<sup>4</sup>

En la doctrina francesa se ha afirmado que el art. 1134 del Code “sin lugar a dudas [...] constituye el epicentro del derecho francés de los contratos. Contiene, en efecto, sus reglas esenciales, en el sentido que reflejan su filosofía y que ellas imprimen su fuerza al contrato mismo”.<sup>5</sup> Esas afirmaciones son, también sin lugar a dudas, aplicables al Derecho Chileno de los Contratos en general y al área especial del Derecho del consumo, por prescribirlo así expresamente el artículo 12 de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los derechos de los consumidores.

Las disposiciones citadas consagran la intangibilidad del contrato, según la cual el contrato no puede ser modificado ni revisado sin un consentimiento mutuo; prescriben, en otras palabras, la irrevocabilidad unilateral del mismo.

Ahora bien, el principio de la fuerza obligatoria del contrato es universalmente admitido en su formulación, pero con una multiplicidad polifacética en su concreción, según el lugar y tiempo que se examine. En otras palabras, se trata de un principio absoluto en su enunciación, pero relativo en su aplicación. Es más, si se examina con perspectiva, se observan movimientos pendulares, en que se oscila entre el vigor y el debilitamiento del *pacta sunt servanda*.

Debo reconocer que reflexioné muchísimo acerca de cuál era el plan adecuado para esta exposición. En un primer momento y dado que, conforme al principio de la fuerza obligatoria del contrato, una vez que éste ha sido válidamente celebrado, debe entonces ser ejecutado, sin que las partes, el juez o el legislador puedan alterar lo convenido, tuve el impulso de revisar el catálogo de las afectaciones a la fuerza obligatoria del contrato, según provengan de los contratantes, del magistrado o del legislador. Esa perspectiva abría la puerta para analizar, a raíz de las vulneraciones que provienen de la judicatura, todas las formas de revisión judicial del contrato, tales como la imprevisión y la cláusula penal enorme. También permitía, a través de los atentados instituidos por vía legislativa, abordar el derecho de retractación regulado en la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, entre otras.

<sup>3</sup> Article 1134: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi».

<sup>4</sup> Art. 1546: “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*”

<sup>5</sup> BÉNABENT, Alain y MAZEAUD, Denis, *Les grands articles du Code civil* (1° edición, París, Dalloz, 2012), art. 1134, p. 84 (traducción libre)



En un segundo momento, tuve la intención de dejar de lado el esquema basado en los sujetos y concentrarme en el objeto y analizar los atentados al *pacta sund servanda* en las diversas disciplinas jurídicas y abordar la forma en que se aplicaba en el Derecho común, sea civil o mercantil, en el Derecho del consumo, e incluso en el Derecho Internacional, dado que actualmente, la agenda noticiosa está copada por la controversia entre Bolivia y Chile sobre la negociación del otorgamiento de una salida soberana al océano Pacífico, que se ventila en la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya.

Finalmente, la prudencia me aconsejó descartar aquellas estructuras, demasiado ambiciosas para los estrechos límites de esta intervención. Procurando entonces, por una parte, evitar los lugares comunes y, por la otra, ser fiel a la denominación de la Revista en que se publicarán las intervenciones de este seminario, les propongo abordar un tema de actualidad en que se perciben las tensiones en el entendimiento y la aplicación del principio de la fuerza obligatoria de los contratos: la modificación unilateral de los contratos en el Derecho del consumo.

Decíamos que el principio de la fuerza obligatoria del contrato tiene plena aplicación en el Derecho del consumo. Ahora bien, la queja ciudadana más recurrente en nuestro país, hoy en día, es el "abuso"; se recrimina el abuso a las autoridades, a los políticos, a los Bancos, a las ISAPRES, las AFP, a las empresas, a las Universidades, etc. La misma palabra sirve para designar la institución que nos convoca: *las cláusulas abusivas*.

Reguladas tímidamente por vía legislativa recién el año 1997, al publicarse la Ley N° 19.496, sobre protección a los derechos de los consumidores, perfeccionada y *aggiornata*, en lo que aquí interesa, sucesivamente por las leyes N°s 19.955, de 14.07.2004, y N° 20.555, de 05.12.2011, las cláusulas abusivas no adquirieron visibilidad sino hasta que la Excma. Corte Suprema resolviera, el 24.04.2013, la causa caratulada "Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.", rol 12355-2011 (1°). Las repercusiones de dicho fallo han sido colosales, pues se obtuvo, por la vía jurisprudencial, una protección sin precedente para el consumidor: la proscripción de los incrementos unilaterales de comisiones bancarias por el proveedor, quien desde entonces ya no puede modificar unilateralmente el contrato en perjuicio del consumidor. El mismo fallo planteó entonces una interrogante: ¿cómo debieran, a partir de entonces, proceder los proveedores para modificar lícitamente los contratos de adhesión celebrados con sus consumidores, so pena de que estos quede petrificados y no puedan adecuarse a los tiempos? Dos sucesivos decretos supremos (DS. N°s 153, de 19.12.2013 y N° 39, de 09.03.2015), dictados por los Gobiernos de los Presidentes de la República, Sr. Sebastián Piñera (2°) y Sra. Michelle Bachelet (3°), respectivamente, han intentado, infructuosamente, resolver la interrogante planteada, pero ambos han quedado sin efecto. Nos

proponemos, entonces, pasar revista a esa trilogía y, desde ya, advertirles que la saga seguramente tendrá que continuar con una cuarta etapa, pues hasta ahora el final no puede siquiera vislumbrarse.

### **1° El fallo de 24.04.2013, de la Excma. Corte Suprema, “Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.”, rol 12355-2011**

Los hechos de la especie son simples: la demandada, invocando las facultades que le confería el contrato de adhesión celebrado con sus tarjetahabientes, incrementó, a partir del año 2006, unilateralmente, la comisión mensual por mantención de las referidas tarjetas, desde \$460 a \$990.

En los considerandos 5° y 6° de la sentencia de reemplazo, la Excma Corte Suprema sentó la siguiente doctrina:

“En efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos, cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. Una cláusula que autoriza este procedimiento, supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado. No puede ser suficiente para justificar la cláusula en análisis el hecho que Cencosud no le impuso al cliente la modificación, pues basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados. Existe, por este sólo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva.

*[...] el uso de la tarjeta no necesariamente supone, de manera inequívoca, que se ha aceptado la modificación, pues para ello es indispensable acreditar que cada cliente ha conocido de manera real la modificación propuesta unilateralmente por la empresa (y no sólo presunta al haber recibido la notificación). En consecuencia, es este hecho el que no puede tenerse como cierto con la mera notificación que en su momento hizo Cencosud a los clientes. Mientras no haya certeza de dicho conocimiento en cada tarjetahabiente, la circunstancia que hayan usado una tarjeta no es signo inequívoco o concluyente de aceptación a la modificación propuesta; por lo mismo, derivar de ello una aceptación supone darle al silencio un sentido de manifestación de voluntad, que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 3° letra a) de la Ley 19.496. Luego, en*

*autos no existe prueba de que los clientes hayan expresado voluntad alguna, ni siquiera tácita, de aceptación.*

De los considerandos transcritos, subrayamos que se sanciona la modificación unilateral del contrato y que, por ende, no se trata de un atentado, sino más bien de una aplicación del *pacta sunt servanda* y de la irrevocabilidad de las convenciones, consagrada expresamente en el artículo 1545 del Código Civil.

## **2° El Decreto Supremo N° 153, de Economía, publicado en el Diario Oficial de 19.12.2013, que aprueba el Reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros, el requerimiento de inconstitucionalidad deducido en su contra y su posterior derogación**

Las repercusiones del fallo antes citado han sido enormes. La demandada fue condenada a restituir una cantidad que bordeó los setenta millones de dólares; el Banco del Estado, que enfrentaba un juicio similar, se apuró a celebrar un avenimiento con la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios CONADECUS, que le irrogó un desembolso de aproximadamente doce millones de dólares. En realidad, la práctica reprochada a las instituciones citadas era aplicada uniformemente por la casi totalidad de las instituciones bancarias y financieras, con la anuencia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la que sólo con posterioridad a la dictación del fallo referido modificó la normativa que autorizaba a las instituciones bancarias y financieras a modificar unilateralmente el cobro de comisiones.<sup>6</sup> Por lo mismo, la interrogante que se

<sup>6</sup> La circular N° 17, de 28.04.2006, de la SBIF, "Normas generales para empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito", autorizaba las modificaciones unilaterales del monto de las comisiones.

En efecto, en el N° 7.1 se prescribía: "7.1. Contratos del emisor con el titular de la tarjeta de crédito. Los emisores de tarjetas de crédito deberán suscribir o renovar con cada titular de dicho instrumento, un "Contrato de afiliación al sistema y uso de la tarjeta", que deberá contemplar los siguientes contenidos mínimos: [...] 4) las modalidades y condiciones aplicables al cobro de comisiones y/o cargos e intereses, las que podrán ser modificadas por el emisor previo aviso al titular en el estado de cuenta y en las pizarras informativas en locales del emisor;".

La misma circular agregaba: "9.1. Determinación y cobro de comisiones y/o cargos. Las comisiones y/o cargos deberán fijarse por períodos no inferiores a un semestre y comprenderán todos los cobros necesarios para la mantención operativa de las tarjetas de crédito en sus distintas modalidades de uso. Los planes de cobro que se establezcan no podrán hacer discriminación alguna entre titulares de tarjetas que se encuentren en igual situación. Los cambios al plan de cobros, sea por modificación de las tarifas o por el establecimiento de una nueva base de cálculo, deberán ser informados por escrito al titular al menos con dos meses de anticipación a la fecha en que se aplicarán. Esta información, conjuntamente con aquella sobre el cobro de intereses a que se refiere el numeral siguiente, se incluirá en el estado de cuenta o en un anexo que, con ese objeto, deberá acompañarse al mismo. El referido plan no podrá modificarse durante el período de vigencia que se haya establecido, salvo que se trate de cambios que signifiquen una disminución o eliminación de determinados cobros incluidos en él".

El Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, Sr. Raphael Bergoing Vela, en una presentación ante la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, el 15 de mayo de 2013, "ADE-

planteó inmediatamente el sector es cómo podrían, en lo sucesivo, adecuar (léase incrementar) el cobro de las comisiones, sin incurrir en una infracción a la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

La Banca obtuvo, en las postrimerías del Gobierno del entonces Presidente de la República, don Sebastián Piñera E., la dictación del Decreto Supremo N° 153, de Economía, publicado en el Diario Oficial de 19.12.2013, que aprueba el Reglamento sobre manifestación expresa de la aceptación del consumidor en contratos de adhesión de productos y servicios financieros.

El DS. N° 153 postulaba que, luego de la publicación de la Ley N° 20.555, de 5.12.2011, que modificó la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, conocida como “*Sernac Financiero*”, ha quedado de manifiesto que en lo concerniente a la contratación de productos y servicios financieros, rige la ley N° 19.496, particularmente lo dispuesto en los artículos 12 A, 17, 17 B y 17 D de dicha ley, salvo respecto de aquellos productos y servicios sujetos a leyes especiales en virtud de lo señalado en el artículo 2° bis de esa misma ley. En ese contexto, el numeral 5° de los vistos consigna:

---

CUACIÓN DE NORMAS SBIF A LA NUEVA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR”, ([http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS\\_10247.pdf](http://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_10247.pdf) consultado el 21.05.2015) expuso que:

“Adecuación normativa a Ley 20.555. Como consecuencia de las últimas modificaciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC), introducidas por la Ley 20.555 (en régimen desde marzo 2012), la que estableció un conjunto de nuevos derechos para los consumidores financieros y creó el Sernac Financiero (SF), la SBIF llevó a cabo un proceso de análisis del rol que le corresponde en este nuevo escenario, y de su normativa a la luz de la nueva institucionalidad”.

“La principal conclusión del mencionado proceso de análisis, que incluyó la opinión legal externa, es que, a partir de la entrada en vigencia de la nueva LPC (marzo de 2012), coexisten dos sistemas de control en materia financiera en función de los diversos objetivos de fiscalización y de los distintos bienes jurídicos protegidos: 1. En relación al consumidor financiero, se prevé una entidad especializada, SF, la que podrá solicitar antecedentes a los prestadores de servicios. 2. En relación al sistema financiero, la SBIF conservará en plenitud la supervisión, en el ámbito de sus competencias regladas, sobre las operaciones de los bancos e instituciones financieras, tendiente a preservar la estabilidad y solvencia agregadas, resguardando con ello el interés público comprometido”.

“Concluido el análisis técnico y jurídico, sumado a la resolución judicial de la Corte Suprema en el caso Cencosud, la SBIF anunció el 30 de abril de 2013 (Circular 3.549) modificaciones a las normas que rigen a sus fiscalizados. Esta Circular adecuó la RAN para bancos a la nueva LPC, derogando y modificando, entre otras materias, instrucciones referidas al consentimiento de clientes ante cambios en las comisiones”.

“Alcance y cambios en Circular 17. Adicionalmente, desde mediados de 2011 el BC y la SBIF habían iniciado una revisión del marco normativo correspondiente a emisores de tarjeta de crédito no bancarios (Capítulo III.J.1 del BC, Circular 17 de la SBIF). Este cuerpo normativo emitido en 2006 homologa en general a los emisores no bancarios, la normativa vigente en ese momento aplicable a las empresas bancarias, con la finalidad de reducir asimetrías regulatorias. Uno de los aspectos abordados en dicha Circular se refiere a la modificación de comisiones por administración de las tarjetas de crédito”.

“Una vez terminado el análisis técnico y aprobado el nuevo III.J.1 por el Consejo del BC, la SBIF puso en consulta modificaciones a la Circular 17 (16 de abril de 2013). La Circular en consulta se adecuó al nuevo estándar establecido por la LPC, y que quedó reflejado en la norma del BC. En consecuencia, se eliminaron de la nueva Circular puesta en consulta las materias relacionadas con la modificación de comisiones”.

La circular N° 17 fue sustituida por la Circular n° 40, de 22.07.2013, de la SBIF, “*Normas generales para empresas emisoras y operadoras de tarjetas de crédito*”.

“5. Que, por las consideraciones precedentes y con el objeto de complementar la regulación legal existente en materia de celebración, modificación y término de los contratos de adhesión de productos y servicios financieros, se ha estimado necesario brindar certeza jurídica a las relaciones de consumo de los referidos productos y servicios, mediante el desarrollo y complemento de las disposiciones pertinentes de la Ley N° 19.496”.

Bajo ese considerando auspicioso, el artículo primero consigna el objeto del decreto:

Artículo 1°.- “Objeto. El presente reglamento tiene por objeto regular los medios y condiciones idóneos para el otorgamiento de la aceptación del consumidor, en su modalidad de manifestación expresa, en la celebración, modificación y término de contratos de adhesión de productos y servicios financieros”.

Luego, el artículo 5° regulaba los “Medios Tecnológicos o Formas de Comunicación a Distancia”, considerando “idóneos para que el Consumidor manifieste su aceptación expresa, a la oferta que el Proveedor le dirija para la celebración de un Contrato, todos aquellos medios tecnológicos o formas de comunicación a distancia que permitan reconocer y verificar en forma previa la identidad del Consumidor y que este último otorgue su aceptación tras haber conocido la oferta”, entre los cuales se cuentan las páginas web o sitios web electrónicos de los proveedores; correos electrónicos; comunicaciones telefónicas con mecanismo de grabación; mensajes de texto; etc.

Las reglas esenciales estaban contenidas en los artículos 9° y 10° del DS N° 153, que prescribían los efectos del rechazo y del silencio así como el ejercicio de la facultad de término del contrato: <sup>7</sup>

Artículo 9°.- “Efectos del Rechazo Expreso o No Manifestación de Voluntad Oportuna del Consumidor a la Propuesta de Modificación. En caso que el Consumidor rechace expresamente la propuesta de modificación comunicada por el Proveedor, o no manifieste su voluntad dentro del plazo establecido en el artículo anterior, la modificación no producirá efecto alguno, sin perjuicio de la facultad de cualquiera de las partes para poner término al Contrato, en caso que éste sea de duración indefinida”.

<sup>7</sup> El art. 11 completa la reglamentación de este acápite: Artículo 11.- “Formas de Manifestación Expresa de la Aceptación para el Término de Contratos. Sin perjuicio de lo señalado en los artículos 9° y 10 precedentes, en caso que las partes pongan término al Contrato, de ser ello procedente, deberán hacerlo mediante cualquiera de las formas establecidas en el artículo 4° que el Proveedor tenga habilitadas para tal fin, siempre que se dé cumplimiento a lo señalado en el artículo 5° de este reglamento”.

“Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de lo establecido en el inciso cuarto del artículo 17 D y en la letra b) del artículo 17 B, ambos de la Ley N° 19.496”.

*“Lo dispuesto en el inciso anterior, sólo tendrá lugar en caso que la propuesta de modificación cumpla cabalmente lo establecido en el artículo 8°”.*

*Artículo 10.- “Ejercicio de la Facultad de Término del Contrato. Cuando sea el Proveedor quien ejerza la facultad de poner término al Contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, deberá comunicar este hecho al Consumidor mediante un aviso, en que junto con informar esa decisión indicará la oportunidad en que dicha terminación tendrá lugar, la que no podrá ser inferior al plazo de 60 días hábiles siguientes al envío del aviso de término. En ese caso, el Proveedor deberá respetar los plazos y montos de las obligaciones de pago previamente pactadas con el Consumidor, respecto del monto efectivamente adeudado a la fecha del envío del aviso de término, y no podrá irrogar costos al Consumidor por dicho término”.*

*“Cuando sea el Consumidor quien ejerza la facultad de poner término al Contrato, deberá previamente extinguir en su totalidad las obligaciones contraídas, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 17 D de la ley N° 19.496”.*

*“En todo caso, el aviso de término a que se refiere este artículo, deberá ser enviado por cualquiera de las formas establecidas en el artículo 4° que el Proveedor tenga habilitadas para tal fin, siempre que se dé cumplimiento a lo señalado en el artículo 5° de este reglamento”.*

El DS N° 153 fue objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad, deducido por varios parlamentarios ante el Tribunal Constitucional, causa rol 2565-13, en el cual se reprochaba que el reglamento hacía “desaparecer” el derecho del consumidor “a perseverar en el contrato original ante una propuesta de modificación de las entidades financieras”. Los reclamantes expresaron que:

*[...] “el Reglamento en cuestión vulnera de diversas formas la Constitución. En resumen, argumentaremos que este reglamento significa una desprotección del contratante más débil en las relaciones contractuales en el ámbito financiero, vulnerando los deberes de protección que derivan del artículo 19 N° 2, 21 y 24 de la Constitución. Resulta particularmente ilustrativo, que como consecuencia de esta regulación administrativa se otorgara un derecho a las entidades financieras a terminar contratos vigentes si el consumidor no acepta las modificaciones propuestas o si nada dice tras un plazo. Estas innovaciones del reglamento impugnado hacen desaparecer el derecho del consumidor a perseverar en el contrato original ante una propuesta de modificación por parte de las entidades financieras”.*

Si se examina con perspectiva el tenor del reglamento y del requerimiento de inconstitucionalidad, conviene precisar, en primer término, que el reglamento

no permitía al proveedor imponer la modificación al consumidor, pues si éste rechazaba la modificación o sencillamente guardaba silencio, la modificación propuesta no le era aplicable. En seguida, no cabe duda que cualquier contratante (tanto el banco proveedor como el consumidor) pueden desistir unilateralmente de un contrato a plazo indefinido,<sup>8</sup> dando el preaviso pactado o, a falta de estipulación, uno suficiente. Si no se admitiera dicho desistimiento unilateral, se conculcaría el principio que proscribe las obligaciones contraídas a perpetuidad.<sup>9</sup> Desde esa óptica, parece evidente que cualquiera de los contratantes puede proponer a la otra una modificación del contrato y, si la contraparte no consiente o guarda silencio, ejercer el derecho al desistimiento unilateral de un contrato de plazo indefinido, liberándose así de un contrato que le resulta gravoso.

<sup>8</sup> *“El requerimiento [de inconstitucionalidad] de los diputados razonaba mal en este punto. El problema fundamental que el reglamento intentaba resolver era otro: si en los contratos financieros de carácter indefinido una de las partes puede o no poner término a la relación contractual. Y en qué circunstancias. En este sentido, lo que hacía el decreto 153 era modular el ejercicio del desistimiento unilateral en los contratos financieros de duración indeterminada. Y lo hacía preservando a los consumidores de todo abuso o exceso en la ejecución de la facultad revocatoria por parte de los proveedores”.*

*“Hay que recordar a este respecto, que la Ley del Consumidor no prohíbe todo término unilateral del contrato, solo el que es abusivo. Presuponer que el término unilateral de un contrato es inconstitucional por principio, que cualquier ejercicio de la facultad contractual revocatoria es, en todo y siempre, injusto, es errado. En realidad, no existe óbice jurídico para que en la contratación masiva una de las partes pueda poner término unilateralmente al contrato, con previo aviso razonable y siempre que no sea arbitrario”.* ALVEAR, Julio, *¿Fue correcto derogar el Reglamento sobre Manifestación Expresa?* (Santiago, El Mercurio Legal, 11.04.2014).

<sup>9</sup> En otro trabajo abordamos el desistimiento unilateral o renuncia como forma especial de extinción de los contratos. **En esa publicación sostuvimos que desistimiento unilateral o renuncia se conceptualiza como “una forma de extinción del contrato que consiste en la facultad concedida por la ley o por la convención a una o ambas partes para romper unilateralmente el contrato, por su sola voluntad, sin necesidad de un incumplimiento de la contraria, bastando su ejercicio de buena fe y noticiarla con un preaviso razonable a la contraria, so pena de indemnizar los perjuicios en caso de ejercicio irregular” (p. 271). Analizamos los casos en que el desistimiento unilateral está expresamente regulado por la ley, entre los cuales se cuenta el del Derecho del consumo (pp. 273-274), en el cual “existen algunas hipótesis de desistimiento unilateral expresamente reguladas, sea para asegurar al consumidor el derecho de salida y evitar que quede prisionero del proveedor (como es el caso de la telefonía móvil, de los estudiantes universitarios durante el proceso de adscripción a las casas de estudios superiores y en los contratos a distancia), sea para lograr el efecto inverso, esto es, para que el proveedor no pueda desprenderse del consumidor cuando ya no le es económicamente rentable mantenerlo (como acontece con el cliente de una Isapre que cae gravemente enfermo)”.** Sostuvimos que en aquellos casos en que ni la ley ni la convención han previsto un derecho de desistimiento unilateral, cabe interrogarse si existe un principio general que autorice a los contratantes a desistir unilateralmente de un contrato. Para responder, sostuvimos que debe distinguirse entre los contratos a plazo fijo, en que la negativa se impone, de los contratos de plazo indefinido, en que debe aceptarse, so pena de vulnerar la proscripción de las obligaciones contraídas a perpetuidad (pp. 283-288). En el mismo trabajo analizamos los requisitos para el ejercicio de tal derecho de desistimiento, a saber: 1.- La facultad de desistimiento no puede ejercerse contrariando la buena fe; 2.- La manifestación de voluntad en orden a desistir del negocio y el conocimiento del destinatario, sea el cocontratante o un tercero. 3.- ¿La manifestación de voluntad de desistimiento debe ser motivada? 4.- El transcurso de un plazo razonable desde el aviso. 5.- ¿Debe ser recíproca?. Finalmente, abordamos los efectos del ejercicio regular como irregular del desistimiento unilateral. Cf. CAPRILE BIERMANN, Bruno *“El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos”*, en *Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, Chile, 2010* (1ª edición, Santiago, Abeledo Perrot, Legalpublishing, 2011), pp. 271-296.

Sin embargo, también resulta evidente que el reglamento, al regular en el art. 10 el “Ejercicio de la Facultad de Término del Contrato”, autorizaba implícitamente y regulaba la forma en que los proveedores de servicios financieros podrían ejercer ese derecho de desistimiento unilateral, lo que dificultaba que los consumidores pudieran seguir beneficiándose del contrato en los términos pactados.

Antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciara acerca del referido requerimiento de inconstitucionalidad, tres días después de asumir su mandato, la Presidenta de la República, Sra. Michelle BACHELET J., derogó el DS. N° 153, mediante el DS. N° 79, de Economía, publicado en el Diario Oficial de 26.03.2014, “con el objeto de propender al perfeccionamiento de las normas reglamentarias que se dictan en ejecución” de la ley del consumidor.

La derogación planteó cuestionamientos y, entre otras dificultades, interrogantes acerca de la validez de las modificaciones a los contratos introducidas al amparo del DS. N° 153, durante la vigencia del mismo.<sup>10</sup>

### **3° Decreto Supremo N° 39, de 9.03.2015, Aprueba reglamento sobre los medios y condiciones a través de los cuales se manifiesta la aceptación del consumidor para la celebración, modificación o término de contratos de adhesión de productos y servicios financieros**

Había transcurrido menos de un año desde la derogación del DS. N° 153 y el Gobierno dictó el DS. N° 39, de 9.03.2015, que aprueba reglamento sobre los medios y condiciones a través de los cuales se manifiesta la aceptación del consumidor para la celebración, modificación o término de contratos de adhesión de productos y servicios financieros. El tenor del reglamento es, salvo por dos diferencias esenciales, que se dirán más adelante, muy similar al del DS. N° 153, que la misma Presidenta de la República había derogado.

Las principales disposiciones del DS. N° 39 prescriben:

*Artículo 1°.- Objeto: “El presente reglamento tiene por objeto establecer, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 A y 17, ambos de la ley N° 19.496, los medios y condiciones a través de los cuales se manifiesta la aceptación del consumidor para la celebración, modificación o término de contratos de adhesión de productos y servicios financieros”.*

<sup>10</sup> ALVEAR, Julio, cit. (n. 8).



Artículo 2°.- *Ámbito de aplicación. Las disposiciones del presente reglamento se aplicarán a los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y por toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos”.*

Artículo 3°.- *Exclusión de aplicación: “Las disposiciones de este reglamento no se aplicarán a aquellos contratos de adhesión de productos o servicios financieros sujetos a leyes especiales para efectos de su celebración, modificación o término, incluyendo para tales efectos a los contratos de cuenta vista y cuenta corriente bancaria y sus líneas de crédito asociadas, las que se regirán por lo establecido en la Ley N° 18.840, en los decretos con fuerza de ley N° 3, de fecha 19 de diciembre de 1997, del Ministerio de Hacienda, y 707, de 1982, del Ministerio de Justicia, u otras leyes especiales, y en las demás normas dictadas conforme a ellas. Con todo, en lo no previsto en las precitadas leyes se aplicará supletoriamente el presente reglamento. <sup>11</sup>*

*Asimismo, no se aplicarán las disposiciones de este reglamento en lo concierne a la estipulación o modificación de las tasas de interés aplicables en las operaciones de crédito de dinero a que den lugar los referidos contratos, las que se regirán por lo establecido en las leyes N° s. 18.840, 18.010 u otras leyes especiales, y demás normas dictadas conforme a ellas”.*

La reacción de las Asociaciones de Consumidores no se dejó esperar y la presión de éstas motivó que el DS. 39 fuera retirado de la Contraloría General de la República, dónde se encontraba para el trámite de la toma de razón, para una nueva revisión, de tal suerte que se desconoce cuál será en definitiva su suerte.

Las críticas apuntaban, en primer término, a que la exclusión de la aplicación del decreto a los “*contratos de cuenta vista y cuenta corriente bancaria y sus líneas de crédito asociadas*” (art. 3) era un tema nuevo, que no había sido levantado en la consulta pública que el Gobierno había llevado a cabo;<sup>12</sup> que dicha exclusión apuntaba a que dichos productos no fueran regidos por el reglamento, sino sólo por la normativa especial que el los regula, lo que derivaba entonces en quedar fuera del ámbito de aplicación de este reglamento especial derivado de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

<sup>11</sup> Las normas citadas corresponde a la Ley Orgánica del Banco Central (Ley N° 18.840), a la Ley General de Bancos (DFL N° 3, de 1997), y a la Ley de cuentas corrientes bancarias y cheques (DFL n° 707, de 1982).-

<sup>12</sup> Cf. CÁRCAMO, Héctor, Gobierno le hace un favor a los bancos y los excluye del decreto sobre consentimiento expreso, El Mostrador, 29.04.2015

El Comité Retail Financiero, que reúne a las principales cadenas del rubro (Cencosud, Falabella y Ripley) agregó que la modificación generaba discriminación y asimetrías de mercado, que dañaban la competencia entre la banca y el retail financiero.

Se llegó incluso a vincular la referida exclusión del artículo 3 con el escándalo CAVAL y con un pleito que sigue el SERNAC contra el Banco de Chile, iniciado durante el Gobierno anterior, del Presidente de la República Sr. Sebastián Piñera, en que se reprochaba a dicho banco el cobro ilegal, por ser contrario a la Ley N° 19.496, de comisiones en líneas de sobregiro pactado y vulnerar la proscripción del silencio como manifestación de voluntad.<sup>13</sup> Si bien el nuevo reglamento no podía regir con efecto retroactivo, no cabía duda que su dictación mejoraba la posición del Banco de Chile.

Se afirmó también que el reglamento contrariaba las orientaciones de la Ley N° 20.555, conocida como "Sernac Financiero", toda vez que esa normativa apuntaba a someter a la banca a la fiscalización del SERNAC en circunstancias que el reglamento propuesto le privaba de esas facultades fiscalizadoras, al menos respecto a los productos excluidos.

#### **4° A modo de conclusión y perspectivas:**

La regulación del ejercicio de la facultad de terminación o desistimiento unilateral del contrato por el proveedor acarreó la derogación del DS. N° 153, de 2013, y la exclusión de la aplicación a los "*contratos de cuenta vista y cuenta corriente bancaria y sus líneas de crédito asociadas*" desencadenó el retiro desde la Contraloría General de la República del DS. N° 39, de 2015, sin que hasta la fecha se vislumbre siquiera cuál será el desenlace y la forma en que se regulará la manifestación de voluntad del consumidor para la celebración, modificación o término de los contratos de adhesión de productos y servicios financieros.

¿Cómo salir del atolladero? La respuesta es indispensable, pues en el vertiginoso ámbito del consumo, los contratos no pueden quedar petrificados. Estos deben poder adecuarse a las nuevas realidades, cautelando naturalmente el equilibrio entre el proveedor y el consumidor. Sin embargo, en la pugna de intereses, ya dos iniciativas, de Gobiernos de orientaciones diferentes, han fracasado sucesivamente.

No deja de llamar la atención que la conducta abusiva de algunos generó la aplicación jurisprudencial de la normativa que protege al consumidor de las

<sup>13</sup> Cf. BALCELLS, Fernando "*Un decreto para Luksic*", en **Bio Bio Chile TV**, <http://tv.biobiochile.cl/notas/2015/04/30/fernando-balcells-un-decreto-para-luksic.shtml> (Consultado 21.05.2015)

cláusulas abusivas y, aunque parezca un contrasentido, ha sido la invocación del mismo principio de *pacta sunt servanda* la que hoy tiene a los proveedores de productos y servicios financieros con una camisa de fuerza y sin saber cómo adecuar los contratos a la nuevas realidades.

Se ha propuesto regular la modificación por la vía legislativa.<sup>14</sup> En la vorágine de reformas en que estamos inmersos y dado el carácter impopular que pudiera revestir, nos inclinamos por introducirla en ejercicio de la potestad reglamentaria, pero cautelando que en su articulado se limite a regular lo que se pretende, sin incorporar accesorios que, en definitiva, la hagan fracasar.

Esperamos que un cuarto capítulo baste para terminar la saga...

## Bibliografía

ALVEAR, Julio, *¿Fue correcto derogar el Reglamento sobre Manifestación Expresa?* (Santiago, El Mercurio Legal, 11.04.2014).

BALCELLS, Fernando *"Un decreto para Luksic"*, en Bio Bio Chile TV, <http://tv.biobiochile.cl/notas/2015/04/30/fernando-balcells-un-decreto-para-luksic.shtml> (Consultado 21.05.2015)

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *"La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo"* en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2 (2014), pp. 381-408.-

BÉNABENT, Alain y MAZEAUD, Denis, *Les grands articles du Code civil* (1° edición, París, Dalloz, 2012).

CALAIS-AULOY, Jean y STEINMETZ, Frank, *Droit de la consommation*, (7ª edición París, Dalloz, 2006).

CAPRILE BIERMANN, Bruno *"El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos"*, en *Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Odmúé, Chile, 2010* (1ª edición, Santiago, Abeledo Perrot, Legalpublishing, 2011), pp. 271-296.

CÁRCAMO, Héctor, *Gobierno le hace un favor a los bancos y los excluye del decreto sobre consentimiento expreso*, El Mostrador, 29.04.2015.

PIZARRO WILSON, Carlos, *"La ley debe regular los actos que valgan aceptación de ofertas de modificación"*, pp. 19-28; BARRIENTOS CAMUS, Francisca, *"Una mirada al silencio y la aceptación en los contratos por adhesión con consumidores a partir del caso CENCOSUD"*, pp. 29-48; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *"Silencio y aceptación del consumidor"*, pp. 49-68; MOMBORG URIBE, Rodrigo, *"Las cláusulas de modificación unilateral en los contratos de consumo"*, pp. 173-190;

<sup>14</sup> PIZARRO WILSON, Carlos, *"La ley debe regular los actos que valgan aceptación de ofertas de modificación"* y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, *"Silencio y aceptación del consumidor"*, ambos en *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado VIII*, BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coordinadora), *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, (1ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2014), pp. 28 y 51, respectivamente.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *“La nulidad de las cláusulas abusivas en la ley N° 19.496: naturaleza y régimen”*, pp. 233-242; ROSAS ZAMBRANO, Marco Antonio, *“Posibilidad de dejar sin efecto el contrato en la ley del consumidor”*, pp. 243-258; todos, en *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado VIII*, BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coordinadora), *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, (1ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2014).

## **El desequilibrio negocial y el debilitamiento del nexo contractual**

CHRISTIAN LARROUMET

Profesor emérito

UNIVERSIDAD PANTHÉON ASSAS (PARÍS)

Presidente

ASOCIACIÓN ANDRÉS BELLO

DE LOS JURISTAS FRANCO LATINO AMERICANOS

Un desequilibrio se puede encontrar en la negociación de un contrato cuando no hay igualdad entre las partes, es decir, que las partes no están en una situación equivalente económicamente. Una parte está en una posición de debilidad que permite a la otra parte abusar de su posición social o económica para imponer a la parte débil su voluntad respecto al contenido del contrato. Una tal situación existe en todos los sistemas jurídicos desde siempre. Durante mucho tiempo en nuestras legislaciones el legislador no intervino para restablecer la igualdad o proteger la parte débil en el nombre de un orden público de protección. Los Códigos de nuestros países consideraban que los requisitos de derecho común eran suficientes para proteger la parte débil. Es sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo xx que apareció lo que se puede considerar como el dirigismo contractual, es decir, la intervención del legislador para controlar el contenido del contrato o para sancionar los comportamientos desleales de la parte en posición dominante que podría abusar de esa posición. El ámbito de elección del dirigismo o proteccionismo contractual es el contrato de adhesión. Sin embargo, el abuso de su posición dominante por un contratante se puede encontrar en contratos que no son de adhesión, porque hay una desigualdad evidente entre las partes en la negociación del contrato.

Cierto, antes de la segunda mitad del siglo xx el dirigismo contractual no era desconocido. Pero éste era muy tímido y existían en Francia pocas situaciones, como por ejemplo, entre otros, en el contrato de transporte (prohibición de las cláusulas elusivas de responsabilidad, ley de 1905; régimen imperativo de la responsabilidad del transportador marítimo, ley de 1936 y Convención de Bruselas de 1924) o el contrato de seguro para proteger al asegurado (ley de 1930). A partir de los años 1960 y sobre todo 1970 en Europa, los legisladores intervinieron para promover una protección más intensiva de la parte débil en los contratos. Es obvio que una tal legislación tenía como efecto perjudicar a la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. Sin embargo, estos principios tienen un valor solamente bajo la condición de una igualdad socio-económica

entre las partes. El ámbito filosófico y sociológico del siglo xx no era favorable a un dogmatismo que tenía como fundamento el valor absoluto de la libertad contractual en todas situaciones. Eso explica el debilitamiento del nexo contractual no solamente en los contratos de adhesión, sino también en contratos que podrían teóricamente suponer una negociación, pero, en realidad, esa no existe verdaderamente por motivo de la desigualdad de las partes. Ciertamente, el contenido del contrato no está impuesto por el legislador. Este se preocupa solamente, en primer lugar, de las cláusulas demasiado favorables a una parte y muy desfavorables a la otra y que permiten considerar que la primera abusó de su posición de fuerza, y, en segundo lugar, del comportamiento de una parte en posición de fuerza que le permite celebrar con una parte más débil un contrato desfavorable a la segunda.

Una de las primeras manifestaciones de la intervención del legislador en este sentido fue la protección de los consumidores en contra de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con profesionales. Se trata de una cuestión bien conocida en la mayoría de las legislaciones en el mundo y no quiero desarrollar este tema para consagrarme a otra manifestación recién aparecida por lo menos en derecho francés. Se trata de los abusos de fuerza económica en los contratos celebrados entre profesionales y más especialmente los comerciantes. Lo que caracteriza estos abusos es que el derecho francés los considera en el ámbito del derecho de la competencia, más especialmente de lo que llamamos en Francia "las prácticas anticompetenciales". Es una diferencia importante con las reglas de protección de los consumidores, que no consideramos directamente como una parte del derecho de la competencia, sino del derecho civil, aunque una competencia leal supone que todos los profesionales traten al consumidor de la misma manera sin que unos puedan sacar provecho de una cláusula abusiva y no otros. En otros términos, la filosofía jurídica que inspira la protección de los consumidores es distinta de la filosofía del derecho de la competencia. La segunda se fundamenta sobre el interés general y el orden público económico de dirección para permitir la libre empresa, mientras la primera se fundamenta sobre el orden público de protección de intereses privados, lo que tiene consecuencias respecto a la sanción y más especialmente la naturaleza de una eventual nulidad del contrato o de la cláusula.

Entre los tipos de abusos entre profesionales, los cuales pueden ser varios, son dos los que ilustran especialmente el abuso de fuerza.

**El primero consiste en un comportamiento que tiene consecuencias contrarias a la libre competencia entre empresas.** Un tal comportamiento es prohibido. Se trata de la "explotación abusiva de una posición dominante" sobre un mercado (art. L.420-2 C. com.). Entre ejemplos de este comportamiento, hay el rechazamiento de venta, venta con condiciones discriminatorias, ruptura de una relación comercial existente. Además, la ley asimila

a un tal comportamiento la “explotación abusiva del estado de dependencia económica” por un comerciante en contra de un contratante por la utilización de un rechazamiento de venta u otras prácticas discriminatorias entre sus clientes. La prohibición y su sanción se aplican bajo dos requisitos.

El primero consiste en una posición dominante de la empresa sobre un mercado. Se considera que existe una posición dominante sobre un mercado cuando la empresa tiene una participación sobre dicho mercado mucho más importante que la de otra empresa o de las demás empresas.

El segundo requisito es el rechazamiento por el contratante de la empresa dominante de condiciones comerciales que le aparecen como sin justificación, lo que demuestra el abuso.

Es obvio que, en estas situaciones, se perjudica a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad. El legislador quiere impedir comportamientos que son dañinos a la libre competencia, la cual es un principio esencial en un sistema de liberalismo económico. También es obvio que en nuestro sistema de organización social y económica, la libre empresa y la libertad de emprender tienen un valor superior a la libertad contractual en la jerarquía de los valores de nuestras sociedades de tipo liberal. Es una cosa que no habían concebido los legisladores del siglo XIX. Así se puede justificar el debilitamiento del nexo contractual. No se trata de una desaparición de la libertad contractual, sino de una restricción en el interés general cuando la libertad contractual está en conflicto con un principio superior de organización socio-económica.

**El segundo tipo de abuso entre profesionales consiste en la sumisión o la tentativa de sumisión de un contratante a “obligaciones que crean un desequilibrio significativo entre derechos y obligaciones entre las partes en el contrato”.** Es una ley del 4 de agosto de 2008 que decidió sancionar un tal abuso en derecho francés (art. L.442-6 C.com.). La sanción se aplica en las relaciones entre comerciantes o entre un comerciante y su cocontratante, aunque el segundo no sea un comerciante. En efecto, la palabra francesa para designar este último es “partenaire commercial”, lo que quiere decir que se trata de relaciones de negocios entre un comerciante y otra persona que no debe ser necesariamente comerciante. El abuso consiste de parte del comerciante en la sumisión o la tentativa de sumisión de su contratante a derechos u obligaciones que crean un desequilibrio significativo entre las partes en el contrato. La noción de desequilibrio significativo entre derechos y obligaciones de las partes en el contrato encuentra su origen en la protección de los consumidores en contra de las cláusulas abusivas. En efecto, la ley francesa aplicando una directiva europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores considera como abusivas las cláusulas que crean un desequilibrio significativo entre los derechos

y obligaciones de las partes en el contrato. Es exactamente la misma noción que volvió a tomar el legislador mercantil. En otros términos, el comerciante no puede abusar de su posición de fuerza para con su contratante profesional imponiendo estipulaciones que demuestran ventajas excesivos a favor del comerciante u obligaciones en detrimento de la otra parte en el contrato. En realidad se trata de cláusulas del mismo tipo que aquellas relativas a la protección de los consumidores.

El motivo del legislador para ampliar la prohibición del desequilibrio significativo a los contratos celebrados entre profesionales era luchar contra los abusos cometidos por las redes de gran distribución para con los productores. Era cierto que los productores pueden vender a los grandes canales de distribución solamente en las condiciones dictadas por estos, lo que había generado abusos insostenibles para los productores. Sin embargo, la ley no se limita a esa situación y el legislador utilizó una fórmula general porque se puede encontrar abusos en otros ámbitos.

La particularidad que tiene el derecho francés y que no se encuentra necesariamente en otras legislaciones es un ámbito de aplicación muy amplio de la prohibición de cláusulas abusivas. Es una prohibición que concierne no solamente las relaciones con los consumidores, sino también las relaciones entre profesionales y más especialmente los comerciantes. Los únicos contratos para los cuales no hay restricción a la libertad contractual son los contratos celebrados entre personas que no contratan en el ejercicio de su profesión ni en calidad de consumidores. Todos los comerciantes que contratan con otros comerciantes o profesionales así como todos los profesionales que contratan con los consumidores están sometidos a la prohibición de las cláusulas abusivas. Desde entonces, se puede considerar que reglas de derecho a priori de derecho especial aparecen hoy en día como reglas de derecho común. La consecuencia es que la tendencia a la restricción de la libertad contractual se convierte en el derecho común y la autonomía de la voluntad la excepción. Una tal tendencia podría ser todavía más amplia en uno de los tres proyectos de reforma del derecho de contratos en Francia. En efecto, este texto propone ampliar la prohibición del desequilibrio significativo a todos los contratos, cualesquiera que sean. En este caso, la libertad contractual respecto al contenido de los derechos y obligaciones generados por el contrato desaparecería. Se trataría de una verdadera revolución. Una tal reforma sería excesiva y se podría concebir solamente cuando se trata de un contrato de adhesión, lo que es previsto por el proyecto relativo al derecho de contratos. Lo contrario hubiera sido una negación total de lo que subsiste de la libertad contractual. Sin embargo se debe saber que, en materia de venta a los grandes canales de distribución los contratos no son totalmente de adhesión, porque hay algunas cláusulas que los productores pueden negociar y discutir. En realidad, se trata más de cláusulas abusivas que de contratos de adhesión.



Sin embargo, hay dos diferencias entre la ley civil de protección del consumidor y la ley mercantil del derecho de competencia. En primer lugar, la ley civil excluye del ámbito de las cláusulas abusivas las cláusulas relativas a la "adecuación del precio o la remuneración al bien o al servicio". Eso se puede perfectamente entender porque el derecho francés salvo excepción no admite la lesión. La ley mercantil no comporta esa restricción y eso permitió a la Corte de apelación de París aplicar la prohibición del desequilibrio significativo a la adecuación del precio al valor del bien. Una tal solución es totalmente contraria al rechazo de la lesión en derecho francés y se necesita esperar la posición de la Corte suprema, más aun cuando hay otra disposición de la ley que sanciona el comportamiento de un comerciante que obtiene o intenta obtener "condiciones abusivas de manera manifiesta respecto a los precios bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales" (art. L.442-I-4).

La segunda diferencia concierne a la sanción del desequilibrio significativo. Respecto a los contratos celebrados por los consumidores, se trata de la nulidad de la cláusula abusiva. Es una nulidad de protección y, por eso, de naturaleza relativa que solo el consumidor puede invocar ante el juez. Sin embargo, el juez puede suprimir la cláusula de oficio y la Corte europea de justicia considera que el juez tiene la obligación de hacerlo. Respecto al desequilibrio significativo del Código de comercio, la sanción es ante todo la responsabilidad civil extracontractual del comerciante para con la víctima del daño (art. L. 442-I, al. 1). Sin embargo la ley admite otras sanciones y especialmente la nulidad de la cláusula diciendo a la iniciativa de toda persona que tiene interés incluso el ministerio público. Por consiguiente, se trata de una nulidad absoluta de interés general y no privado, lo que se puede concebir ya que se trata de derecho de la competencia.

Para concluir esta exposición sobre la restricción a la libertad contractual, diré simplemente que si se puede considerar una coherencia de la posición del legislador francés en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores con profesionales, coherencia que corresponde a un movimiento mundial, no se puede encontrar lo mismo respecto a los contratos celebrados entre profesionales. Las medidas adoptadas por la ley respecto a las cláusulas abusivas en este ámbito son inconexas, sin lógica y tienen en ciente el riesgo de desaparición de la libertad contractual. Hubiera sido mejor construir el derecho de las prácticas anticompetenciales de otra manera sin referirse al desequilibrio significativo o limitar el desequilibrio a algunas situaciones de abuso flagrante o entre grandes canales de distribución y productores.



# Interdependencia de las obligaciones generadas por el contrato

PABLO RODRÍGUEZ G

Decano

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El tema que nos convoca nos ofrece la oportunidad de plantear una idea muy distinta de lo que se ha entendido, hasta este momento, por “obligación civil” y, particularmente, destacar la interdependencia de las obligaciones generadas por todo contrato, cuestión de diaria ocurrencia en el ejercicio profesional. Se trata, entonces, de un tema que merece repensarse en profundidad, tanto para adaptarlo a los tiempos que vivimos, como para enriquecer la teoría del contrato. Las relaciones jurídicas, especialmente aquellas que nacen del contrato, se han ido complejizando, como consecuencia de nuevas figuras desconocidas hasta ayer. Una falange de nuevos contratos inunda el mundo del derecho, exigiendo cambios y actualización. Creemos nosotros que el mejor servicio que podría prestarse al desarrollo e innovación del derecho, en la hora presente, consiste en diseñar una teoría coherente que absorba las peculiaridades de las diversas figuras contractuales, sobre la base de conceptos generales que ordenen la multiplicidad y la organicen en el marco de los principios fundamentales. Tarea ardua, pero necesaria.

## I.- Concepto de obligación

Mi concepción de “**obligación**” es diversa de la tradicional. Creo yo que la obligación, cualquiera que sea su fuente, es “**un deber de conducta típica**”. Lo anterior importa sostener que la obligación nos impone un comportamiento, así sea activo o pasivo (acción u omisión), que se halla **descrito en la norma** al exigirse al deudor un cierto grado de diligencia y cuidado. En materia civil, esta “**tipificación**” se logra mediante dos normas: los artículos 44 y 1547 del Código Civil. La primera establece los diversos grados de culpa de que se responde en materia contractual, y la segunda fija la forma en que deben asignarse estos grados de culpa en cada contrato, salvo aquellos en que las partes libremente determinan el grado de culpa que asume cada una de ellas al contratar. Podríamos calificar este mecanismo de “**tipicidad abierta**” (susceptible de extenderse por la vía interpretativa), en oposición a la “**tipicidad estricta**” (propia del derecho penal).

Destáquese el hecho de que no existe ninguna obligación que no se **encuadre en un determinado grado de diligencia y cuidado**. De aquí que podamos afirmar que se trata de un elemento estructural de la obligación, que no puede estar ausente, a menos que ella deje de ser lo que es. Si bien es cierto que en materia contractual la tipicidad está dada por un mandato normativo, no ocurre lo mismo en materia extracontractual, porque en la regulación de esta última no existe una norma equivalente que resuelva el problema. Lo que señalamos explica las divergencias que se suscitan a la hora de precisar el nivel de diligencia y cuidado que debe asumirse para la aplicación del ***alterum non laedere***. Creemos nosotros que esta tarea corresponde al juez, llamado a construir un **modelo** (apreciación de la culpa in abstracto), diseñado sobre la base de los estándares sociales predominantes en la comunidad, lo cual le permitirá configurar el factor de imputación que exige todo ilícito civil respetando la realidad social. ¿Cuáles son las ventajas que procuramos? Desde luego, admitir que la responsabilidad, en lo que dice relación con el comportamiento social, evoluciona con los usos, prácticas y costumbres imperantes sin que sea necesaria una modificación legislativa. Asimismo, mantener el derecho plenamente actualizado, facilitando su cumplimiento espontáneo. Finalmente, atribuir a la sociedad misma el rol que le corresponde en el funcionamiento del sistema jurídico, cuestión no siempre presente, pero de especial importancia en lo relativo al cumplimiento espontáneo del derecho. No faltan quienes propician trasplantar el grado de culpa media (leve) a la responsabilidad extracontractual, lo cual carece de toda sustentación dogmática, ni tampoco faltan los que creen que cualquier grado de diligencia y cuidado justifica la responsabilidad por la comisión de un ilícito civil (exigiendo un comportamiento social heroico ajeno absolutamente a la realidad cotidiana).

Por consiguiente, la obligación no impone una conducta abierta, difusa respecto del comportamiento que debe desplegar el obligado, sino la **imposición de una conducta tipificada en la ley**, valiéndose del grado de diligencia y cuidado que debe emplearse para su cumplimiento.

Decíamos, a este respecto, que nuestra legislación, en materia contractual, recurre a los artículos **44** y **1547** del Código Civil, los cuales contienen la fórmula que permite imponer los diversos grados de culpa al deudor, en función del **beneficio que reporta el contrato a cada parte**. De ello se desprende el nivel de diligencia y cuidado que puede exigirse al obligado.

Parece razonable que a **mayor beneficio** se imponga en la relación contractual un **grado también mayor de diligencia y cuidado**.

### **¿Lo habrá pensado así el autor del Código?**

Cobra fuerza en este caso lo que tantas veces hemos proclamado, en el sentido que la norma se **independiza** de su autor, cobra vida propia y evoluciona con el correr del tiempo al margen de sus progenitores. La recta interpretación no puede

remitirse exclusivamente al proceso de gestación de la norma, entre otras razones porque ella, en un régimen democrático, es el resultado de alianzas, transacciones y acuerdos que hacen imposible la tarea de precisar la voluntad de quienes la gestaron. En verdad, la ley, elaborada en un Parlamento es un medio para articular los intereses que concurren en la comunidad en un momento determinado.

## II.- Conducta debida y prestación.

Ahora bien, en todo contrato se distingue la **conducta debida** y la **prestación** convenida por los contratantes.

Cabe preguntarse, entonces, **¿qué es la prestación?**

Creemos nosotros que la **prestación** es la descripción que hacen los mismos contratantes, sea en forma expresa o presunta, del **fin que se proponen alcanzar** (que consistirá en dar, hacer o no hacer alguna cosa). Por consiguiente, la prestación es la manifestación de un **“proyecto”** o **“meta”** que se aspira lograr. **¿Cuál es el medio para lograrlo?** La respuesta no puede ser otra que **la ejecución de la conducta debida**. De este modo, se enlaza la prestación proyectada y la conducta debida.

Si la conducta comprometida –que debe desplegar el deudor– es apta para alcanzar la meta, nos hallaremos ante una contratación **“adecuada”** (es posible lograr lo proyectado desplegando el deber de conducta asumido por el deudor). A la inversa, si dicha conducta es insuficiente o no es idónea para alcanza su objetivo (la prestación), **NO HABRA, NECESARIAMENTE, INCUMPLIMIENTO, PORQUE ESTE CONSISTE EN LA INEJECUCIÓN DE UNA CONDUCTA** (obligación), **Y NO EN EL LOGRO DE UN RESULTADO MATERIAL** (prestación).

**Por lo tanto, si la obligación (como deber de conducta) no permite** lograr la realización de la prestación, habrá una contratación **“inadecuada”** que no afecta la validez del contrato, pero si contribuye a valorizar otros aspectos, tales como los vicios del consentimiento, los posibles desequilibrios enormes, el enriquecimiento injusto, etcétera).

¿Cuál es, **entonces, la función de la “prestación”?**

**Indudablemente, es la manera de medir en forma provisional el incumplimiento, puesto que nos permite presumirlo, mientras no se acredite que el obligado ha desplegado la “conducta debida”.** ¡Es esto lo que dice el Código **en el artículo 1547!**<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Al tratar de las obligaciones de medio y resultado un destacado autor colombiano señala lo siguiente, luego de analizar la responsabilidad subjetiva y objetiva: “A la aplicación de esta variante de la respon-

En otros términos, **si se ha logrado ejecutar la “prestación”, la obligación se entiende cumplida** (el deber de conducta asumido y desplegado fue suficiente para alcanzar el objetivo propuesto); si la meta no se alcanza, se presume el incumplimiento, **sin perjuicio de la facultad del deudor para probar que ha desplegado la conducta comprometida, caso en el cual estará exento de responsabilidad** (artículo 1547 inciso 3°). Nótese que puede ocurrir que la conducta desplegada por el deudor exceda el nivel de diligencia y cuidado comprometidos (el deudor ha desarrollado una conducta más estricta que la debida). En tal supuesto, generalmente, se suscitará un conflicto que se traduce en la interposición de acciones fundadas, por ejemplo, en el enriquecimiento injusto (acción in rem verso) y la equidad.

Este planteamiento explica nuestra resistencia a aceptar la distinción entre obligaciones **“de medio”** y **“obligaciones de resultado”**. Todas las obligaciones son de medio. Los franceses que crearon esta clasificación –particularmente Demogue– lo hicieron con el propósito de alterar el **onus probandi...** y lo consiguieron, pero sin el más mínimo fundamento normativo. Nótese, por otra parte, que el concepto de obligación planteado incide en otras instituciones. Tal ocurre con el alcance del **“caso fortuito”**. En efecto, el caso fortuito no importa una imposibilidad absoluta de ejecutar una prestación, puesto que el obligado puede atajar los efectos del mismo, según sea el nivel de diligencia y cuidado que pesa sobre él. Un caso indiscutible de lo señalado, lo encontramos en el artículo 2178 regla 3era. del Código Civil, conforme el cual el comodatario, en la alternativa que el caso fortuito le permita salvar la cosa prestada o la propia, deberá preferir la prestada. De ello se sigue que los efectos del caso fortuito, en la mayor parte de los casos, pueden atajarse y que para establecer las responsabilidades pertinentes debe atenderse al grado de diligencia y cuidado que impone la voluntad de las partes o la ley en subsidio. Dicho más claramente, el **“caso fortuito”** es un imprevisto que no es posible resistir aplicando el grado de diligencia y cuidado impuesto en la ley al obligado.

---

sabilidad (responsabilidad objetiva), generalmente condenada por la doctrina y la jurisprudencia en los países cuyos ordenamientos se inspiran en la tradición latina, conduce la principal de las consecuencias que se le quieren atribuir a la clasificación de las obligaciones que se viene comentando; en las de medio, el deudor sería recibido a probar que el incumplimiento no le es moralmente imputable por haber actuado él con toda la prudencia y cuidado requeridos por la ley; pero si la obligación es de resultado, tal prueba no le serviría; ineludiblemente tendría que demostrar que el daño o la insatisfacción del acreedor ha sido causado objetivamente por un hecho extraño que, por tanto, excluye la participación del deudor. En suma, a nuestro modo de ver, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación, el deudor puede exonerarse de responsabilidad demostrando que el incumplimiento no le es moralmente imputable por una de las dos vías que le ofrece el art. 1604 del C.C.; la prueba de la diligencia debida o el hecho extraño impidiendo. La solución propuesta por Demogue para las obligaciones de resultado, o sea la de que la frustración de este haga siempre responsable al deudor, requeriría entonces una estipulación expresa conforme a la cual dicho deudor respondería de toda culpa, estipulación que es válida y que conduce a erigir el caso fortuito en única causa exonerante.” Guillermo Ospina Fernández. “Régimen General de las Obligaciones”. 3era. edición. Bogotá. Edit. Temis. 1980.

Ahora bien, aceptado lo anterior, forzoso sería reconocer que toda obligación, quienquiera sea el sujeto pasivo, corresponde a un deber de conducta tipificado en la ley o establecido por acuerdo de las partes en el contrato. Si observamos la posición que a cada una de ellas corresponde en la relación jurídica de la cual nace la obligación, llegaremos a la conclusión de que en todo contrato **ambas partes contraen obligaciones** (así se trate de un contrato unilateral o bilateral), porque cada una asume un deber de conducta, sea que se trate del pretensor o del obligado. Cabe preguntarse, entonces: **¿Qué obligación contrae el acreedor?**

El acreedor o pretensor contrae siempre una **obligación genérica** que tiene su fundamento último en el artículo 1546 del Código Civil, conforme al cual todo contrato debe ejecutarse de buena fe, razón por la que obliga no solo a lo que en ellos se expresa, **“sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella”**. Esta obligación, que no puede estar ausente en ningún contrato, consiste en **no obstruir la conducta del obligado, impidiéndole cumplir o haciendo más gravoso el cumplimiento.**

Lo que señalamos no puede negarse a la luz de la naturaleza de la obligación, puesto que, de lo contrario, el cumplimiento quedaría a merced del obrar veleidoso del acreedor, que se transformaría en juez de sus propios actos, burlando sus deberes básicos, o en un ente ajeno a la relación jurídica de la cual emana la obligación. Puede sostenerse entonces que, tan pronto nace la obligación, ambas partes quedan sometidas a un mismo estatuto, en lo que concierne a su realización y cumplimiento.

Si es efectivo, por consiguiente, que el acreedor **asume la obligación de no obstruir la actividad del deudor, impidiéndole o dificultando el cumplimiento**, surge de inmediato una nueva pregunta: **¿De qué grado de diligencia y cuidado responde?** Dicho en otra forma, **¿qué grado de culpa compromete su responsabilidad y configura la obligación que pesa sobre él?** Por el solo hecho de aceptar que el acreedor asume una obligación negativa (abstención), se sigue que ella debe estar referida a un cierto nivel de diligencia y cuidado, ya que de lo contrario ni sería obligación.

### **III.- Grado de culpa de que responde el acreedor.**

**Es aquí, precisamente, donde queríamos llegar.**

Sostenemos nosotros que para determinar el grado de culpa de que responde el acreedor (al menos respecto del deber de abstención antes referido), se aplica, **inversamente, la regla del artículo 1547 del Código Civil.** Lo anterior se

denomina "**contraculpa**", porque, como se verá, la diligencia y cuidado que debe emplear el acreedor ante el deudor, es inversa a la que le corresponde como sujeto activo de la relación.

Por consiguiente, si el contrato favorece exclusivamente al **acreedor, el deudor responderá de culpa grave y el acreedor de culpa levísima** (cualquier obstrucción, por leve que ella sea, liberará al deudor de su obligación). **Véase el caso del artículo 2178, ya citado, a propósito de la regulación del comodato.** Si el contrato favorece solo al **deudor, este responderá de culpa levísima y el acreedor de culpa grave** (solo le serán imputables a este último las obstrucciones más groseras). **Caso del depósito en el artículo 2222.** Si el contrato favorece a ambas partes, cada una de ellas responderá de culpa leve.

Dicho más claramente, de la culpa del obligado principal se deduce la culpa del acreedor (sea grave, leve o levísima), en términos precisamente inversos a lo que ocurre a su respecto.

Reconocemos que **la cuestión se complica** cuando el incumplimiento ocurre por culpa **tanto del acreedor como del deudor**, vale decir, cuando causalmente el daño que provoca el incumplimiento tiene ambas causas; lo propio ocurre cuando **el acreedor debe cooperar o ejecutar actos que faciliten o hagan posible el cumplimiento** de la obligación, esto es, cuando está afecto a un deber de diligencia activa.

En el primer problema los autores están contestes en que la indemnización proveniente del incumplimiento debe rebajarse, por cuanto el daño producido tiene como antecedente dos causas que se complementan para provocarlo. Se afirma por algunos autores que lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil, que dispone que "**La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente**", constituye un principio general que opera tanto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual como contractual.<sup>2</sup>

El segundo problema obliga precisar cuándo debe el acreedor desplegar una **conducta activa**. Ello ocurre:

- a.- Cuando en el contrato se ha convenido que para su cumplimiento debe el acreedor desplegar un **comportamiento activo**. Tal ocurrirá si el

<sup>2</sup> Sobre este punto se ha pronunciado don Carlos Ducci Claro en un excelente artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXI (Enero-Abril de 1984). El mencionado trabajo es, muy probablemente, el que trata de este tema con mayor profundidad y acierto. En el mismo sentido Javier Tamayo Jaramillo en "Las Causas de Exoneración de la Responsabilidad Civil", Revista Facultad de Derecho U. Pontificia Bolivariana. N°57, 1982. pág. 75.



- acreedor se obliga a **entregar ciertos antecedentes**, informaciones o facilitar contactos necesarios sin los cuales no puede ejecutarse la prestación;
- b.- Cuando la conducta activa del acreedor **se desprenda de la naturaleza de la obligación**. Así sucederá si, habiéndose obligado el deudor a cancelar una deuda ajena, **el acreedor no especifica la persona a quien debe hacerse el pago**;
  - c.- Cuando la obligación **solo puede cumplirse con la intervención activa del acreedor**, siendo éste el único capaz de remover el obstáculo que impide cumplir. Tal sucederá si debiendo **entregar una especie o cuerpo cierto** en un lugar determinado, no puede ingresarse a él sin autorización del acreedor;
  - d.- Cuando la participación del acreedor **alivia sustancialmente el gravamen** que impone la obligación. Ello se presentará si debiendo darse un cierto género, **el acreedor tiene acceso al mercado** en que se expende en condiciones manifiestamente ventajosas para el deudor; y
  - e.- Cuando del cumplimiento se sigue un **beneficio efectivo para el deudor**, cuya obtención depende del acreedor. Esto es frecuente cuando el **pago debe constar por escritura pública** y la cancelación importa un provecho importante para el deudor.

Como puede observarse, el comportamiento del acreedor no solo puede ser pasivo, sino también, en muchos casos, activo.

La aceptación de la teoría que postulamos permite conseguir **dos cosas importantes**: aplicar el artículo 1546 del Código Civil, con todo lo que implica el deber de obrar de **buena fe** en el campo jurídico; y **tipificar** todas las obligaciones, sea que ellas se desprendan del texto de la convención o de la naturaleza de la obligación.

Creemos nosotros que la estructura descrita, en la que se inserta esta materia, resguarda la seguridad jurídica, ya que en derecho nadie puede asumir una obligación o un deber jurídico solo en función del resultado, independientemente de la conducta que corresponde a la contraparte, así se trate del obligado o del pretensor. **La obligación es un deber de conducta que se mide por la diligencia y cuidado que impone a todos quienes intervienen en el contrato, sea sujeto activo o pasivo.**

De lo dicho se sigue que el contrato **limita la libertad del deudor** (que compromete su conducta futura) **y, paralelamente, la del acreedor** (que

hace lo propio asumiendo un deber de abstención e, incluso, una conducta activa de cooperación). Ambas conductas están tipificadas en la ley y constituyen jurídicamente “**obligación**”.

#### **IV.- Definición de contrato.**

Una definición moderna del contrato podría ser la siguiente: “**Convención destinada a crear derechos en un marco de correlación de deberes (obligaciones), entre un sujeto activo y un sujeto pasivo, recíprocamente condicionados**”.

Nótese que mientras las obligaciones creadas por el contrato tienen **en él su fuente**, las obligaciones que pesan sobre el acreedor en orden a no obstruir el cumplimiento tienen como **fuentes la ley**. Ello no altera lo que interesa, pero abre otra perspectiva de análisis.

Salta a la vista la insuficiencia, por ejemplo, del artículo 1439 del Código Civil al decirnos que el contrato es unilateral “*cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna...*” Esta definición, que ciertamente se refiere a las obligaciones principales y explícitas que emanan directamente del contrato, ignora su estructura y la correlación de deberes recíprocos.

Cabe destacar que el incumplimiento del contrato por parte del acreedor –que pone a su deudor obstáculos que éste no está obligado a despejar– tiene una sanción particular, sin perjuicio, creemos nosotros, de otras sanciones accesorias. La **sanción principal** consiste en exonerar al deudor de responsabilidad y extinguir la obligación que pesa sobre él. Una sanción accesoria, por ejemplo, sería la *indemnización de perjuicios* a que tiene derecho el deudor forzado por su acreedor a incumplir el contrato.

En suma, el contrato es una convención destinada a crear derechos sobre la base de una “correlación de deberes” (tanto del deudor como del acreedor), de diversa naturaleza, los cuales se hallan recíprocamente condicionados (el deber del deudor está condicionado por el deber del acreedor y viceversa).

El contrato, entonces, se nos presenta **como dos engranajes** (los deberes asociados a la realización de la prestación, y los deberes asociados a la pasividad o a la contribución del acreedor al cumplimiento de los primeros): **la obstrucción de uno automáticamente obstruye el otro**.

Esta materia cobra cada día mayor importancia. Hemos visto, en el último tiempo, agentes financieros que se han especializado en ofrecer créditos a quienes se sabe no podrán cancelarlos, con el objeto de realizar las garantías

hipotecarias y apropiarse de los inmuebles gravados (Eurolatina). Hemos visto cómo algunos acreedores alteran absolutamente el marco en que se celebró el contrato, para luego imputar responsabilidad al deudor (La Polar). De aquí que estimemos cada día más útil despejar las dudas jurídicas que pueden despertar estas conductas muchas veces aberrantes.





**Ensayos y estudios**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# Sobre la responsabilidad civil precontractual

ARTURO PRADO PUGA

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CHILE,

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD DE NAVARRA,

Profesor Titular

DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL,

FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE

Abogado Integrante de la Excelentísima Corte Suprema.

## I. Historia

Fue el jurista alemán Rudolf Von Ihering<sup>1</sup> quien partiendo de fuentes romanas afirmó en el siglo XIX que las consecuencias de los comportamientos observados por las partes en las negociaciones preliminares anteriores al contrato podían originar un juicio de reproche para una de ellas a través de una responsabilidad que denominó "**culpa in contrahendo**", alusiva al quebrantamiento culpable de la confianza que despierta su celebración y la consiguiente generación del contrato, pudiendo en consecuencia, el que se siente perjudicado con esta culpa, denominada también **daño in contrahendo**<sup>2</sup>, demandar el resarcimiento de los perjuicios por la vía **contractual**, atendido a que la "conclusión de un contrato, según dice Ihering, no produce sólo la obligación de cumplimiento, sino que hace nacer también, cuando la obligación de cumplimiento queda excluida, un deber de resarcimiento de daños"<sup>3</sup>.

Eso es lo que algunos denominan *interés positivo* fundado en el cumplimiento e *interés negativo*, fundado en la frustración del contrato<sup>4</sup>.

El jurista argentino Brebbia destaca esta obligación y el deber de garantizar la confianza asegurando la celebración del contrato.

Refiriéndose a esta diligencia afirma que "**Esta culpa in contrahendo consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo el**

<sup>1</sup> Vid por todos Zuloaga Ríos, (2005) pp. 15 a 19.

<sup>2</sup> Yzquierdo Tolsada,(2001) pág. 88.

<sup>3</sup> Díez Picazo, (2012). págs. 312 y siguientes.

<sup>4</sup> Véase Segura Rivero, (2006).

*cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede liberado al peligro de constituirse en víctima de la negligencia del otro". Agrega que "No es necesario que esa obligación o garantía de diligencia se estipule expresamente, pues la ley la presume"<sup>5</sup>.*

## II. Concepto doctrinal.

Debemos al jurista italiano Gabriel Fagella el aporte del término "**responsabilidad precontractual**"<sup>6</sup> introduciendo al campo de las tratativas y negociaciones preliminares previas a la emisión de una oferta de celebración de contrato, el terreno de la responsabilidad cuando hay retiro arbitrario del consentimiento<sup>7</sup>.

Conforme lo ha sostenido el profesor Hugo Rosende<sup>8</sup>, "*Hay responsabilidad precontractual cuando se causa daño a la persona o bienes del otro en el curso de la formación del consentimiento*". Por su parte, Risueño<sup>9</sup> destaca que durante el periodo de formación y en la fase previa a la elaboración del contrato –que él denomina "*negociaciones previas o tratos*"– puede existir responsabilidad precontractual de un contrato no concluido, sino como proyecto eventual. En estos tratos negociales previos, denominados "*ante actos*" o "*ante contratos*" se entiende que puede existir responsabilidad generada normalmente por culpa, de la que surge el necesario resarcimiento del daño causado, en la medida en que la voluntad manifestada en estas tratativas previas vaya dirigida a alcanzar un acuerdo y aceptación sucesiva, cuya terminación o ruptura intempestiva genera responsabilidad por los compromisos que anteceden a la conclusión del contrato y provoca el perjuicio derivado de su no celebración.

Brebbia señala que la responsabilidad precontractual tiene lugar "*cuando a raíz de la comisión de un acto ilícito, por lo general culposo, sucedido en el curso de las tratativas previas a un contrato, del que deriva un daño al otro precontratante, surge la obligación de resarcir el daño causado*"<sup>10</sup>.

Para Corral Talciani "la llamada responsabilidad precontractual, esto es, la que se genera por el daño causado en las fases preparatorias que aún no se han concluido en la celebración de un contrato"<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Brebbia, Voz "Culpa in contrahendo", (1986) pág. 280.

<sup>6</sup> Gabriel Fagella, "Dei periodo precontrattuali e della loro vera ed essata costruzioni scientifica" en Studi in onore de Carlo Fadda (Napoli, 1906) pp. 271 y siguientes, en Zuloaga Ríos, (2005). pág. 26, nota 24.

<sup>7</sup> Fagella elabora su tesis sobre la base de la idea de garantía y no de la culpa como ocurre con la teoría de Von Ihering, apuntando que esta garantía viene de la ley y no del consentimiento. Vid Zuloaga Ríos, (2005). pág. 32.

<sup>8</sup> Rosende Álvarez, (1979) pág. 19.

<sup>9</sup> Risueño, (1934). pág. 50.

<sup>10</sup> Brebbia, Responsabilidad Precontractual, (1987) pág. 96.

<sup>11</sup> Corral Talciani, (2013). pp.37 a 38.



Nuestros Tribunales de Justicia, sin encajarla en una norma precisa sino en las instituciones generales del derecho, la han definido como "...aquella que nace de la equidad comercial, que obliga a indemnizar los perjuicios producidos por la confianza en la formación del contrato"<sup>12</sup>.

### III. Fundamento normativo

El régimen jurídico aplicable a este tipo de responsabilidad y los criterios de atribución de la misma han sido discutidos en la doctrina más autorizada, que se ocupa del estudio del régimen de la responsabilidad civil tratando de explicar cómo puede atribuirse en esta fase precontractual donde no existe obligación vinculante.

En esta dirección su infracción se presenta como una violación a la buena fe negocial en sentido *subjetivo*, esto es, en la medida en que el quebrantamiento de las negociaciones se traduzca en una falta de comportamiento leal y que dicha lesión provoque efectivamente daños a su contraparte<sup>13</sup>.

En cuanto al régimen normativo aplicable, algunos apuntan a razones de **equidad comercial** y se fundamentan en la teoría del abuso del derecho haciéndolo consistir en el ejercicio abusivo e injusto de una prerrogativa jurídica cuyo fundamento es la propia ley<sup>14</sup>.

Una opinión de minoría califica y extiende esta responsabilidad por la ruptura de los tratos preliminares de *contractual* en atención a que en estos supuestos se configura una culpa contractual por la violación de la seguridad creada<sup>15</sup>.

Una amplia y autorizada mayoría, en cambio, reconduce este tipo de responsabilidad al ámbito *extracontractual*, pues se funda en la ruptura del principio de buena fe sin que exista contrato rigiéndose, por lo consiguiente, por las

<sup>12</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLVI, Año 1949, Segunda Parte, Sección Segunda, págs. 48 a 58, fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 1948, "Caja de Crédito Popular con Shciavetti viuda de Maino, Teresa y otros". Señala el fallo que si bien en el Código Civil no existen normas que contemplen expresamente esta responsabilidad, sí existen normas que regulan las obligaciones que se contraen sin convención, las cuales nacen de la ley o del hecho voluntario de una de las partes (Art.2284 C.C), por lo que si en la formación del consentimiento de un contrato se ocasiona un daño como consecuencia de un hecho ilícito, sea doloso o culpable, se debe responder por los perjuicios sufridos que sean una consecuencia directa del hecho ilícito cometido."

<sup>13</sup> Rosende Alvarez, (1979) pp. 69 y 73 a 74. En el mismo sentido, pero con un alcance más extenso e informativo del ejercicio de todo derecho, véase comentario a fallo de fecha 5 de junio de 1996, por don Ramón Domínguez Benavente y don Ramón Domínguez Águila, (1996) págs. 179 a 183.

<sup>14</sup> En este sentido se pronuncian don Pablo Rodríguez, "Responsabilidad Extracontractual", (2003) págs. 36 y 37 y Orlando Tapia, "De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes", (2006) pág. 358, aunque precisa que esta se genera por la revocación de una oferta o por el rechazo de la que se encuentra pendiente.

<sup>15</sup> Risueño, (1934) págs. 70 a 73 y págs. 92 a 93.

normas sobre responsabilidad de derecho común que hay en Chile que son precisamente la responsabilidad en sede extracontractual.<sup>16</sup>

Otros, sin embargo, reconducen el tema a un análisis más casuístico, distinguiendo según las etapas en que se haya desarrollado la formación del contrato (generación, perfección, consumación)<sup>17</sup>, pudiendo dar origen a convenciones innominadas, previas al contrato como, por ejemplo, el cierre del negocio<sup>18</sup>.

Por último, una autora postula la existencia de una responsabilidad de naturaleza especial o de tercer género fundando el carácter autónomo de esta en *“que no permiten configurarla plenamente como una responsabilidad contractual o aquiliana como la existencia de deberes específicos que deben ser observados por las partes de una relación jurídica especial de carácter precontractual, nacidos de la buena fe objetiva en su proyección en la etapa previa a la perfección del contrato y la posibilidad de que la sola violación de la buena fe opere como factor objetivo de atribución de responsabilidad”*<sup>19</sup>.

#### IV. Jurisprudencia de nuestros tribunales

La jurisprudencia nacional que se refiere a este supuesto de responsabilidad sin que exista consentimiento contractual como antecedente indispensable para obligarse, se balancea sobre los conceptos del cuidado de la confianza o expectativas creadas y de la protección de la buena fe para agrupar estas situaciones en que las negociaciones se frustran perjudicando el interés legítimo de una de las partes en el ámbito de la responsabilidad **extracontractual**.

La Corte de Apelaciones de Concepción<sup>20</sup> se refiere a este supuesto y sanciona el retiro arbitrario del consentimiento considerando la existencia de respon-

<sup>16</sup> En esta dirección, entre otros, Alessandri Rodríguez, De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno, (1943) pág 57; Corral Talciani (2013) pág. 39; Ducci, (1995) pág. 236; Domínguez Benavente y Domínguez Águila, Comentario, (1996) pág. 182 y recientemente el acabado estudio de Patricia Silberman y Rosario Celedón (2010) pp. 105 y siguientes; Marcelo Barrientos, (2009) pág. 117; Lilian San Martín (2013) pág. 320.

<sup>17</sup> Díez Picazo, (2012) págs. 312 y siguientes.

<sup>18</sup> Puelma Accorsi (1991) pág. 42.. El autor define el cierre del negocio como un contrato atípico, muy cercano a la promesa.

<sup>19</sup> Zuloaga Ríos (2005) pp. 124 a 127, N° 7.

<sup>20</sup> Fallo de fecha 05 de junio de 1996, “Forestal Bio-Bio S.A. con Madesal y otra”, comentado por don Ramón Domínguez Benavente y don Ramón Domínguez Águila, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 199, (Enero-Junio 1996) págs. 179 a 183. El mentado fallo ha sido citado por la propia Corte Suprema, y su punto de vista, con arreglo al cual a la responsabilidad precontractual se le aplica el estatuto de la responsabilidad aquiliana, ha sido refrendado por el Máximo Tribunal. Al efecto, véase Corte Suprema, 31 de agosto de 2012, rol 3.647-2012; Corte Suprema, 12 de abril de 2012, rol 218-2011. Otros fallos de la Excma. Corte Suprema sobre la materia son: Corte Suprema, 24 de noviembre de 2011, rol 6.850-2009; Corte Suprema, 22 de septiembre de 2011, rol 4.170 -2010; Corte Suprema, 24 de septiembre de 2010, rol 4.895 -2008.

sabilidad **extracontractual** que aplica a una empresa que había negociado la venta de unos predios forestales durante más de un año, la que llegó a un estado muy avanzado con el grupo comprador, fijando incluso el día de la firma del contrato de promesa.

Llegado el día de la suscripción del contrato, los compradores se encontraron con la sorpresa de que los vendedores habían enajenado los predios a una tercera persona por una cantidad superior, situación que la Corte, invocando como fundamento la buena fe, sanciona destacando *“que el retiro de las tratativas contractuales es un derecho para las partes, pero que ello no excluye la responsabilidad por los daños que se generen por aquel que se desiste sin causa o arbitrariamente.”*

Otro fallo, pronunciado por la Excma. Corte Suprema, casa de oficio por vicio ultrapetita, una sentencia dictada por la Corte de Talca y rechaza una demanda de responsabilidad por incumplimiento precontractual por motivos formales (se habían demandado perjuicios por el incumplimiento **contractual** y la Corte la había acogido fundándose en la responsabilidad **extracontractual**).

En la relación fáctica de esta sentencia se pone de manifiesto que la ruptura o interrupción de las negociaciones se produjo en tal estado de avance de las tratativas acerca de la venta de un terreno que, no obstante no haberse otorgado el contrato de promesa de compraventa, ya había sido materialmente entregado por el vendedor al comprador, el que había invertido en labores de nivelación y cierre en el terreno que había esperado comprar, con lo cual la ruptura unilateral se puede asemejar a un comportamiento doloso, que en este caso quedó sin sanción por razones de forma<sup>21</sup>.

También resulta interesante destacar el fallo de 29 de diciembre de 2011, dictado por la Corte Suprema, donde el Máximo Tribunal, conociendo de un recurso de casación en el fondo, reflexiona en torno a la noción de responsabilidad precontractual, sus requisitos y su naturaleza jurídica. Sobre este último aspecto, si bien la Corte se inclina por atribuirle el carácter de responsabilidad extracontractual, dicho criterio no es compartido por la totalidad de los Ministros que integran la Sala que pronunció el fallo. En efecto, en la prevención de uno de sus miembros se lee: *“La responsabilidad precontractual, si bien participa de la extracontractual en la inexistencia de vínculo, adquiere sus contornos más apropiados en la de carácter contractual, que, además, en concepto de quien previene, constituye el régimen de responsabilidad general y subsidiario en el derecho civil”*.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Para mayores antecedentes, véase Gaceta Jurídica, Año 2001, N° 257, “Luna Espinoza Juan con Bobadilla Valenzuela Sergio” págs. 56 a 74, rol 2.217-2000.

<sup>22</sup> Corte Suprema, 29 de diciembre de 2011, rol 1872-2010, “Jiménez Mira, David Alejandro con Armijo Cerda, Antonio de los Ángeles”.

## V. Conclusión del autor

En nuestra opinión, hay dos principios que concurren simultáneamente en el ámbito de las convenciones preliminares o negocios jurídicos preparatorios o de formación progresiva: i) el de la **autonomía de la voluntad**, para alcanzar el negocio propuesto y ii) el de la lealtad recíproca amparada bajo el principio de **protección de la buena fe**, lo que en nuestro Derecho es sancionado cuando existe un abuso manifiesto, o una traición en función del estado de los negocios<sup>23</sup>, y que es lo que se denomina retiro inmotivado o ruptura injustificada de negociaciones en orden a no perseverar en ellas cuando el contrato está en formación.

Para nosotros, no cabe la menor duda que en esta etapa, y a pesar de las múltiples y sutiles distinciones que se pueden hacer respecto del estado en que se encuentra la gestación del contrato, *ex intervallo temporis*<sup>24</sup>, la responsabilidad aplicable entre las partes intervinientes se engloba o agrupa bajo los supuestos de responsabilidad **extracontractual** o **aquiliana**, salvo los casos en que la responsabilidad arranque de la propia ley, como ocurre con los artículos 98 a 100 del Código de Comercio, especialmente este último<sup>25</sup>. En este sentido, la doctrina más autorizada comparte el criterio de que la regla general es la responsabilidad extracontractual en esta materia, la que se aplica frente al no cumplimiento de obligaciones cuasicontractuales o legales<sup>26</sup> y como norma sancionatoria frente a todos los ilícitos dolosos o culpables. Lo anterior, pese a que una minoría<sup>27</sup> ha sostenido que en esta etapa de contactos negociales hay una verdadera relación obligatoria, cuya violación generaría la extensión de la responsabilidad contractual<sup>28</sup>, lo que desde nuestro punto de vista es un contrasentido, pues el contrato aún no se ha alcanzado a formar.

<sup>23</sup> López Santa María, (2010). pág. 349.

<sup>24</sup> Díez Picazo, (2012).

<sup>25</sup> El artículo 100 del Código de Comercio señala "*La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido.*

*"Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto".*

Algunos han interpretado este artículo como que se trata de una manifestación de la teoría del abuso del derecho, desarrollada por Josserand y, en nuestro medio, por don Arturo Alessandri (1943), pp. 251 a 289 y don René Abeliuk (2014) N°931, pág. 588

Para la mayoría de los autores, dicho abuso rompe el equilibrio de las prestaciones y altera la equidad comercial. Otros, como don Raúl Varela Varela, *Derecho Comercial*, Tomo II (Santiago, 1951), págs. 186 a 187, se refieren a ella simplemente como responsabilidad precontractual, pero no abundan en las razones que dan origen a este factor de atribución.

<sup>26</sup> Ducci. (1995) N°9. pág. 22.

<sup>27</sup> Rosario Celedón y Patricia Silberman, (2010) pp. 132 y siguientes.

<sup>28</sup> Así, en Alemania, y merced a la influencia de Von Ihering, la responsabilidad precontractual ha sido consagrada como costumbre jurídica e introducida legislativamente como institución en el Código Civil (B.G.B.) calificada de *contractual*, fundado en el hecho de que cuando se inicia una negociación, se produce una relación personal asentada en un *contacto social típico*. Vid Barros (2003). pág. 1004, nota 65; Zuluoga Ríos, (2005) pág. 37 y Asúa González, *La culpa in contrahendo*, (1939) pp. 33 y siguientes.

Para finalizar, no debemos perder de vista el aspecto de los deberes precontractuales que han surgido en estas materias (a saber: deber de veracidad, deber de lealtad, deber de información)<sup>29</sup> y como su incumplimiento puede acarrear responsabilidad por parte del infractor; particularmente en el caso deber de información, el cual se encuentra recogido por nuestra legislación en forma muy dispersa y sobre materias relativamente distintas, tales casos son el artículo 1861 de nuestro Código Civil, que establece el deber de información relativo al contrato de la compraventa, asimismo encontramos dentro de la Ley 19.496 de Protección al Consumidor, modificado por la Ley 20.555, la cual en su artículo 32 contiene una norma mucho más específica que la contenida en el Código Civil, materia que dentro de una investigación específica deben ser consideradas como una evolución por parte del legislador hacia exigir dichos deberes, así como por parte de nuestra jurisprudencia al tenerlos en vista al momento de fallar en algunos casos.<sup>30</sup>

## Bibliografía citada

ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las Obligaciones* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, sexta edición).

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1942): *Curso de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria, primera edición).

ALONSO PÉREZ, María Teresa (2012): "La Función de las Obligaciones Precontractuales de Advertencia en la Formación del Contrato de Servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)", Indret, *Revista para el Análisis del Derecho*. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/914\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/914_es.pdf)

ASÚA GONZÁLEZ, Clara (1989) *La Culpa in Contrahendo (Tratamiento en Derecho Alemán y en otros Ordenamientos)*, (Bilbao, Universidad del País Vasco, primera edición).

ASÚA GONZÁLEZ, Clara (1988): *Comentario en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (Abril-Agosto 1988) pp. 515 y siguientes.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2009): "Daños y Deberes en las Tratativas Preliminares de un Contrato". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 2, pp. 449 – 452.

<sup>29</sup> BOETSCH GUILLET, Cristian (2011) pp.139 y siguientes.

<sup>30</sup> Para Mayor información acerca de los aspectos relativos a la Ley 19.496 de Protección al Consumidor en materias precontractuales ver DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo "Tipicidad y Atipicidad de los Deberes Precontractuales de Información". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXIV, 1° Semestre de 2010, pp. 75-99, así como los fallos recientes de la Corte de Apelaciones de Santiago, Hans Walter con Ibáñez Santa María (2014) y Frutícola El Aromo S.A. con Camposano Ibarra y otro (2014).

BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

BOETSCH GILLET, Cristián (2011): *La Buena Fe Contractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

BREBBIA, Roberto (1986): "Culpa in Contrahendo", artículo publicado en la *Enciclopedia Jurídica Omeba* (Buenos Aires, Driskill, Tomo V), pp. 278-291.

BREBBIA, Roberto (1987): *Responsabilidad Precontractual* (Buenos Aires, Editorial La Rocca, primera edición);

CELEDÓN, Rosario y SILBERMAN, Patricia (2010) *Responsabilidad Precontractual por Ruptura Injustificada de Negociaciones Contractuales*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición).

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2005): "El Silencio de los Inocentes: Hacia una Caracterización del deber de informar en sede precontractual", *Estudios de Derecho Civil II*. (Santiago, Editorial LexisNexis).

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2006): "El Retiro Unilateral como un Caso de Responsabilidad Precontractual", *Cuadernos de Análisis Jurídicos: Colección Derecho Privado*. Universidad Diego Portales; pp. 131-158.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2010): "Tipicidad y Atipicidad de los Deberes Precontractuales de Información", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV*, 1° Semestre de 2010, pp. 75-99.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2010): *Los Límites del Deber Precontractual de Información*, (Pamplona, Editorial Civitas primera edición).

DIEZ PICAZO, Luis (2012): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen Primero, (Madrid, Civitas Ediciones, sexta edición).

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Comentario de Jurisprudencia N° 3", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 204, (Julio-Diciembre 1998) pp. 187-188.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Comentario de Jurisprudencia N° 1", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 217-218, (Enero-Junio, Julio-Diciembre 2005) pp. 305-311.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, "Comentario de Jurisprudencia N° 1", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 199 (Enero-Junio 1996) pp. 179-183.

DUCCI CLARO, Carlos (1995): *Derecho Civil Parte General*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).

GARCÍA RUBIO, María Paz y OTERO CRESPO, Marta (2010) "La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Contractual Europeo", *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Disponible en [http://www.indret.com/pdf/731\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/731_es.pdf)

HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2014): *La Obligación Precontractual de la Entidad de Crédito de Informar al Cliente en los Servicios Bancarios y de Inversión*, (España, Editorial Marcial Pons, primera edición).

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): *Los Contratos, Parte General*, (Santiago, Editorial AbeledoPerrot, quinta edición).

NÚÑEZ CARRERA, David, (2006): "Declaraciones y Silencios en el Ámbito Precontractual", *Estudios de Derecho Civil II.*, (Olmué, Chile, Editorial LexisNexis);

PUELMA ACCORSI, Álvaro (1991): *Contratación Comercial Moderna*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición)

RAMOS PAZOS, René (2008). *De la Responsabilidad Extracontractual*, (Santiago, Editorial Legal Publishing, cuarta edición).

RÍOS OSSA, Roberto (2014): *El Deber Precontractual de Declaración del Riesgo en el Seguro de Daños*, (Santiago, Editorial Thomson Reuters, primera edición).

RISUEÑO FERRADO, Manuel María (1934): "De las Obligaciones Precontractuales". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XXXI, 1° Parte, pp. 47 – 132.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003) *Responsabilidad Contractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

ROJO ARANEDA, Eduardo, *El Deber Precontractual de Información*, Memoria de Prueba, Universidad del Desarrollo, (Concepción, 1999);

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo (1979) *Algunas Consideraciones Sobre la Responsabilidad Precontractual*, (Valparaíso, Editorial Universitaria, primera edición).

SAN MARTIN NEIRA, Lilian (2013): "Responsabilidad Precontractual por Ruptura Injustificada de Negociaciones", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 40, N°1) pp. 315 – 322.

SEGURA RIVEIRO, Francisco (2006): "El Interés Indemnizable en las Hipótesis de Responsabilidad Precontractual". *Estudios de Derecho Civil II.*, (Chile Editorial LexisNexis, Primera Edición).

TAPIA SUÁREZ, Orlando (2006): *De la Responsabilidad Civil en General y de la Responsabilidad Delictual entre los Contratantes*, (Santiago, Editorial LexisNexis, segunda edición).

TOMÁS MARTÍNEZ, Gema, "Naturaleza de la Responsabilidad Precontractual (Culpa in Contrahendo) en la Armonización Jurídica Europea". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (año 17, N° 1, 2010), pp. 187-210.

VARELA VARELA, Raúl (1951): *Derecho Comercial, Tomo II* (Santiago, Editorial Universitaria, primera edición).

VEGA ÁLVAREZ, Tomás, *Responsabilidad Precontractual en el Perfeccionamiento de los Contratos Reales y Solemnes*, Memoria de Prueba, Universidad Austral, (Valdivia, 2009);

VERGARA VARAS, Pedro Pablo (2007): "La Responsabilidad Precontractual Un Necesario Desvarío para Enfrentar la Cultura del Litigio". *Estudios Jurídicos en Homenaje a los Profesores*

*Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre.* (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, primera edición).

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (2001): *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual* (Madrid, Editorial Dykinson, primera edición).

ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita (2005): *Teoría de la Responsabilidad Precontractual. Aplicación en la Formación del Consentimiento de los Contratos* (Memoria de Prueba, Universidad Adolfo Ibáñez).

### **Leyes citadas**

Código Civil chileno.

Código de Comercio chileno.

Ley N° 19.496 del 7 de marzo de 1997, Normas sobre Protección a los Derechos de los Consumidores.

### **Jurisprudencia citada**

*Forestal Bio-Bio S.A. con Madesal y otra* (1996) Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de junio de 1996 (Responsabilidad Precontractual, Responsabilidad Extracontractual, Retiro Inmotivado de las Negociaciones Preliminares), *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 199, (Enero-Junio 1996) pp. 179-183.

Pizarro Muñoz con Corporación de Fomento de la Producción, Fisco de Chile (2011), Corte Suprema, 24 de noviembre de 2011, Recurso de Casación en el Fondo.

Hans Walter con Ibáñez Santa María (2014), Rol:7602-2013 Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de octubre de 2014, Recurso de Apelación.

Frutícola El Aromo S.A. con Camposano Ibarra y otro (2014), Rol 579-2014 Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de octubre de 2014, Recurso de Apelación.



# Alcances inconstitucionales de la ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección

DR. JULIO ALVEAR TÉLLEZ  
CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**RESUMEN:** Este trabajo analiza los alcances inconstitucionales de la ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección, incorporando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de libertad de enseñanza y derecho a la educación.

\* \* \*

## I. Antecedentes

La reforma educacional impulsada por el actual Gobierno ha sido objeto de amplio debate. Entre los aspectos abordados destaca la falta de idoneidad entre los medios y normas propuestas y los objetivos que se pretenden alcanzar, cuales son, entre otros, la calidad de la educación y la educación inclusiva.

Un ejemplo paradigmático se encuentra en la ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección en los establecimientos subvencionados. Se trata de una normativa “exprés”, parcial y de constitucionalidad objetable<sup>1</sup>.

Una normativa “exprés”, pues en su tramitación legislativa fueron utilizadas todas las prerrogativas presidenciales para que fuese discutida en el menor plazo posible, sin la suficiente maduración, sin la eficaz participación de todos los sectores educacionales que se verán afectados por ella. ¿Resultados? En materias relevantes como la libertad de enseñanza la normativa establece contenidos regulatorios funcionales a idearios políticos abstractos (igualdad, gratuidad), poco aptos para solucionar los problemas reales y concretos de los educandos, de los padres de familia y de los sostenedores. Nadie puede decir que quedaremos mejor con una absurda y absolutista prohibición de la selección o con el uso de una especie de “tómbola” para asignar matrículas.

<sup>1</sup> Alvear Téllez, Julio, “El proyecto de Reforma Educacional: una tragedia griega (II)”, El Mercurio Legal, 24 de abril del 2015.

La reforma escolar es asimismo una legislación parcial. Sobre ella no hubo acuerdo sustancial en el Congreso. Lo que no deja de ser grave, pues en materias fundamentales para el país se requieren consensos básicos. La ley debiera componer las dos visiones que sobre el problema hay en la sociedad. Digamos, simplificando bastante, la visión “prolibertad” y la visión “proigualdad”. Aquí hubo un absoluto contrapeso de una sobre la otra, rompiendo la larga tradición consensual que en la materia ha existido en la historia legislativa. Sin ir más lejos, precisamente sobre acuerdos esenciales operó la decisiva Ley 20.529 sobre el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación parvularia, básica y media.

La falta de acuerdo sustancial no podía sino afectar el modo de actuar del Tribunal Constitucional, órgano encargado de revisar las actuaciones eventualmente inconstitucionales de la mayoría legislativa. En la sentencia Rol 2787, del 1 de abril del 2015, que se pronunció sobre el requerimiento de inconstitucionalidad de la reforma escolar, se llegó, como se sabe, a un empate de votos (cinco contra cinco) en la mayor parte de las materias.

Lo anterior reflejó la existencia de dos visiones acerca de la constitucionalidad de las normas impugnadas. En concreto, se puede decir que cinco ministros tienen una visión de la Constitución diversa a la que tiene el Gobierno. La mitad del Tribunal estima que todas las normas impugnadas son inconstitucionales. La otra mitad opina que no. Sin discutir la plena legitimidad y validez de la sentencia del TC, dirimido el empate con el voto de su Presidente, lo cierto es que los argumentos del fallo y de la disidencia reflejan que dos visiones sobre la constitucionalidad de la reforma escolar se han confrontado con igual peso.

Pese a todo, no convencen los argumentos de la sentencia, esto es, del voto que rechazó el requerimiento. Porque remiten a un ethos constitucional equivocado, al menos en dos puntos:

- a) En el rol que le corresponde al Estado en la educación. Al respecto, es indudable que el Estado chileno tiene deberes irrenunciables en la materia. Pero tales deberes no debieran configurar un Estado intervencionista, sino respetuoso de las libertades. En otros términos, el sistema educacional chileno se construye y se debe construir a partir del despliegue armónico de la libertad de enseñanza y del derecho a la educación. Sin embargo, varias de las normas de la reforma educacional no cumplen este rol dado que obstruyen el contenido o ejercicio de dichos derechos. Un ejemplo de lo primero es la prohibición absolutista de la selección. Un ejemplo de lo segundo es la imposición de condicionamientos que restringen de manera desproporcionada la subvención a nuevos establecimientos educacionales. En este punto, el voto por rechazar del TC,

al declarar la constitucionalidad de estas normas, pareciera alinear su argumentación al alero de una concepción intervencionista del Estado.

- b) En materia de regulación, sea legal, sea administrativa, ésta no debe ser obstaculizadora, sino, por el contrario, facilitadora del haz de facultades de cada uno de los derechos en curso (enseñanza y educación). Pero en los dos ejemplos anteriores (prohibición de la selección, condicionamiento no razonable de la subvención) se ha cruzado fácilmente el umbral de la intensidad regulatoria permitida por la Constitución.

La prohibición de la selección, asumida como regla general, imperativa e incondicionada, afecta el ideario educativo de los establecimientos particulares sin una justificación concreta que permita discernir su proporcionalidad en relación con los objetivos perseguidos (educación de calidad e inclusiva).

Por su parte, la norma que condiciona la subvención de nuevos establecimientos a la realización de dos requisitos, cuyo contenido (disponibilidad de matrícula, inexistencia de proyectos similares) no depende, en definitiva, de la capacidad de cumplimiento de los sostenedores, es absurda. Tras esta exigencia se esconde un verdadero impedimento para la libertad de abrir establecimientos educacionales. Máxime cuando la operatividad de dichos requisitos se deja en manos de la autoridad administrativa sin criterios seguros que lo avalen. Se trata, entonces, de una norma imperativa que, en realidad, funciona como norma impeditiva, más allá de las categorías autorizadas por el artículo 19 N° 11 de nuestra Carta Fundamental.

A continuación analizamos detalladamente estos puntos, teniendo como cuadro de fondo nuestro sistema constitucional completo.

## **II. Alcances inconstitucionales de la ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección.**

Para enfocar bien el problema y arribar a la tesis signada en el epígrafe<sup>2</sup>, vamos a probar los siguientes puntos:

<sup>2</sup> Con fecha 19 de marzo del 2015, el Centro de Justicia Constitucional UDD presentó al Tribunal Constitucional un Amicus Curiae objetando la constitucionalidad de la reforma escolar en curso. Dichas objeciones fueron expuestas suplementariamente en la audiencia pública que el tribunal abrió para la ocasión, de lo que toma nota *El Mercurio* en su edición del 24 de marzo del 2015, C-11. El Amicus Curiae fue citado en la sentencia (considerando 75 del voto por aprobar, sentencia Rol 2787, del 1 de abril del 2015). Puede descargarse desde la página web del Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=2787CEwsdefrtg>. La audiencia pública en: <https://www.youtube.com/watch?v=HGNNEM0hIOQ&feature=youtu.be>. Lo que exponemos a continuación se funda en ambas intervenciones.

- A. Que el Estado chileno tiene deberes irrenunciables en materia de educación.
- B. Que dichos deberes hacen parte de un sistema educacional que se construye sobre el despliegue armónico de los derechos fundamentales (educación y enseñanza).
- C. Que la regulación que incide en tales derechos no puede ser obstaculizadora, sino, por el contrario, facilitadora del haz de facultades de cada uno.
- D. Por lo anterior, las disposiciones de la ley que condicionan la subvención escolar al cumplimiento de requisitos extravagantes (disponibilidad de matrícula, inexistencia de proyectos similares) violan la libertad de abrir establecimientos educacionales.
- E. La prohibición de la selección también es inconstitucional.

A fin de facilitar la lectura de este trabajo, no incorporo doctrina bibliográfica suplementaria. Por un lado, las premisas que manejamos son conocidas y sus raíces doctrinarias están al alcance de cualquier especialista. Por otro, el aparato crítico a pie de página vendría a abultar en demasía el desarrollo de nuestra tesis central, más bien orientada a la praxis jurídica.

## A.

### **El Estado chileno tiene deberes irrenunciables en materia de educación. Alcance de este principio**

**1.** La educación es uno de los bienes humanos esenciales. Su objeto es lograr “el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”, como afirma la Constitución (art. 1° inc. 1°). Caracterización que también ha quedado plasmada en el art. 2 de la Ley General de Educación (DFL 2 del Ministerio de Educación, del 16 de diciembre de 2009), y más lejos, en el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

**2.** Constituyendo un bien de interés general, la educación no puede permanecer ajena a las preocupaciones del Estado. De ahí que desde los inicios de nuestra República, en continuidad con la época indiana, el Estado haya asumido el deber de obtener un progresivo desarrollo en la materia en beneficio de toda la población, creando establecimientos gratuitos para otorgar una cobertura cada vez más amplia, de acuerdo a los niveles obligatorios fijados en cada época.

La Constitución de 1822 establecía en su artículo 231 que “se procurará poner escuelas públicas de primeras letras en todas las poblaciones”. La Constitución de 1833 en su artículo 153 disponía que “la educación pública es una atención preferente del gobierno”. Y la Constitución de 1925 definía a la educación como una “función primordial del Estado”. En esta línea, el artículo 19 N° 10 de la Constitución de 1980 establece la obligación del Estado de financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso de toda la población a la educación básica y media.

**3.** Educación pública, sin embargo, no es lo mismo que educación nacional. Junto a la prestación educacional directa por parte del Estado, ha existido siempre una importante cobertura de la educación formal ofrecida por la propia sociedad civil, lo que vulgarmente se denomina educación privada. En la tradición constitucional chilena la educación nacional no ha sido suplantada ni absorbida por la educación pública.

Recogiendo esta tradición, la Ley General de Educación expresa en su artículo 4° inciso 4° que *“el sistema de educación será de naturaleza mixta, incluyendo una de propiedad y administración del Estado o sus órganos, y otra particular, sea ésta subvencionada o pagada, asegurándole a los padres y apoderados la libertad de elegir el establecimiento educativo para sus hijos”*.

La existencia de un sistema mixto ha sido constatada expresamente por el Tribunal Constitucional (STC Rol 1361-2009, c. 44)

**4.** Respecto de la educación de propiedad estatal, la norma atribuye al Estado un deber cualificado. El artículo 4° inciso 5° de la Ley General de Educación dispone: *“Sin perjuicio de sus demás deberes, es deber del Estado que el sistema integrado por los establecimientos educacionales de su propiedad provea una educación gratuita y de calidad”*.

Respecto del sistema mixto en su conjunto, éste debe propender a la *“equidad y calidad de su servicio”* (art. 1°), debiendo el Estado *asegurar* dicho objetivo, procurando que sea *impartido a todos* (artículo 6°).

**5.** En consecuencia, frente a la tradición constitucional y a la normativa vigente no está sujeto a controversia si al Estado le cabe o no un papel ante la educación. Es evidente que sí y de mucha relevancia. La cuestión es qué papel le corresponde y en qué grado debe ejercerlo dentro de nuestro marco constitucional y los bienes que en él se recogen. Las cuestiones de constitucionalidad planteadas en el requerimiento inciden precisamente en este punto, al objetar ciertas disposiciones del proyecto de ley en curso que, además, contravienen nuestra historia constitucional.

**B.****Los deberes del Estado hacen parte de un sistema educacional que se construye sobre el despliegue armónico de los derechos fundamentales (educación y enseñanza)**

**6.** Previo a nuestra opinión sobre las cuestiones suscitadas por el requerimiento, creemos que hay un punto basal que puede suscitar amplio consenso, y que no ha sido suficientemente destacado: la Constitución y la ley le atribuyen al Estado un conjunto de deberes irrenunciables en materia de educación. Pero esos deberes se ejercen en el marco de un sistema educacional cuyas bases se asientan en derechos fundamentales cualificados (educación y enseñanza).

Lo afirma explícitamente el artículo 3° de la Ley General de Educación: *“el sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza”*. Esta concepción no ha sido tocada por el proyecto de ley objetado. Y explicita la estructura funcional de los deberes que la Constitución impone al Estado de cara a estos derechos fundamentales:

- i) Es deber del Estado otorgar especial protección al ejercicio del derecho preferente que tienen los padres de educar a sus hijos (art.19 N° 10 inciso 3° CPR)
- ii) La educación básica y media es obligatoria. El Estado debe financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso de toda la población a la educación básica y media (art. 19 N° 10 inciso 5° CPR).
- iii) La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales (art. 19 N° 11 inciso 1° CPR). La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional (art. 19 N° 11 inciso 2° CPR)
- iv) Una ley orgánica constitucional establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse a cada uno de los niveles de enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel (art.19 N° 11 inciso 5° CPR).
- iv) Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos (art. 19 N° 11 inciso 4° CPR).

- v) Corresponderá al Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles (art. 19 N° 10, inciso 6° CPR).

**7)** La enumeración transcrita da cuenta de los diversos elementos jurídicos que componen el sistema educativo. Aspecto recientemente destacado por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) que ha sostenido que *“en su globalidad (los artículos 19 N°s 10 y 11 de la Constitución) contienen derechos de libertad, deberes sociales, deberes estatales, derechos de prestación, derechos de organización y procedimiento, garantías institucionales y en general un entramado normativo que configura un denso cuerpo constitucional, legal y estatutario de principios y reglas”*. Todos estos elementos jurídicos giran, sin embargo, en torno a la educación y la libertad de enseñanza, ámbitos distintos pero intrínsecamente vinculados y representativos de un complejo conjunto de derechos y deberes (STC Rol 2731-2014, c. 16).

De lo anterior se desprende que cuando la ley asigna al Estado deberes en materia de educación, concretando o desarrollando los objetivos que la Constitución le ha impuesto, dichos deberes necesariamente han de confluir con el ejercicio mutuamente complementario de la libertad de enseñanza y del derecho a la educación. Ello no es sino una expresión particular del principio general de nuestro derecho que expresa que la Constitución es un todo armónico que debe interpretarse de forma de dar plena eficacia a cada una de sus normas.

### C.

**La regulación que incide en los derechos fundamentales de educación y enseñanza no puede ser obstaculizadora, sino, por el contrario, facilitadora del haz de facultades de cada uno**

**8)** Que el sistema educativo se construya a partir del despliegue de los derechos fundamentales que emergen de la propia sociedad civil tiene importantes consecuencias. Por de pronto, que los deberes que la legislación le impone al Estado se articulen como deberes de garantía y de promoción de aquellos.

Esto se traduce en la funcionalidad de los deberes estatales que impone la Ley General de Educación en orden a velar para que la educación formal impartida al interior del sistema mixto cumpla con requisitos o estándares mínimos de acceso y cualificación. Dichos requisitos deben facilitar y no obstaculizar el ejercicio de la libertad de enseñanza de los establecimientos educacionales junto al derecho a la educación de las personas involucradas, desde una posición jurídica de recíproca concurrencia.

No son necesariamente derechos en conflicto, en que la expansión de uno conlleva la reducción del otro, como algunos han querido ver. Así lo ha destacado el TC al precisar la existencia de tres géneros de correlaciones:

- i) El derecho a recibir educación exige que la libertad de enseñanza concrete el derecho de los establecimientos a otorgar una educación reconocida oficialmente y de calidad (STC Rol 2731-2014, c. 15).
- ii) Las instituciones de educación tienen el derecho a la autonomía en sus proyectos educativos, bajo el amparo de la Constitución, las leyes y los estatutos internos (STC Rol 2731-2014, c. 15).
- iii) El derecho a otorgar educación reconocida oficialmente importa la concurrencia de normas y procedimientos que velen por los derechos de todos los integrantes de una comunidad educacionales (STC Rol 2731-2014, c. 15).

**9)** Respecto del primer punto, el TC ha resaltado que en el ámbito de los derechos fundamentales, el derecho a recibir educación en los niveles fijados por la ley supone el derecho a otorgarla en ejercicio de la libertad de enseñanza. Hay aquí varios ámbitos de concurrencia armónica entre ambos derechos en el plano de la satisfacción de los intereses recíprocos:

- a) El derecho a recibir educación es “un derecho social que asegura a todas las personas su pleno desarrollo en todas las etapas de la vida, a través del acceso a la enseñanza formal y no formal y a procesos de educación informal...”. Este derecho de los niños y jóvenes a recibir educación es auxiliado por el derecho preferente y el deber consecuente de los padres a educar a sus hijos (STC Rol 2731-2014, c. 17).
- b) Los derechos educacionales, abarcando los deberes del Estado, tienen un punto de contacto con la libertad de enseñanza cuando se reconoce a todas las personas el derecho a otorgar educación. Este derecho, abierto a todos, de ofrecer y poner a disposición de la población los procesos educativos es parte del deber de la comunidad de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación (STC, Rol 2731-2014, c. 18).
- c) Uno de los puentes que une el derecho a recibir educación y el derecho-deber a otorgar educación es la libertad de enseñanza (STC Rol 2731-2014, c. 19). “El derecho a recibir educación tiene por finalidad una especial asunción pública de habilidades, pericias y estudios. Por lo mismo, debe confluir necesariamente en el reconocimiento oficial de esa enseñanza (STC Rol 1363, c. 15, STC Rol 2731-2014, c. 20).
- d) La libertad de enseñanza no puede separarse del derecho a la educación, siendo su contraparte. Esto exige que el Estado cree las condiciones para que pueda ejercerse y así las personas logren su pleno desarrollo en las



distintas etapas de su vida (STC Rol 1362-2009; STC Rol 2731-2014, c. 41).

**10)** En cada uno de estos ámbitos es posible observar detenidamente que la regulación que incide o pueda incidir en tales derechos no sea obstaculizadora, sino, por el contrario, facilitadora del haz de facultades que otorga cada derecho. Es que sobre ellos, insistamos, el sistema educacional ha colocado su base.

Este diseño se aplica asimismo a algunas facultades en particular de la libertad de enseñanza, especialmente susceptible de ser afectada por una regulación obstaculizadora y no ordenadora.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales se ha preocupado especialmente de este aspecto: *“Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 (objetivos de la educación) y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”* (artículo 13 N° 4).

**11)** En la materia, el requerimiento solicita que se declare la inconstitucionalidad de varias normas del proyecto de ley que regula la admisión de estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, correspondiente al Boletín 9366-04.

En este escrito nos centraremos en tres normas que imponen a la libertad de enseñanza una regulación que afecta la facultad de **abrir y organizar** establecimientos educacionales.

Tales son la que condiciona el otorgamiento de nuevas subvenciones a la verificación de dos circunstancias (disponibilidad suficiente y ausencia de proyectos educativos similares) calificadas por la autoridad administrativa (art. 2 n° 7 letra b del Proyecto); la que prohíbe a los establecimientos educacionales subvencionados seleccionar a sus alumnos (Art. 2 n° 5 letra f, N° 6 y artículo 26 transitorio del Proyecto); y la que prohíbe justificar la selección por los criterios del art. 19 N°11 CPR (artículo 1° numero 7 letra c del Proyecto).

La primera afecta especialmente la facultad de abrir establecimientos educacionales. La segunda más directamente la facultad de organizarlo. Vamos a mostrar, entre otras razones, que la intensidad regulatoria de estas normas excede o rebasa el umbral fijado por la Constitución Política y los estándares dispuestos por el Tribunal Constitucional para este tipo de casos, restringiendo sin causa proporcionada el ejercicio de la libertad de enseñanza.

**12)** La Constitución de 1980 dispone que la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional (art. 19 N° 11 inciso 2°). Estamos, en consecuencia, frente a un derecho–autonomía que puede desenvolverse sin más límites que los que la ley impone determinando el contenido abierto de dichas causales. Se trata, en todo caso, de causales acotadas. Solo ellas autorizan a imponer límites al derecho.

Tratándose de la “enseñanza formal o regular”, el derecho no solo puede ser “limitado” sino también “regulado”. El art. 19 N° 11 inciso 5° de la Constitución, ya reproducido, lo autoriza, convocando a tales efectos a la ley orgánica constitucional. A propósito de los establecimientos educacionales, como sujetos de la libertad de enseñanza, el Tribunal Constitucional ha precisado esta doctrina: *“la regulación del establecimiento educacional, por la cual se desenvolverá la libertad de enseñanza, está justificada, ya que la propia Constitución habilita al legislador en un doble sentido. Por una parte, porque el legislador debe establecer los requisitos mínimos que deben exigirse en cada uno de los niveles de enseñanza. Por la otra, porque debe establecer requisitos para obtener el reconocimiento oficial. Estos requisitos evidentemente implicarán una configuración legislativa de los elementos que lo componen. Para la Constitución, la obtención de reconocimiento oficial requiere la satisfacción de ciertos requisitos más exigentes que los requeridos para el simple ejercicio del derecho a la libertad de enseñanza”* (STC, Rol 1363-2009, c. 15).

**13)** La regulación que impone estos requisitos está reservada a la ley y debe en todo caso respetar *“el núcleo esencial y el libre ejercicio de los derechos”*, como lo exige el artículo 19 N° 26 de la Constitución, y lo ha recordado el TC respecto de la libertad de enseñanza (STC, Rol 1361-2009, c. 67 y 68).

**14)** El mismo Tribunal ha precisado esta conocida doctrina, sentando la tesis de *la regulación deferente con los derechos fundamentales*. Vale decir, la regulación legal que establece requisitos para ejercer la actividad educativa es bifásica, tiene dos caras: debe satisfacer criterios finalistas para realizar el derecho a la educación, pero también facilitar el ejercicio de la libertad de enseñanza, no entorpecerla.

A propósito de la norma legal que impuso la exigencia de personalidad jurídica para los establecimientos educacionales, el tribunal explicitó la postura en comento. Primera cara: deferencia con el derecho a la educación: *“Aquella exigencia tiene por finalidad cumplir de mejor manera la obligación de garantizar una educación de calidad ..., esto es, el derecho a la educación. Para este Tribunal la finalidad de mejorar la calidad de la educación es claramente una finalidad que legítimamente puede perseguir el legislador”* (STC, Rol 1363-2009, c. 19). Segunda cara: deferencia con la libertad de enseñanza: *“que respecto de la exigencia de personalidad jurídica, este tribunal considera que ésta tiene por finalidad hacer*

*operativa la propia libertad de enseñanza, en especial la libertad de organización de los establecimientos educacionales. En efecto, la organización de la complejidad de medios, humanos y materiales, y fines que supone un establecimiento educacional, es facilitada por la existencia de personalidad jurídica, por las características de estos sujetos de derecho” (STC, Rol 1363-2009, c. 17). Por otra parte, “cabe analizar si la exigencia de personalidad jurídica es proporcionada y razonable o si, por el contrario, resulta desproporcionada. En este punto, el Tribunal ha llegado a la convicción que la norma en cuestión no afecta el contenido esencial de la libertad de enseñanza” (STC, Rol 1363-2009, c. 20).*

El TC ha insistido en esta doctrina incluso a la hora de analizar el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales desde el ángulo de la técnica de policía administrativa. Al respecto, sostiene que los requisitos que deben cumplirse para dicho reconocimiento responden, por un lado, al desarrollo de “*criterios finalistas en cuanto a la calidad de la educación*” (STC Rol 1363, c. 19, STC Rol 2731-2014, c. 21). Y, por otro, a que el despliegue libre de la actividad de enseñanza evite los “*riesgos eventuales*” que pudieran ser lesivos a “*los derechos de terceros o el interés general*” (STC Rol 2731-2014, c. 11).

**15)** El TC también ha sostenido que las reglas de organización de los establecimientos educacionales y los requisitos que se imponen para su reconocimiento oficial constituyen una “*configuración*” legislativa del derecho. Dicha configuración, ha precisado, no constituye “*restricción*” del derecho (STC Rol 1362-2009, c. 20; STC Rol 2731-2014, c. 41).

Que tales requisitos constituyan una “*configuración*” de la libertad de enseñanza, quiere decir que:

- i) Ellos no pueden, valga la redundancia, “*restringir*” el ejercicio del derecho. Lo que hacen es configurarlo para volverlo más operativo en el contexto de la misión educacional.
- ii) Tales requisitos deben responder a una regulación general y no deben ser desproporcionados. El TC se ha tomado en serio este estándar a la hora de evaluar la constitucionalidad de las nuevas exigencias que se han ido adosando a la Ley General de Educación.
- iii) Tanto los requisitos como el procedimiento administrativo para obtener el reconocimiento oficial tienen un “*carácter reglado*” (STC 1361-2009, c. 44).
- iv) También se ha establecido que “*cuando el legislador se encuentra empeñado en un cambio sustantivo sobre la educación, que comprende más exigencias y más instituciones, este es un criterio que el tribunal debe ponderar (STC 1363-2009)*” (STC Rol 2731-2014, c. 41).

En consecuencia, si bien la autoridad legislativa puede legítimamente regular el ejercicio de la libertad de enseñanza para armonizarla con las exigencias impuestas por el bien común, bajo ningún respecto los nuevos requisitos impuestos por la ley, o la “configuración legislativa” del derecho, pueden consistir en la imposición de límites que entorpezcan el ejercicio de la libertad de enseñanza, en el ámbito de la educación formal, al punto de dificultar que su despliegue contribuya a las mismas finalidades públicas que inspiran los cambios impulsados por el Ejecutivo.

#### D.

**Las normas que condicionan la subvención escolar a requisitos extravagantes son inconstitucionales.**

**Violan la libertad de ABRIR establecimientos educacionales**

**16)** En este contexto, el proyecto de ley objetado introduce (art. 2 n° 7 letra a) en el artículo 8 de la Ley de Subvenciones (DFL 2 del 20 de agosto de 1998 del Ministerio de Educación) una doble condición para otorgar aporte estatal a los establecimientos educacionales que por primera vez soliciten el beneficio. El Ministerio de Educación solo podrá aprobarlo en los casos en que *“exista una demanda insatisfecha por matrícula que no pueda ser cubierta por medio de otros establecimientos educacionales que reciban subvención o aporte estatal, o que no exista un proyecto educativo similar en el territorio en el que lo pretende desarrollar”*. La calificación de la situación de hecho corresponde a la autoridad administrativa, quien obrará de acuerdo a los “procedimientos y requisitos” que disponga un reglamento (nuevos incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 8).

Como adelantábamos, la intensidad regulatoria de la norma citada traspasa el umbral fijado por la Constitución Política y los estándares dispuestos por el Tribunal Constitucional, restringiendo sin causa proporcionada el ejercicio de la libertad de enseñanza. **Hay aquí cinco razones para objetar la constitucionalidad de la norma analizada:**

- i) La norma citada subordina la libertad de abrir establecimientos educacionales a reglas cuya realización no depende de la capacidad de cumplimiento del sostenedor. Aquí no estamos frente a una *configuración* legal del derecho, sino a un verdadero *límite*, pues, aunque el sostenedor manifieste la mejor disposición para sujetarse a las normas legales que reglan su actividad, ésta no podrá ser ejercida si no cumple ciertas condiciones que no dependen de su iniciativa.

Como límite, la norma en cuestión diseña un procedimiento capaz de impedir pura y simplemente el ejercicio de la libertad de enseñanza para

abrir nuevos establecimientos educacionales. Si configurara el derecho lo volvería más operativo para encauzarlo hacia los fines de bien público que el ejercicio de la libertad exige. Aquí, por el contrario, lo obstaculiza y restringe.

La norma en análisis es, a este título, manifiestamente inconstitucional. No es posible limitar, restringir o impedir la libertad de enseñanza sino refiriendo a las causales constitucionales, esto es, la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional (art. 19 N° 11 inciso 2°), situación que está lejos de producirse en este caso.

Se podría aducir que la disposición en análisis establece requisitos que propiamente hablando no impiden abrir un establecimiento educacional toda vez que solo imponen condiciones para recibir una subvención estatal. Pero lo cierto es que para gran parte de los sostenedores privados que en el futuro requieran aporte del Estado les estará *materialmente* vedado abrir un establecimiento educacional si no cuentan con dichos recursos, aun cuando *formalmente* cumplan con todos los requisitos para ser reconocidos oficialmente. Situación absurda e incongruente, sintomática de una deficiente técnica legislativa para alcanzar los objetivos que se debieran pretender aquí, cual es, en definitiva, organizar la *disponibilidad* de la educación en todos sus niveles y formas, pero con deferencia hacia los derechos fundamentales, configurados según las exigencias del bien común.

Hay que insistir en este punto: en la materia que revisamos, el legislador tiene el deber de encauzar la libertad de enseñanza hacia la satisfacción de los objetivos educacionales que pretende, y no entorpecer su desenvolvimiento hacia ellos. Hay que realizar las metas de educación *con* la libertad de enseñanza, y no *contra* ella. Aquí se configura una clara vulneración del artículo 19 N°26 de la Constitución, ya que el legislador entorpece grave e indebidamente la facultad de abrir establecimientos educacionales.

- ii) Desarrollemos más ampliamente el argumento central<sup>3</sup>. Hemos dicho que desde el enfoque de la libertad de enseñanza (y en forma refleja del derecho a la educación) dichas exigencias suponen una intensidad regulatoria que traspasa el umbral fijado por la Constitución Política, impidiendo indebidamente el ejercicio de la libertad de enseñanza, en lo relativo a la facultad de abrir establecimientos educacionales.

<sup>3</sup> Alvear Téllez, Julio, "El proyecto de Reforma Educacional: una tragedia griega (I)", El Mercurio Legal, 27 de marzo del 2015.

¿Por qué decimos que impide? ¿Las dos exigencias no son acaso condiciones que el sostenedor podría, en su caso, cumplir? ¿Dónde está entonces el impedimento?

El impedimento está, respondemos, en que dichas condiciones en realidad operan como requisitos capaces de inhibir pura y simplemente el ejercicio del derecho. Porque podemos imaginarnos al mejor sostenedor, al que cumpla de forma eximia con los requisitos para el reconocimiento oficial. Pues bien, ese mejor sostenedor no está de suyo en situación de poder cumplir con las nuevas exigencias que establece la norma en análisis. Y es que aún cuando manifieste la mejor disposición para sujetarse a ellas, es probable que no se adecue a sus reglas, dado que dependen de circunstancias para él aleatorias (que no exista suficiente matrícula, que no haya un proyecto educativo similar).

No estamos, en rigor, frente a una pura regulación del ejercicio de un derecho, ni a una eventual configuración legal. Estas exigencias se comportan como una limitación de la libertad de enseñanza, y una limitación no habilitada constitucionalmente.

En efecto, recuérdese que el artículo 19 N° 11 inciso 2° dispone que la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. Son éstas y no otras causales las que pueden limitar el derecho. Pero las dos exigencias que analizamos no funcionan como concreción legal de estas causales. Nada tienen que ver con ellas. Y, sin embargo, cumplen su misma función limitadora: reducir el ámbito de posibilidades de actuación de la libertad de enseñanza.

Una auténtica tragedia para los sostenedores. Y también para el legislador.

Para los sostenedores, porque si en el futuro requieren aporte del Estado les estará *materialmente* vedado abrir un establecimiento educacional si no cuentan con dichos recursos, aun cuando *formalmente* cumplan con todos los requisitos para ser reconocidos oficialmente. Situación absurda e incongruente, sintomática de una deficiente técnica legislativa para alcanzar el objetivo que se pretende, cual es, en definitiva, organizar la *disponibilidad* de la educación en todos sus niveles y formas, pero con deferencia hacia los derechos fundamentales en juego.

Es una tragedia también para el legislador. Porque éste tiene el deber de encauzar la libertad de enseñanza hacia la satisfacción de los objeti-

vos educacionales que pretende, y no entorpecer su desenvolvimiento hacia ellos. Hay que realizar las metas de educación *con* la libertad de enseñanza, y no *contra* ella.

Lo paradójico de todo este asunto es que con el presente impedimento a la libertad se afecta suplementariamente, y por efecto reflejo, el derecho a la educación. El derecho de los padres, principalmente los menos pudientes, a elegir la mejor educación para sus hijos, a partir de proyectos educacionales diversos.

Todo por pretender regular un derecho cuando en realidad lo que se está haciendo es limitarlo sin habilitación constitucional de ningún tipo.

- iii)** La norma citada no atiende a la posición de concurrencia que debiera consagrar la ley en los ámbitos donde se relacionan la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. Estándar que, según vimos, viene siendo exigido por la jurisprudencia de este tribunal para hacer respetar la complementariedad de ambos derechos. Una regulación legal que pretenda organizar la disponibilidad de la educación, como la norma que objeta el requerimiento, no debiera, para lograr dicho objetivo, volver menos operativa la libertad de enseñanza, cercenando la facultad de abrir establecimientos educacionales. Menos por razones *cuantitativas*, si lo que se busca es también la disponibilidad de una educación de calidad.

El legislador está obligado a buscar otros caminos: aquellos que garanticen, en el mayor grado posible, la máxima operatividad tanto del derecho a recibir educación (de calidad) como del derecho a abrir establecimientos educacionales reconocidos oficialmente.

- iv)** El TC ha señalado, como garantía adjetiva de los derechos en juego, que las normas para el reconocimiento oficial de un establecimiento educacional deben tener carácter reglado (STC 1361-2009, c. 44). Ello se proyecta obviamente a los requisitos que la ley establece para solicitar subvenciones estatales.

La norma citada no cumple con esta exigencia. La condición de no existir un "*proyecto educativo similar*" falla, en sí misma, por su indeterminación lógica. Los elementos que deben completarse para considerar cuándo un proyecto educativo es "*similar*" a otro, y cuándo no, no están definidos. Por lo que nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado que puede ser presa de fácil manipulación por parte de la autoridad administrativa.

Dado que la indeterminación lógica no puede conducir a una indeterminación jurídica, la propia norma prevé que “un reglamento del Ministerio de Educación” establecerá “los requisitos para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”.

Este reenvío a la potestad reglamentaria para delimitar lo que la ley no ha querido o no ha podido definir es de dudosa constitucionalidad. ¿Otorgará el reglamento facultades discrecionales o regladas al Ministerio de Educación, para habilitarlo a decidir cuándo un proyecto educativo es similar a otro? Cualquiera que sea la técnica que el reglamento utilice en definitiva, hemos de convenir que el proyecto de ley ha sido muy poco cuidadoso, pues ha abierto un espacio innecesario para una suerte de configuración reglamentaria de la libertad de enseñanza, dejando el ejercicio de este derecho a disponibilidad de la Administración.

Cualquiera sea la opinión que se adopte sobre el mayor o menor grado de capacidad regulatoria de un reglamento respecto del ejercicio de un derecho fundamental, se ha de convenir que la actual redacción de la norma es muy poco respetuosa de los derechos fundamentales. En definitiva, los márgenes señalados por la ley son suficientemente indeterminados como para que la autoridad administrativa pueda, a su entender, impedir el ejercicio de la libertad para abrir nuevos establecimientos educacionales.

- v) En el caso que la potestad reglamentaria delimite insatisfactoriamente lo que entiende por “proyecto educativo similar” (exigiendo, por ejemplo, que lo “similar” se determine en grado de género remoto y no de especie), la norma objetada estaría dando pábulo a una posible y peligrosa homogenización de la oferta educacional a futuro, especialmente para el sector menos pudiente de la población. Lo que potencialmente podría significar una vulneración de la libertad de elegir de los padres, quienes no contarían con la diversidad suficiente disponible.

Este abanico de posibilidades educacionales, adecuadamente configuradas por el legislador, es la contracara del derecho a la educación y una de las exigencias del bien común.

- vi) Las normas objetadas por el requerimiento –entre ellas la que analizamos aquí– hacen parte de un cúmulo de nuevos requisitos, adicionados a los ya existentes, que deberá cumplir el sostenedor para ser reconocido oficialmente y recibir subvención. El conjunto es oceánico, una cantidad sinfín de requisitos, como enumera el requerimiento en sus páginas 20 a 22, sujetos al control del Estado.



En principio, esta sobreabundancia de condiciones (se enuncian a título ejemplar 27 exigencias), aunque representan una carga cada vez más onerosa para el sostenedor, no parece objetable si con ellas se logra con medios congruentes los objetivos de una educación disponible, de calidad e inclusiva.

La cuestión de inconstitucionalidad se plantea, sin embargo, cuando para conseguir dichos objetivos se utilizan medios no coherentes ni compatibles con un legítimo despliegue de la libertad de enseñanza. O cuando las exigencias son de tal grado que, junto a reglas razonables, configuran una red de predeterminaciones innecesarias o dudosas que ahogan la facultad de autodeterminación del sostenedor, sea en el plano económico, administrativo o propiamente académico. Al respecto hay que recordar que la autonomía que corresponde a la libertad de enseñanza ha sido considerada por el TC como garantía institucional del derecho (STC Rol 523, c. 27; STC Rol 2731-2014, c. 15).

En este cuadro, la norma que analizamos es un medio *no congruente* para alcanzar los objetivos que pretende. Y además, tal como ha sido redactada, es una predeterminación *innecesaria o dudosa* que afecta la autonomía del proyecto educativo que los sostenedores tienen derecho de iniciar con ayuda del Estado una vez que han cumplido con las exigencias de reconocimiento oficial.

Ambas objeciones de constitucionalidad también están presentes en la prohibición de la selección. Lo revisamos inmediatamente.

E.

**La prohibición de la selección también es inconstitucional.**

**Su incongruencia para el ejercicio de los derechos fundamentales.**

**17)** Analizamos aquí dos prohibiciones: la que impide la selección en los procesos de admisión basada en las calificaciones y la que impide justificar la selección por los criterios del art. 19 N°11 CPR.

**18) Prohibición de la selección en los procesos de admisión basada en las calificaciones.** El proyecto de ley objetado establece (Art. 2 n° 5 letra f, N°6 y artículo 26 transitorio) que en los procesos de admisión de los establecimientos subvencionados o que reciban aportes regulares del Estado, en ningún caso se podrá considerar el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante. La prohibición de la selección basada en calificaciones de mérito llega a tal extremo que se establece obligatoriamente un sistema de postulación y admisión aleatorio, de acceso remoto, sin perjuicio de ciertas matizaciones en casos determinados (nuevo artículo 12 de la Ley General de Educación; nuevo artículo 7 bis a 7 septies de la Ley de Subvenciones; nuevo literal a) quinquies del artículo 6) de la misma ley).

Se comprende la necesidad de regular los procesos de admisión para eliminar prácticas discriminatorias. Pero del principio de no discriminación no se deduce la prohibición de todo sistema de selección basada en las calificaciones.

Si el objetivo de la reforma educacional es obtener una educación inclusiva además de una educación de calidad debe ponderar ambos elementos. Pues resulta contradictorio una educación de calidad que reprima, extinga o prohíba cualquier forma de promoción del mérito, en aras de la igualdad de oportunidades.

Este punto ha sido abordado por el TC a propósito de la educación universitaria. Sostiene el tribunal que el derecho a recibir educación tiene por finalidad una especial asunción pública de habilidades, pericias y estudios tanto de progresión personal como de inclusión social. Y agrega: *“El sentido del legítimo ascenso social, de la promoción del mérito y de propiciar igualdad de oportunidades, importa que el derecho a la educación pueda producir efectos útiles y tangibles para los millones de ciudadanos que salen día a día a estudiar. Y por lo mismo, él debe confluir necesariamente en el reconocimiento oficial de esa enseñanza y en la consecuencia natural de conseguir los títulos habilitantes para esa progresión (STC Rol 1363, c. 15)”* (STC Rol 2731-2014, c. 20).

De cualquier manera que se resuelva la eventual tensión entre el mérito y la igualdad de oportunidades, es absurdo que el primero sea sacrificado completamente en función de la segunda, cuyos resultados, habida cuenta de la diversidad humana, nunca serán uniformes. Estamos frente a un intento ingenuo por parte del legislador de promover un ejercicio unilateral del derecho a la igualdad, como si no existiera el sistema de derechos fundamentales en su conjunto.

Por otro lado, es un error conceptual y un desconocimiento de la historia, oponer igualdad de oportunidades a meritocracia. No obstante los diversos sentidos y alcances que se atribuyen a la primera, el origen de la misma estuvo íntimamente ligado a la lucha por la meritocracia y en contra del privilegio injustificado. Una verdadera igualdad de oportunidades exige el respeto por el mérito.

En todo caso, la norma en cuestión restringe desproporcionadamente la facultad que tiene el sostenedor de organizar y mantener su propio proyecto educativo en la materia. La medida resulta además dudosa para alcanzar el objetivo perseguido. Y suplementariamente constituye un medio incongruente para que el ejercicio de la libertad de enseñanza aporte, en toda la medida de lo posible, a una educación de calidad que no existe, insistamos, sin promoción de mérito.

**19) Prohibición de justificar la selección por los criterios del art. 19 N°11 CPR.** El Proyecto en su artículo 1° numero 7) letra c) agrega un

inciso tercero al artículo 13 de la Ley General de Educación: *“Los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria en el ámbito educacional podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria establecida en la ley N°20.609. Para estos efectos no se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones fundadas en el numeral 11 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, sin perjuicio de lo establecido en la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza”.*

Nos parece que este precepto adolece de serios vicios de constitucionalidad. En efecto, el origen del problema se encuentra en la Ley N°20.609 que Establece Medidas contra la Discriminación (“Ley Zamudio”), la que señala en su artículo 2 inciso 3° que: *“se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.”*

De cara a esta disposición, la norma objetada por el Requerimiento intenta corregir la “Ley Zamudio”, impidiendo que la libertad de enseñanza pueda invocarse para acreditar la razonabilidad de un trato diverso en materia educacional.

Se pueden plantear aquí, aparte de las que corresponden al acápite anterior, **cuatro objeciones de inconstitucionalidad**<sup>4</sup>:

- i) La piedra angular de nuestro sistema constitucional de protección de la discriminación, por expresa disposición del artículo 19 N°2 de la Constitución, es la *prohibición de la discriminación arbitraria*, vale decir, aquella que es caprichosa, que carece de justificación suficiente, que no es razonable. En consecuencia, en casos de discriminación, la principal labor del juez consiste en determinar si existe o no razonabilidad suficiente en el caso concreto sometido a su conocimiento, para lo cual debe analizar la relación existente entre la diferencia de trato contemplada, el factor de diferenciación utilizado, y la finalidad perseguida por la distinción en estudio.

En otras palabras, determinar si un trato diverso es o no razonable es la pregunta central que debe responder el juez en estos casos. Por lo mismo, nuestro sistema constitucional de protección de la discriminación es incompatible con presunciones de razonabilidad o irrazonabilidad, que

<sup>4</sup> Agradecemos el aporte esencial del Prof. José Manuel Díaz de Valdés en este punto.

intenten determinar *a priori* y en abstracto un juicio que corresponde exclusivamente al juez de la causa. Lo contrario implicaría remover el elemento esencial de las disputas sobre discriminación en nuestro país. Es este un error mayúsculo desde la perspectiva del derecho antidiscriminatorio dispuesto por nuestra Constitución.

- ii) La norma citada se inmiscuye gravemente en las facultades propias de los jueces. Como señala el artículo 76 de la Constitución: *"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"*.

Pues bien, en las causas de discriminación, determinar la racionalidad del trato diferente es lo más importante que el juez debe resolver. Por lo mismo, privarlo a priori de la posibilidad siquiera de conocer el punto, mucho menos resolverlo, es una negación de sus facultades jurisdiccionales.

- iii) La norma impugnada está creando una suerte de jerarquía de derechos, donde la libertad de enseñanza sería un derecho de segundo orden que quedaría siempre subordinado a la no discriminación.

Si es así, el legislador no solo estaría excediendo brutalmente su competencia al establecer jerarquías entre derechos constitucionales no reconocidas en la propia Constitución, sino que además estaría vulnerando los mismos tratados internacionales que le servirían de inspiración, los cuales tampoco reconocen la jerarquía de derechos señalada.

- iv) Cabe también recordar que una exclusión tan categórica del derecho a la libertad de enseñanza por medio de una norma de carácter legal implica una vulneración directa al artículo 19 N°26 de la Constitución. Este tiene por objeto, precisamente, asegurar a las personas que las normas que regulan derechos fundamentales no afecten su esencia, ni los entorpezcan al punto de impedir su libre ejercicio. Eso es exactamente lo que sucede en este caso: la libertad de enseñanza queda automáticamente anulada.

En definitiva, la norma impugnada, no obstante los fines loables que pueda percibir, es inentendible desde la perspectiva del derecho antidiscriminatorio, limita en forma absurda la labor del juez, crea una jerarquía de derechos incompatible con nuestra constitución y es claramente atentatoria contra el derecho a la libertad de enseñanza. El Tribunal Constitucional ha acogido, en definitiva, esta postura, aceptando la inconstitucionalidad de la disposición en análisis, si bien que con argumentos diferenciados<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Véase a este respecto la interesante prevención que rola de fojas 729 a 742 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 2787, del 1 de abril del 2015.

### III. ¿Qué hacer? A modo de conclusión

La ley que pone fin al lucro, al copago y a la selección tiene claros alcances inconstitucionales. Así también lo ha discernido el voto por acoger de cinco ministros del Tribunal Constitucional a cuyas razones –complementarias a las de este trabajo– remitimos<sup>6</sup>.

Los argumentos que aquí hemos formulado nos parecen definitivos, sobre todo en relación con la operatividad de la libertad de enseñanza. Queda, en consecuencia, mucho que hacer.

Por de pronto, nuestro ordenamiento jurídico reserva a los sostenedores que se sientan afectados diversas vías suplementarias de actuación:

- 1) La primera, es la interposición del Recurso de Protección (artículo 20 de la Constitución) cada vez que los sostenedores sientan vulnerados sus derechos constitucionales (propiedad, libertad de asociación, libertad de enseñanza), sea porque un reglamento ejecuta indebidamente la ley escolar (por ejemplo, estableciendo un requisito no contemplado en ella), sea porque una actuación administrativa de un funcionario estatal aplica arbitrariamente dicha ley o reglamento.
- 2) La segunda vía, mucho menos utilizada, es la acción de nulidad de derecho público (artículos 6° y 7° de la Constitución) por la que se pueden atacar los reglamentos si eventualmente resultan contrarios a la Constitución (porque se ha actuado fuera del ámbito de su competencia legal, por ejemplo).
- 3) La tercera vía es el Tribunal Constitucional mediante la acción de inaplicabilidad de la ley escolar, por todas las razones que no hayan sido zanjadas o rechazadas por la sentencia. En ésta el TC sostuvo que la reforma escolar es conforme al artículo 19 N° 10 y 11 (educación y libertad de enseñanza), pero no se pronunció respecto de todos los otros derechos que pueden verse eventualmente afectados (por ejemplo, los artículos 19 N°, 16, 23 y 24: asociación, acceso a la propiedad, derecho de propiedad).
- 4) Otra vía, ante el mismo TC, es el requerimiento de constitucionalidad en contra del decreto que reglamente la ley, "cualquiera sea el vicio invocado", dice el artículo 93 n°16. Esta vía opera solo a requerimiento de las Cámaras del Congreso.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2787, del 1 de abril del 2015, considerandos 1 a 99.



# Reforma constitucional sobre la forma de Estado en Chile. Estado unitario regionalizado y asambleas legislativas regionales

DR. JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS J.  
CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## Artículo 3° de la Constitución Política de la República

Texto Actual	Texto Propuesto
<p><i>El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.</i></p> <p><i>Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.</i></p>	<p><i>El Estado de Chile es unitario y regionalizado.</i></p> <p>La regionalización del país se inspira en los principios de primacía del interés nacional, subsidiariedad, solidaridad y participación.</p> <p>En cada región existirá un ejecutivo y una asamblea legislativa elegidos por votación universal y directa.</p>

### I. Introducción

El proceso de regionalización del país cuenta ya con más de 40 años de historia, sin embargo, sus resultados han sido modestos e insuficientes. No obstante el compromiso de la Constitución Política de la República (la "Constitución") con este proceso, renovado y profundizado en las reformas constitucionales de 1989 y 2005, el centralismo nacional se ha mantenido, impidiendo el florecimiento de comunidades regionales vigorosas, participativas y dotadas de autonomía en la toma de decisiones relevantes.

En la actualidad se ha propuesto salir del estancamiento que sufre el proceso de regionalización mediante la elección directa de los intendentes. Consideramos

que dicha iniciativa, si bien valiosa, no constituye una respuesta suficiente. En efecto, es necesaria una reforma constitucional ambiciosa, capaz de representar un salto cualitativo que consolide irreversiblemente la regionalización del país.

## **II. Propuesta**

Se propone la reformulación del Artículo 3° de la Constitución, en torno a dos ideas centrales interrelacionadas: la consagración de un Estado Unitario Regionalizado y la creación de Asambleas Legislativas Regionales.

### **1. Estado Unitario Regionalizado**

Estado Unitario es aquel en que los órganos centrales concentran el poder estatal y la capacidad de decisión, existiendo un sistema jurídico único de carácter nacional, aplicable a todos los habitantes del país, en la totalidad de su territorio. En contraste, el Estado Regional es aquel que reconoce unidades territoriales (la Región) dotadas de competencias ejecutivas y legislativas, gobernadas por autoridades directamente elegidas por los habitantes de la respectiva Región. Tales unidades territoriales carecen, sin embargo, de competencias constituyentes (propias de un Estado Federal).

La tendencia comparada es hacia la descentralización territorial efectiva del poder. Ello ha obligado a que diversos Estados Unitarios se hayan embarcado en profundos procesos de transferencia de competencias hacia las regiones. Algunas de tales experiencias han culminado en la federalización del país (Bélgica). Otros en la aparición de un Estado Regional (España). Un tercer grupo ha intentado caminos propios difíciles de clasificar (Reino Unido). Finalmente, existen Estados que no obstante permanecer como Unitarios, han implementado importantes procesos de descentralización (Perú).

El fenómeno anterior ha redundado en que la distinción entre estados Unitarios y Regionales sea cada vez más difusa, dando lugar a una serie de formas "intermedias". Nuestra propuesta es que Chile adopte una de estas formas, denominada Estado Unitario Regionalizado, manteniendo así su tradición de Estado Unitario, pero a la vez permitiendo la efectiva descentralización del poder que es más propia de un Estado Regional.

La forma de Estado propuesta se construiría sobre la base de cuatro principios fundamentales:

*Principio de primacía del interés nacional.* Emanado del carácter Unitario del Estado, y exige que la actividad y decisiones de las diversas regiones no se opongan al interés del país en conjunto. Los órganos nacionales, especialmente el Presidente



de la República y el Congreso Nacional, son los encargados de hacer primar el interés nacional, lo que supone labores de coordinación, de conducción, de control e incluso de sanción. En el ámbito normativo, exige la preponderancia del orden jurídico nacional por sobre el regional, permitiendo a las autoridades nacionales asegurar la consecución de los intereses comunes.

*Principio de subsidiariedad.* Tanto en su versión activa (de fomento, ayuda y complemento) como pasiva (de no intervención y respeto de la autonomía), debe servir de marco general a las relaciones entre las autoridades nacionales y las regionales, tal y como sucede en otros contextos comparados (Unión Europea, España, Italia). También debe regir las relaciones al interior de la Región entre sus autoridades superiores y las unidades territoriales menores, en particular las Municipalidades.

*Principio de solidaridad.* Indispensable para lograr un proceso regionalizador armónico y equilibrado. No se agota en el ámbito financiero y económico (como sucede con el actual Fondo Nacional de Desarrollo Regional), y enfatiza la importancia trascendental de la nación chilena como un todo, en el cual se integran las diversas comunidades regionales.

*Principio de participación.* Exige la adopción de una institucionalidad que fomente tanto la participación directa como la representación efectiva. Ello abarca materias tales como la adopción de mecanismos de democracia semi-directa; un sistema electoral proporcional de distrito único; períodos parlamentarios breves; desarrollo de una burocracia regional especializada; amplia atribución del derecho a elegir autoridades regionales, entre otras.

En términos concretos, el Estado Unitario Regionalizado supondría, a lo menos:

- Asambleas Legislativas Regionales elegidas por voto universal y directo de los habitantes de cada Región.
- Ejecutivos regionales elegidos por voto universal y directo de los habitantes de cada Región.
- Permitir (y fomentar) la existencia de partidos exclusivamente regionales.
- Entregar competencias legislativas a las autoridades regionales sobre la generalidad de las materias que la Constitución reserva a la ley (Artículo 63).

## **2. Asambleas Legislativas Regionales**

En contraste con la importancia que se le ha dado a la elección de intendentes, consideramos que la propuesta central en materia de regionalización debe ser

la creación de asambleas representativas elegidas democráticamente por la población local, dotadas de importantes facultades legislativas.

En efecto, constituye un error volver a insistir en un modelo de predominio absoluto de los ejecutivos (nacional y regionales) por sobre los cuerpos colegiados representativos, particularmente si lo que se busca es crear comunidades regionales vibrantes y participativas. Del mismo modo, nos parece profundamente equivocado acompañar la elección directa del Intendente con la creación de un órgano colegiado no elegido directamente, de tintes corporativos, y privado de competencias relevantes, tal y como parece sugerir la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional.

Sin perjuicio de las funciones representativas y fiscalizadoras de estas asambleas, el elemento esencial de esta propuesta es la atribución de facultades legislativas. Sostenemos que se trataría de un salto cualitativo en el contexto de un proceso de regionalización que hasta ahora ha estado circunscrito, a la subfunción administrativa, entregando así a las regiones una cuota realmente relevante de autodeterminación.

En cuanto a las competencias legislativas precisas que se entregarían a las Asambleas Legislativas Regionales, aquellas deben corresponder a algunos de los numerales del artículo 63 de la Constitución, vale decir, materias que el constituyente ha reservado exclusivamente a la ley.<sup>1</sup> De esta forma, diseñamos un sistema fácil de entender, que aprovecha la experiencia constitucional de estos últimos 35 años, evitando de paso la formulación y el ensayo de nuevos y complejos listados de competencias (propios de Estados Federales y Regionales), los cuales normalmente derivan en un sistema engorroso, nunca completo, y siempre fuente de conflictos y concurrencias de difícil armonización. Del mismo modo, se trata de una apuesta ambiciosa que maximiza decididamente la autonomía regional.

En cuanto a la necesidad de resguardar el Estado Unitario, y en particular la primacía del interés nacional, es esencial que las potestades legislativas de las Asambleas queden subordinadas a aquellas propias de los órganos centrales, lo que supondría los siguientes mecanismos:

*Facultad de veto del Legislativo nacional.* Tanto el Presidente de la República como el Congreso Nacional contarían con un plazo para vetar el proyecto de ley regional aprobado por las Asambleas Legislativas Regionales. El objeto de este veto sería la preservación del interés nacional y de un nivel mínimo de armonía entre los diversos ordenamientos jurídicos. El veto sólo podría ser

<sup>1</sup> Algunas de ellas no debieran entregarse a las Asambleas Legislativas Regionales, tales como las contenidas en los numerales 1, 6, 11, 12, 13, 15, 16 y 18 del artículo 63. Otras podrían delegarse previa adaptación al ámbito regional (como las contenidas en los numerales 7,8 y 17 del artículo 63).

total, evitando así dilaciones injustificadas, o que las Asambleas Legislativas Regionales se conviertan en una suerte de comisión legislativa asesora de los órganos centrales, sin mayor poder de decisión.

*Mantenimiento de la iniciativa exclusiva presidencial.* El Presidente de la República conservará, en el ámbito regional, la iniciativa exclusiva de aquellas materias de ley que la Constitución indica en su artículo 65.

*Control de constitucionalidad de las leyes regionales.* Sería ejercido por el Tribunal Constitucional a petición del Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras del Congreso Nacional, el Intendente o una cuarta parte de los parlamentarios regionales.

*Posibilidad de derogación por parte de los órganos legislativos nacionales.* La legislación nacional podría modificar o derogar legislación de carácter regional, asegurando así la flexibilidad necesaria para responder a las cambiantes necesidades del interés nacional.

La instauración de Asambleas Legislativas Regionales con las características antes planteadas presenta una serie de ventajas:

- Se cumpliría con una antigua aspiración de nuestro sistema constitucional, tal y como dan cuenta la Constitución de 1828 y la Constitución de 1925, así como diversos esfuerzos descentralizadores formulados durante la vigencia de esta última.
- Contribuiría a una mayor distribución del poder en forma vertical y horizontal. La primera, por cuanto permitiría transferir a la Región competencias legislativas, las que, por su propia naturaleza, no podrían atribuirse ni al ejecutivo regional, ni a un órgano representativo no electo. La segunda, por cuanto las Asambleas, además de fiscalizar al Intendente, compartiría con él la representación de la comunidad regional (sirviendo de vehículo de expresión alternativo al ejecutivo regional), así como el ejercicio de las facultades entregadas a la Región.
- Otorgaría mayor contenido a la representación política y a la soberanía popular, incrementando la participación de la comunidad regional y mejorando el acceso y cercanía a los procesos de toma de decisión.
- Permitiría el surgimiento de una verdadera “arena política regional”, con poder de decisión en materias importantes, lo que a su vez fomentaría el surgimiento de partidos efectivamente regionales, identificados y agrupados en torno a cuestiones y problemas propios de la Región. Tales partidos compartirían la arena política regional con los partidos nacionales, limitando el poder de estos últimos.

Constituiría una oportunidad para revitalizar la función parlamentaria y la importancia de las instituciones representativas colegiadas en nuestro sistema político, reforzando la democracia representativa.

- Implicaría la concreción y el desarrollo de principios constitucionales tan esenciales como la separación de funciones y la subsidiariedad.
- Desincentivaría el surgimiento de caudillajes regionales populistas, fiscalizando y disputando el espacio político regional.

### 3. Propuestas Complementarias

Un proceso exitoso de regionalización requiere considerar una serie de elementos adicionales. Entre ellos destacamos los siguientes:

*Menos regiones.* Dentro del esquema propuesto, no parece razonable mantener las 15 regiones actuales, creando una estructura desproporcionada a la población y a los recursos existentes en cada una de ellas. Proponemos la reducción del número de regiones, idealmente a 5. También debe considerarse en este contexto la situación particular de los Territorios Especiales de Isla de Pascua y Archipiélago Juan Fernández, consagrados en el artículo 126 bis de la Constitución, los que eventualmente podrían incrementarse.

*Diversas velocidades.* Dada las grandes diferencias existentes entre las distintas zonas del país en términos de población, recursos, grado de identidad regional y de movilización social, etc., nos parece inconveniente forzar un proceso regionalizador homogéneo, donde todas las regiones cuenten con las mismas competencias, se siga un cronograma común de transferencia de las mismas, etc. Es preferible seguir un esquema que reconozca la diversa situación de las regiones, de forma que el proceso regionalizador se adecue a la realidad de cada una de ellas. Un modelo que puede servir de inspiración en esta materia es el proceso de *Devolution* en el Reino Unido. Del mismo modo, es necesario también considerar la particular situación de los Territorios Especiales.

*Ciudadanía nacional y transición.* No debe olvidarse que la ciudadanía seguirá siendo nacional, y por lo tanto la existencia de ordenamientos jurídicos concurrentes y diversos (nacional y regionales) no debe afectar la libre movilidad de los chilenos a lo largo del territorio. Para ello, es necesario asegurar una adecuada transición para los ciudadanos que se trasladan y radican en otra Región (acceso a servicios, sistema de tributación, incorporación al cuerpo electoral regional, etc.)

*Democracia semidirecta.* La creación de un espacio o arena política regional es un escenario ideal, por su tamaño y población, para la implementación de

mecanismos como la iniciativa popular de ley o el referéndum, que permitan la mayor participación de la comunidad regional en la toma de decisiones.

*Control y resolución de conflictos de competencia.* Es necesario contemplar mecanismos institucionales que aseguren que las autoridades, tanto nacionales como regionales, no excedan sus atribuciones en perjuicio de las otras. Proponemos que el control de los actos administrativos lo realicen las Contralorías Regionales cuando se trate de actos de las regiones, sin perjuicio de contemplar un sistema limitado de revisión o apelación ante la Contraloría General de la República. Los actos administrativos de los órganos nacionales quedarían bajo el control de la Contraloría General de la República. En cuanto a los actos legislativos, correspondería al Tribunal Constitucional resolver los conflictos que se susciten.

*Financiamiento.* Un elemento crucial para el funcionamiento efectivo del Estado Unitario Regionalizado es el adecuado financiamiento de las regiones. Al respecto, se propone implementar un mecanismo mixto. Ciertas fuentes de financiamiento deben estar aseguradas directamente por la Constitución (por ejemplo, la posibilidad de gravar actividades de clara identificación regional, o la existencia del Fondo Nacional de Desarrollo Regional), mientras que otras fuentes deben contemplarse en leyes nacionales (por ejemplo, la ley de presupuesto) o en leyes regionales (para lo cual la debe concederse la competencia específica a las regiones).

*Revisión integral del proceso de desconcentración y descentralización administrativa.* La sustancial transferencia de competencias que supone la creación de un Estado Unitario Regionalizado, supone revisar la situación los órganos descentralizados y desconcentrados que se vinculan a las regiones. No sólo es necesario establecer las coordinaciones e interrelaciones necesarias, evitando la duplicidad de funciones y la dualidad de jefaturas (ej.: SEREMIS), sino que también se requiere eliminar órganos que se conviertan en redundantes, realizar los ajustes presupuestarios y de personal correspondientes, etc.

### **III. Conclusión**

El avance efectivo, así como la profundización definitiva del proceso de regionalización, exigen la modificación del actual Artículo 3° de la Constitución. Se propone la reorganización de la forma de Estado como Estado Unitario Regionalizado, donde cada Región cuente con Asambleas Legislativas Regionales, dotadas de competencias legislativas, si bien subordinadas a los órganos de carácter nacional.



## **Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas<sup>1</sup>**

FRANCISCO PFEFFER URQUIAGA

Profesor de Legislación Económica y Derecho Comercial

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**RESUMEN:** En el presente artículo se aborda el tema relacionado con el cumplimiento del deber de lealtad que le es exigible a directores y gerentes de sociedades anónimas abiertas al interior de un grupo de sociedades, a propósito de la resolución sancionatoria dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros en el denominado Caso Cascadas, en la que se declara que en el ordenamiento jurídico nacional no existe un interés social grupal como categoría autónoma e independiente del interés social individual al interior de un grupo empresarial. Es nuestra opinión que el interés social grupal sí existe como categoría autónoma e independiente del interés social individual de cada sociedad perteneciente a un grupo empresarial; y que el deber de lealtad se entiende igualmente cumplido aun si con la decisión del director o gerente se causa un perjuicio al interés social individual de la sociedad perteneciente al grupo, siempre que ese perjuicio sea objetiva y cuantitativamente menor al beneficio que logre la misma sociedad por su pertenencia al grupo. Para sostener nuestra posición se hace, en primer lugar, una breve descripción de los deberes de diligencia y lealtad consagrados en la ley como deberes de conducta exigibles para todo director y gerente, a fin de precisar sus contornos y diferencias; luego se analiza la expresión interés social y la regulación de grupo empresarial que aborda la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores; enseguida, la forma como se satisface y debe cumplir con tales deberes al interior de un grupo empresarial; para finalmente dar las razones por las cuales se discrepa de la interpretación sostenida por el fiscalizador del mercado de valores en la resolución citada.

\* \* \*

La letra h) del considerando N° 1593 --páginas 669 y siguientes-- de la Resolución Exenta N° 223, de 2 de septiembre del año 2014, mediante la cual la

<sup>1</sup> Disponible en [www.pfeffer.cl](http://www.pfeffer.cl)

Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) puso término al proceso administrativo del denominado Caso Cascadas e impuso la sanción de multa, entre otras, a quienes ocupaban la posición de presidente del Directorio y gerente general de las denominadas sociedades Cascadas<sup>2</sup>, dijo lo siguiente:

*“h. En lo relativo a las alegaciones del señor ... y ... respecto a que esta Superintendencia no habría analizado las operaciones cuestionadas dentro del contexto de grupo empresarial y no se habría considerado lo que es el “interés del grupo”, es necesario señalar que, al tenor de la normativa vigente, no corresponde el análisis en el contexto de “grupo empresarial”, que echan de menos las defensas de los formulados de cargos, ni bajo la perspectiva del que denominan “interés común” de las sociedades “Cascada”, toda vez que la norma en referencia alude al interés social como el objetivo y propósito del directorio de las compañías. En dicho sentido, debe mencionarse que, conforme a la historia fidedigna de la ley, el concepto de “grupo empresarial” del artículo 96 de la Ley N° 18.045 –introducido por la Ley N° 18.660 de 1987– fue establecido para efectos de proteger a los inversionistas institucionales en el mercado y minimizar sus riesgos, al tener éstos conocimiento de los integrantes de un grupo o conglomerado empresarial. En dicho contexto, los “intereses comunes” a que alude la norma constituyen un término que, en su acepción plural –y no singular, que utiliza la defensa– es meramente descriptivo, ya que solo sirve al propósito de explicar qué constituye el “grupo empresarial” y, en ningún caso permite establecer el denominado “interés común” como una excepción a los deberes de lealtad que recaen sobre los directores de las sociedades anónimas. Es por ello que carecen de plausibilidad los argumentos esgrimidos por las defensas aludidas, en su intento de explicar las operaciones objeto de cargos. Al contrario de lo sostenido en los descargos, tanto del Sr... como del Sr..., la Ley N° 18.046 alude al “interés social” y lo concibe como el interés específico de cada compañía, como persona jurídica individual y no como un interés de carácter grupal. Tanto es así, que ni la Ley N° 18.045 ni la Ley N° 18.046 contemplan consecuencia jurídica alguna a la vulneración de los “intereses comunes del grupo”.*

<sup>2</sup> Son sociedades Cascada que permiten el control sobre el activo final Sociedad Química y Minera de Chile (SQM), Norte Grande, Oro Blanco, Nitratos de Chile, Pampa Calichera y Potasios de Chile. Se les denomina sociedades Cascada porque cada una de ellas es la controladora de la que se encuentra en el eslabón siguiente de la cadena y permiten a quien controla el primer eslabón (Norte Grande), controlar el activo final (SQM). Todas son sociedades anónimas abiertas que transan sus acciones en Bolsa y en su conjunto forman un grupo empresarial, en los términos definidos en el artículo 96 de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores (LMV). La explicación dada por los formulados de cargo para justificar las operaciones entre alguna de estas sociedades y otras relacionadas con el controlador de las mismas y otras personas vinculadas a éste, fue que existe un interés social grupal común a todas las sociedades Cascada, que consiste y se expresa en el control que el grupo ejerce sobre el activo final (SQM), control que determina el valor de cada uno de los eslabones aguas arriba de la cadena, por lo que toda decisión de compra o venta de acciones de alguna de esas sociedades Cascada debe siempre analizarse en la perspectiva de no comprometer el control sobre el activo final, por lo que cualquiera análisis sobre el cumplimiento de los deberes fiduciarios de directores y gerentes de esas sociedades Cascada, debe considerar en todo momento la existencia del interés social grupal.



Como se ve, el argumento central del considerando en cita gira en torno a la idea de que no existe el interés social grupal como una categoría autónoma e independiente del interés social de cada sociedad perteneciente al grupo; y que por tal razón el director o gerente siempre debe cumplir con el deber de dar satisfacción al interés social de la persona jurídica en que ocupa la posición, no siendo lícito que bajo el pretexto de estar favoreciendo el interés social del grupo empresarial a que pertenece tal sociedad, anteponga la satisfacción del interés social del grupo al individual de la sociedad en que ocupa la posición. No es lícito que lo haga aun cuando el perjuicio al interés social individual de la sociedad en que ocupe la posición sea inferior al beneficio agregado que alcanza el grupo como un todo. En otras palabras, frente a la interrogante de si puede un director o gerente de una sociedad que pertenezca a un grupo empresarial postergar la satisfacción del interés social de esa persona jurídica bajo la excusa de estar persiguiendo la satisfacción del interés social grupal, y que en términos agregados podría importar un beneficio mayor para el grupo que la pérdida para la sociedad en particular, la respuesta de la SVS es negativa.

Y ello porque el deber de lealtad del director o gerente sólo se entiende cumplido si su decisión apunta a dar **únicamente** satisfacción al interés social de la persona jurídica en que se ocupa la posición, sin importar que tal sociedad forme parte de un grupo empresarial y que tal decisión pueda afectar negativamente el interés social grupal. Para la SVS el deber de lealtad sólo se tiene en relación con la persona jurídica en que se ocupa la posición ya que no existe el interés social grupal del que se pueda ser tributario y sin que aquel pueda relativizarse en su cumplimiento por el hecho de que tal persona jurídica forma parte de un grupo empresarial. Como fundamento de tal afirmación, se invoca la historia de la Ley N° 18.660, de 1987, que introdujo el concepto de Grupo Empresarial al texto de la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores (LMV), modificación que no introdujo el concepto de interés social grupal y que sólo habría tenido como propósito un fin informativo y protector de los inversionistas institucionales, ya que al tener **éstos conocimiento** de los integrantes de un grupo empresarial, ello les permitiría minimizar los riesgos asociados a la inversión en papeles emitidos por cualquiera de sus miembros.

Más allá de los alcances y efectos del caso concreto en que tales razonamientos se han formulado, que no serán materia de este comentario, en esta oportunidad discrepamos de la interpretación que el regulador ha hecho tanto de las normas que se refieren al deber de lealtad de directores y gerentes al interior de un grupo de sociedades cotizadas, como de aquellas relativas al concepto de grupo empresarial que en la citada resolución sancionatoria se han esbozado.

Es nuestra opinión que el interés social grupal si existe como categoría autónoma e independiente del interés social individual de cada sociedad perteneciente

a un grupo empresarial; y que el deber de lealtad se entiende igualmente cumplido aun si con la decisión del director o gerente se causa un perjuicio al interés social individual de la sociedad perteneciente al grupo, siempre y cuando ese perjuicio sea menor al beneficio que logre la misma sociedad por su pertenencia al grupo. O dicho de otro modo. No importa violar el deber de lealtad que el gerente o director le debe a la persona jurídica en que ocupa la posición, si adopta una decisión que perjudique el interés social de esa persona jurídica, siempre y cuando tal perjuicio sea objetiva y cuantitativamente menor al beneficio que logra el grupo empresarial al que pertenece esa sociedad, y por ende, esta última. De lo que se trata es que el perjuicio directo sea inferior al beneficio indirecto.

Nuestra posición la fundamos en las siguientes consideraciones:

### **Deber de diligencia y cuidado y deber de lealtad**

Bien se sabe que el deber de diligencia y cuidado en conjunto con el deber de lealtad y transparencia forman la parte medular de los deberes fiduciarios que les son exigibles a directores y gerentes de sociedades anónimas, como integrantes del colectivo directorio, a cargo de dirigir, administrar y representar a la sociedad. También se sabe que la infracción de tales deberes determina el nacimiento de la responsabilidad individual de cada director o gerente en la obligación de indemnizar los perjuicios que tales infracciones hubieran provocado a la sociedad, accionistas o terceros, sin perjuicio de la responsabilidad de la sociedad por tales daños.

Los accionistas de la sociedad cotizada, como dueños del capital, en un acto de máxima confianza, encargan la administración de parte de su patrimonio a personas a quienes muchas veces no conocen, en el entendido de que el comportamiento de estas estará siempre guiado por el imperativo de cumplir con tales deberes.

La confianza que los accionistas depositan en los directores y gerentes tiene precisamente como contrapartida la obligación de estos de someter su conducta al cumplimiento de ambos deberes, ya que ello será garantía de que todas las decisiones que se adopten estarán siempre destinadas a maximizar la producción de valor por igual para todos los accionistas y en ellas el interés social aparecerá antepuesto a cualquier otro interés que pudiera interferir tales decisiones.

La diligencia y cuidado que se exige a directores y gerentes –artículos 41, 45 y 106 de la LSA, entre otros– apunta precisamente a que los actos de gestión importen necesariamente una creación de valor. Su regulación busca maximizar la producción de riqueza por igual para todos los accionistas. La infracción de

este deber supone actos de gestión indebida, de desprolijidad, despreocupación o negligencia, que se traduce en la pérdida de valor o de oportunidades de negocios. Todos los accionistas dejan de ganar si se infringe este deber de diligencia, pero el director o gerente no se hace más rico ni se apropia de valores de los accionistas.

Se trata de una obligación de medios, en cuanto a que la conducta debida por el director o gerente es la de hacer sus mejores esfuerzos, colocando todas sus habilidades, destrezas y capacidades al servicio de una gestión que tenga como **único** objetivo la mayor creación posible de riqueza y valor sostenible para todos los accionistas, sin que, empero, sea parte de este deber asegurar un resultado exitoso de la gestión realizada.

De otro lado, el deber de lealtad y transparencia se manifiesta en la obligación exigible a todo director o gerente de anteponer siempre y en todo momento el interés social por sobre cualquier otro interés que se pueda presentar al momento de tomar la respectiva decisión. Quebranta esta obligación cualquiera decisión que apunte a favorecer lo propio o de terceros relacionados por sobre el interés social.

El incumplimiento del deber de lealtad importa necesariamente una apropiación de valor por el director o gerente. Su infracción supone que el administrador se queda con parte de la riqueza creada, que no le pertenece, ya que este mayor valor, aunque creado por la gestión de quienes administran, es de propiedad de los dueños del capital, esto es, de los accionistas y no de quienes con su gestión lo crearon. Supone actos de apropiación indebida e importa desviar valor de la esfera social a la individual. Su regulación busca minimizar la redistribución de valor creado.

Se trata de una obligación de resultado, en términos de que sus múltiples y diversas expresiones normativas –artículos 39, 42, 44 147 de la LSA y artículos 165 y 207 de la LMV, entre otros– expresamente prohíben que el director o gerente obtenga beneficios o evite pérdidas anteponiendo su interés personal o cualquiera otro por sobre el interés social, al momento de decidir la ejecución o inejecución de una operación.

Estas consideraciones son totalmente válidas y aplican tratándose de personas jurídicas que formen parte de un grupo empresarial.

En suma, la observancia y el cumplimiento de ambos deberes son garantía de que la gestión del director o gerente estará siempre motivada por el propósito de satisfacer el interés social ante todo y cualquier otro interés, desplegando en la consecución de tal objetivo la diligencia y cuidado que las personas emplean en la ejecución sus propios negocios.

## Interés social

Es el interés social, entonces, el faro que debe alumbrar y guiar siempre las decisiones de directores y gerentes de la sociedad en el cumplimiento de sus funciones, tanto en su sentido positivo, que se manifiesta en el cumplimiento del deber de diligencia y cuidado –creando riqueza y valor sostenibles para todos los accionistas– como en su sentido negativo –no apropiarse del valor creado–, que se expresa en el cumplimiento del deber de lealtad y transparencia.

Entre otras muchas disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico nacional, la ley N° 18.046 contiene la expresión “interés social”, entre otros, en el artículo 42, donde se enumeran las prohibiciones a que están afectos los directores; en el artículo 43, que establece la lesión al interés social como límite a la obligación de los directores de guardar reserva; en el artículo 54 al referirse a la reserva de documentos; en el artículo 56 al referirse a las materias de junta ordinaria de accionistas; en fin, en el artículo 147 respecto de operaciones con partes relacionadas. Véase también las normas de la LMN, en particular sus artículos 164 y siguientes.

Como se ve, todas ellas son expresiones normativas de los deberes de diligencia y cuidado y de lealtad y transparencia.

No obstante la importancia que tiene el concepto de interés social, el legislador omitió precisar y determinar su contenido en el ordenamiento jurídico local, situación que se repite en diversas legislaciones donde se le invoca sin que jamás se lo haya definido.

No es el propósito de este comentario ahondar en la naturaleza contractual o institucional del concepto de interés social y en la naturaleza contractual o institucional de la sociedad anónima abierta.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Principalmente son dos las teorías que existen a nivel doctrinario acerca del contenido del interés social. La contractualista y la teoría institucionalista u organicista. Para la primera, el interés social corresponde al interés común y exclusivo de los accionistas, es decir, pone énfasis en los individuos que celebraron el contrato de sociedad para determinar cuál es el interés social. Los directores son vistos como meros agentes de los accionistas donde su misión principal es maximizar las utilidades de la sociedad con el objetivo de repartirlas entre los mismos accionistas. El interés social es, así, la tendencia a la realización del fin último de la sociedad, que es la causa del contrato y que, como tal, es compartido por todos los socios, consistiendo, en lo esencial, en que mediante la actividad social se logre el máximo lucro posible. Por su parte, la teoría organicista o institucionalista identifica el interés social con el de la empresa en sí, como realidad distinta de quienes la integran, es decir, el interés social no debe ser considerado como la mera suma del interés de cada accionista, ya que debe existir una noción permanente de interés de la sociedad, que trascienda al flujo de accionistas que ingresan y salen de su propiedad de forma permanente, tal como ocurre en las sociedades de capital. Puelma Accorsi, Álvaro (1996), *Sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomos I y II, pp. 544 y 545; Alcalde Rodríguez, Enrique, “*Relaciones entre el Interés Social y el Interés Personal de los Directores de una Sociedad Anónima*”. Revista “Actualidad Jurídica”, N° 5 (2001).

Más allá de esta discusión sobre cuál de las teorías sobre el interés social –contractualista o institucionalista– es la que recoge el legislador en la LSA, es nuestra opinión que el interés social al que se refiere la regulación es el interés de la sociedad, considerada ésta como una persona autónoma, distinta de sus accionistas, con una motivación propia, que es diversa de aquella que individualmente está presente en cada accionista.

El interés social de la sociedad –y no de los accionistas– es entonces la razón de ser de la persona jurídica y es la causa o motivo que explica su existencia, y que es distinta a la causa o motivo que permite entender la participación de cada accionista.<sup>4-5</sup>

Dificultamos incluso que la sociedad anónima, en la forma como se regula en la Ley 18.046, presente las características propias del contrato de sociedad, en los términos que se lo define en el artículo 2053 del Código Civil. **Más todavía, tratándose de sociedades** anónimas abiertas, que transan sus valores en mercados bursátiles en que aparece comprometida la fe pública y se afecta el riesgo sistémico del mercado financiero.

Sea un contrato muy sui géneris o un acto jurídico plurilateral que solo califica como el acto fundacional de la institución y cuyos efectos están mayoritariamente regulados en la ley, lo cierto es que el interés social de cualquiera sociedad de capital es la obtención del máximo beneficio y provecho para la persona jurídica como entidad autónoma, con independencia de lo que cada accionista en particular pretenda –cuestión que en todo caso debiera ser común a todos ellos–, provecho y utilidad que se debe alcanzar explotando el objeto social definido por la misma sociedad.<sup>6</sup> Constituye el marco dentro del cual el directorio, directores, gerentes y ejecutivos deben adoptar todas las decisiones comprendidas dentro de la esfera de sus atribuciones.

De ello se sigue que la noción de “interés social” posee una significación objetiva y por tanto independiente o ajena a las motivaciones personales o psicológicas

<sup>4</sup> Bien se sabe que la causa o motivo que induce la inversión de los accionistas de una sociedad de capital no es siempre el mismo ni común a todos ellos. Entre otros, están los accionistas especuladores, que son verdaderos transeúntes en la vida de la sociedad, que sólo buscan con su entrada y salida una ganancia rápida; están también los inversionistas de largo plazo, que buscan rentabilidad y seguridad en sus inversiones; y por último se encuentran presentes los accionistas con vocación de control, cuya motivación principal es dirigir los destinos de la sociedad.

<sup>5</sup> El artículo 2053 del Código Civil dispone: “La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

<sup>6</sup> El objetivo principal y no el objeto de una sociedad es lograr la repartición de la mayor cantidad de utilidades y beneficios posibles para sus socios u accionistas. Aun cuando algunos han pretendido identificar el objeto social con el interés social, ambas nociones son claramente diversas y deben diferenciarse a fin de no incurrir en equívocos. El objeto o giro social se refiere a la actividad concreta que los socios se han propuesto ejecutar a fin de que la persona jurídica cree valor sostenible y obtenga los beneficios y utilidades que más tarde distribuirán entre sí.

de los accionistas, considerando para ello, y entre otros factores, el modelo de negocios de que se trate y los riesgos inherentes al giro de la actividad respectiva.

Y este interés social como concepto autónomo se expresa en el acuerdo que es transversal a todos los accionistas, de que debe explotarse el objeto o giro social definido en el acto constitutivo fundacional o modificado con el acuerdo de las mayorías definidas en la ley, con el objetivo de alcanzar, en ese propósito, la mayor creación de riqueza y valor sostenible y el máximo de beneficio y provecho para la persona jurídica, y por consiguiente para cada uno de sus accionistas.

Al explotar el giro u objeto social, con el objetivo de alcanzar el máximo de beneficio y provecho para la sociedad –creación sostenible de valor para todos los accionistas– se logra realizar y satisfacer plenamente el interés social de la persona jurídica, entendido este concepto como categoría autónoma e independiente del interés individual de cada accionista. Pero que en todo caso, como ya se dijo, este último debería ser cercano o semejante al interés social de la sociedad.

Es también nuestra opinión que la satisfacción del interés social, en los términos precisados en lo que antecede, supone considerar a la totalidad de intereses externos a la sociedad pero que pueden afectar la satisfacción del interés social de ésta. Adherimos a la teoría de los *stakeholders* elaborada y desarrollado por Edward Freeman <sup>7</sup> a partir de la década de los 80. Esto significa que para alcanzar la mayor creación de valor sostenible para todos los accionistas –interés social de la sociedad– se deben considerar –y no satisfacer, como algunos autores lo han destacado– el interés de trabajadores, consumidores, proveedores, comunidad local y Estado y todo otro agente externo que pueda afectar al interés social de la sociedad. **Sólo entendiendo que el interés de todos estos externos a la sociedad**, y que pueden afectar grave y negativamente el interés social de ésta –lograr la mayor creación de riqueza y valor sostenible–, forma también parte del interés social de la misma, es posible aceptar que su consideración, análisis, estudio y eventual tutela pasan a ser deberes exigibles para directores y gerentes de la sociedad.

De este modo, dado que el deber de diligencia y cuidado supone cumplir siempre y en todo momento con el ordenamiento jurídico vigente –legislación laboral, medioambiental, tributaria, electoral y de todo el orden legal–, la satisfacción del mismo por directores y gerentes importa a su vez cumplir con la obligación de velar en todo momento por el interés social. Dicho de otra forma. Al no infringir la norma laboral, medioambiental, tributaria, electoral,

<sup>7</sup> Strategic Management: A Stakeholder Approach, 1984.

o de cualquiera otra naturaleza, se protege el bien jurídico que tal regulación ampara, lo que a su vez importa tener en consideración el interés de los sujetos o agentes externos a que tales normas se refieren, con lo cual se da plena satisfacción al interés social de la sociedad, esto es, alcanzar la mayor creación de riqueza y valor sostenible, ya que tales bienes jurídicos han sido debidamente resguardados al cumplir con la normativa que los protege.

Igual razonamiento se debe considerar para comprender la vinculación entre la satisfacción del interés social y el cumplimiento del deber de lealtad y transparencia.

En suma, es nuestra opinión que el interés social de la sociedad es autónomo y propio de la persona jurídica, distinto a la motivación individual de cada accionista, aunque éste debiese ser coincidente con el interés de cada uno de ellos; que el interés social se materializa explotando el objeto social; que el interés social consiste en el propósito de alcanzar la mayor creación de riqueza y valor sostenible para la sociedad y por ende para todos sus accionistas; que para satisfacer el interés social el director y gerente debe cumplir en todo momento con los deberes fiduciarios referidos en lo que antecede y que ello supone considerar necesariamente y en todo momento el interés presente en cualquier agente externo a la sociedad –trabajadores, consumidores, proveedores, comunidad local y Estado–, ya que éstos pueden afectar negativa o positivamente la satisfacción del interés social de esta última; que la satisfacción del interés social tanto en su sentido positivo –creación de valor– como negativo –no apropiarse de valor creado– debe ser siempre la luz que guíe la actuación de directores y gerentes de la sociedad; por lo que el cumplimiento de los deberes fiduciarios que le son exigibles ya referidos, son la mejor garantía para alcanzar la satisfacción del interés social de la sociedad.

## **Grupo empresarial e interés social grupal**

Tradicionalmente el derecho de sociedades se ha ido desarrollado bajo el modelo de una sola sociedad independiente, con una voluntad social propia formada en el seno de sus órganos y actuando en persecución de un interés social único y autónomo, en donde los administradores de derecho –directorio– son los que ejercen todo el poder de administración y asumen la responsabilidad correlativa.

Al introducirse el concepto de grupo de sociedades en este escenario, se produce un contexto completamente nuevo, el que debe ser analizado bajo una **óptica diversa** de acuerdo a la lógica que se encuentra detrás de este fenómeno mercantil. En un grupo de sociedades las decisiones de administración en cada una de ellas no siempre las adoptan los administradores de derecho, sino que surge el concepto de administrador de hecho –generalmente el directorio

de la matriz influido determinadamente por el controlador de la misma-- y la problemática asociada a determinar qué sujetos se hacen responsables y pasan a ser imputables por las decisiones que aquellos imponen a otras sociedades miembros del grupo. De igual forma surge la problemática asociada con la determinación del objeto social y la existencia de un interés social grupal en potencial conflicto con el interés social individual.

El grupo de sociedades es –según la mayoría de los autores– la forma de concentración empresarial preferida por los operadores jurídicos<sup>8</sup> para obtener una dimensión de empresa óptima que permita afrontar los retos competitivos del mercado.<sup>9</sup> Se entiende por tal el conjunto de sociedades que conservando su personalidad jurídica independiente se encuentran sometidas a una dirección económica unificada<sup>10</sup> y única<sup>11</sup> sobre la base del control<sup>12</sup>, en procura de un objetivo común.

El concepto de grupo de sociedades presenta las siguientes características esenciales:

- a) La existencia de una pluralidad de sujetos de derecho (sociedades) con personalidad jurídica diferenciada; b) El sometimiento de esos sujetos a una “*dirección unificada*”, en general bajo la influencia decisiva de un controlador; c) La explotación por el grupo de una o más empresas mercantiles, integradas entre sí o no; y d) La búsqueda de un objetivo común a todas ellas.

Para estar frente a un grupo societario, pasando del ámbito societario individual a esta forma empresarial grupal<sup>13</sup>, el ejercicio del control debe ser unitario<sup>14</sup>, es

<sup>8</sup> Afirmación compartida, entre otros, por Fernández Ruiz J. L., “Algunas acotaciones sobre el concepto de grupos de sociedades en los derechos mercantil y laboral”, en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, Edil. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 1221 y 1222.

<sup>9</sup> Duque Domínguez Justino, “El derecho de las empresas vinculadas”, RDBB N° 35, año IX, julio –septiembre de 1989, refiriéndose a las relaciones de cooperación en un sentido amplio habla de racionalización de la organización para alcanzar unas prestaciones de mejor calidad; y de lograr una mayor cuota de mercado, a fin de que su actuar no esté supeditado a los parámetros marcados por la actividad competitiva de otras empresas.

<sup>10</sup> Embid Irujo, José Miguel, “La problemática de los grupos”, en Derecho de sociedades de responsabilidad limitada, tomo 11, Edit. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, pág. 1238, propone un concepto operativo de validez global que defina al Grupo como “*el conjunto de sociedades sometidas, sobre la base del control, al ejercicio de una dirección económica de carácter unificado*”.

<sup>11</sup> Duque Domínguez, ob. cit. N° 9, pp. 475 y 476, cuando se refiere a los Grupos de Sociedades, habla de dirección única, sean estos por coordinación o por subordinación.

<sup>12</sup> En cuanto al derecho español, Embid Irujo comenta que para el mismo “*la noción básica en la regulación del grupo es el mero control*”, ob. cit. N° 10, pág. 1228.

<sup>13</sup> Embid Irujo, ob. cit. N° 10, p. 1230, señala al Grupo de Sociedades como una nueva forma de empresa necesitada de un tratamiento legislativo propio.

<sup>14</sup> Sánchez Calero, Fernando, «De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades», p. 20, indica que el poder de dirección se concreta no en un hecho que se produce en un determinado momento, como puede ser la designación de administradores, sino en algo permanente.



decir, planificado, estable, y no referido solamente a un aspecto en concreto de la administración ni a un momento puntual de la misma.

Esta dirección unitaria debe tener como propósito la consecución de un objetivo económico, para el cual cada una de las sociedades constituye una mera parte del todo.

El interés social al interior de un grupo de sociedades se encuentra en el propósito u objetivo económico definido por la dirección unitaria a que se ha hecho referencia, a cuya consecución se va a aspirar, y que se denomina "*interés del grupo*".

El concepto de interés del grupo no resulta extraño en la literatura jurídica comparada. Muchos son los autores que se han preocupado por estudiar el alcance, significado y legitimidad del mismo, y es que, en efecto, el problema nace de la circunstancia de que el derecho de sociedades está configurado para que sea una sola persona jurídica la que desarrolle una actividad económica y, por lo tanto, todo el régimen jurídico para su funcionamiento queda articulado en torno a esta previsión. Es precisamente aquí donde el derecho colisiona con la realidad.

Este interés social grupal se manifiesta en la búsqueda del máximo beneficio conjunto, aunque no necesariamente para todos los miembros ni para todos los miembros por igual, el cual debe ser concebido como un interés consciente de su necesaria coordinación con el interés individual de las empresas que constituyen el grupo, de forma tal que si la sociedad ejecuta un acto contrario a su interés social inmediato en favor del interés del grupo, está en realidad persiguiendo su interés social propio en la medida en que puede razonablemente atender una contrapartida futura por este sacrificio<sup>15</sup>.

Como se ve, al quedar integrados en un mismo grupo empresarial diversas sociedades, cada una de ellas con su propio interés social, podría presentarse la problemática derivada de una incompatibilidad entre el interés social individual y el interés social del grupo como tal.

No obstante, dado que es de la esencia del grupo empresarial la existencia de un objetivo común a todas ellas, que se alcanza mediante la influencia determinante del controlador y la dirección unificada que éste le imprime al grupo, el interés social individual no debiera colisionar con el interés social grupal.

Es nuestra opinión que tal problemática es más aparente que real, ya que el contenido de la expresión interés social es el mismo, sea en su dimensión individual, como en su dimensión grupal.

<sup>15</sup> De esta problemática se ha ocupado en profundidad Fuentes Naharro, Mónica en *Grupo de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Volumen I, Thomson y Reuters, 2007.

En efecto, en lo que antecede se dijo que el interés social de la sociedad es alcanzar el máximo de beneficio y utilidad posible, logrando la mayor creación de valor sostenible mediante la explotación del giro social.

Proyectado este concepto a cada una de las sociedades integradas a un grupo de empresas, el interés social de cada una de ellas debiera ser exactamente el mismo y el interés social del grupo no debiera ser distinto.

Si bien el grupo de empresas como tal no tiene personalidad jurídica propia ni tiene una vinculación contractual que les dé un origen **único** que pudiera servir de causa y fundamento a la existencia de un interés social grupal, como categoría autónoma, independiente y distinta del concepto de interés social individual, es nuestra opinión que tal interés social grupal no puede ser sino la expresión del interés social individual, pero proyectado a un grupo de empresas.

Dicho de otra forma. El interés social individual de cada sociedad integrada al grupo es un concepto abstracto, desprovisto de un contenido concreto, que no aparece vinculado a una sociedad en particular o a un giro social específico. Alcanzar su satisfacción por quienes deben velar por conseguirlo supone, en sentido positivo, crear el mayor beneficio y valor sostenible posible, y en su sentido negativo, no apropiarse del valor creado.

Si ello es así, en cada una de las sociedades que forman parte de un grupo, el interés social individual debiera ser igual al interés social grupal, esto es, alcanzar la mayor creación de valor sostenible y de beneficios para todo el grupo, quedando vedado que una sociedad se apropie del valor creado por otra, no obstante su integración a un mismo grupo empresarial, pero todo ello en un análisis agregado y en una dimensión global.

El interés social grupal requiere necesariamente de un análisis global, agregado, en donde el máximo beneficio y provecho como expresión del interés social debe medirse no en función de cada sociedad en particular, sino que en función del conjunto de entidades que forman parte del grupo. Ese contexto agregado es el que constituye el marco dentro del cual el directorio, directores, gerentes y ejecutivos de cada una de las entidades integradas al grupo deben adoptar todas las decisiones comprendidas dentro de la esfera de sus atribuciones.

En suma, es nuestra opinión que existe un interés social grupal como categoría independiente y autónoma, diverso del interés social individual, pero que en nada difiere en su contenido, puesto que el todo como grupo y cada sociedad como integrante del mismo, siempre deben aspirar a alcanzar la máxima creación de riqueza y valor sostenible, que es precisamente su contenido.

En el ordenamiento jurídico nacional, fue la Ley N° 18.660, de 20 de octubre 1987, la que introdujo el Título xv a la LMV, que regula a los grupos empresariales.

El inciso primero del artículo 96 del citado cuerpo legal define al grupo empresarial como *“el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten”*.

Luego, los restantes incisos del precepto citado determinan qué entidades forman parte de un mismo grupo empresarial.

De acuerdo con la opinión de la doctrina nacional más autorizada, y a partir de tal regulación, los elementos que determinan la existencia de un grupo empresarial son básicamente la influencia dominante que ejerce el controlador y la dirección unitaria orientada hacia la obtención de un objetivo superior,<sup>16</sup> cuestión que coincide con lo sostenido por la literatura comparada, en los términos ya comentados.<sup>17</sup>

En cuanto a la existencia en la regulación local de un interés social grupal, como categoría autónoma e independiente del interés social individual de cada sociedad integrante del grupo, es la propia Ley N° 18.045 la que reconoce que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los *“intereses comunes del grupo”* –entiéndase de la matriz, de acuerdo a la conceptualización de la LMV–, y una muestra de ello es que la LMV<sup>18</sup> reconoce como controlador –matriz– a aquel que tiene poder para *“influir decisivamente en la administración de la sociedad”*.

Así, el interés de la subsidiaria no es absoluto y por tanto no es excluyente de los intereses de la matriz como entidad global.

Se suma a lo anterior el hecho que el artículo 90 inciso 2° de la LSA establece que la matriz debe confeccionar su balance anual en forma consolidada con los balances y estados de resultados de sus filiales y el dividendo mínimo que

<sup>16</sup> Jequier Lehuède, Eduardo, “Grupos Empresariales y Administradores de Hecho en el Derecho Chileno de Sociedades”, en Estudios de Derecho Comercial, U. de Los Andes, Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, 5 y 6 de noviembre de 2013, páginas 327 a 372; Puga Vial, Juan Esteban, “La Sociedad Anónima y Otras Sociedades por Acciones en el Derecho Chileno y Comparado”, Editorial Jurídica de Chile, año 2013, páginas 753 a 786; Alcalde Rodríguez, Enrique, “La Sociedad Anónima”, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, páginas 156 a 176; Alcalde Rodríguez, Enrique, “La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas”, Ediciones UC, año 2013, páginas 211 a 220.

<sup>17</sup> Véase notas a pie de página anteriores.

<sup>18</sup> LMV, Art. 97

debe repartir la matriz deberá calcularse sobre la base de las utilidades líquidas consolidadas de la matriz con sus filiales.

Por consiguiente, la LMV hace que el resultado de las filiales no le sea indiferente a la matriz y por ende a los accionistas de esta última, alineando los intereses sociales de las filiales y su matriz. Es más, conforme al artículo 101 del Reglamento de la LSA, la matriz está obligada a imponer a la filial sistemas de contabilidad y criterios contables compatibles a los utilizados por la matriz de manera de poder cumplir con la obligación de confeccionar balances consolidados.

Al igual como ocurre en la legislación comparada, es claro que la norma en cita permite la subordinación del interés social de una sociedad perteneciente al grupo, al interés social agregado de todas las sociedades que forman parte del mismo grupo, o lo que la norma denomina como "*intereses comunes del grupo*". Si el grupo se estructura bajo la forma de un modelo cuyo objetivo es controlar un activo productivo, todas las decisiones de administración y gestión de cada una de ellas debe considerar siempre el objetivo de no perder el control sobre el activo final, que es lo que le da valor a cada una de las sociedades pertenecientes al grupo.

En la literatura nacional se ha escrito:

*"Aun más, la circunstancia de que nuestra ley expresamente admita la subordinación a un interés común del grupo en cuanto tal, permitiría, a nuestro juicio, que ante situaciones concretas, una operación que en principio pueda reprocharse como lesiva para los intereses de una determinada sociedad, resulte, en definitiva, conveniente para ella misma atendidos los beneficios que se siguen de su pertenencia al grupo".*<sup>19</sup>

De ello se sigue que el interés social determina el marco de referencia dentro del cual se debe desarrollar la gestión del Directorio, y, por cierto, la del gerente. Las actuaciones de estos deben ser funcionales y conducentes a la conquista del máximo beneficio y provecho para la persona jurídica como entidad autónoma, con independencia de lo que cada accionista en particular pretenda –cuestión que en todo caso debiera ser común a todos ellos–, provecho y utilidad que se debe alcanzar explotando el objeto social definido por la misma sociedad. Constituye el marco dentro del cual el Directorio, directores, gerentes y ejecutivos deben adoptar todas las decisiones comprendidas dentro de la esfera de sus atribuciones.

Queda claro, entonces, que el ordenamiento jurídico nacional contempla la existencia de los denominados grupos de sociedades y reconoce y declara la existencia de un interés social grupal, que debe servir de guía para las actuacio-

<sup>19</sup> Enrique Alcalde Rodríguez, "La Responsabilidad de los Directores de Sociedades Anónimas", pág. 220.

nes de las diversas partes del todo, interés social grupal que a su vez debe ser el faro que alumbre las decisiones de administración de directores y gerentes.

Y el contenido de este interés social grupal, como ya se dijo en lo que antecede, en nada debiese diferir del interés social individual, en tanto uno y otro se satisfacen alcanzando la mayor creación de valor sostenible y riqueza para cada entidad integrada al grupo como al conjunto de ellas como un todo.

Sobre esta premisa, puede suceder que alguna de esas gestiones individuales de administración realizadas con miras al interés social grupal, resulten en apariencia "perjudiciales" para la sociedad ejecutora de las mismas, si son analizadas individualmente. Sin embargo, bajo la lógica de un interés grupal, ese mismo acto trae como resultado un beneficio mayor para el conjunto de las sociedades individuales que lo componen, lo que no empaña en absoluto su licitud.

Con todo, no habrá "perjuicio" si no se ha producido daño "a la luz del resultado conjunto de la actividad de dirección y coordinación" del "grupo" en la globalidad de la gestión analizada. De este modo, el análisis no solo debe limitarse al examen del acto concreto, sino que deberá necesariamente tenerse en cuenta el resultado global de la operación económica del grupo.

En suma, el concepto de interés social grupal requiere necesariamente de un análisis global, agregado, en donde el máximo beneficio y provecho como expresión del interés social debe medirse no en función de cada sociedad en particular, sino que en función del conjunto de entidades que forman parte del grupo. Ese contexto agregado es el que constituye el marco dentro del cual el Directorio, directores, gerentes y ejecutivos de cada una de las entidades integradas al grupo deben adoptar todas las decisiones comprendidas dentro de la esfera de sus atribuciones.

Tal como lo afirmó la SVS en la letra h) del considerando de la resolución N° 223, que ha originado este comentario, el propósito de este Título xv de la LMV, del año 1987, fue el de proteger a los inversionistas institucionales del mercado y minimizar los riesgos a que estos quedan expuestos al permitirles conocer ex ante qué sociedades forman parte de un mismo grupo y cuál es el riesgo que se asume al adquirir valores emitidos por cualquiera de los integrantes del grupo, precisamente porque *"existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten"*, todo ello derivado de la circunstancia de que la actuación económica y financiera de sus integrantes *"está **guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos**"*.

Para que todos los inversionistas del mercado, y no sólo los institucionales, evalúen adecuadamente el riesgo de adquirir valores emitidos por sociedades integradas a un grupo empresarial, es que la ley exige que estos queden

claramente identificados en cuanto a qué entidades forman parte de él, qué sociedades pueden subordinar sus intereses a favor de cuáles otras, qué riesgos financieros comunes son los que se derivan de los créditos otorgados a ellas, etc.

Entonces, el sentido de esta regulación es informar al mercado de que existen intereses comunes del grupo o que algunos están subordinados unos a otros, a fin de que tales circunstancias sean tomadas en cuenta al momento de decidir la inversión en papeles emitidos por cualquiera entidad integrada al grupo.

En suma, normativamente existe el interés social grupal, el que en su contenido no difiere del interés social individual, dado que tanto aquél como éste se alcanzan logrando la mayor creación de valor sostenible para cada entidad integrada al grupo, lo que se traduce en que el grupo como tal logre igual resultado, todo en una mirada agregada y global, a lo que no obsta que una decisión particular adoptada por una sociedad perteneciente al grupo le sea perjudicial, si el beneficio final, por su pertenencia al grupo, es mayor que el perjuicio experimentado por ella, dado que en ello consiste la subordinación de intereses.

### **Cumplimiento del deber de lealtad al interior de un grupo empresarial**

En opinión de la SVS, al no existir el concepto de interés social grupal, no es posible que el director o gerente se sustraiga del cumplimiento del deber de lealtad que le debe a la persona jurídica en que ocupa la posición, bajo la excusa de que está favoreciendo un inexistente interés social grupal.

Como se dijo en lo que antecede, es nuestra opinión que el interés social grupal sí existe normativamente como categoría autónoma e independiente del concepto de interés social individual; que el contenido de ambos debiese ser el mismo, en cuanto ambos se satisfacen al alcanzar para la entidad individual la mayor creación de riqueza y valor sostenible, lo que ha de traducirse en que el grupo, como entidad agregada, logre igual objetivo.

También se dijo que el cumplimiento del deber de lealtad supone anteponer siempre y en todo momento el interés social de la persona jurídica en que se ocupa la posición.

La problemática surge, entonces, cuando el director o gerente se ve enfrentado a la decisión de posponer la satisfacción del interés social individual causando un perjuicio inmediato para la persona jurídica en que ocupa su posición, pero un beneficio mediato e indirecto cuantitativa y objetivamente mayor para la misma sociedad por la pertenencia al grupo empresarial.

Dado que en nuestra opinión el contenido de las nociones interés social individual e interés social grupal no debiesen ser diferentes, en términos de que en ambos su contenido queda determinado por el propósito de lograr la mayor creación sostenible de riqueza y valor para todos los accionistas, si el resultado en términos agregados de una operación es positivo para la sociedad en que el director o gerente adopta la decisión que en lo inmediato se estima perjudicial para su interés social, entonces no se le puede reprochar el incumplimiento de su deber de lealtad hacia la persona jurídica en que ocupa la posición.

De este modo, una operación que causa un perjuicio al interés social de la sociedad que forma parte de un grupo de empresas no importa per se la violación del deber de lealtad del director o gerente que la adopta. Para sostener tal violación es preciso hacer un examen de la operación en términos globales y agregados, lo que supone determinar en términos objetivos y cuantitativos si el resultado final para el grupo de empresas de que forma parte fue un resultado positivo o negativo. Y sólo en el caso de ser negativo el resultado final se podrá sostener fundadamente el reproche de haber vulnerado el deber de anteponer ante todo y en cualquiera circunstancia el interés social de la persona jurídica en que ocupa la posición.

En suma, solo hay violación al deber de lealtad del director o gerente al interior de un grupo empresarial, si el resultado final de la operación es cuantitativa y objetivamente perjudicial para la persona jurídica que sufre el daño, esto es, si el perjuicio directo que sufre la sociedad es mayor al beneficio indirecto que se percibe al pertenecer al grupo empresarial.

## **Conclusiones**

1. El deber de diligencia y cuidado en conjunto con el deber de lealtad y transparencia forman la parte medular de los deberes fiduciarios que les son exigibles a directores y gerentes de sociedades anónimas, como integrantes del colectivo directorio, a cargo de dirigir, administrar y representar a la sociedad.
2. La diligencia y cuidado que se exige a directores y gerentes apunta precisamente a que los actos de gestión importen necesariamente una creación de valor; maximizar la producción de riqueza por igual para todos los accionistas.
3. El deber de lealtad y transparencia se manifiesta en la obligación exigible a todo director o gerente de anteponer siempre y en todo momento el interés social por sobre cualquier otro interés que se pueda presentar al momento de tomar la respectiva decisión.

4. La observancia y el cumplimiento de ambos deberes son garantía de que la gestión del director o gerente estará siempre motivada por el propósito de satisfacer el interés social ante todo y cualquier otro interés, desplegando en la consecución de tal objetivo la diligencia y cuidado que busquen maximizar la producción de valor y riqueza por igual para todos los accionistas.
5. El interés social de cualquiera sociedad de capital es la obtención del máximo beneficio y provecho para la persona jurídica como entidad autónoma, con independencia de lo que cada accionista en particular pretenda –cuestión que en todo caso debiera ser común a todos ellos–, provecho y utilidad que se debe alcanzar explotando el objeto social definido por la misma sociedad.
6. El interés social es el faro que debe alumbrar y guiar siempre las decisiones de directores y gerentes de la sociedad en el cumplimiento de sus funciones, tanto en su sentido positivo, que se manifiesta en el cumplimiento del deber de diligencia y cuidado –creando riqueza y valor sostenible para todos los accionistas-- como en su sentido negativo –no apropiarse del valor creado--, que se expresa en el cumplimiento del deber de lealtad y transparencia.
7. La satisfacción del interés social, en los términos precisados en lo que antecede, supone considerar a la totalidad de intereses externos a la sociedad pero que pueden afectar la satisfacción del interés social de ésta.
8. Sólo entendiendo que el interés de todos los externos a la sociedad, y que pueden afectar grave y negativamente el interés social de ésta –lograr la mayor creación de riqueza y valor sostenible–, forma también parte del interés social de la misma, es posible aceptar que su consideración, análisis, estudio y eventual tutela pasan a ser deberes exigibles para directores y gerentes de la sociedad.
9. Es un grupo empresarial el conjunto de sociedades que conservando su personalidad jurídica independiente se encuentran sometidas a una dirección económica unificada y única sobre la base del control, en procura de un objetivo común. Presenta las siguientes características esenciales: a) La existencia de una pluralidad de sujetos de derecho (sociedades) con personalidad jurídica diferenciada; b) El sometimiento de esos sujetos a una “*dirección unificada*”, en general bajo la influencia decisiva de un controlador; c) La explotación por el grupo de una o más empresas mercantiles, integradas entre sí o no; y, d) La búsqueda de un objetivo común a todas ellas.



10. El interés social grupal se manifiesta en la búsqueda del máximo beneficio conjunto, aunque no necesariamente para todos los miembros ni para todos los miembros por igual, el cual debe de ser concebido como un interés consciente de su necesaria coordinación con el interés individual de las empresas que constituyen el grupo, de forma tal que si la sociedad ejecuta un acto contrario a su interés social inmediato en favor del interés del grupo, está en realidad persiguiendo su interés social propio en la medida en que puede razonablemente atender una contrapartida futura por este sacrificio.
11. El interés social individual de cada sociedad integrada al grupo es un concepto abstracto, desprovisto de un contenido concreto, que no aparece vinculado a una sociedad en particular o a un giro social específico. Alcanzar su satisfacción por quienes deben velar por conseguirlo supone, en sentido positivo, crear el mayor beneficio y valor sostenible posible, y en su sentido negativo, no apropiarse del valor creado.
12. Existe un interés social grupal como categoría independiente y autónoma, diverso del interés social individual, pero que en nada difiere en su contenido, puesto que el todo como grupo y cada sociedad como integrante del mismo siempre deben aspirar a alcanzar la máxima creación de riqueza y valor sostenible, que es precisamente su contenido.
13. El ordenamiento jurídico nacional contempla la existencia de los denominados grupos de sociedades y reconoce y declara la existencia de un interés social grupal, que debe servir de guía para las actuaciones de las diversas partes del todo, interés social grupal que a su vez debe ser el faro que alumbré las decisiones de administración de directores y gerentes.
14. El concepto de interés social grupal requiere necesariamente de un análisis global, agregado, en donde el máximo beneficio y provecho como expresión del interés social debe medirse no en función de cada sociedad en particular, sino que en función del conjunto de entidades que forman parte del grupo. Ese contexto agregado es el que constituye el marco dentro del cual el Directorio, directores, gerentes y ejecutivos de cada una de las entidades integradas al grupo deben adoptar todas las decisiones comprendidas dentro de la esfera de sus atribuciones.
15. Normativamente existe el interés social grupal, el que en su contenido no difiere del interés social individual, dado que tanto aquel como éste se alcanzan logrando la mayor creación de valor sostenible para cada entidad integrada al grupo, lo que se traduce en que el grupo como

tal logre igual resultado, todo en una mirada agregada y global, a lo que no obsta que una decisión particular adoptada por una sociedad perteneciente al grupo le sea perjudicial, si el beneficio final, por su pertenencia al grupo, es mayor que el perjuicio experimentado por ella, dado que en ello consiste la subordinación de intereses.

16. Una operación que causa un perjuicio al interés social de la sociedad que forma parte de un grupo de empresas no importa per se la violación del deber de lealtad del director o gerente que la adopta. Para sostener tal violación es preciso hacer un examen de la operación en términos globales y agregados, lo que supone determinar en términos objetivos y cuantitativos si el resultado final para el grupo de empresas de que forma parte fue positivo o negativo. Y sólo en el caso de ser negativo el resultado final se podrá sostener fundadamente el reproche de haber vulnerado el deber de anteponer ante todo y en cualquiera circunstancia el interés social de la persona jurídica en que ocupa la posición.
17. Solo hay violación al deber de lealtad del director o gerente al interior de un grupo empresarial si el resultado final de la operación es cuantitativa y objetivamente perjudicial para la persona jurídica que sufre el daño, esto es, si el perjuicio directo que sufre la sociedad es mayor al beneficio indirecto que se percibe al pertenecer al grupo empresarial.

# **Reflexiones en torno a la potestad de la administración tributaria para la calificación de hechos, actos o negocios jurídicos. El nuevo artículo 4° bis del Código Tributario**

JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ ORRICO

Abogado

Profesor de Derecho Tributario

FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Magíster en Gestión Tributaria

UNIVERSIDAD DEL BÍO BÍO

**RESUMEN:** La cuestión acerca de los contornos de la facultad de calificación de hechos, actos o negocios jurídicos celebrados por los particulares que ostenta la administración tributaria, ha sido materia de ardua discusión en la doctrina, pues merced a la existencia de un sustrato económico presente en todo hecho gravado, aquélla se ha visto tentada a utilizar criterios que postulan la aplicación de la ley tributaria haciendo valer el contenido económico subyacente a las relaciones jurídicas que expresan la situación fiscal. La ausencia en nuestro Código Tributario de una norma clara sobre la materia ha sido, hasta ahora, la fuente de la disputa entre el Fisco y los contribuyentes, cuestión a cuyo respecto la Ley N° 20.780, de 29 de septiembre de 2014, vino a marcar un punto de inflexión, gracias a la incorporación, entre otras normas, de un nuevo artículo 4° bis que regula la materia. La consideración de criterios estrictamente jurídicos, como asimismo el respeto a la buena fe del contribuyente en el proceso aplicativo de la norma tributaria, expresamente referidos en los dos primeros incisos del artículo que se introduce, constituyen elementos de la mayor relevancia en torno a los cuales el presente trabajo pretende reflexionar, como una forma de aportar al futuro debate que su entrada en vigencia generará.

\* \* \*

## **1. El proceso aplicativo de la norma tributaria. Interpretación jurídica y calificación de los hechos**

El artículo 6°.1 del Código Tributario, norma que inaugura el Párrafo 2° (“De la fiscalización y aplicación de las disposiciones tributarias”) del Título Preliminar, dispone que: “Corresponde al Servicio de Impuestos Internos el ejercicio de las

atribuciones que le confiere su Estatuto Orgánico, el presente Código y las leyes y, en especial, la *aplicación y fiscalización* administrativa de las disposiciones tributarias” (la cursiva es nuestra).

Se ha escrito que “La actividad de comprobación de la situación tributaria de un sujeto tiene por objeto determinar si éste ha cumplido adecuadamente sus obligaciones fiscales. Y a este respecto, la comprobación administrativa puede desarrollarse en dos direcciones, que es necesario analizar separadamente: la comprobación de elementos de hecho y la de la correcta aplicación de las normas jurídicas”.<sup>1</sup>

A la primera, la comprobación de hechos, se refiere el artículo 63.1 del Código Tributario (CT), cuando dispone que “El Servicio hará uso de todos los medios legales para *comprobar* la exactitud de las declaraciones presentadas por los contribuyentes y para *obtener las informaciones y antecedentes relativos a los impuestos que se adeuden o pudieren adeudarse*” (la cursiva es nuestra).

La utilización por el legislador de las expresiones *comprobación y obtener las informaciones y antecedentes relativos a los impuestos que se adeuden o pudieren adeudarse*, demuestra que dentro de las potestades públicas de aplicación y fiscalización de los impuestos no solamente se contempla la posibilidad de contrastar los hechos declarados por el contribuyente, sino también indagar si existen hechos no declarados que, en último término, signifiquen una mayor tributación.

Puede afirmarse, entonces, que por un lado toca a la administración tributaria comprobar lo declarado por el administrado, mientras que por el otro, le corresponde investigar en busca de eventuales hechos no declarados. Por cuestiones de orden práctico, normalmente aludimos a las potestades de fiscalización que ostenta el Servicio de Impuestos Internos (SII) para referirnos a esta actividad.

Lo que interesa poner de relieve, en todo caso, es que se trata de un quehacer cuyo objeto es el establecimiento de hechos, de modo que las eventuales controversias que se susciten en esta dimensión estarán esencialmente referidas a la prueba. Pensemos, por ejemplo, en el rechazo del crédito fiscal derivado de objeciones formuladas por el SII tildando de falsas ciertas facturas, con posterioridad a su pago, en que el contribuyente, para mantener dicho crédito, deberá acreditar, entre otros hechos, la efectividad material de la operación y de su monto (art. 23, N° 5, inciso 3°, letra d), del D.L. N° 825/1974).

Empero, fuera de esta actividad orientada al establecimiento de hechos, la fiscalización tributaria puede tener por objeto escrutar que a esos hechos se

<sup>1</sup> PÉREZ ROYO, F., *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Edit. Thomson Reuters, 24ª edic., Pamplona, 2014, p. 266.

haya aplicado correctamente el Derecho. Esto es de toda lógica, porque el cumplimiento de las obligaciones tributarias de declarar impuestos y de pagarlos en conformidad a lo declarado, no supone exclusivamente la preparación y posterior entrega de antecedentes de hecho, sino que, en la mayoría de los casos, importa la aplicación e interpretación de diversas normas jurídicas. Esta labor puede resultar sencilla cuando se resuelve, por ejemplo, en tener que efectuar simples cálculos aritméticos.

Como fuere, la aplicación de una norma jurídica siempre comporta una actividad de calificación "o encaje de los hechos en el presupuesto abstracto definido por el legislador. Operación esta que presupone la de interpretación (determinar cuál es el contenido de su mandato y a qué situaciones se aplica)".<sup>2</sup> Ambas operaciones se verán reflejadas en la declaración de impuestos que presentará el contribuyente, por cierto en la medida de que se trate de un impuesto de tal naturaleza, como ocurre, v. gr., con el impuesto a la renta de primera categoría o con el impuesto global complementario.

La distinción que hemos puesto en evidencia produce consecuencias jurídicas relevantes.

En relación con los hechos, desde luego y como lo adelantáramos, las cuestiones que se susciten serán vinculadas a la prueba de tales acaecimientos, y en torno a la que se aporte y a su valoración se disiparán las dudas, jugando un rol fundamental los artículos 21 y 132 del CT, tanto en sede administrativa, cuanto en sede judicial.

De otro lado, respecto a la interpretación de normas jurídicas, recordemos que el art. 6°.2, letra A, N° 1° del CT, reconoce al Director del SII la facultad para "Interpretar administrativamente las disposiciones tributarias". Con arreglo a tales parámetros de aplicación de la ley, obligatorios para los funcionarios de esa repartición pública, que no para los tribunales y los contribuyentes, los Directores Regionales deben acometer el ejercicio de su potestad de supervigilar el cumplimiento de las leyes tributarias, conforme lo dispone el artículo 19, letra a), del D.F.L. N° 7/1980, en relación con el artículo 6°.2, letra B, N° 1, e inciso final, del CT.

FERREIRO LAPATZA ha enfatizado que para aplicar una norma de derecho tributario a un caso concreto es preciso antes entenderla, interpretarla y, de acuerdo con ello, determinar: 1°) Si la norma es aplicable; y 2°) Cuál es el mandato que en ella se contiene.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> PÉREZ ROYO, F., ob. cit., p. 266.

<sup>3</sup> FERREIRO LAPATZA, J., *Curso de derecho financiero español. Instituciones*, Edit. Marcial Pons, 23ª edic., Barcelona, 2006, p. 297.

Respecto a las reglas aplicables a la interpretación de las normas jurídico-tributarias, el mismo autor citado expresa que “La negativa a admitir ‘criterios especiales de interpretación’ en derecho tributario es hoy ampliamente compartida por la doctrina”.<sup>4</sup> La razón es sencilla: El derecho tributario forma parte del ordenamiento jurídico en su conjunto, fundiéndose a un mismo nivel con la totalidad de las normas jurídicas que lo componen.

De cara a nuestro sistema tributario, huelga señalar que no existen reglas particulares sobre interpretación de la ley tributaria, de manera que a partir del artículo 2° del CT, debemos recurrir a las disposiciones que el Código Civil contempla acerca de la materia, específicamente los artículos 19 a 24.

Empero, “junto con la interpretación –anota GARCÍA NOVOA–, cuyo objeto ... son normas y, por tanto, hipótesis abstractas previstas en las mismas, la fijación y calificación de hechos constituye una fase previa e imprescindible del proceso de aplicación del Derecho objetivo en permanente interacción con la norma”.<sup>5</sup>

Esta una cuestión fundamental, porque “el legislador se orienta siempre hacia conceptos ya elaborados en el Derecho civil, en el Derecho mercantil o en el Derecho administrativo, al delimitar los criterios de las reglas matrices de incidencia de los tributos”.<sup>6</sup>

Lo anterior equivale a decir que los actos o negocios jurídicos celebrados por los particulares, se alcanzan por el Derecho tributario como simples o meros hechos a efectos de gatillar la aplicación del tributo. Por la misma razón, entonces, la calificación jurídica, el *etiquetar un determinado acto o negocio jurídico*, se encuentra en la base de la interpretación de las normas tributarias; constituye una etapa de precisión o acertamiento de los hechos, necesaria para posteriormente subsumirlos en la hipótesis normativa que corresponda.

La dificultad de esta labor no radica en la existencia de características o circunstancias particulares o especiales de las normas tributarias; antes bien, el problema hunde sus raíces en dos aspectos de suyo relevantes, a saber: 1°) el sujeto llamado a calificar los hechos, que no es otro que la administración tributaria, dotada de facultades exorbitantes; y 2°) los hechos a calificar, vale decir, las circunstancias del mundo real de carácter objetivo o personal, aunque en el caso más común, el objeto de la calificación será el *hecho imponible*, y por tanto, un elemento fáctico indicativo o demostrativo de riqueza, y con un sustrato económico, por mucho que en el sistema jurídico aparezca revestido de una determinada forma.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> *Ibíd.*, p. 307.

<sup>5</sup> GARCÍA NOVOA, C., *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 234.

<sup>6</sup> TAVEIRA TORRES, H., *Derecho tributario y Derecho privado. Autonomía privada, simulación y elusión tributaria*, Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 62.

<sup>7</sup> Cfr. GARCÍA NOVOA, C., *ob. cit.*, pp. 234-235.

En este escorzo, la calificación por parte del SII forma parte de sus facultades de *aplicación y fiscalización* de las disposiciones tributarias (art. 6°.1 CT), las que se incardinan más ampliamente en el privilegio de autotutela declarativa que ostenta la Administración tributaria, y en cuya virtud puede ella misma determinar la existencia y cuantía del crédito impositivo, atribuyéndole al contribuyente el carácter de sujeto pasivo de la obligación tributaria de dinero.

Pero la calificación supone, aún, la existencia de una fase cognoscitiva previa, en la que confluyen, de una parte, el deber de colaboración que pesa sobre el contribuyente, y de otra, el ejercicio de las facultades exorbitantes de que se encuentra premunida la Administración fiscal. En este contexto, y como bien lo destaca ALTAMIRANO, “[e]l contribuyente tiene la doble obligación de ingresar el tributo y de dar cumplimiento a una serie de deberes formales vinculados con la relación jurídico-tributaria, que consiste en aquellos actos positivos que el contribuyente debe realizar para que se cumpla la obligación tributaria. En este sector de la relación jurídico-tributaria se ubica el deber de colaboración, que es paralelo con la obligación de pagar el tributo y además un compromiso civil que se vincula con el adecuado ejercicio de las facultades de fiscalización que tiene la Administración”.<sup>8</sup>

La cuestión acerca de los contornos de la facultad de calificación de hechos, actos o negocios jurídicos celebrados por los particulares que ostenta la administración tributaria, ha sido materia de ardua discusión en la doctrina, pues merced a la existencia de un sustrato económico presente en todo hecho gravado, aquélla se ha visto tentada a utilizar criterios que postulan la aplicación de la ley tributaria haciendo valer el contenido económico subyacente a las relaciones jurídicas que expresan la situación fiscal.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> ALTAMIRANO, A., *Derecho Tributario. Teoría general*, Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p. 466.

<sup>9</sup> Clara manifestación de lo que hemos señalado, lo constituye el proceso públicamente conocido como el caso *Inmobiliaria Bahía S.A.*, resuelto por la Excma. Corte Suprema, con fecha 28 de enero de 2003, recaída en los autos Rol 4038-01.

Los hechos que dieron origen al litigio se remontan a la emisión de ciertas liquidaciones de IVA, por parte del SII, a la sociedad Inmobiliaria Bahía S.A., estimando que las operaciones que efectuaba se encontraban afectas a dicho impuesto por corresponder a un arrendamiento de inmuebles amoblados, tipificado en el artículo 8, letra g, del D.L. 825/1974 o, en su defecto, la actividad comercial de hotelería, como hecho gravado servicio, de aquel definido en el artículo 2, n.º 3, del mismo texto legal. La sociedad objeto del accertamiento tributario, se limitaba a arrendar bienes inmuebles, y otro ente societario, Prestaciones Caldera Limitada, arrendaba los bienes muebles que las guarnecían; bienes que, en su conjunto, se arrendaban a pasajeros. De este modo, la renta pagada por éstos se distribuía en un 60% por concepto de arriendo del inmueble, no afecto a IVA, mientras que el 40% restante se aplicaba por concepto de arriendo de los muebles, afectándose con el impuesto.

El SII prescindió de ambos negocios jurídicos, procediendo a emitir las liquidaciones en contra de una de las sociedades, considerando el total de las operaciones como afectas a IVA, esgrimiendo como fundamentos el que ambas sociedades estaban constituidas por los mismos socios, que operaban en conjunto y que, por ende, desarrollaban económicamente una actividad hotelera. Una lúcida exposición acerca de los alcances del fallo señalado, puede hallarse en MONTECINOS ARAYA, J., “De la elusión y la evasión tributaria”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 207 (2000), pp. 151-162.

En nuestra opinión, la ausencia en el Código Tributario de una norma clara sobre la materia ha sido, hasta ahora, la fuente de la disputa entre el Fisco y los contribuyentes. Y decimos que hasta ahora, porque la dictación de la Ley N° 20.780, de 29 de septiembre de 2014, vino a marcar un punto de inflexión en la controversia, gracias a la incorporación, entre otras normas, de un nuevo artículo 4° bis que, según estimamos, fija con suficiente claridad los límites o márgenes que circundan la potestad de calificación de hechos, actos o negocios jurídicos por la administración tributaria.

La consideración de criterios estrictamente jurídicos, como asimismo el respeto a la buena fe del contribuyente en el proceso aplicativo de la norma tributaria, expresamente referidos en los dos primeros incisos del artículo que se introduce, constituyen elementos de la mayor relevancia en torno a los cuales el presente trabajo pretende reflexionar, como una forma de aportar al futuro debate que su entrada en vigencia generará.

## **2. El nuevo artículo 4° bis del Código Tributario**

La redacción original de esta norma que introduce la Ley N° 20.780, de 2014, cuya entrada en vigencia se producirá a partir del día 30 de septiembre de 2015, comprendía tan solo un inciso, que hoy corresponde al primero, y que en esta parte es copia fiel del artículo 13 de la Ley General Tributaria Española, Ley N° 58/2003.<sup>10</sup>

Hacia el final de la tramitación del proyecto de ley, la disposición que analizamos fue objeto de modificaciones, para establecer una regulación más acuciosa que la primitiva. Así, se incorpora la buena fe en materia tributaria como un elemento inherente a la actividad calificadora, precisando el legislador qué supone aquélla y cuándo cabe entender que no la hay, esto último a partir de las figuras jurídicas del abuso o la simulación. En este contexto, la disposición aparece en realidad como un verdadero preámbulo de las normas específicas que el legislador tributario ha establecido para regular estas últimas, lo que plantea la interrogante acerca de si las reglas de calificación que ostenta la Administración tributaria constituyen también un instrumento o herramienta más para combatir la elusión fiscal.

Pero, con independencia de lo señalado, la relevancia de esta disposición legal viene determinada, a nuestro juicio, por el establecimiento de una regla general sobre calificación que debe ser observada por los propios contribuyentes y, al mismo tiempo, por el Servicio de Impuestos Internos en el ejercicio de sus potestades de aplicación y fiscalización de las normas tributarias.

<sup>10</sup> *Ley general tributaria española y normas complementarias (Delito fiscal y contrabando)*, Edit. Tecnos, 13ª edic., preparada por Juan Martín Queralt, Madrid, 2009, p. 70.



## 2.1 Las reglas de calificación.

Dispone el artículo 4° bis, inciso 1°, del CT, que: “Las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijen los hechos imposables nacerán y se harán exigibles 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”.

Agrega el inciso 2° del mismo artículo que: “El Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes”.

Analizaremos por separado, en los números que siguen, cada una de las disposiciones transcritas.

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

Sabemos que todo texto legal precisa de lectura y de interpretación, y que las normas tributarias no escapan a esta realidad. Sin embargo, este problema adquiere una mayor envergadura cuando el intérprete tiene a la vista no solo un texto legal, sino dos o más, a saber: 1) el texto del acto o negocio jurídico celebrado por los contribuyentes, y cuya complejidad dependerá ciertamente de la materia regulada (no será lo mismo un simple contrato de compraventa de un bien inmueble, que un proceso de fusión de sociedades); 2) el texto de derecho privado que lo contempla en su tipificación o en sus presupuestos; y 3) el texto de la norma impositiva que recoge el acto o negocio jurídico en su hipótesis de incidencia.<sup>11</sup>

En este escorzo, la norma que analizamos ordena identificar la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados por 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 comercial tiene, a efectos del impuesto a la renta de primera categoría, el carácter de renta imponible, habrá que recurrir a las normas pertinentes de la Ley de Impuesto a la Renta.

En otros casos la calificación dependerá de conceptos definidos o regulados en otras parcelas del ordenamiento jurídico. De este modo, frente a la interro-

<sup>11</sup> Cfr. TAVEIRA TORRES, H., ob. cit., p. 69.

gante 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, deberemos buscar respuesta en los artículos 1440 y 1441 del Código Civil.

La norma deja en claro que la calificación debe hacerse con criterios exclusivamente jurídicos, lo que, en sí mismo, no constituye ninguna novedad. Entonces, ¿por qué el legislador la ha querido contemplar expresamente en el Código Tributario? En nuestra opinión, la razón no es otra que la de superar toda duda en cuanto a que, cualesquiera sean los supuestos, la calificación no puede hacerse en función de la realidad económica que se anida en los actos o negocios jurídicos realizados.

Como explica TARSITANO, “Según la tesis de la *realidad económica*, es vinculante para el intérprete la situación económica real sobre ciertos efectos producidos por los actos jurídicos y contratos, de donde se extrae, como corolario, que cuando el presupuesto de hecho aparezca vinculado a esas estructuras jurídicas, es legítimo concluir que la voluntad de la ley ha sido abarcar a toda otra figura jurídica a la que pueda atribuirse el mismo o análogo resultado económico”.<sup>12</sup>

Sin embargo, la aceptación de la tesis de la realidad económica o de la *interpretación económica*, supone al mismo tiempo afirmar la irrelevancia de las formas jurídicas utilizadas por los contribuyentes, y atender, por consiguiente, únicamente a las relaciones económicas que subyacen a la definición del hecho imponible. Se juzga el silencio del legislador como una definición abierta del mismo, en circunstancias de que, por aplicación del principio de legalidad en materia tributaria, la no regulación supone, en principio, ausencia de imposición.

En este contexto, no debe inducir a error lo dispuesto en el inciso 4°, parte final, del art. 160 bis del CT, cuando, una vez constatada la existencia de abuso o simulación en el procedimiento judicial especialmente diseñado al efecto, a cuyo tenor: “El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica y deberá fundar su decisión teniendo en consideración la *naturaleza económica* de los hechos imponibles conforme a lo establecido en el artículo 4° bis” (la cursiva es nuestra).

Ciertamente que la redacción del precepto transcrito parece sugerir la idea de que el órgano jurisdiccional se encuentra compelido a aplicar la norma tributaria considerando la realidad económica que se anida en el acto o negocio jurídico

<sup>12</sup> TARSITANO, A., “Teoría de la interpretación tributaria”, en César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez (coords.), *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 866.

celebrado en abuso de las formas jurídicas o con simulación. Estimamos, no obstante, que la referencia expresa al artículo 4° bis del CT permite afirmar que los efectos económicos derivados de un determinado acto o contrato solo pueden ser considerados una vez que el Juez, como intérprete de la ley que es, ha concluido su labor hermenéutica, lo que de manera inconcusa no es lo mismo que sostener que nuestro sistema impositivo admite la interpretación económica de las normas que lo configuran.

La referencia a la *naturaleza económica* apunta, en definitiva, a las consecuencias tributarias de la calificación que efectúa el Tribunal, y que en el caso de un procedimiento de declaración judicial de la existencia de abuso o simulación, coincidirán, en todo o en parte, con las propuestas por el Servicio de Impuestos Internos en su requerimiento, materia cuyo análisis excede los límites de nuestro trabajo.

En suma, creemos que se trata de una norma que insta al intérprete a entender que cuando la ley impositiva no establezca una regulación distinta o especial, los conceptos, los requisitos y las formas dispuestas por otras ramas del Derecho serán mantenidos en sus características originales. Y si el legislador ha promovido algún cambio en tales elementos, como ocurre v. gr. con el concepto de *venta* en el impuesto a las ventas y servicios, los criterios de calificación continuarán siendo estrictamente jurídicos.

### ***2.1.2 Cuenta, entonces, la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado***

Lo primero que debemos precisar es el concepto de *forma jurídica*.

Al respecto, DOMÍNGUEZ ÁGUILA explica: "En general, el objeto que se persigue con la exigencia de formas puede ser variado. El más opuesto al consensualismo es imponer formas precisas y previstas por la ley para cautelar la expresión de la voluntad misma, de modo que la única manera de manifestarla válidamente sea mediante el empleo de ciertas formas. En otros, se trata de obtener con las formas una facilidad *probatoria*, de maneras que, mediante el cumplimiento de ciertas formas, quede *constancia* del negocio. También se exige la forma para dar a conocer la existencia del negocio a terceros, con un fin de *oponibilidad*, de modo que estos no puedan alegar desconocimiento de sus efectos. También hay formas para proteger a los incapaces, formas para facilitar el control tributario de un negocio, etc."<sup>13</sup>

<sup>13</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Teoría general del negocio jurídico*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2012, p. 122.

Sin embargo, el concepto de *forma jurídica* a que alude la norma en análisis debe ser entendido en un sentido diverso del señalado. Es decir, el legislador no se está refiriendo al cumplimiento de eventuales requisitos de forma que pueden resultar propios a determinados actos o negocios jurídicos. Como apunta GARCÍA NOVOA, "Es aquí donde, una vez más, juega un papel decisivo la tipicidad contractual, es decir, la configuración por el ordenamiento jurídico de distintos tipos de contratos".<sup>14</sup> Se entiende, así, que existen formas adecuadas para el logro de ciertos resultados económicos por los particulares, y precisamente esas formas son los denominados *tipos contractuales*. Forma jurídica, entonces, equivale a *tipo contractual*.

Ahora bien, se trata de un mandato que complementa al visto en el número 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, debe 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 misma.<sup>15</sup>

En el mismo contexto, DOMÍNGUEZ ÁGUILA señala 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." 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".<sup>16</sup>

A la 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.

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 empleado.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> GARCÍA NOVOA, C., ob. cit., p. 70.

<sup>15</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los contratos. Parte general*, Edit. AbeledoPerrot, 5ª edic., Santiago, 2010, p. 191.

<sup>16</sup> DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, ob. cit., p. 36.

<sup>17</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, J., ob. cit., p. 451.

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 correcta”.<sup>18</sup>

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?

Sobre este punto, LÓPEZ SANTA MARÍA explica que: “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”.<sup>19</sup>

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”.<sup>20</sup>

Con todo, lo relevante es que la norma deja en claro que cuando el hecho gravado se estructura sobre la base de un acto o negocio jurídico, su calificación ha de llevarse adelante en términos estrictamente jurídicos, recurriendo en primer lugar a los preceptos de derecho privado, verificando luego si la norma impositiva da al concepto privatista un sentido o noción distinta y propia del derecho tributario –v. gr, el concepto de *venta* en el impuesto a la ventas y servicios (art. 2º, N° 1, del D.L. N° 825/1974)–, para finalmente incardinar el acto o negocio jurídico realizado en la hipótesis tributaria descrita en aquella norma.

<sup>18</sup> PÉREZ ROYO, F., ob. cit., p. 268.

<sup>19</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, J., ob. cit., p. 453.

<sup>20</sup> CAYÓN GALIARDO, A., “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.

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, como lo anotáramos.

### ***2.1.3 Los vicios o defectos que pudieran afectar a los hechos, actos o negocios realizados resultan, en principio, intrascendentes a efectos tributarios***

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

Fluye de este precepto que la actividad calificadora de la administración tributaria es autónoma, en el sentido de que no puede extenderse ella al análisis de los requisitos de validez de los actos o negocios jurídicos gravados. Por la misma razón, estos últimos tributarán incluso cuando frente al derecho civil resulten ineficaces y siempre en la medida, claro está, de que los tribunales competentes no hubieren declarado tal ineficacia, en cuyo caso la Administración fiscal deberá reconocer las consecuencias jurídico-tributarias que de ello se derivan. Entre nosotros, un ejemplo de lo señalado lo constituye el art. 21, inciso 2°, del D.L. N° 825/1974, que autoriza a deducir del débito fiscal determinado en el IVA, las cantidades restituidas al comprador cuando una venta o promesa de venta de bienes corporales inmuebles, “queden sin efecto por *resolución*, resciliación, *nulidad* u otra causa ...” (la cursiva es nuestra).

Dicho en otros términos, la autonomía de la actividad calificadora constituye al mismo tiempo su propio límite, vale decir, ella solo se limita a los efectos tributarios del acto o negocio jurídico celebrado, sin que pueda la autoridad tributaria constatar el incumplimiento de los requisitos de existencia y de validez de este último, como impedimento de la tributación que la ley le acuerda.

Lo que se busca evitar es que la aplicación del tributo que corresponda al acto o negocio jurídico celebrado quede supeditada a la ausencia de 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 Código.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Vid. RAMOS PAZOS, R., *Derecho de familia*, Edit. Jurídica de Chile, 7ª edic., Santiago, 2010, p. 230.

En el ejemplo anterior, lo que establece el art. 4° bis, inciso 1°, del CT, es que no es suficiente para evitar el pago del impuesto correspondiente a las rentas de arrendamiento obtenidas durante el exceso del plazo, el hecho de que no se consigne la autorización de la mujer en el respectivo contrato de arrendamiento, el cual producirá efectos entre las partes mientras el tercero –la mujer– no alegue la inoponibilidad.

Por último, y desde otro ángulo, consignemos que la circunstancia de que un determinado acto o negocio jurídico genere la aplicación de un impuesto no impide, en cambio, que las partes puedan impugnarlo con arreglo a las normas de derecho privado que resulten aplicables, merced a lo que, complementando la regla en análisis, dispone el artículo 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*” (la cursiva es nuestra). Y, a la inversa, la calificación que la autoridad tributaria formule de un determinado acto o negocio jurídico, no altera los efectos civiles derivados del mismo.

## 2.2 La consideración de la buena fe en materia tributaria

Recordemos lo que dispone el inciso 2° del artículo 4° bis del CT: “El Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes”.

Hasta antes de la introducción de esta norma, nuestro Código Tributario se refería a la buena fe solamente en el artículo 26.1, disponiendo que: “No procederá el cobro con efecto retroactivo cuando el contribuyente se haya ajustado de *buena fe* a una determinada interpretación de las leyes tributarias sustentadas 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” (la cursiva es nuestra).

Huelga señalar que el legislador tributario no ha dado una definición genérica de la buena fe, de modo que resulta necesario buscar el sentido natural y obvio del término, en aplicación del artículo 20 del Código Civil. Así, el Diccionario de la Lengua Española define *buena fe* como “Rectitud, honradez”, “Criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho”, “En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte”. De otro lado, el mismo diccionario indica que la

expresión *a buena fe* significa “Con ingenuidad y sencillez, sin dolo o malicia”; y que *de buena fe* significa “Con verdad y sinceridad”.<sup>22</sup>

Sobre el particular, BOETSCH GILLET anota: “... considerando las múltiples funciones jurídicas que la buena fe cumple y que el ordenamiento jurídico reconoce, es posible concluir que la misma se encuentra íntimamente asociada a una serie de valores que de una u otra forma establecen el estándar del principio, a saber: honradez, corrección, rectitud, veracidad, confianza legítima, coherencia y racionalidad”.<sup>23</sup>

El sustrato del principio de la buena fe en materia tributaria es el mismo que anota la doctrina señalada, y supone siempre una actuación recta, veraz y racional del contribuyente.

Nótese que en el caso del artículo 26.1 del CT la buena fe aparece ligada a un estado de ignorancia y de error excusable del contribuyente, quien adecuó su conducta a una determinada interpretación de las leyes tributarias formulada por la administración tributaria, pero que ya no se encuentra vigente. Y es precisamente esta particularidad la que permite afirmar que la actuación del contribuyente, aunque generadora de impuestos, ha sido ejecutada de manera recta y racional, lo que justifica que los efectos en la imposición que la misma genera solo se proyecten hacia el futuro, impidiendo que el SII pueda efectuar un cobro retroactivo de tributos.

Empero, tratándose de la *buena fe* en materia de calificación de hechos, actos o negocios jurídicos, la cuestión no resulta tan clara.

Desde luego, podemos adelantar que este artículo 4° bis, inciso 2°, del CT, tiene un alcance mucho mayor que el del artículo 1546 del Código Civil, a cuyo tenor: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Lo que queremos significar es que el legislador no se está refiriendo exclusivamente a la buena fe en la celebración y ejecución de un contrato entre las partes; antes bien, apunta a la buena fe que precedió a la selección de un determinado tipo negocial, de cara al tratamiento tributario que la ley le acuerda.

La utilidad de la norma es evidente. El Servicio debe reconocer la buena fe de los contribuyentes, lo que implica aceptar, en buenas cuentas, que los efectos jurídicos que se derivan de los actos o negocios jurídicos celebrados, o de un

<sup>22</sup> Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=fe> (18 de mayo de 2015).

<sup>23</sup> BOETSCH GILLET, C., *La buena fe contractual*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 52.



conjunto o serie de ellos, no solo son aquellos que el derecho privado consulta, sino que también precisamente aquellos que la ley impositiva establece a su respecto.

Fluye, entonces, que el sentido principal del concepto en análisis se encuentra ligado a la noción de equidad y probidad en las relaciones de derecho, configurándose así como un concepto contrario al fraude. Por la misma razón, el legislador entiende, esta vez en el inciso 3° del art. 4° bis del CT, que: *“No hay buena fe si mediante dichos actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos, se eluden los hechos imposables establecidos en las disposiciones legales tributarias correspondientes. Se entenderá que existe elusión de los hechos imposables en los casos de abuso o simulación establecidos en los artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente”* (la cursiva es nuestra).

De otro lado, podemos afirmar que la buena fe en materia tributaria constituye también un límite al ejercicio de las potestades de calificación que ostenta la autoridad tributaria en sede administrativa. Dicho en otros términos, toda actividad de calificación supondrá de parte de la administración fiscal el reconocimiento de la buena fe del contribuyente en la selección y utilización de ciertas formas jurídicas, lo que le habilitará para acertar la obligación tributaria de dinero en ese contexto. Empero, si la calificación importa desatender las formas jurídicas empleadas, por considerar que el administrado vulneró la buena fe, entonces surge para el ente fiscal la carga de poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, solicitando del Tribunal Tributario y Aduanero competente que efectúe una declaración de abuso o simulación, con arreglo al procedimiento que consulta el artículo 160 bis del Código Tributario.

### **3. Algunas conclusiones**

No podemos terminar estas reflexiones sin antes formular algunas conclusiones en relación con dos aspectos de suyo relevantes.

Un primer aspecto guarda relación con la determinación de si las potestades de calificación de hechos, actos o negocios jurídicos que ostenta la administración tributaria constituyen o no una herramienta más para combatir la elusión fiscal.

Estimamos, las potestades analizadas no importan ninguna regla especial, ni muchos menos específica, para evitar los negocios jurídicos de los contribuyentes con ánimo elusorio. En tal sentido, suscribimos la opinión de GARCÍA NOVOA, conforme a la cual, “solo cuando se dota la Administración de auténticas potestades extraordinarias para, por ejemplo, recalificar, interpretar las normas de acuerdo con su finalidad económica o aplicar el tributo por analogía, o, en

general, para desconocer los actos o negocios realizados con fines elusorios, podríamos hablar de una verdadera 'medida' contemplada por la ley, con la finalidad de evitar la elusión del tributo. Y ello independientemente de que algunas de estas medidas [v. gr., la aplicación analógica del tributo o la interpretación económica] sean de todo punto inadmisibles ...".<sup>24</sup>

Finalmente, un segundo aspecto dice relación con la recepción de la interpretación económica de nuestro Código Tributario.

Reiterando lo ya señalado, es posible concluir que el legislador ha sido claro en establecer que la calificación de los hechos, actos o negocios jurídicos realizados por los particulares, es una actividad que ha de llevarse a cabo con apego a criterios estrictamente jurídicos. Se marca, así, una diferencia notoria con legislaciones comparadas que admiten la interpretación económica de las normas, como es el caso, a guisa de ejemplo, del artículo 1° de la Ley de Procedimiento Tributario argentina. Según explica GOTLIB, con arreglo a dicha disposición, "en la interpretación de las disposiciones de dicha ley o de las leyes impositivas sujetas a este régimen, se atenderá a su *fin* y a su *significación económica*. Solo cuando no sea posible fijar, por la letra o por el espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado" (la cursiva es nuestra).<sup>25</sup>

## 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. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Teoría general del negocio jurídico*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2012.
4. FERREIRO LAPATZA, JOSÉ, *Curso de derecho financiero español. Instituciones*, Edit. Marcial Pons, 23ª edic., Barcelona, 2006.
5. GARCÍA NOVOA, CÉSAR, *La cláusula antielusiva en la nueva ley general tributaria*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004.

<sup>24</sup> GARCÍA NOVOA, C., ob. cit., p. 211.

<sup>25</sup> GOTLIB, G., *Vicios y mitos de la interpretación tributaria. Del principio de la realidad económica al derecho común*, Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 25.

6. GOTLIB, G., *Vicios y mitos de la interpretación tributaria. Del principio de la realidad económica al derecho común*, Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005.
7. *Ley general tributaria española y normas complementarias (Delito fiscal y contrabando)*, Edit. Tecnos, 13ª edic., preparada por Juan Martín Queralt, Madrid, 2009.
8. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *Los contratos. Parte general*, Edit. AbeledoPerrot, 5ª edic., Santiago, 2010.
9. PÉREZ ROYO, FERNANDO, *Derecho financiero y tributario. Parte General*, Edit. Thomson Reuters, 24ª edic., Pamplona, 2014.
10. RAMOS PAZOS, RENÉ, *Derecho de familia*, Edit. Jurídica de Chile, 7ª edic., Santiago, 2010.
11. TARSITANO, ALBERTO, "Teoría de la interpretación tributaria", en César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez (coords.), *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, Edit. Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, p. 866.



# **Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI**

**RAUL F. CAMPUSANO DROGUETT**

Abogado,

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Master en Derecho,

**UNIVERSIDAD DE LEIDEN, PAÍSES BAJOS**

Master of Arts,

**UNIVERSIDAD DE NOTRE DAME**

Profesor

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**ÁLVARO BOLADO PIZZI**

Egresado de Derecho,

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**RESUMEN:** estos apuntes tienen por finalidad presentar algunas reflexiones sobre la participación de nuestro país en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI. Para ello, se hace una revisión de la situación de varios países cercanos respecto del CIADI, poniendo atención en las críticas más conocidas que se han hecho a la organización, para luego analizar cada uno de los casos en que Chile ha participado en este sistema de arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales, presentando algunas ideas y reflexiones al respecto.<sup>1</sup>

\* \* \*

## **Introducción**

El tema del tratamiento de los inversionistas extranjeros y, específicamente, la forma de resolver conflictos entre éstos y los Estados en que se reciben sus inversiones, ha sido una materia debatida y debatible en nuestro continente

<sup>1</sup> Nota: Este artículo se basa, entre otros, en la tesis de grado de Álvaro Bolado y en los apuntes de clases del curso de Derecho Internacional Privado que dicta Raúl F. Campusano.

desde el siglo XIX y hoy se encuentra tan actual e intensa como entonces. En efecto, desde la época de la Doctrina de la Protección Diplomática de Vattel, a la respuesta latinoamericana conocida como la Doctrina Calvo y la Doctrina Drago, se ha discutido intensamente entre nosotros la forma más adecuada de abordar la solución de controversias entre Estados receptores de inversión y los inversionistas extranjeros que la hacen posible. La creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI, tuvo como finalidad precisamente presentarse como una alternativa distinta entre ambas doctrinas y aproximaciones políticas y jurídicas. Así, una diferencia de inversiones no se debiera resolver ni en los tribunales del país receptor de la inversión, ni en los tribunales del país al que pertenece el inversionista. Esa diferencia debiera ser resuelta por un sistema de arbitraje internacional imparcial a las partes en conflicto.<sup>2</sup> El CIADI se presentó como ese sistema. Sin embargo, a cincuenta años de su creación, es posible apreciar que dicho organismo ha perdido su eficacia y su normativa debe ser actualizada, dado que tanto la doctrina internacional así como múltiples países han rechazado esta entidad como medio de resolución de conflictos denunciando el tratado y quitándole competencias para resolver conflictos, fin para lo cual estaba concebido CIADI<sup>3</sup>.

Hoy se puede apreciar que el CIADI no ha logrado concitar aprobación por parte de todos los países de la región y tampoco respecto de la doctrina. Es por ello relevante analizar si Chile debiera denunciar o seguir adscrito al convenio de Washington. A partir de las disciplinas del Derecho y la Economía es posible realizar un análisis en virtud del cual se pueda determinar la conveniencia de tener un medio de arbitraje capacitado para resolver las diferencias que se pueden generar entre las fuentes de capital extranjero que acceden a nuestro país, dado que la realidad económica chilena se sostiene fuertemente sobre el ingreso de capitales extranjeros.

De acuerdo con lo señalado, parece de relevancia evaluar si Chile debiera seguir o no en el sistema CIADI, dado que es un factor a considerar para efectos de promover la inversión y mantener a Chile como un país atractivo para atraer capital foráneo. Así, en estos apuntes, se busca evaluar una serie de argumentos a partir de las experiencias internacionales en el cono sur, para determinar si efectivamente es de utilidad para el Estado de Chile continuar su adscripción al organismo creado por el convenio de Washington o si bien resulta de mayor

<sup>2</sup> En efecto, la inversión extranjera se ha convertido en un aspecto fundamental de la economía latinoamericana y particularmente en aquella de Chile. Debido a ello algunos estimaron necesario crear un organismo capaz de resolver conflictos que se generen entre países en esta materia. Es por esta razón que el 3 de marzo de 1965 se firmó el tratado conocido como "Convenio de Washington", en virtud del cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que se consolidó como una institución importante para resolver los conflictos generados entre los inversionistas y los Estados en los cuales se realizan dichas inversiones.

<sup>3</sup> Manciaux, S. (2007). Bolivia's withdrawal from ICSID. *Transnational Dispute Management*, disponible en: <http://transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1076>

conveniencia denunciar este tratado y resolver los conflictos que se generen a través de medios alternativos de resolución a nivel internacional o a través del sistema de tribunales nacionales o arbitraje local.

## **Capítulo I: El CIADI frente a los inversores y a los Estados receptores**

Es posible observar que la recepción favorable del convenio de Washington por parte de la comunidad internacional ha ido decreciendo en los últimos años, especialmente en Latinoamérica. Esta tendencia se refleja en que un número de países ha denunciado el tratado o se ha planteado seriamente hacerlo. Países como Bolivia, Ecuador y Venezuela han denunciado el tratado, marginándose de la jurisdicción de este sistema de arbitraje internacional. El tratado internacional que dio origen al CIADI ya tiene una vigencia de 50 años y durante ese periodo no ha realizado ninguna modificación significativa a sus estatutos. Por otra parte otros países adoptaron una postura contraria a la del resto de los países sudamericanos al nunca incluirse bajo la jurisdicción del CIADI, como el caso de Brasil, uno de los países de mayor desarrollo económico en América del Sur. Por último existen otros países que han planteado no continuar suscribiendo el convenio de Washington como Argentina. El análisis de los argumentos que sustentan estas tendencias permitirá evaluar cuál es la mejor opción en lo que a la disyuntiva de seguir bajo la jurisdicción del CIADI se refiere.

### **1. Argumentos doctrinarios de rechazo en países suscritos al CIADI en América del Sur**

#### **1.1 Venezuela**

Como es sabido, Venezuela ingresó a CIADI bajo el convenio de Washington el año 1995 y en el 2012 se retiró del mismo. Durante el tiempo que estuvo suscrito a este tratado se convirtió en el segundo país de Latinoamérica con la mayor cantidad de casos presentados ante dicho organismo. La denuncia del tratado se debió, conforme a lo señalado por el presidente Hugo Chávez, a una contravención a la normativa constitucional del país, específicamente al artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual señala *"En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjer<sup>4</sup>".* Sin perjuicio de ello, no significa que

<sup>4</sup> Constitución Política de la República de Venezuela, artículo 153.

Venezuela se encuentre exenta de cumplir con sus obligaciones, dentro de los plazos establecidos, al momento de denunciar este tratado multilateral. Esto en virtud de lo que señala el artículo 71 del Convenio de Washington, el cual establece lo siguiente: *“Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”*.

Sin embargo este no ha sido el único argumento esgrimido por este Estado para efectos de denunciar el Convenio de Washington. La República Bolivariana de Venezuela se remitió a lo establecido en la doctrina internacional, refiriéndose a la falta de imparcialidad de los tribunales arbitrales del CIADI, dado que estos han tendido a dictar los laudos arbitrales a favor de los inversionistas extranjeros. Este argumento parece ser discutible en cuanto a que ello es relativo dependiendo del país de que se trate. A modo de ejemplo, en el caso de Bolivia, que denunció el convenio en el año 2007, el porcentaje de fallos a favor del inversionista extranjero correspondía sólo a un 36%, constatándose que numerosos conflictos fueron resueltos por la vía de negociaciones entre las partes<sup>5</sup>.

Existen en Venezuela posiciones contrarias a las recién señaladas, como la expresada a este respecto por el profesor Andrés Mezgravis, de la Universidad Católica Andrés Bello (UNCAB), en una entrevista con la revista jurídica *“Ámbito Jurídico”* de febrero del año 2012. En ella se refirió a dos aspectos perjudiciales desde el punto de vista jurídico respecto de la denuncia del Convenio CIADI por parte de Venezuela. Señala: *“Desde el punto de vista jurídico es una mala decisión, porque estar fuera del CIADI no garantiza que Venezuela no siga siendo demandada por los inversionistas extranjeros”*<sup>6</sup>. En un segundo plano, señala también que: *“Además existe el riesgo de una ejecución forzosa de bienes de la República ante la posibilidad negativa de cumplimiento a los laudos del tribunal arbitral”*<sup>7</sup>. Estos dos argumentos deben tomarse en consideración por su relevancia al momento de determinar la conveniencia de seguir suscrito al Convenio de Washington y dado que pueden dar lugar a situaciones jurídicas de difícil resolución, que el inversionista extranjero debería considerar antes de internar capital en un país.

Por último es importante considerar que en el caso de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra suscrito a otras medidas de resolución de conflictos, de tal manera que aun denunciando el convenio de Washington, igualmente existirían instituciones que tendrían la competencia para dirimir conflictos de

<sup>5</sup> Araque Benzo, Luis Alfredo, (2012). *“adiós al CIADI”*, revista dinero, [www.arquereyna.com/sites/default/archivos-pdf/art.\\_laa\\_revista\\_dinero.pdf](http://www.arquereyna.com/sites/default/archivos-pdf/art._laa_revista_dinero.pdf)

<sup>6</sup> MEZGRAVIS, Andrés (2012), *El retiro de Venezuela del CIADI es una mala decisión jurídica y económica*, disponible en: <http://www.mezgravis.com/EntrevistaRetiroVzlaCIADI.pdf>

<sup>7</sup> MEZGRAVIS, Andrés (2012), *El retiro de Venezuela del CIADI es una mala decisión jurídica y económica*, disponible en: <http://www.mezgravis.com/EntrevistaRetiroVzlaCIADI.pdf>



relevancia jurídica con inversionistas extranjeros, como es el caso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (UNCITRAL). Este organismo “*es el principal órgano jurídico de las Naciones Unidas en materias propias de Derecho mercantil internacional*”<sup>8</sup>. Este cumple con diversas funciones:

- Elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a nivel internacional.
- Formulación de guías jurídicas y legislativas y formulación de recomendaciones de gran valor práctico.
- La presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de Derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al Derecho interno.
- La presentación de asistencia técnica en materias de reforma de la legislación.
- La organización de seminarios regionales y nacionales sobre Derecho mercantil uniforme.<sup>9</sup>

## 1.2 Argentina

Argentina es un país que se encuentra suscrito al Convenio de Washington, este constituye el caso con más demandas interpuestas ante el tribunal arbitrador del CIADI a la fecha. Ello ha llegado a tal extremo que el gobierno de la República Argentina ha considerado como un asunto de urgente prioridad denunciar el convenio CIADI.

La gran cantidad de demandas interpuestas en contra del Estado argentino se debe principalmente al gran número de expropiaciones que se llevaron a cabo a inicios del nuevo milenio debido a las medidas de emergencia económica adoptadas por el gobierno de la época a raíz de la crisis económica del año 2001. Estas medidas perjudicaron sobremanera a los inversionistas extranjeros, apreciándose un aumento considerable en las demandas interpuestas en contra del Estado argentino, involucrando indemnizaciones de miles de millones de dólares. El CIADI en Argentina se visualiza como ente garante relevante utilizado por las empresas extranjeras para resguardar sus intereses en dicho país. Así lo deja de manifiesto el profesor Javier Perotti en sus consideraciones

<sup>8</sup> El AECE del CNUDMI, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/uncitral-leaflet-s.pdf>

<sup>9</sup> Guía de la CNUDMI, datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/12-57494-Guide-to-UNCITRAL-s.pdf>

del caso argentino en la jurisdicción del CIADI, en que indica: *“Cabe señalar que aun antes de la caída de la convertibilidad, el CIADI ya se había convertido en el instrumento elegido por las empresas extranjeras a la hora de plantear sus diferencias con la Argentina, pero tras la debacle económica de fines de 2001, muchas empresas de origen extranjero, con la devaluación, la pesificación y la prohibición de ajustar las tarifas se sintieron damnificadas, y los reclamos ante este foro institucional internacional se multiplicaron”*<sup>10</sup>.

Frente a la crisis económica y la jurisdicción del CIADI en este caso tanto a nivel económico como jurídico, el Estado argentino ha procedido a rechazar manifiestamente la competencia de este órgano arbitrador. Es así como ha prevalecido la independencia y soberanía del Estado argentino en materia económica, por sobre la competencia del organismo arbitrador de acuerdo a lo que se establece en las normas de Derecho Internacional y las normas del mismo Convenio de Washington. A este respecto, en Argentina se pronuncia Claudia Fernanda Rodríguez Orrego, abogada de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, quien se remite a la carta de las Naciones Unidas para efectos de justificar las medidas adoptadas durante la crisis económica argentina. A mayor abundamiento, esta autora cita en su obra *“Análisis sobre las facultades jurisdiccionales del CIADI. Caso argentino”* el artículo segundo de la carta de las Naciones Unidas, la que en un primer punto se remite al principio de igualdad soberana de los Estados miembros y luego se refiere al punto cuarto de dicha convención, el que señala: *“Los miembros de la organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”*<sup>11</sup>. El sustento jurídico invocado corresponde al principio de autodeterminación de los pueblos, en virtud del cual un Estado tendrá la facultad de adoptar medidas que busquen el bienestar y la independencia de su pueblo<sup>12</sup>.

Otro aspecto de dicho tribunal arbitrador objeto de críticas ha sido la falta de imparcialidad de dicho organismo. Esto sobre la base de la íntima relación que guarda con el Banco Mundial, lo cual ha oídos de la doctrina argentina impulsa un modelo que privilegia el sector privado protegiendo únicamente a las empresas transnacionales, correspondiendo a una tendencia de la cual el gobierno argentino pretende alejarse. Dicho argumento, conforme a Constante (2012), se refleja en el siguiente caso: *“Tómese, como ejemplo, la “imparcialidad” que podría tener quien fuera secretario general del CIADI, desde septiembre de 2003, Roberto Dañino, Vicepresidente primero del Banco Mundial, quien fue Primer Ministro de*

<sup>10</sup> Perotti, Javier. (2006). *“Consideraciones del caso argentino ante la jurisdicción del CIADI.”* Centro Argentino de Estudios Internacionales, [www.caei.com.ar](http://www.caei.com.ar), Programa Organismos Internacionales.

<sup>11</sup> Carta Naciones Unidas.

<sup>12</sup> Rodríguez Orrego, Claudia Fernanda (2009). *“Análisis sobre las Facultades Jurisdiccionales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones: Caso Argentino.”*

*Perú en 2001-2002, ocasión en la que llevó a cabo una política tan privatizadora y antipopular que puso al país al borde de la insurrección*<sup>13</sup>.

Como podemos apreciar, la República Argentina esgrime objeciones importantes en contra del convenio de Washington, lo cual ha convertido al CIADI en un organismo poco reconocido en el país trasandino. Ello se fundamenta en los resultados negativos que se han obtenido en los laudos arbitrales y en la grave repercusión económica que han tenido para el país, de tal manera que para efectos de poder reactivar su economía se buscó privilegiar el bienestar nacional por sobre las garantías existentes otorgadas a las empresas extranjeras que internan su capital en esta nación. Es por eso a este respecto que la solución planteada por la doctrina no es la de someter los asuntos de inversión a un arbitraje, sino por el contrario: *“la superación de estas diferencias debiera buscarse a través de la negociación. Argentina evitaría los riesgos de unos procesos arbitrales cuyos resultados le pueden ser adversos y, sobre todo, ayudaría a recobrar parte de la confianza perdida entre los inversores”*<sup>14</sup>.

### 1.3 Ecuador

Ecuador denunció el Convenio de Washington en el año 2009. Sin embargo en este caso se adoptó una conducta distinta a las de otros países, como Bolivia y Venezuela, como ya se ha visto. Ecuador no solamente se limitó a denunciar el Convenio de Washington, sino que además denunció una multiplicidad de Tratados Bilaterales de Inversión, que incluían cláusulas favorables para los inversionistas extranjeros y que les permiten concurrir para la resolución de conflictos ante el tribunal CIADI. Esta conducta es consecuente con la denuncia del tratado multilateral de Washington, ya que los tratados bilaterales de inversión constituyen la base para resolver los conflictos que se presenten ante el órgano arbitrador. Los argumentos que motivaron esta conducta se basan en *“mejorar la distribución de la renta petrolera para el Estado ecuatoriano al tener en cuenta la tendencia creciente del precio del petróleo y la pérdida de ingresos por parte del Estado en los contratos petroleros”*<sup>15</sup>.

El Estado ecuatoriano ha sido objeto de diversos laudos resueltos de manera adversa, generándose así un ambiente de descontento frente a este sistema, razón por la cual se adoptaron diversas medidas para alejarse de este organis-

<sup>13</sup> Constante, Lilitiana. (2012), “Soberanía nacional vs. CIADI: ¿Estados o mercados?” Revista de Derecho Público del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

<sup>14</sup> Díez-Hochleitner, J., & Catedrático, D. (2003). La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras. *trabajo presentado en el Seminario «La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina. El caso argentino» organizado por el Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, publicado, 9.*

<sup>15</sup> King, Katiuska. (2013), “ El CIADI y sus fallos contra los países: TBI instrumentos de dominación de capital transnacional”.

mo. Una de las primeras medidas adoptadas fue el envío de una notificación al CIADI, en virtud de la cual, conforme al protocolo establecido, un Estado signatario puede informar de su decisión de limitar la competencia del tribunal (específicamente en las actividades relativas al gas, petróleo y minería) en el Convenio de Washington en el punto cuarto del artículo 25. Este artículo, sin embargo, no es tan claro, en cuanto a que ha sido interpretado por algunos sectores como una notificación no vinculante, sino meramente informativa, razón por la cual podría ser rechazada por el CIADI<sup>16</sup>. Como se indica en sus estatutos: *"No obstante, esta disposición del Convenio no puede ser manipulada a manera de excusa por parte de los Estados para retirar el consentimiento una vez suscitada la controversia y, por tanto, no someterse a la jurisdicción CIADI"*<sup>17</sup>. A partir de ello la notificación de Ecuador fue rechazada. Como consecuencia de ello, el Ecuador modificó en su Constitución del año 2008, un artículo en materia de derecho internacional, el cual previene al Estado ecuatoriano ceder su jurisdicción a instancias de carácter comercial o internacional motivando la denuncia de la Convención de Washington. De esta forma la Constitución ecuatoriana trata la materia extranjera de la siguiente manera: *"según el artículo 339 de la Constitución, veremos que el Estado tiene la obligación de dar prioridad a la inversión nacional y toda inversión extranjera que entre al país "estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo"*<sup>18</sup>.

Procede recordar que durante el proceso de creación de la Constitución ecuatoriana del año 2008, se dejó de manifiesto en sus actas el descontento de la Asamblea Constituyente interpretando la existencia de tendencias "imperialistas" y "privatizadoras" en el CIADI, a partir de su íntima relación con el Banco Mundial.

#### 1.4 Bolivia

Bolivia fue el primer país de América del Sur en denunciar el convenio CIADI el año 2007. Esta conducta inició una tendencia que se fundamentó en una serie de argumentos esgrimidos por el presidente Evo Morales. En primer lugar se refirió al CIADI como un tribunal benefactor de las empresas transnacionales, dado que de los 232 casos presentados ante el tribunal arbitral, 230 corres-

<sup>16</sup> Schreuer, Christoph. (2001) COMMENTARY ON THE ICSID CONVENTION. Ed. University Press, Cambridge. P. 344

<sup>17</sup> Albán Sánchez, Santiago. (2010). "Efectos legales de la denuncia realizada por la República del Ecuador a la Convención CIADI: ¿El vaso está medio lleno o medio vacío?"

<sup>18</sup> Ricaurte Herrera, C. (2009). "Criterios para la construcción de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones que perfeccione el mecanismo aplicado por el CIADI", <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/658/1/T778-MDE-Ricaurte-Criterios%20para%20la%20construcci%C3%B3n%20de%20un%20Sistema.pdf>

pondrían a aquellos presentados por empresas transnacionales. Adicionalmente se refirió a la proporción existente de países suscritos al convenio entre lo que llama “países ricos”, “países pobres” y “países en desarrollo” en el cual los países ricos conforman tan solo el 1,4%.

Bolivia, a diferencia de países como Argentina y Venezuela, no tiene una gran cantidad de laudos fallados en contra, es más el porcentaje de sentencias con resultados adversos a esta nación dictadas por el centro arbitral asciende al 34%. El problema más bien radica en los montos determinados para indemnizaciones cuando se obtiene una sentencia favorable por parte de un Estado ante el Tribunal de Inversión, razón por la cual se manifiesta la falta de protección que ofrece este organismo a los intereses estatales. Es así como el arbitraje ante el convenio CIADI ha sido considerado como un medio para que las empresas transnacionales obtengan indemnizaciones millonarias totalmente desproporcionadas con el capital aportado al país. Un claro ejemplo de ello es el caso del Estado de Bolivia contra Aguas del Tunari-Betchel, en el cual se demandó a este país por una suma de entre 25 y 100 millones de dólares, aunque su inversión no superó el medio millón de dólares.

El Convenio de Washington se opone al artículo 135 de la Constitución boliviana, que establece que: “Todas las empresas establecidas para explotaciones, aprovechamiento o negocios en el país se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República”, lo cual es incompatible con lo establecido como parte de la jurisdicción del Convenio. Adicionalmente el artículo 24 del mismo cuerpo legal señala que “Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas”<sup>19</sup>. Estas disposiciones hacen incompatible la competencia del CIADI ante el Estado de Bolivia, razón que motivó y sirvió de fundamento para la denuncia del tratado.

### **1.5 Brasil**

La República Federativa del Brasil no se encuentra suscrita al tratado multilateral de Washington. A diferencia de lo Estados analizados previamente, este país nunca suscribió este convenio, es más, los tratados bilaterales de inversión (TBI) que se celebraron durante los años 90 nunca fueron ratificados por el Presidente de la época Lula Da Silva, dado que se creía que estos podrían afectar a Brasil por la clara desigualdad que se estipulaba con la contraparte.

Brasil no suscribió el convenio CIADI, conforme a la interpretación del profesor de economía Charles Oman: “los gobiernos nacionales tienen dos grande formas

<sup>19</sup> Convenio de Washington art 24.

de "atraer" flujos de IED (*inversión extranjera directa*). Pueden intentar captar flujos de IED mediante acciones que afectan el ambiente general de negocios (*competencia "vía reglas"*) o mediante el otorgamiento de beneficios fiscales u otras facilidades especiales (*competencia "vía incentivos"*) a las empresas extranjeras<sup>20</sup>. Es así como Brasil optó por otorgar beneficios fiscales y tributarios para financiar la inversión, no requiriéndose de tratados bilaterales de inversiones para aumentar los flujos de capitales extranacionales. Adicionalmente a ello, Brasil otorgó un tratamiento igualitario a inversionistas tanto nacionales como extranjeros. Es así como esta nación ha logrado crecer a pasos agigantados en el ámbito económico de inversiones extranjeras sin estar suscrito a ningún tratado bilateral.

De todas formas, se han generado problemas atribuibles a la falta de estos tratados de inversión. Debido al crecimiento económico del que ha gozado este país, dado que se ha transformado en un emisor de capitales extranjeros. La falta de tratados que regulan los conflictos de inversión perjudica a los inversionistas brasileiros toda vez que deja en un estado de indefensión a aquellos nacionales que quieran invertir en un país extranjero. Ello puede ser solucionado solamente por la suscripción del tratado en esta materia y del Convenio de Washington ya que esta plataforma permite al inversionista acceder a este tribunal y los TBI permiten articular defensas ante este tribunal en defensa de sus intereses. Pedro Alberto Costa Braga De Olivera, abogado y representante de ENEL Brazil Participações, apoya esta posición a favor del sector empresarial brasileño, al igual que Rubens Barbosa, presidente del Consejo de Comercio Exterior de Brasil (CCEB), refiriéndose al caso de la nacionalización del gas en Bolivia por el presidente Evo Morales en el año 2006, que afectó las inversiones de Petrobras en ese país. Es por ello que estas circunstancias instaron al gobierno de Brasil a suscribir nuevos tratados bilaterales de inversión con el objeto de aumentar la protección de los inversionistas nacionales en el extranjero.

## 2. Análisis comparativo

De los casos expuestos se puede apreciar que la postura mayoritaria es la de denunciar el Convenio de Washington, toda vez que este no protege de manera igualitaria a los países que suscriben dicho tratado. En cuanto el fondo de las materias reguladas por CIADI, estas se estipulan en TBI, en los cuales será siempre el país económicamente más poderoso el que fijará las cláusulas de estos tratados. A ello se suma el hecho que en el caso de los países analizados estos se han visto perjudicados por los fallos de este órgano arbitrador, lo que ha llevado a un sentimiento de aversión hacia el sector privado de inversiones en cuanto no ha existido a ojos de los Estados un tratamiento igualitario en lo

<sup>20</sup> Actis, Esteban. (2012) "Brasil frente a los Tratados Bilaterales de Inversiones: disyuntivas de su política exterior reciente frente al proceso de internacionalización de capitales brasileños." *Cadernos Argentina-Brasil* 1.1, 1-a.

que a los laudos arbitrales se refiere. Adicionalmente el hecho de que el CIADI sea un órgano vinculado con el Banco Mundial hace presumir un favoritismo señalado hacia los actores de países que poseen una diferente inclinación política de aquellos los países del cono sur.

## **Capítulo II: El CIADI y la doctrina jurídica internacional**

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión, CIADI, ha recibido diversas críticas a lo largo de su ciclo de vida. Ellas no solo generadas por los países que han suscrito el Convenio respectivo, sino que también por diversos autores a nivel mundial que han analizado y evaluado su quehacer. Estas críticas han motivado la implementación de modificaciones tanto en aspectos de fondo como de forma al accionar de dicho organismo y a su vez ha provocado la necesidad de actualizar los criterios y procedimientos propios de este mecanismo arbitral, lo cual permite la eficaz aplicación de lo establecido por CIADI en la resolución de conflictos en materias relativas a la inversión.

Las observaciones efectuadas por exponentes de la doctrina internacional han motivado modificaciones en virtud de las cuales se ha intentado actualizar y mejorar las actuaciones de este organismo en el marco de su competencia. A modo de ejemplo podemos apreciar que a nivel procedimental ya se han implementado modificaciones y enmiendas concretas en el actuar de dicho organismo. Algunas de ellas dicen relación con garantizar la independencia de los árbitros definidos por este organismo y el permitir la asistencia de terceros a las audiencias del organismo con el propósito de hacer estas públicas y así lograr una mayor transparencia<sup>21</sup>.

En los párrafos que siguen, se procederá a exponer y analizar las principales críticas formuladas al Convenio de Washington por parte de la doctrina internacional. Estas contemplan distintos aspectos de la instancia creada por el convenio CIADI para la resolución de conflictos en materia de inversión extranjera. Entre ellos podemos destacar a modo de ejemplo aquellos ligados al procedimiento por medio del cual se denuncian los conflictos generados entre un inversionista extranjero, así como también los posibles vínculos existentes de CIADI con el Banco Mundial y con ello la posible falta de objetividad que puede presentar dicho organismo y las consecuencias que ello acarrea.

<sup>21</sup> Mcdougall, De Lotbinière, Andrew y Santens, Ank (2006), "Icsid amends its arbitration laws" , international arbitration law review , issue 4 , [http://www.whitecase.com/files/Publication/e6da84a5-e1a8-462a-89e3-147a369efdb8/Presentation/PublicationAttachment/232b4eb2-3248-48f9-aca5-16652b545fd8/article\\_Icsid\\_Amends\\_its\\_Arbitration\\_Rules.pdf](http://www.whitecase.com/files/Publication/e6da84a5-e1a8-462a-89e3-147a369efdb8/Presentation/PublicationAttachment/232b4eb2-3248-48f9-aca5-16652b545fd8/article_Icsid_Amends_its_Arbitration_Rules.pdf)

## 2. Principales críticas doctrinarias

### 2.1 ¿A quién protege el CIADI?

Uno de los aspectos más criticados por los autores internacionales del ámbito del Derecho dice relación con quienes son los beneficiarios de las acciones de CIADI. Ello en atención a los casos que se han dirimido en el último tiempo y en virtud de los cuales los Estados receptores de inversión extranjera directa no han podido interponer una acción en contra de los Estados inversores. Es más, ello nunca ha sido registrado en la historia del CIADI, estimándose por tanto como conclusión que este organismo solo protege a los inversionistas.

Además, se ha estimado que el derecho de concurrir ante este organismo es utilizado por algunas empresas transnacionales solo para obtener indemnizaciones millonarias de los Estados receptores realizando inversiones mínimas, desperfilando con ello el objetivo del convenio de Washington. A este respecto cabe remitirse al caso del Estado de Bolivia contra Aguas del Tunari-Betchel mencionado en el capítulo anterior, en virtud del cual se manifestó, en opinión del gobierno boliviano y de algunos autores, el hecho de que la contraparte recurrió a este procedimiento de arbitraje solo con el objetivo de obtener una indemnización por parte de Bolivia.

### 2.2 El procedimiento CIADI

Probablemente, una de las tareas más complejas que debe superar el convenio de Washington es aquella relativa a sus procedimientos, los cuales en el último tiempo se han percibido como extremadamente costosos y burocráticos. Al respecto, el profesor León E. Trankman de la universidad de Cornell, en su obra "The ICSID under siege", se refiere a los pormenores del procedimiento arbitral llevados ante este organismo arbitral entre los cuales destaca la incapacidad que tienen los países receptores de inversión extranjera directa, de apreciar el impacto económico que tiene una resolución en materias de arbitraje internacional. Éstas se relacionan principalmente con países en vías de desarrollo, los cuales tienen bajos ingresos económicos y se enfrentan a empresas transnacionales provenientes de estados "ricos", con mayor cantidad de recursos, permitiéndoles, contar con una mejor defensa legal frente al arbitraje.

Ahora bien, respecto de los Estados que forman parte del convenio de Washington y que corresponden a países en vías de desarrollo, existen casos en que estos apenas pueden costear una defensa ante el organismo quedando en una posición más débil que su contraparte.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Trankman E, Leon (2012), "The ICSID under Siege", Cornell International Journal, Volume 45, <http://www.lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Trakman-final.pdf>



De acuerdo con estudios estadísticos realizados a los procesos de arbitraje de CIADI, aproximadamente el 20% de los casos tratados ante el organismo arbitral tienen como contraparte a empresas pertenecientes a la lista Fortune 500 (Fortuna 500), correspondientes a las 500 empresas más grandes a nivel global determinadas sobre la base de sus ingresos. Siete de estos casos incluidos en dicho porcentaje obtienen utilidades que exceden el producto interno bruto del país en contra del cual han procedido<sup>23</sup>.

De la misma forma, otro de los aspectos materia de crítica del procedimiento arbitral ante el CIADI, corresponde al tiempo de demora, aspecto que ha afectado a nuestro país. Es el caso de Víctor Pey contra el Estado de Chile, el más largo en duración en toda la historia del Convenio de Washington: quince años. El resto de los casos resueltos ante el CIADI promedia una durabilidad de dos años y medio<sup>24</sup>. Claramente este problema afecta las costas generadas para sustentar los procedimientos arbitrales existiendo una relación directamente proporcional de uno con otro. La designación de los árbitros llamados a resolver los conflictos en inversión internacional ante el organismo CIADI también ha sido un aspecto materia de crítica. Este se encuentra estipulado en el convenio de Washington en los artículos 37 a 40, en virtud de los cuales el tribunal estará constituido por un número impar de jueces, los cuales podrán ser designados por las partes. *“Ello implica que las partes en el procedimiento siempre optarán por designar un árbitro que solidarice con su causa y que pretenda favorecer los intereses de aquellos que lo designaron y no por aplicar o respetar las normas de derecho internacional”*<sup>25</sup>. Cosby et al. demuestran su preocupación por la relación con CIADI de los abogados especializados en la materia, ya que estos participan en diversos procedimientos adoptando distintos roles, sea como abogado de alguna de las partes implicadas en el conflicto, o como jueces árbitros en otros procedimientos, lo que puede afectar su objetividad a la hora de resolver los conflictos que son llamados a resolver. Sin embargo, a pesar de esto se busca subsanar la crítica recién señalada a través del artículo 14.1 del Convenio de Washington, que vela por el correcto funcionamiento de los árbitros llamados a conocer del conflicto: *“Las personas designadas para figurar en las listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad en juicio”*<sup>26</sup>. De acuerdo

<sup>23</sup> The ICSID Case load statistics (2014), International Center for Settlement of Investment Disputes, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseloadStatistics>

<sup>24</sup> The ICSID Case load statistics (2014), International Center for Settlement of Investment Disputes, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseloadStatistics>

<sup>25</sup> Cosby, Aaron, Mann, Howard, Peterson, Luke y Von Moltek, Conrad (2004) *“Inversiones y desarrollo sustentable, guía referente a la utilización actual y el futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversión”*, instituto internacional del desarrollo sostenible. [https://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2004/investment\\_invest\\_and\\_sd\\_es.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2004/investment_invest_and_sd_es.pdf)

<sup>26</sup> Convenio de Washington artículo 14.1.

a este análisis se ha determinado que “ el artículo 14.1 del convenio CIADI, asume un criterio subjetivo, el de la imparcialidad e independencia del árbitro, al requerir a estos inspirar plena confianza de su imparcialidad en juicio”<sup>27</sup>

En las decisiones de los tribunales arbitrales del CIADI existe una aplicación constante a partir de precedentes, como ocurre principalmente en los procedimientos del Derecho anglosajón. Sin embargo, ello se traduce en un problema en el marco de la aplicación de dichos precedentes, ya que aunque corresponden a una práctica habitual, la aplicación de estos no se encuentra regulada en ninguna sección del Convenio de Washington, lo cual trae aparejado un desconocimiento de los parámetros establecidos para dictar un laudo que resuelva el conflicto. Los miembros designados para resolver el conflicto pueden aplicar cuando y como estimen conveniente los laudos precedentes, o derechamente no aplicarlos para la resolución del conflicto. Este hecho ha generado incertidumbre en cuanto a los fallos del CIADI, lo que ha quedado de manifiesto en casos en los cuales se han dictado laudos diferentes en circunstancias en que las cláusulas de los tratados bilaterales de inversión (TBI) han sido idénticas<sup>28</sup>. Corresponde a lo que la doctrina ha llamado los arbitrajes Lauder (“The Lauder Arbitrations”), caso de un inversionista estadounidense llamado Ronald Lauder, quien estableció una estación de televisión privada en República Checa. Una vez que esta se encontraba operativa, el gobierno de este país le expropió al inversionista su dominio sobre dicho bien, lo que motivó a Lauder a concurrir ante el CIADI para obtener una reparación del perjuicio causado por el gobierno checo. Sin embargo este también internaba capital a dicha estación de televisión por la vía de inversiones con fuentes holandesas. Por ello accionó ante el organismo arbitrador de forma paralela en virtud del TBI firmado entre Holanda y la República Checa, constituyéndose así dos arbitrajes CIADI paralelos con alegaciones idénticas, uno en Suecia y otro en Inglaterra. Estos resolvieron de modo muy diferente; el procedimiento arbitral llevado en Inglaterra dictó un laudo favorable para República Checa y el tribunal constituido en Estocolmo dictó un fallo favorable para el inversionista americano.<sup>29</sup>

El profesor Roberto Ehandi se ha manifestado a su vez sobre las acciones interpuestas por los inversionistas extranjeros al recurrir al arbitraje del CIADI. A juicio de este autor, existen casos de arbitraje internacional que no deberían haber sido llevados a esta instancia. Critica el hecho de que los Estados

<sup>27</sup> López, C. A. M. (2010). Contenido y alcances de la independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema del CIADI. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*.

<sup>28</sup> Chowdhury, Wamiq (2012) “Recent Developments in ICSID arbitration: too early to jump ship”, university of miami/ ICCA Scholarship competition winner. <http://www.youngicca-blog.com/recent-developments-icsid-arbitration-not-yet-time-jump-ship-by-wamiq-chowdhury/>

<sup>29</sup> Esta dualidad es claramente perjudicial para CIADI, ya que este ejemplo nos demuestra cómo en casos en que la aplicación del derecho internacional debiera ser igualitaria, ello no ocurre, y debiendo estar solo uno de los tribunales en lo correcto conforme a las circunstancias que se han expuesto.

solucionan sus conflictos por la vía de acuerdos una vez que ya se ha iniciado el arbitraje en materia de inversiones y se encuentra circunscrito a las normas del Convenio de Washington<sup>30</sup>. Debieran, por tanto, existir instancias previas comprendidas dentro de este tratado que permitan a las partes llegar a un acuerdo con mayor libertad y con ello evitar las costas procesales que puede generar un procedimiento arbitral de esta naturaleza.

### ***2.3 La ideología del CIADI***

Los aspectos ideológicos relacionados con CIADI han sido ampliamente criticados por los Estados latinoamericanos y africanos. Esto se debe principalmente al marco en virtud del cual se firman los TBI por los Estados contratantes, ya que a este respecto es el Estado que cuenta con mayor riqueza el que establece las cláusulas de estos tratados bilaterales de inversión. Esto genera condiciones de inequidad en el contexto del arbitraje del CIADI, ya que los TBI son instrumentos importantes para efectos de resolver los conflictos en materia de inversión internacional. De acuerdo al profesor Leon E Trankman, esto priva a los países menos desarrollados de entablar estrategias de defensa en el arbitraje, de tal forma que se describe a este organismo como “un mecanismo utilizado por los países desarrollados para favorecerse a sí mismos como a sus inversionistas en el extranjero”<sup>31</sup>.

### ***2.4 Falta de instancias de apelación***

El Convenio de Washington carece de un procedimiento que permita presentar recursos de apelación en virtud del cual sea posible revisar y corregir los aspectos de fondos sobre los laudos dictados por el tribunal designado para resolver el conflicto. Este contiene tan solo un recurso de revisión especificado en el artículo 53 del convenio de Washington, el cual señala: “*El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previsto en este Convenio*”<sup>32</sup>. Sobre este recurso, es necesario señalar que se trata de una cláusula comprendida en el artículo 52 del Convenio de Washington y que limita a la comisión llamada a resolver dicho recurso, únicamente a analizar la legitimidad del laudo mas no sus argumentos de fondo. La disposición antes señalada contempla de manera expresa las causales en virtud de las cuales procede este recurso de revisión y las cuales expresa de manera taxativa. Esta señala: “*A) que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente; B) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; C) que hubiere corrupción de algún miembro del tribunal; D)*

<sup>30</sup> Echandi, Roberto y Kher, Priyanka (2013), “Can international state-investor disputes be prevented? Empirical evidence from settlements in ICSID arbitration”, Oxford Journals, ICSID review.

<sup>31</sup> Trankman E, Leon (2012), “The ICSID under Siege”, Cornell International Journal, Volume 45, <http://www.lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Trankman-final.pdf>

<sup>32</sup> Convenio de Washington artículo 53

que hubiere quebrantamiento grave de alguna norma de procedimiento; E) que no se hubieren especificado en el laudo los motivos en que se funden”<sup>33</sup>. A mayor abundamiento se refiere Carlos Soto Coaguila, quien señala”. Al lado de la imposibilidad de la revisión del fondo del laudo, el recurso de anulación presenta un carácter excepcional limitado a unas causales específicas, cuya justificación no es otra que mantener la solvencia del arbitraje y sus beneficios para las partes litigantes y la sociedad toda”<sup>34</sup>

Esta situación ha sido objeto de críticas, ya que para algunos autores esto se ha estimado como una forma únicamente de mantener la legitimidad del procedimiento y no de velar por la justicia en el resultado de fondo.<sup>35</sup> Ejemplo de esto lo podemos apreciar en el caso de “Empresas Lucchetti S.A. & Lucchetti Perú contra el Estado del Perú”, en virtud del cual el tribunal arbitral del CIADI se declaró incompetente para conocer del asunto presentado a su conocimiento. Esta decisión fue impugnada por el inversionista afectado, don Andrónico Luk-sic Abaroa, quien no logró revertir la decisión del Tribunal Arbitrador, debido a que la instancia de revisión solo recaía sobre los aspectos de forma del procedimiento. En términos simples regula el cómo se llegó a la decisión pero no el por qué. “Los procedimientos post-laudo que las partes en un procedimiento tienen a su alcance bajo el Convenio CIADI son deficientes, esto desde la perspectiva del enorme incremento que en costas le pueden generar al procedimiento arbitral”<sup>36</sup>.

## 2.5 La transparencia del CIADI: Aun insuficiente

Respecto de la falta de transparencia en el ámbito de los arbitrajes internacionales, ésta se manifiesta principalmente en dos aspectos. En un primer lugar, la falta de publicidad en los fundamentos de los laudos dictados por el tribunal de árbitros designados para la solución de conflictos de inversión ante este organismo. Y además el hecho de no establecer como públicas las audiencias llevadas ante este organismo. Esto atendido al hecho de que el Convenio de Washington no comprende en ninguna de sus secciones los aspectos antes mencionados. Sin embargo diferente es el hecho de que diversos tribunales CIADI han promovido la transparencia tanto en las audiencias promovidas por dicho organismo, así como los fundamentos de los laudos dictados. El problema radica en el hecho de que si bien esta conducta favorece los arbitrajes internacionales, no es suficiente para favorecer la transparencia. Esto es porque como no se contemplan en el Convenio de Washington los aspectos

<sup>33</sup> Convenio de Washington artículo 52

<sup>34</sup> Fernández Rozas, J. C. (2011). Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, 1, 31-45.

<sup>35</sup> Fernández Rozas, J. C. (2011). Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, 1, 31-45.

<sup>36</sup> LOPEZ LINALDI, Luis Armando (2012), “La necesidad de crear un órgano de apelación para arbitrajes inversionista-estado en CIADI”, *Revista de Derecho Económico Internacional*, Volumen 3 Número 1, [http://dei.itam.mx/archivos/revistadiembre2012/4.%20Lopez\\_Linaldi.pdf](http://dei.itam.mx/archivos/revistadiembre2012/4.%20Lopez_Linaldi.pdf)

antes mencionados, no es obligatorio para el tribunal velar por la publicidad y transparencia, por lo cual existen casos en los cuales el tribunal de árbitros no procede con lo que se considera como “publicidad y transparencia” por la comunidad internacional y la doctrina. Es necesario señalar que aun así el arbitraje regido por el Convenio de Washington ha sido un paso adelante para velar por la transparencia de los arbitrajes, ya que la publicidad de las audiencias y de los fundamentos de los laudos se ha convertido en una práctica general que es de esperar se regule en el texto del convenio CIADI, y que esto sirva de ejemplo para otros mecanismos de arbitraje.

## 2.6 Las virtudes del CIADI

Por cierto, también es menester mencionar que a pesar de lo expuesto por los autores de referencia, es posible determinar que el CIADI también posee virtudes. La primera que podemos vislumbrar es que este provee a la comunidad internacional de un sistema que permite establecer criterios y resolver conflictos en materia de inversión a partir de un procedimiento, materia que sería sumamente difícil de determinar a falta de ello para resolver conflictos. Si fuese el caso, cada Estado aplicaría su propia normativa interna para los efectos de resolver los conflictos en materia de inversión, lo que solo traería aparejada una serie de inconvenientes en la resolución de dichos conflictos, puesto que cada país tendría un procedimiento y normas de distintas de naturaleza.

La existencia de este organismo debiera garantizar la imparcialidad de los tribunales que resuelven los asuntos de inversión extranjera. Las inequidades que se producen ante el actuar de este organismo no se generan únicamente por lo establecido en el Convenio de Washington, sino por los TBI que los Estados contraen, ya que son las partes quienes establecen las cláusulas y quienes tienen el deber de asesorarse adecuadamente en la suscripción de dichos tratados. Es por ello injusto estigmatizar al CIADI si a este solo le cabe aplicar las normas que los propios Estados parte han acordado en materias de inversión extranjera<sup>37</sup>. A este respecto, existen autores que estiman que esto se debe principalmente al hecho de que hay Estados cuya política económica se ve fuertemente influenciada por la inversión extranjera y dependen de ella para un desarrollo sustentable. Por lo demás, es del caso señalar que la imparcialidad del tribunal CIADI no se ha visto en peligro en aquello relativo al nombramiento de los árbitros por las partes. Esto puesto que *“no es muy extraño encontrar casos en los que un tribunal arbitral decida unánimemente en contra de una de las partes, aun si uno de ellos “representa” a la parte perdedora”*<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Trankman E, Leon (2012), “The ICSID under Siege”, Cornell International Journal, Volume 45, <http://www.lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Trakman-final.pdf>

<sup>38</sup> Ghiotto, L., & Pascual, R. (2008). El CIADI y las inversiones: acerca de la necesidad de certezas. *Realidad Económica*. <http://es.justinvestment.org/wp-content/uploads/2009/11/EI-CIADI-y-las-inversiones.pdf>

### **Capítulo III: Chile y el CIADI**

En estos párrafos se analiza la situación de Chile ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. A este respecto se estudiarán casos paradigmáticos en los cuales intervienen la República de Chile e inversionistas chilenos en el extranjero. Se buscará determinar la relevancia de la inversión extranjera en Chile a la vez de evaluar las actuales medidas que se están implementando en materia económica en el país, con el fin de determinar cómo ello puede afectar el flujo de capital extranjero a nuestra nación. Especial relevancia cobra la base de la reforma tributaria, actualmente en discusión en el Congreso Nacional. Por último se analizan las orientaciones generales de los tratados bilaterales de inversión suscritos por nuestro país y cómo ellos han afectado los laudos dictados por el CIADI en aquellos procedimientos que involucran al Estado de Chile.

#### **3. Chile y el CIADI: Conflictos de inversión**

Chile ha tenido en el pasado conflictos con inversionistas extranjeros que han sido presentados para su resolución ante los tribunales del CIADI. Estos no han sido tantos en cantidad en comparación con otros países sudamericanos como Venezuela y Argentina. Aun así algunos de los laudos dictados han terminado con fallos poco favorables a los intereses del Estado chileno, mientras que otros han sido considerados como triunfos a pesar de que nuestro país fue condenado al pago de indemnizaciones de perjuicios. A continuación se presentan algunos casos relevantes:

##### **3.1 Caso Clarín**

Este arbitraje corresponde a uno de los casos de mayor notoriedad en la historia del Convenio de Washington, principalmente por el tiempo de permanencia de este conflicto ante los tribunales, el cual excedió con creces la duración promedio del resto de los procedimientos del CIADI, marcando un record de 15 años de tramitación en esta instancia arbitral, en contraposición al promedio de dos años y medio que ha determinado el CIADI como duración máxima de los procedimientos arbitrales presentados ante dicho organismo. En el año 1998, Víctor Pey y la Fundación Salvador Allende presentaron su demanda ante CIADI, fundada en el Convenio de Washington de fecha 1965, el que fue ratificado por Chile con fecha 24 de septiembre de 1991, y por el acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile para la protección y fomento recíproco de la inversión (APPI), que entró en vigencia con fecha 29 de marzo de 1994.

El conflicto que motivó la presentación por parte de los demandantes de nacionalidad española se refiere a las consecuencias resultantes de la expropiación del

Diario El Clarín por el Gobierno de Chile, quienes alegaron ser propietarios. El señor Pey Casado adquirió la sociedad CPP S.A de propiedad del señor Sainte-Marie, quien hasta ese momento era el dueño y director del Diario el Clarín. El año 1972 lo adquiere por la suma de 500.000 dólares, transfiriéndose con ello las acciones y obteniendo Víctor Pey el dominio efectivo del diario. El 11 de septiembre de 1973, en el contexto de los eventos sucedidos a nivel nacional, fuerzas armadas irrumpen en las dependencias del periódico y proceden a embargar locales y bienes pertenecientes al mismo<sup>39</sup>. Posteriormente a este acontecimiento, en el año 1995 el Ministerio de Bienes Nacionales informa al señor Pey Casado que éste puede acogerse a la Ley 19.568 de restitución o indemnización de los bienes embargados y confiscados adquiridos por el Estado, pero a pesar de esto los demandantes comunicaron a dicha instancia que no optarían por ejercer el derecho concedido en la ley recién mencionada, sino que presentaron una solicitud de arbitraje para la resolución del conflicto suscitado.

La tramitación del conflicto se extendió en un primer término hasta la dictación del laudo en el año 2008, por los jueces árbitros del tribunal CIADI, quienes fallaron a favor de los demandantes ordenando una indemnización que ascendía a la suma de 10 millones de dólares y otros 6 millones de dólares por el concepto de intereses y costas. Los fundamentos de la indemnización concedida por el tribunal arbitral se basaron en dos aspectos fundamentales para la dictación del laudo. El primero dice relación con el reconocimiento que existió por parte del Estado chileno del dominio del señor Pey Casado sobre los bienes confiscados, atendido a lo mencionado anteriormente respecto de la Ley 19.568, que proponía una devolución de los bienes expropiados a sus respectivos dueños. El hecho de que el Estado chileno había indemnizado a terceros mas no al reconocido dueño del diario El Clarín, sin embargo se estimó que no constituía una violación directa al “tratamiento equitativo y justo” establecido en el APPI entre Chile y España, atendido a que este solo podía ser aplicable a futuro y no situaciones anteriores a la entrada en vigencia del tratado. Lo que motivó la indemnización fue el hecho de que se consideró por el tribunal arbitral como una nueva expropiación conforme a los argumentos de la Ley 19.568<sup>40</sup> Es del caso mencionar que las partes demandantes también exigieron al tribunal CIADI una indemnización concedida por el concepto de daño moral, sin embargo, en el fallo el tribunal arbitral no concedió esta reparación de perjuicios sobre la base de la falta de pruebas que acompañaban las partes para poder avaluar o determinar dichos perjuicios. Entendiéndose el concepto de tratamiento justo y equitativo sobre la base de lo señalado en el artículo 4 del APPI celebrado entre Chile y España, en virtud del cual señala

<sup>39</sup> Caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. la República de Chile. Caso CIADI N° ARB/98/2. Laudo de fecha 8 de mayo de 2008

<sup>40</sup> Arrese Ortiz Daniela (2009), “Modelo chileno de tratados sobre inversión”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Disponible en [https://www.ucursos.cl/derecho/2008/1/D126D07107/6/material\\_docente/previsualizar?id\\_material=167023](https://www.ucursos.cl/derecho/2008/1/D126D07107/6/material_docente/previsualizar?id_material=167023)

que se entenderá como tratamiento equitativo y justo: 1. *aquel que se hace "bajo condiciones no menos favorables que para sus inversionistas nacionales.* 2. *Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas de un tercer país.* 3. *Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una Parte conceda a los inversionistas de un tercer Estado en virtud de su participación en: –una zona de libre comercio, –una unión aduanera, –un mercado común, o –una organización de asistencia económica mutua o en virtud de un Acuerdo firmado antes de la firma del presente Convenio que prevea disposiciones análogas a aquellas que son otorgadas por esa Parte a los participantes de dicha Organización.* 4. *El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo no se extenderá a deducciones y exenciones fiscales u otros privilegios análogos otorgados por cualquiera de las Partes a inversionistas de terceros países en virtud de un Acuerdo de Evitación de Doble Imposición o de cualquier otro Acuerdo en materia de tributación."*<sup>41</sup>

Cabe recordar que la parte demandante, Víctor Pey, contaba con doble nacionalidad, chilena y española, razón por la cual para poder determinar la competencia del tribunal arbitral establecido en el Convenio de Washington, era necesario determinar la nacionalidad del inversionista, ello dado que el Convenio de Washington está diseñado exclusivamente para resolver conflictos de inversión extranjera, razón por la cual el señor Pey no podría haber presentado su demanda ante este organismo actuando como un nacional chileno. Es por esta razón que el tribunal en el laudo dictado el año 2008 se refirió a esta situación solicitando la renuncia de la nacionalidad chilena por parte del demandante, ya que de no hacerlo su demanda hubiese sido improcedente en virtud del tratado de doble nacionalidad entre Chile y España, viéndose así obligado a actuar como un inversionista chileno y no como un inversionista extranjero. A pesar de haberse dictado el laudo en mayo del año 2008, el caso Clarín estaba lejos de concluir, ello atendido a la anulación del laudo solicitado por el Estado de Chile en el año 2010. Chile fundó su solicitud sobre la anulación del laudo emitido por los árbitros del CIADI, en atención al monto de la evaluación respecto del incumplimiento del tratamiento justo y equitativo. Igualmente se alegó por parte de Chile una manifiesta extralimitación de facultades por parte del tribunal arbitral.

En el año 2012 el CIADI falla a favor del Estado de Chile y anula el pago ordenado en el año 2008 por el CIADI de una indemnización de perjuicios ascendente a 10 millones de dólares. El año 2013 la parte demandante presenta una solicitud de reapertura del caso, el que, por tanto, se encuentra pendiente. En abril de 2015 tuvieron lugar alegatos sobre esta materia del caso. Entonces, en resumen, el caso fue ganado por la parte demandante. Chile fue condenado a pagar una indemnización de diez millones de dólares, más intereses y más

<sup>41</sup> APPI Chile-España, disponible en [https://www.ursosos.cl/derecho/2008/1/D126D07107/6/material\\_docente/previsualizar?id\\_material=167023](https://www.ursosos.cl/derecho/2008/1/D126D07107/6/material_docente/previsualizar?id_material=167023)



costas. Adicionalmente, la parte demandante interpuso un recurso de nulidad por estimar que la cifra era muy pequeña. El recurso de nulidad fue fallado en contra de la demandante, el año 2012. La demandante solicitó reapertura de la causa, la que se encuentra en progreso hasta la fecha.

### 3.2 Caso MTD contra el Estado de Chile

Esta controversia en materia de inversión se generó entre la empresa oriunda de Malasia conocida como MTD y el Estado de Chile. Dicha empresa visitó el país con la intención de invertir capital para la construcción de “una gran comunidad planificada cerca de Santiago”<sup>42</sup>, vale decir una ciudad satélite. En el año 1996, con la ayuda de los señores Musa Mohamad (comisario de comercio exterior de Malasia) y Antonio Arenas (hombre de negocios local) se localizó un lugar para poder construir el proyecto de dicha ciudad satélite.<sup>43</sup> Esta se encontraba en la localidad de Pirque, el cual era un terreno utilizado principalmente para fines agrícolas, y pertenecía al dominio de Jorge Aldunate Fontaine, quien manifestó su consentimiento en cooperar con la empresa MTD para llevar a cabo el proyecto.<sup>44</sup> Luego de confirmar con las autoridades superiores de la empresa extranjera, se optó por practicar la inversión, razón por la cual en el año 1996 concurren a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras y al Servicio de Vivienda y Urbanización, con el objeto de asesorarse.<sup>45</sup> MTD, encarga al Banco Sudamericano que practique una evaluación de las 3000 hectáreas pertenecientes al señor Aldunate Fontaine.<sup>46</sup> Esta propiedad es evaluada en la suma de \$34.385.487. En 1996, en septiembre, las negociaciones se paralizaron, ya que no existía acuerdo entre MTD y el señor Aldunate en lo relativo a la cantidad de hectáreas a utilizar para el proyecto, ya que MTD quería utilizar 600, mientras que Aldunate pretendía se utilizaran solo 300 hectáreas, materia que era fundamental de resolver para que MTD pudiera tener el control del proyecto.<sup>47</sup> En noviembre del mismo año se llevaron a cabo negociaciones entre ambas partes preparando un contrato de promesa en virtud del cual se acordó una inversión por parte de la compañía asiática ascendente a 17.316 millones de dólares, para la construcción de la comunidad en las 600 hectáreas del fundo El Principal de Pirque. Para dicho efecto se constituye una nueva corporación que practicaría la inversión llamada MTD Chile S.A., quien tendría el 51% de participación en la compañía El Principal S.A, la cual llevaría a cabo el proyecto de la construcción de dicha ciudad satélite.<sup>48</sup>

<sup>42</sup> Caso MTD equity Sdn.Bhd y MTD Chile S.A con La República de Chile. Caso CIADI N° ARB/01/7 Laudo de fecha 25 de mayo de 2004

<sup>43</sup> *Ibíd.*

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> *Ibíd.*

<sup>47</sup> *Ibíd.*

<sup>48</sup> *Ibíd.*

En marzo de 1997 se aprobó la solicitud para suscribir el contrato de inversión extranjera, firmándose el 18 de marzo de 1997. Luego de haberse suscrito el contrato de inversión extranjera, MTD inyectó a la compañía El Principal S.A. (EPSA) un capital de 8.4 millones de dólares en conjunto con los 8.736 millones de dólares a través de los cuales MTD adquirió el 51% de las acciones de EPSA.<sup>49</sup> Este capital provino conjuntamente de MTD y de un préstamo obtenido por esta empresa por parte del Banco Árabe-Malayo de Kuala Lumpur. En marzo de 1997, MTD contrató a la firma de arquitectos conocida como Darraidou, Larrain y Uranga (DLU), para hacer los proyectos de vivienda e ingeniería, las subdivisiones de terrenos y obtener los permisos para cambiar el destino de los terrenos adquiridos, ya que estos eran para propósitos agrícolas conforme al Plan Regulador de la Comuna. Este cambio debía ser aprobado conjuntamente por la Municipalidad de Pirque así como también por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.<sup>50</sup>

En abril de 1997 se presentó ante el Comité de Inversión Extranjera una solicitud para invertir 364.000 dólares en la empresa MTD Chile S.A, quien tenía a su cargo el desarrollo del proyecto. A lo largo del año 97 el inversionista extranjero tuvo diversas reuniones con autoridades del SEREMI y el MINVU y con el señor Ricardo Lagos Escobar (Ministro de Obras Públicas de la época) y con el Presidente en ese periodo, don Eduardo Frei Ruiz Tagle, sin embargo el SEREMI se encontraba renuente a iniciar el procedimiento necesario para cambiar el destino de las 600 hectáreas del predio.<sup>51</sup> Ante ello MTD se amparó bajo La Ley General de Urbanismo y Construcción (Decreto con Fuerza de Ley N° 458) optando por preparar planes de división zonal y comunal para cambiar el propósito del sector en cuestión, así como también ampararse bajo el artículo 55 de esta norma en virtud del cual se permite la construcción de viviendas para complementar una actividad preexistente. Ello con el objeto de que el Consejo Regional de la Región Metropolitana (CORE) decidiera de manera definitiva el cambio pretendido por MTD a pesar de las objeciones del MINVU.<sup>52</sup>

Posteriormente, el alcalde de Pirque, propuso al Consejo Comunal el cambio gestionado, lo cual fue aprobado por dicho consejo. En el mes de abril de 1998 el alcalde de Pirque, así como los representantes de MTD, se reunieron con el funcionario del SERVIU, don Sergio González, quien les informó que el proyecto propuesto era inconsistente con las políticas de desarrollo urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, razón por la cual las partes solicitaron asesoría al señor González para poder obtener una solución al conflicto: Este señaló que no era posible implementar cambios al Plan Regional de Desarrollo

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*

<sup>50</sup> *Ibíd.*

<sup>51</sup> *Ibíd.*

<sup>52</sup> *Ibíd.*

Urbano, siendo una facultad privativa del SEREMI, y que adicionalmente a esto se les había informado a los inversionistas malayos que no era posible desarrollar el proyecto en Pirque. Ante esta situación MTD recurrió al Comité de Inversión Extranjera, pero este se limitó a señalar que su función corresponde únicamente a la aprobación de los proyectos de inversión extranjera en Chile presentados ante este organismo.<sup>53</sup>

En diciembre de 1998, oficialmente se rechazó el proyecto de una ciudad satélite en el fundo El Principal de Pirque, lo que llevó a que el inversionista, MTD notificara al Estado de Chile de la existencia de un conflicto de inversión generado durante la vigencia del TBI celebrado entre Chile y Malasia.<sup>54</sup> Este señala que es necesario un periodo de negociación de 3 meses antes de someter a arbitraje el conflicto. En el presente conflicto se solicitaron adicionalmente 30 días para la solución del conflicto, pero aun así las partes no llegaron a ningún consenso, lo que llevó a la presentación de la solicitud de arbitraje ante el CIADI el año 2001.<sup>55</sup>

La ley aplicable para la solución del conflicto por la vía del arbitraje determinó la aplicación de las normas del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Chile y Malasia, en virtud de lo establecido en el artículo 42 del convenio de Washington, el cual señala: *"El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables"*<sup>56</sup>. Señalaron además los demandantes en su pretensión el hecho de que la falta del Estado de Chile se traduce en el incumplimiento de su obligación de otorgar los permisos para poder practicar la inversión extranjera que había sido ya aprobada por Chile a través del Comité de Inversiones Extranjeras<sup>57</sup>. Además la parte requirente se refirió al TBI de Chile con Dinamarca en virtud del cual el artículo 3 tiene como efecto internacionalizar las obligaciones del Estado receptor de la inversión extranjera. Chile alegó que esta última norma es inaplicable y que no tiene el efecto invocado por la parte demandante y que se mantiene la aplicación de la ley chilena en virtud de lo señalado por el artículo 42 del Convenio de Washington antes citado. Bajo los fundamentos señalados, el tribunal arbitral del organismo CIADI emitió su laudo con puntos adversos para Chile en virtud de los hechos expuestos ante estos y la normativa aplicable para la resolución del conflicto.

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup> *Ibíd.*

<sup>55</sup> *Ibíd.*

<sup>56</sup> Convenio Washington, art 42

<sup>57</sup> Caso MTD equity Sdn.Bhd y MTD Chile S.A con La República de Chile. Caso CIADI N° ARB/01/7 Laudo de fecha 25 de mayo de 2004

En lo sustantivo, se determinó que la norma del TBI entre Chile y Dinamarca era aplicable en el presente conflicto y que Chile la había contravenido. Así se condenó a Chile a pagar a la Empresa MTD Equity S.A, la suma de 5.871.322 millones de dólares en la decisión final del tribunal<sup>58</sup>. Sin embargo es del caso mencionar que el tribunal redujo en un 50%, la suma solicitada por el demandante por concepto de indemnización de perjuicios, atendido principalmente al hecho de que la compañía malaya había llevado a cabo actos de inversión sin contar con la autorización de la autoridad competente para ejecutar el proyecto, no siendo capaces de disminuir de manera adecuada los riesgos del negocio que se pretendía lograr. Por el contrario el tribunal CIADI estimó que MTD aumentó el daño atendido a su negligencia en lo relativo a esta inversión, ya que pagó por adelantado cuantiosas sumas de dinero a pesar de no poder llevar adelante el proyecto.

En septiembre del año 2004, una vez dictado el laudo, la República de Chile presenta al CIADI una solicitud de anulación respecto del fallo antes mencionado. Esto sobre la base de tres de las cinco causales establecidas en el artículo 52 del Convenio de Washington, a saber: "que el tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades; Infracción grave a una norma de procedimiento y que el laudo había omitido expresamente las razones en que se fundó, además la petición de anulación contenía la solicitud de suspensión de la ejecución del laudo de acuerdo a lo previsto en la regla 54 del Convenio de Washington, la cual señala: *"La parte que solicite la aclaración, revisión o anulación de un laudo podrá, en su solicitud, y cualquiera de las partes podrá en cualquier momento antes que se decida finalmente sobre la solicitud, pedir que se suspenda la ejecución de una parte o de todo el laudo al que se refiere la solicitud. El Tribunal o Comité considerarán de manera prioritaria dicha solicitud"*<sup>59</sup>. El 16 de febrero de 2007 el tribunal desestimó la anulación del laudo, ello principalmente por el hecho de que Chile debería haber comunicado al inversionista extranjero inmediatamente el hecho de que no era posible llevar a cabo el proyecto.

### **3.3 Empresas Lucchetti S.A. contra el Perú**

Este caso, llevado al conocimiento del CIADI, a diferencia de los dos casos antes mencionados, no tiene como parte la República de Chile, sino que a nacionales chilenos, quienes presentan la solicitud de arbitraje al CIADI.<sup>60</sup>

La empresa chilena, Lucchetti S.A., a través de su compañía filial, Lucchetti Perú S.A., estableció sus dependencias en un predio cercano a un humedal,

<sup>58</sup> Caso MTD equity Sdn.Bhd y MTD Chile S.A con La República de Chile. Caso CIADI N° ARB/01/7 Laudo de fecha 25 de mayo de 2004

<sup>59</sup> Convenio de Washington

<sup>60</sup> López Escarcena, S. (2006). La falta de jurisdicción *ratione temporis* en el caso Lucchetti: comentario a laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 7 de febrero de 2005. Revista Chilena de Derecho, 33 (1), 159-165.

en el distrito limeño de Chorrillos, llamado "Los Pantanos de Villa". En los años 90, la empresa chilena solicitó los permisos respectivos al gobierno peruano con el objeto de llevar a cabo la construcción de una planta en el Perú, lo cual fue aprobado por la Municipalidad de Lima. Sin perjuicio de ello, en 1997, las autoridades locales revocaron los permisos concedidos con anterioridad para la construcción de la planta, atendido al hecho del impacto medioambiental en el humedal que generarían las actividades de la planta e igualmente por el hecho de existir irregularidades en el otorgamiento de los permisos necesarios para construir las instalaciones.<sup>61</sup> Esta situación llevó a la empresa Lucchetti a impugnar dichas acciones ante la justicia peruana, obteniendo una sentencia favorable que les concedió una licencia para operar en dicho predio en diciembre de 1999, permitiéndoles así seguir con sus operaciones en la localidad. Este permiso, sin embargo, fue revocado nuevamente por la Municipalidad de Lima en el año 2001, razón por la cual Lucchetti recurrió al arbitrio de CIADI en el año 2002.<sup>62</sup>

En el año 2005 el tribunal arbitral del CIADI emitió el laudo respecto al conflicto presentado, el cual fue adverso para los inversionistas chilenos, optando por declararse incompetente de conocer del asunto por falta de jurisdicción, evitando resolver sobre el asunto de fondo sometido a su conocimiento. Los fundamentos de dicho laudo se basaron en un punto fundamental, cual era determinar si el conflicto había sido zanjado por la justicia peruana en 1998 o si bien la demanda presentada el 2001 tenía como objeto nuevamente zanjar el mismo conflicto o uno nuevo.

El panel arbitral estimó que el conflicto se había zanjado en 1998, lo que antecedería al APPI celebrado entre Chile y Perú. La incompetencia se fundamentó en cuanto los argumentos de Lucchetti S.A. se presentaban sobre la base del acuerdo internacional antes mencionado<sup>63</sup>.

### **3.4 Análisis comparativo**

Es posible concluir que Chile no ha gozado de un historial favorable en los casos presentados ante el CIADI, ya sea en aquellos casos que involucran la República de Chile así como aquellos relacionados con los inversionistas de nacionalidad chilena que han presentado sus inquietudes ante arbitraje internacional. Sin embargo, a pesar que nunca han sido acogidas totalmente las pretensiones de las partes demandantes, las pérdidas han sido millonarias, ascendiendo a miles de millones de dólares. Asimismo es posible observar que los conflictos

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*

<sup>62</sup> *Ibíd.*

<sup>63</sup> Caso Empresas Lucchetti S.A y Lucchetti Perú S.A con La República del Perú. Caso CIADI N° ARB/03/4 Laudo de fecha 7 de febrero de 2006

presentados se han generado por una contraposición de las normas internas de un país con las normas de Derecho Internacional, establecidas en los Tratados Bilaterales de Inversión y los Acuerdos para la Protección y Promoción de la Inversión. Ello es una situación de excepción, ya que la política económica de Chile frente a la inversión extranjera ha sido la de celebrar una gran cantidad de acuerdos internacionales para promover la inversión, y ha dado cumplimiento a lo acordado con los otros Estados contratantes, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el caso de Argentina, siendo esta razón por la cual es uno de los Estados partes del convenio con mayor cantidad de arbitrajes presentados ante el CIADI.

#### 4. Chile y la inversión extranjera

En los últimos años Chile ha experimentado un crecimiento económico significativo, en el cual se planteó como política del Estado chileno una estrategia de liberación macroeconómica. Esto trajo como consecuencia *“una etapa de sostenido crecimiento económico, reindustrialización y tercerización del aparato productivo. Al mismo tiempo se produjo una progresiva recuperación de la tendencia a la concentración metropolitana, en la que tanto el comando del nuevo poder económico, como las principales actividades industriales y terciarias mostraron una clara preferencia por localizarse en el Área Metropolitana de Santiago (AMS), dando impulso a una intensificación de la sub-urbanización tanto de las actividades productivas como de la población”*<sup>64</sup>.

Uno de los principales objetivos luego de la crisis económica en los años 70 fue el atraer capital extranjero al país, a través de la inversión extranjera directa, la finalidad de dicha conducta fue el atraer divisas al país y a través de la inversión, crear empleos. A este respecto se dictaron varias disposiciones legales tendientes a regular e incentivar la inversión extranjera, como lo son el Decreto Ley 600, el capítulo XIV del compendio de normas del banco central<sup>65</sup>. Estas disposiciones fueron fundamentales para atraer capital extranjero al país y constituyó una base para lograr el crecimiento económico que Chile ha logrado hasta el día de hoy. Esto se puede apreciar en los estudios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en el cual se analizó el flujo de las inversiones extranjeras directas entre el periodo de 1978 a 2011. En este estudio, Chile demostró haber gozado de un flujo de crecimiento cercano al 28%, el cual se encontraba muy por encima de dicha cifra a nivel mundial, la cual correspondía a un aumento del 15%<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> De Mattos, Carlos A. (1999): “Santiago de Chile, globalización y expansión metropolitana: lo que existía sigue existiendo.” EURE (Santiago) 25.76 29-56.

<sup>65</sup> Zabala, Ricardo. (1987) Inversión extranjera directa en Chile, 1954-1986. No. 90. Centro de Estudios Públicos,.

<sup>66</sup> Estudio, J., & Villena, M.(2013) ESTUDIO DE MEDICIÓN DEL IMPACTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN LA ECONOMÍA CHILENA, SCL econometrics.

#### 4.1 El impacto de la inversión extranjera

Estudios recientes han logrado determinar que en los últimos años la inversión extranjera directa ha sido uno de los elementos en el crecimiento de la economía chilena. Esto, atendido al hecho que en virtud de que existe una proporción directa entre el aumento de inversión extranjera y el aumento del producto interno bruto (PIB) de Chile entre los años 2010 y 2012, en que se ha podido apreciar un aumento del 18% en el PIB chileno y a un aumento del 7,1% al 11,3% en los índices de inversión extranjera entre el periodo analizado<sup>67</sup>. Es del caso señalar que en el estudio recién mencionado, el Banco Central determinó un aumento en el número de empleos en el país, creándose 119.000 nuevos empleos motivados por el aumento del flujo de la inversión extranjera directa. Esto es beneficioso, pues además los resultados arrojados en términos demuestran que la remuneración pagada por empresas con participación internacional es un 130% mayor a aquella pagada por empresas sin participación internacional en la misma área de actividad<sup>68</sup>.

Chile es uno de los países con mayor flujo de inversión extranjera directa de la región, logrando la posición 12° de las economías a nivel mundial y posicionándose en el 2° lugar de la región, tras Brasil<sup>69</sup>. De acuerdo con el estudio antes citado, la actividad con mayor destino de inversión extranjera directa corresponde al sector de la minería, la cual constituye la principal actividad económica de nuestro país. Esto favorece el desarrollo económico de dicha actividad en el país, lo cual permite además contar con las técnicas y mecanismos de extracción de minerales que en algunos casos no sería posible o sería más oneroso por parte de empresas nacionales.

El evento por medio del cual se da inicio al auge de la economía chilena, gracias a la inversión extranjera, se produce el año 1974, con la dictación del Decreto Ley 600 (DL 600) mediante el cual se regula la inversión extranjera directa. El espíritu en virtud del cual se dictó este decreto radicaba en los principios de *"un trato igualitario a los inversionistas extranjeros; libre acceso a los mercados nacionales y la casi total prescindencia del Estado en relación a las actividades relacionadas con empresas extranjeras"*<sup>70</sup>. Esto se manifestó en los variados derechos que se establecieron a favor del inversionista extranjero en esta norma, como lo es el beneficio de la invariabilidad tributaria establecida en el artículo

<sup>67</sup> Estudio "Medición del Impacto de la Inversión Extranjera Directa en la Economía Chilena: perspectivas macro y microeconómicas", (2013) CIE Chile.

<sup>68</sup> Estudio "Medición del Impacto de la Inversión Extranjera Directa en la Economía Chilena: perspectivas macro y microeconómicas", (2013) CIE Chile.

<sup>69</sup> Estudio "Medición del Impacto de la Inversión Extranjera Directa en la Economía Chilena: perspectivas macro y microeconómicas", (2013) CIE Chile.

<sup>70</sup> Muñoz Goma, Oscar. (2003) "Hacia un Chile competitivo: instituciones y políticas, Editorial Universitaria.

7 del presente Decreto, y la celebración de “contratos leyes” en virtud de los cuales se salvaguarda la integridad de la inversión extranjera, impidiendo al Estado receptor modificarlo sin la voluntad del inversionista extranjero. Adicionalmente a esto puede además remesarse libremente y sin restricciones las utilidades que genere la inversión; practicar repatriación del capital después de un año a contar de la fecha en que se materializa la inversión; repatriar el capital invertido exento de toda contribución, impuesto o gravamen, hasta por el monto de la inversión materializada<sup>71</sup>.

En virtud de esta normativa, se ha logrado fomentar la inversión extranjera para efectos de lograr la estabilidad económica en nuestro país y obtener así el ingreso de divisas que nos han permitido reducir la deuda externa de Chile y aumentar el producto interno bruto, dejándose claramente de manifiesto la importancia de este elemento en nuestra <sup>72</sup>economía, que ha traído estabilidad a nuestro país, a tal punto de que durante periodos de crisis mundial, ha permitido a Chile soportar adecuadamente eventos como lo fueron la crisis de Brasil, la crisis asiática y la crisis europea respectivamente. Adicionalmente, otra importancia de la inversión extranjera no se refiere únicamente a su contribución financiera a un país, sino que además: *“por su capacidad para movilizar los recursos productivos de los países latinoamericanos, es decir, por su contribución a la reactivación de las economías nacionales”*.

#### **4.2 Crecimiento económico, desafíos para el futuro**

Chile ha sido uno de los países de mayor crecimiento en la región y que adicionalmente a esto tiene uno de los mayores índices de flujo de inversión extranjera directa. El crecimiento de nuestro país se explica principalmente debido a las actividades extractivas y a la demanda del cobre. Es por esto que diversos analistas consideran que resulta importante para el crecimiento económico continuar con políticas que favorezcan la inversión extranjera, de tal manera que se disminuyan los riesgos inherentes a las actividades en virtud de las cuales se interna capital a nuestro país.

#### **4.3 Chile y los TBI**

En materia de tratados bilaterales, Chile implementó una política internacional activa, celebrando una gran cantidad de acuerdos con otros Estados, a tal punto de ser uno de los países latinoamericanos con mayor cantidad de TBI celebrados. El rol de estos acuerdos ha sido el de complementar la política unilateral

<sup>71</sup> Velásquez, Fabiola Pamela Durán. (2006) “EFECTOS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA MATERIALIZADA BAJO EL DECRETO LEY 600 Y CONSECUENCIAS DE SU POSIBLE DEROGACIÓN.”

<sup>72</sup> White, E. (1986). Las inversiones extranjeras y la crisis económica en América Latina. *Más Allá de la Crisis de la Deuda: Bases para un Nuevo Enfoque*, Santiago: CIEPLAN.



de crecimiento económico en materia de inversión extranjera, esto debido a la conclusión por parte del gobierno chileno del hecho que establecer condiciones unilateralmente para promover la inversión foránea<sup>73</sup>. Estos acuerdos tienen una doble finalidad, en primer lugar pretenden contribuir a la apertura comercial entre dos Estados así como también reducir los costos y diversos inconvenientes que se generan por las transacciones en materia de comercio internacional, como por ejemplo determinar las normas aplicables en la solución de conflictos en materias de inversión extranjera<sup>74</sup>. La necesidad de celebrar tratados internacionales responde al hecho de que cada país debe otorgar la mayor cantidad de circunstancias favorables para celebrar negocios a nivel internacional para efectos de evitar un aislamiento a nivel internacional. Sin embargo es necesario señalar que este argumento parece debatible en cuanto se conocen casos como el de Brasil, en que no se han celebrado TBI y aun así es uno de los países latinoamericanos con mayor índice de inversión extranjera directa.

Nuestro país tiene una gran cantidad de TBI y APPI vigentes, los cuales han contribuido a abrir su economía al exterior, aspecto que es fundamental debido a las condiciones geográficas las cuales dificultan bastante una relación a nivel del comercio internacional. Es por esto que es de suprema importancia el celebrar estas convenciones y además de ello respetar cabalmente sus tratados para mantener incentivados a los inversionistas extranjeros y así mantener el crecimiento económico antes mencionado. *“La importancia de estos TBIs se debe no solo a su exponencial proliferación a partir de la década de los años 90, sino a que al parecer han diseñado un esquema normativo general en materia de derechos y garantías para el inversor extranjero, cuya contrapartida es la obligación del Estado receptor de protegerlo, de esta manera los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones se han convertido en un derecho regulador común de actividades, que tradicionalmente estaban bajo la potestad soberana del Estado”*<sup>75</sup>.

## Conclusiones

### Conclusión I

De acuerdo con lo presentado, existen diversas y fundadas críticas a la actuación del CIADI y específicamente en el sentido que la ideología detrás de sus fallos

<sup>73</sup> Sáez, Sebastián, y Juan Gabriel Valdés. (1999). “Chile y su política comercial lateral”. Revista de la CEPAL

<sup>74</sup> Sáez, Sebastián, y Juan Gabriel Valdés. (1999). “Chile y su política comercial lateral”. Revista de la CEPAL

<sup>75</sup> Ricaurte Herrera, C. (2009). Criterios para la construcción de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones que perfeccione el mecanismo aplicado por el CIADI. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/658/1/T778-MDE-Ricaurte-Criterios%20para%20la%20construcci%C3%B3n%20de%20un%20Sistema.pdf>

no es consistente con los intereses generales de los países latinoamericanos. Esta sería la razón principal por la que varios países de la región han dejado de pertenecer al sistema CIADI o se encuentran camino a tomar tal decisión.

En este contexto, se observa que parte importante de la doctrina regional promueve la conveniencia de denunciar el tratado sobre la base de fundamentos que apuntan hacia la ineficiencia del sistema de arbitraje establecido en la convención internacional, las orientaciones del órgano regulador del tribunal establecido en el Convenio de Washington, y argumentos de carácter internacional y económico que justifican el rechazo del arbitraje en materia internacional en Latinoamérica.

Con relación a los argumentos que motivaron la denuncia del Convenio de Washington por algunos Estados latinoamericanos, cabe observar que no es posible llegar por el momento a una conclusión definitiva, ya que cada país posee distintas normas y estrategias políticas respecto de la inversión extranjera y diferentes contextos económicos. Uno de los aspectos fundamentales que hemos podido identificar en cada uno de los Estados latinoamericanos analizados, es el hecho de que existe una clara brecha entre países que celebran tratados bilaterales de inversión, en cuanto hay desigualdad de condiciones económicas entre países desarrollados y subdesarrollados, siendo estos últimos los que se encuentran más deseosos de recibir flujos de inversión extranjera para efectos de aumentar el crecimiento de sus economías. Esto se traduce en el hecho de que los Estados desarrollados se ven facultados para obtener cláusulas favorables en la celebración de los TBI.

Adicionalmente, a diferencia de lo que ocurre con el caso de Ecuador y Bolivia, en Chile no existen normas de rango constitucional que priven al CIADI de ejercer jurisdicción en aquellos casos que sean sometidos a su conocimiento. Por el contrario, la legislación chilena ha favorecido la inversión extranjera, creando normas y organismos que facilitan el ingreso de inversión extranjera a Chile, como es el caso del Decreto Ley 600, que establece un estatuto de inversión extranjera para Chile y que además crea el Comité de Inversiones Extranjeras<sup>76</sup>.

## Conclusión II

El procedimiento por medio del cual se rige el arbitraje de los conflictos jurídicos sometidos al conocimiento del CIADI es un aspecto ampliamente criticado por la doctrina internacional. A este respecto, se ha dejado de manifiesto la falta de bilateralidad en este procedimiento, en lo respectivo a la incapacidad de un estado de interponer una acción en contra de un inversionista extranjero; la falta de

<sup>76</sup> Estatuto de la inversión extranjera, Decreto Ley 600 de 1974, disponible en [http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2010/10/dl600\\_espanol.pdf](http://www.ciechile.gob.cl/wp-content/uploads/2010/10/dl600_espanol.pdf)

publicidad en los laudos dictados por el tribunal arbitral del CIADI; el riesgo de la falta de parcialidad en el nombramiento de los árbitros; la falta de instancias de apelación ante el organismo arbitral; y la falta de instancias previas que permitan eficientemente velar por la economía procesal y resolver el conflicto antes de iniciar la tramitación del conflicto generado en materia de inversión extranjera.

Desde otra perspectiva, es posible apreciar virtudes en el sistema, como por ejemplo la certeza jurídica que proporciona el Convenio de Washington, ya que permite determinar claramente cuales serán las normas aplicables en la solución de estos conflictos, tema muy apreciado por los inversionistas.

En general, los resultados para Chile no han sido favorables, y el país ha sido condenado por sumas significativas. En casos en que inversionistas chilenos han demandado a un Estado parte, el resultado no ha sido el óptimo. Es así como podemos ver la ventaja de suscribirse a la convención señalada y de celebrar TBI con otros Estados. En el caso de otros países como Brasil, se produce un efecto adverso, quien en su política de atracción de inversión no celebró TBI, sino que optó por otorgar un trato igualitario directamente a los inversionistas extranjeros. El problema se generó al momento en que Brasil, en virtud de su crecimiento económico, comenzó a practicar inversión extranjera, debido a que no existe normativa aplicable en virtud de tratados internacionales que protejan a los inversionistas brasileños en el extranjero.

### Conclusión III

Parte de la doctrina nacional estima que Chile ha prosperado en las últimas décadas, entre otros motivos, gracias a la inversión extranjera, y por ello estiman que es adecuado continuar con la tendencia de establecer condiciones favorables para la inversión foránea en Chile, de tal manera que se mantenga el crecimiento económico. Por otra parte, si bien es cierto que el arbitraje implementado por el Convenio de Washington no es ajeno a imperfecciones, también lo es que éstos son aspectos susceptibles de modificación por los Estados contratantes para efecto de subsanar las deficiencias que en este procedimiento puedan surgir. Es más, así ha sido la tendencia, tomando como ejemplo el caso de la falta de publicidad en los laudos dictados por el tribunal arbitral del Convenio de Washington, en virtud del cual una gran cantidad de tribunales CIADI han comenzado a publicar los fundamentos en virtud de los cuales se funda la decisión adoptada. Adicionalmente, los inversionistas extranjeros, a la hora de internar capitales en un determinado país, no analizan solo un aspecto del país en el cual pretenden invertir, sino que toman en cuenta la totalidad de las condiciones del país para realizar su inversión<sup>77</sup>. Es decir, se deben asegurar

<sup>77</sup> FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo (1985), *Las garantías constitucionales del contribuyente en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile.

*"garantías, que deben ser mínimamente brindadas por un Estado para atraer el capital extranjero, logrando otorgarle un clima de confianza y respeto"*<sup>78</sup>

En síntesis, la conveniencia o inconveniencia de que Chile se mantenga dentro del sistema CIADI continúa siendo objeto de análisis y controversia. Todo indica que no es aconsejable dar una opinión absoluta en esta materia y que procede en cambio, avanzar en forma atenta y prudente, observando con mucho interés la experiencia comparada de otros países de la región, los resultados de aquellos casos en que el país participe, y teniendo siempre presente que la mantención en el sistema se justifica solo mientras ello vaya en favor de los intereses de Chile.

## Bibliografía

ACTIS, Esteban. (2012) "Brasil frente a los Tratados Bilaterales de Inversiones: disyuntivas de su política exterior reciente frente al proceso de internacionalización de capitales brasileños." *Cadernos Argentina-Brasil* 1.1, 1-a.

ALBÁN SÁNCHEZ, Santiago. (2010). "Efectos legales de la denuncia realizada por la República del Ecuador a la Convención CIADI: ¿El vaso está medio lleno o medio vacío?"

ARAQUE BENZO, Luís Alfredo, (2012). "Adiós al CIADI", revista dinero, disponible en [www.arquereyna.com/sites/default/archivos-pdf/art.\\_laa\\_revista\\_dinero.pdf](http://www.arquereyna.com/sites/default/archivos-pdf/art._laa_revista_dinero.pdf) Fecha de consulta: 10 de abril de 2014

ARRESE ORTIZ, Daniela (2009), "Modelo chileno de tratados sobre inversión", Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Disponible en [https://www.ucursos.cl/derecho/2008/1/D126D07107/6/material\\_docente/previsualizar?id\\_material=167023](https://www.ucursos.cl/derecho/2008/1/D126D07107/6/material_docente/previsualizar?id_material=167023) Fecha de consulta: 4 de mayo de 2014

BEDOYA, Carlos Alonso (2013), "El CIADI como arma de fuego", disponible en: [http://www.latindadd.org/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=88:el-ciadi-como-arma-de-fuego&Itemid=563](http://www.latindadd.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=88:el-ciadi-como-arma-de-fuego&Itemid=563). Fecha de consulta: 19 de marzo 2014.

BOEGLIN, Nicolás (2012), "Ecuador y el CIADI: nuevo pulso con posibles repercusiones", disponible en <http://alainet.org/active/58693> Fecha de consulta: 3 de abril 2014,

BOEGLIN, Nicolás (2013), "El CIADI y América Latina: Críticas, denuncias y búsqueda de alternativas", *Bretton Woods Bulletin*, an update of news and action on World Bank and IMF. 13 de diciembre 2013.

CAMPUSANO DROGUETT R., F. "Contrato Modelo de Inversión Extranjera para Proyectos Mineros". *Anales del Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*. 2011.

<sup>78</sup> Vega, V. L. J., & Jair, J. (2013). "El Arbitraje como mecanismo de protección de la inversión extranjera. El Estado peruano frente al CIADI". En *"Revista Jurídica del Perú"*, (Marzo 2013), 223-236.

CONSTAIN, S. (2013). "Mediation in Investor–State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape. ICSID Review, sit035" en: <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/29/1/25.extract> Fecha de consulta: 21 de abril de 2014

Constante, Liliana. (2012), "Soberanía nacional vs. CIADI: ¿Estados o mercados?" Revista de Derecho Público del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Cosbey, Aaron; Mann, Howard; Peterson, Luke, y Von Moltek, Conrad (2004) "Inversiones y desarrollo sustentable, guía referente a la utilización actual y el futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversión", Instituto internacional del desarrollo sostenible. [https://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2004/investment\\_invest\\_and\\_sd\\_es.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2004/investment_invest_and_sd_es.pdf) Fecha de consulta: 10 de mayo de 2014

CHOWDHURY, Wamiq (2012) "Recent Developments in ICSID arbitration: too early to jump ship", University of Miami/ ICCA Scholarship competition winner. <http://www.youngicca-blog.com/recent-developments-icsid-arbitration-not-yet-time-jump-ship-by-wamiq-chowdhury/> Fecha de consulta: 22 de julio de 2014

DIEZ-HOCHLEITNER, J., & Catedrático, D. (2003). "La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras." *Trabajo presentado en el Seminario «La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina. El caso argentino», organizado por el Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, publicado, 9*, Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf> Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2014

ECHANDI, Roberto, y KHER, Priyanka (2013), "Can international Investor-State disputes be prevented? Empirical evidence from settlements in ICSID arbitration", ICSID review Oxford Journals, 28 de diciembre 2013 en <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/early/2013/12/27/icsidreview.sit034.short>. Fecha de consulta: 21 de abril de 2014

ELIJURI, Elisabeth; ALVINS, Ramón, MATA, Gustavo (2012), "Actualización Legal. Venezuela denuncia el convenio CIADI" Norton Rose Fullbright, enero 2012, disponible en: <http://www.nortonrosefullbright.com/knowledge/publications/62438/venezuela-denuncia-el-convenio-ciadi>. Fecha de consulta: 22 de abril de 2014

ERIZE, L. A. (2002). "La Protección de las Inversiones en la República Argentina". La Ley. <http://201.216.237.161/uploads/ede2ec7ce8ec86e9af9d134cff16313532901806.pdf> Fecha de consulta: 14 de junio de 2014

ESTUDIO, J., & Villena, M.(2013) "ESTUDIO DE MEDICIÓN DEL IMPACTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN LA ECONOMÍA CHILENA", SCL econometrics

DE MATTOS, Carlos A. (1999): "Santiago de Chile, globalización y expansión metropolitana: lo que existía sigue existiendo." EURE (Santiago)

FERNANDEZ ROZAS, J. C. (2011). "Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI". Anuario Latinoamericano de Arbitraje, 1, 31-45.

FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo (1985), *Las garantías constitucionales del contribuyente en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile.

Ghiotto, L., & Pascual, R. (2008). "El CIADI y las inversiones: acerca de la necesidad de certezas." *Realidad Económica*. Disponible en: <http://es.justinvestment.org/wp-content/>

[uploads/2009/11/El-CIADI-y-las-inversiones.pdf](#) Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2014.

HELLER, Carlos (2011), "Los "fallos" del CIADI", disponible en <http://www.carlosheller.com.ar/2012/04/04/los-fallos-del-ciadi/>. Fecha de consulta: 22 de abril de 2014

KING, Katiuska. (2013), "El CIADI y sus fallos contra los países: TBI instrumentos de dominación de capital transnacional", Disponible en: <http://www.katiuskaking.com/2013/01/30/el-ciadi-y-sus-fallos-contra-los-paises-tbi-instrumentos-de-dominacion-del-capital-transnacional/> Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2014

KURTZ, J. (2012). "Australia's Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication". *ICSID Review*, 27(1), 65-86 disponible en <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/27/1/65.abstract>. Fecha de consulta: 21 de abril de 2014

LOPEZ, C. A. M. (2010). "Contenido y alcances de la independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema del CIADI". *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*.

LOPEZ LINALDI, Luis Armando (2012), "La necesidad de crear un órgano de apelación para arbitrajes inversionista-estado en CIADI", *Revista de Derecho Económico Internacional*, Volumen 3 Número 1, [http://dei.itam.mx/archivos/revistadiciembre2012/4.%20Lopez\\_Linaldi.pdf](http://dei.itam.mx/archivos/revistadiciembre2012/4.%20Lopez_Linaldi.pdf) Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2014

LOPEZ ESCARCENA, S. (2006). "La falta de jurisdicción *ratione temporis* en el caso Lucchetti: comentario a laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones", 7 de febrero de 2005. *Revista chilena de derecho*.

Manciaux, S. (2007). "Bolivia's withdrawal from ICSID. *Transnational Dispute Management*", disponible en: <http://transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1076> Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2014

MCDUGALL, De Lotbinière, Andrew y Santens, Ank (2006), "Icsid amends its arbitration laws", *international arbitration law review*, issue 4, [http://www.whitecase.com/files/Publication/e6da84a5-e1a8-462a-89e3-147a369efdb8/Presentation/PublicationAttachment/232b4eb2-3248-48f9-aca5-16652b545fd8/article\\_Icsid\\_Amendits\\_Arbitration\\_Rules.pdf](http://www.whitecase.com/files/Publication/e6da84a5-e1a8-462a-89e3-147a369efdb8/Presentation/PublicationAttachment/232b4eb2-3248-48f9-aca5-16652b545fd8/article_Icsid_Amendits_Arbitration_Rules.pdf) Fecha de consulta: 30 de abril de 2014

MEZGRAVIS, Andrés (2012), "El retiro de Venezuela del CIADI es una mala decisión jurídica y económica", disponible en: <http://www.mezgravis.com/EntrevistaRetiroVzlaCIADI.pdf> Fecha de consulta: 3 de abril de 2014,

MUÑOZ GOMA, Oscar. (2003) "Hacia un Chile competitivo: instituciones y políticas", Editorial Universitaria

REBOSSIO, Alejandro (2012), "La región discute sobre el CIADI, el tribunal mundial de arbitraje de inversiones", disponible en: <http://blogs.elpais.com/eco-americano/2012/04/el-ciadi-el-tribunal-mundial-de-arbitraje-de-inversiones-est%C3%A1-bajo-fuego.html> Fecha de consulta: 10 de abril de 2014

RICOURTE HERRERA, C. (2009). "Criterios para la construcción de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones que perfeccione el mecanismo aplicado por el CIADI". Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/658/1/T778-MDE->

[Ricaurte-Criterios%20para%20la%20construcci%C3%B3n%20de%20un%20Sistema.pdf](#)  
Fecha de consulta: 3 de Septiembre de 2014

RODRÍGUEZ ORREGO, Claudia Fernanda. (2009). "Análisis sobre las Facultades Jurisdiccionales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones: Caso argentino."

PEROTTI, Javier. (2006). "Consideraciones del caso argentino ante la jurisdicción del CIADI." Centro Argentino de Estudios Internacionales, [www.caei.com.ar](http://www.caei.com.ar), Programa Organismos Internacionales. [http://497caei.truelogic.com.ar/sites/default/files/08\\_2.pdf](http://497caei.truelogic.com.ar/sites/default/files/08_2.pdf) Fecha de consulta: 30 de abril de 2014

SÁEZ, Sebastián, and Juan Gabriel Valdés. (1999). "Chile y su política comercial "lateral". " Revista de la CEPAL

Schreuer, Christoph. (2001) "COMMENTARY ON THE ICSID CONVENTION". Ed. University Press, Cambridge. P. 344

TRANKMAN E, León (2012), "The ICSID under Siege", Cornell International Journal, Volume 45, disponible en <http://www.lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Trakman-final.pdf>  
Fecha de consulta: 5 de mayo de 2014

VAZQUEZ, María Fernanda, (2006), "Arbitraje ante el CIADI: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad", disponible en: [www.arbitrajecomercial.com/bancoconocimiento/A/arbitraje\\_ante\\_el\\_ciadi.asp](http://www.arbitrajecomercial.com/bancoconocimiento/A/arbitraje_ante_el_ciadi.asp) Fecha de consulta: 10 de abril de 2014

Vega, V. L. J., & Jair, J. (2013). "El Arbitraje como mecanismo de protección de la inversión extranjera. El Estado peruano frente al CIADI". *En Revista Jurídica del Perú* (marzo 2013), 223-236.

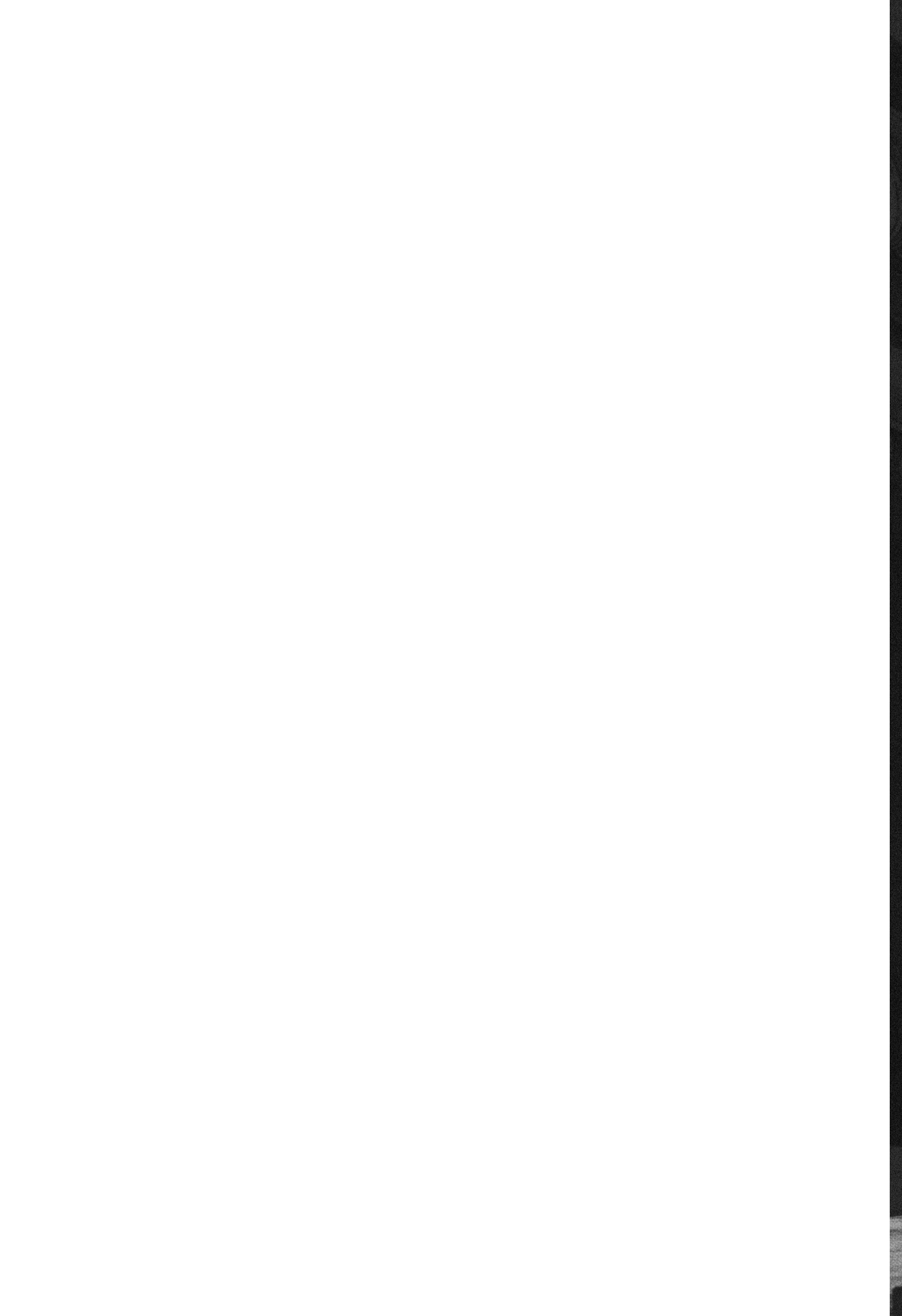
Velásquez, Fabiola Pamela Durán. (2006) "EFECTOS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA MATERIALIZADA BAJO EL DECRETO LEY 600 Y CONSECUENCIAS DE SU POSIBLE DEROGACIÓN."

White, E. (1986). "Las inversiones extranjeras y la crisis económica en América Latina. *Más Allá de la Crisis de la Deuda: Bases para un Nuevo Enfoque*", Santiago: CIEPLAN.

ZABALA, Ricardo. (1987) "Inversión extranjera directa en Chile, 1954-1986". N° 90. Centro de Estudios Públicos.

Zabalo Arena, F. (2012). "América Latina ante las demandas inversor-Estado". Disponible en: <http://www.usc.es/congresos/xiirem/pdf/41.pdf> Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2014.

ZAPATA, Roberto Dañino. "El CIADI: 40 años después." *Themis* 53 (2007): 143-147.







**Análisis  
jurisprudencial**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# **Colusión: Un análisis jurisprudencial**

(Primera parte)

**MARÍA FERNANDA JUPPET EWING**

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales,

**UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE;**

Master Mades en administración de fundaciones,

**UNIVERSIDAD DE VALENCIA,**

LL.M.

**UNIVERSITY OF CALIFORNIA, BERKELEY, U.S.;**

Profesora Derecho, Economía y Mercado,

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.**

**RESUMEN.** Desde la gestación de la nueva institucionalidad de Defensa de la Libre Competencia se ha destacado el daño que el ilícito de colusión implica para la sociedad en su conjunto. El presente artículo busca generar una aproximación a la esencia de las prácticas colusorias desde la comprensión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tras 11 años de funcionamiento. De tal manera, se plantean los elementos que se requieren para su configuración, los principales acuerdos que suelen ser objeto de estos arreglos y las razones por las cuales se comprende que ésta es la conducta más gravosa dentro de los ilícitos de Defensa de la Libre Competencia.

\* \* \*

## **Introducción**

El ilícito de colusión ha sido sindicado tanto por el legislador como por la doctrina y jurisprudencia como el más lesivo a la libre competencia, dado que afecta estructuralmente al mercado y directamente a los consumidores. Cuando un grupo de empresas que debieran competir entre sí, mejorando la calidad de sus productos, generando estrategias que mejoren la oferta realizada a sus consumidores, por el contrario, optan por concordar condiciones, generando un poder de mercado del cual carecían en forma separada, destruyendo la organización competitiva de dicho mercado.

Nuestra legislación, por razones de técnica legislativa, no define de manera pormenorizada las conductas que considera lesivas a la libre competencia,

de tal manera de poder asegurar el desincentivo del despliegue de dichas conductas asumiendo la evolución que puedan ir presentando en el tiempo mediante la práctica.

En razón de aquello, ha debido ser el Poder Judicial el que a través de sus sentencias adapte la realidad a las exigencias conceptuales planteadas por el legislador, incorporando principios doctrinarios en la inteligencia y comprensión de dichas normas.

El presente trabajo tiene por finalidad la búsqueda de dichos criterios de interpretación desde la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC), y la Excelentísima Corte Suprema en materia de colusión, a fin de iluminar aquellos conceptos prácticos de la aplicación del D.L. N° 211, artículo 3° letra a): “Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas (Art. 1 N° 1 b, b.2) concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.”

### **Ámbito de aplicación de normas de libre competencia**

De tal manera, resulta relevante determinar cuál es el ámbito de aplicación de las normas relativas a la colusión en materia de libre competencia, para lo cual primero debemos hacer presente el ámbito de aplicación general del Decreto Ley N° 211.

En principio, el artículo 3° en su inciso primero indica que cualquier sujeto podrá ser considerado como sujeto pasivo en materia de libre competencia, al señalar: “Artículo 3°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.”

Mediante la incorporación de las palabras “el que” se establece la clara voluntad del legislador de indicar que cualquier sujeto puede ser objeto de un procedimiento contencioso, lo que ha sido probado en los numerosos juicios que se han llevado ante el TDLC en contra de organismos públicos, entre otros.

Asimismo, la enumeración de conductas y sus consecuencias nos permite inferir que cualquiera que sea la herramienta jurídica utilizada, si es que las

consecuencias de dicho hecho, acto o convención resultan contrarios al bien jurídico de la libre competencia, serán susceptibles de sanción ante el TDLC.

El Tribunal, por su parte, ha reafirmado esta interpretación de la amplitud en su jurisdicción, al indicar que no existen excepciones a la aplicación de la normativa, al contrario del derecho español, donde se exceptúan por ley ciertos casos en que no le será aplicable al Estado la normativa de libre competencia, siguiendo a Baño Leon: "... las prohibiciones del artículo 1 LDC no se aplican o excepcionan cuando las conductas restrictivas de la competencia resultan directamente de la aplicación de una ley. Por el contrario, cabe la aplicación de las normas prohibitivas cuando las conductas derivan de normas reglamentarias, del ejercicio de potestades administrativas o son causadas por la actuación de los poderes públicos o empresas públicas sin amparo legal."<sup>1</sup>

El TDLC chileno, por su parte, ha dejado claro que en materia de libre competencia el ámbito de aplicación de las normas es amplio, siguiendo a la Excelentísima Corte Suprema al determinar: "Considerando Décimo. Que en relación con esta cuestión, se debe recordar que este Tribunal en diversas oportunidades ha señalado que el D.L. N° 211 tiene un ámbito de aplicación amplio, que no admite excepciones. Así lo ha reconocido la Excm. Corte Suprema, quien ha sostenido expresamente que "[l]as normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción" (Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 6100/2010). En efecto, el hecho de que una determinada actividad económica –como lo es la prestación de servicios de transporte urbano de pasajeros– esté sujeta a regulaciones sectoriales en principio no exime a quienes operan en esos mercados de cumplir con las normas que protegen la libre competencia;"<sup>2</sup>

Lo anterior implica una diferencia sustancial con el derecho comunitario europeo, donde se ha prescrito que sólo será sancionable este ilícito, tanto en cuanto sea desplegado por empresas o por asociaciones de empresas. El derecho español, al igual que el chileno, no hace diferencias respecto a los sujetos que podrían estar sometidos a esta normativa. Siguiendo a Fuentes Navarro: "A diferencia del ordenamiento español, que no recoge en su artículo 1 LDC ninguna mención a los destinatarios de la prohibición, el derecho europeo menciona expresamente como tales (cfr.101.1 TFUE) a las empresas y las asociaciones de empresas. De este modo, no quedan prohibidos, sino únicamente

<sup>1</sup> Pereña Pinedo, Ignacio; *Manual de Derecho administrativo sancionador*, p. 1138.

<sup>2</sup> Sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros", página 22.

los que medien entre empresas o sean el resultado de decisiones adoptadas por asociaciones de empresas".<sup>3</sup>

En nuestro país, podemos distinguir respecto del ilícito de colusión, dado que las normas resultan aplicables tanto cuando nos encontramos frente a un ilícito real, es decir, un acuerdo que se ha concretado en la práctica y que ha producido efectos anticompetitivos en un momento determinado, como asimismo, cuando el ilícito ha contado con características de afectar potencialmente al mercado relevante objeto de dicho acuerdo. En tal sentido, el TDLC ha sido claro al indicar: "...que la ilicitud de la práctica contenida en el artículo 3 letra a del DL N° 211, vigente a la época de la comisión de los hechos que motivan la presente causa, no depende de que haya producido un efecto anticompetitivo real, pero sí es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos ha tenido la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando contra la competencia;"<sup>4</sup>

Lo anterior es reafirmado en diversas oportunidades por el TDLC, cuando señala: "Considerando Tercero: Que la primera cuestión que corresponde dilucidar son las condiciones o requisitos que debe reunir un acuerdo –sea expreso o tácito– para configurar una infracción a la libre competencia en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Al respecto, se debe tener presente que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado;"<sup>5</sup>

De esta forma, tanto la norma como la jurisprudencia están contestes en que la potencialidad de los efectos perjudiciales a la libre competencia es suficiente para la aplicación de una sanción en los términos del artículo 26 del Decreto Ley 211.

Asimismo, la Corte Suprema ha sido clara al resolver que la producción de efectos anticompetitivos por un acuerdo colusorio resulta un elemento irrelevante a la hora de terminar el carácter de sancionable de la conducta, siendo la potencialidad de la generación de dicho efecto elemento suficiente para justificar una sanción. Al prescribir: "OCTAVO: Que de otro lado, el artículo tercero del

<sup>3</sup> Fuentes Navarro, Mónica; "Prácticas colusorias entre empresas (I) Prohibición)", en *Derecho de la competencia*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013, página 109.

<sup>4</sup> Sentencia 116-2011, de causa Rol C-217 – 11, "FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros", página 12.

<sup>5</sup> Sentencia 74-2008, de causa Rol C- 121 - 06, "FNE contra AM Patagonia S.A. y otros", página 12.

Decreto Ley 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. Es decir, no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas mencionadas en el considerando tercero en cuanto sostienen que no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado, porque muchos de los acuerdos de los que da cuenta el acta de autos no produjeron efectos.”<sup>6</sup>

En relación a los sujetos, se ha planteado por las defensas de asociaciones gremiales en forma reiterada la tesis de que entidades constituidas sin fin de lucro no podrían ser sujetos pasivos de ilícitos de libre competencia, al no participar directamente en mercado alguno mediante la realización de transacciones económicas. La jurisprudencia en este punto ha sido conteste en indicar que la amplitud en el radio de aplicación de las normas de defensa de libre competencia no sólo afecta las conductas desplegadas, sino que respecto de los sujetos que son parte de las mismas, y que particularmente el ilícito desplegado por una asociación gremial sería de mayor reproche, por desvirtuar la finalidad de la cooperación interempresarial que se busca en dichas organizaciones, de tal manera se ha resuelto: “Considerando Ducentésimo octogésimo cuarto. Que, en segundo lugar, una asociación gremial puede desempeñar un papel facilitador en la apertura de mercados y nuevos negocios para las empresas a ella afiliadas. Sin embargo, la desnaturalización de los fines que les son propios puede representar un peligro para la libre competencia, en la medida que se presten para coordinar el comportamiento de sus asociados en el mercado y sustituir, por esta vía, el proceso competitivo. Tanto es así, que en el derecho comparado la posibilidad de que las organizaciones gremiales puedan desempeñar un rol preponderante en la actividad de un cartel está expresamente reconocida en el Artículo 101 (1) del Tratado de la Unión Europea, a través de la prohibición para estas asociaciones de adoptar decisiones que pudieran restringir la competencia. En similar sentido, el artículo 26° del D.L. N° 2.757 establece que “... la realización o celebración por una asociación gremial de los hechos, actos o convenciones sancionados por el artículo 1° del Decreto Ley N° 211, de 1973, constituirá circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los que participen en tal conducta”. Aunque dicha norma se refiere al tipo penal contemplado en el texto original del D.L. N° 211, modificado por la Ley N° 19.911, lo cierto es que el legislador nacional calificó como especialmente grave la participación de asociaciones gremiales en la comisión de ilícitos anticompetitivos;”<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 1746-2010 contra sentencia 94 de 2008, “FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros”, página 6.

<sup>7</sup> Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, “FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”, página 158.

Asimismo, se ha planteado que los agentes directivos de las organizaciones que han incumplido las normas de libre competencia han excedido el mandato otorgado por las personas jurídicas que representan, a lo cual el TDLC ha resuelto negativamente a esta defensa al indicar: "Decimoctavo. Que, a mayor abundamiento, no debe olvidarse que el concepto de acuerdo en el derecho de la competencia es un concepto amplio, no tan sólo respecto de la forma que éste puede adoptar o al objeto que puede perseguir, sino también respecto de los sujetos que en él intervienen. En efecto, basta que un acuerdo pueda ser celebrado por empleados de una firma actuando en el ámbito de sus funciones, para que dicha empresa pueda ser responsable, siendo suficiente para ello que la empresa actúe en conformidad a dicho acuerdo, con independencia de si ese trabajador o representante tiene o no facultades expresas para actuar en tal sentido;"<sup>8</sup>

### **Interpretación sistemática del artículo 3°**

Al revisar el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, es posible distinguir una figura general en su inciso primero y varias conductas ejemplares contenidas en cada una de sus letras, siendo aquella cuya interpretación nos ocupa la contenida en la letra a) del citado artículo.

Dentro de las formas de interpretación del artículo en comento, ha surgido por algunas entidades requeridas ante el TDLC la postura de que el artículo 3° deberá ser interpretado en forma puntual, con especial referencia a la conducta invocada como contraria a la libre competencia por parte de la Fiscalía Nacional Económica, o por los particulares que hayan motivado la actuación del Tribunal.

Con todo, el TDLC ha sido bastante enfático en que la interpretación del artículo 3°, en el cual se concentran en forma general y ejemplar las conductas consideradas contrarias a la Libre Competencia, no puede sino ser revisada en forma sistemática, al señalar: "Considerando Trigésimo noveno. Que la pretensión de diferenciar el reproche de la conducta sustantiva atendiendo a una supuesta diferenciación entre lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° y lo indicado en el inciso segundo letra a) del mismo artículo carece de toda base jurídica. En primer término, porque de no existir un acuerdo entre competidores no existe conducta colusoria que sancionar. Por tanto, el hecho de que el acuerdo se refiera a una variable de competencia que afecte a competidores (calidad que ya ha quedado establecida para las líneas de taxibuses en las consideraciones decimoséptima a trigésimo cuarta precedentes) es esencial para efectuar un reproche en materia de colusión. En segundo término, de acuerdo al tenor

<sup>8</sup> Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.", página 27.



literal del artículo 3°, cualquier infracción a las “letras” del inciso segundo será siempre una infracción al enunciado general del inciso primero, pues las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en el inciso primero;”<sup>9</sup>

Asimismo, el TDLC ha ido más allá en sus análisis, indicando que los ejemplos señalados por el legislador en la explicación relativa a las letras del artículo 3° no implican que surjan otras hipótesis diversas a las enunciadas, que no obstante serían sancionables, al ser las letras del artículo 3° meros ejemplos no taxativos de las formas más comunes para que las conductas anticompetitivas prohibidas puedan desplegarse, lo anterior se desprende de la lectura del siguiente considerando en que se aclara la calidad ejemplar de las conductas descritas en el artículo 3°: “Vigésimo octavo. Que, sin perjuicio de que –como se señaló– las tres situaciones establecidas a modo ejemplar en el literal a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, comprenden los tres casos de colusión más frecuentemente reconocidos por la jurisprudencia y por la doctrina, ello no impide considerar como atentatorios de la libre competencia los acuerdos entre competidores que versen sobre un elemento de competencia diferente de los precios, cantidades producidas o zonas o cuotas de mercado, señalados en la citada disposición;”<sup>10</sup>

### **Concepto de colusión.**

Por colusión podemos comprender la acción desplegada por ciertos competidores de un mercado relevante, que pueden o no corresponder a un acuerdo entre las partes, o sólo a una concurrencia conductual, que tiene por efecto el entorpecer, restringir o eliminar la libre competencia al interior de un mercado relevante. Siendo su principal efecto el unificar a los competidores que forman parte de dicho mercado relevante.<sup>11</sup>

De tal manera, es posible distinguir dos clases de colusión que surgen a raíz de esta definición: un acuerdo expreso, o cártel, y el caso de la colusión tácita. En el primer caso los miembros de la práctica colusoria concuerdan los diversos puntos a los que alcanzará por medio de su consentimiento, proponiendo conductas generales con la intención de imponer barreras a la entrada o excluir del mercado a competidores existentes.

El TDLC ha definido esta conducta indicando que: “Están sujetos a prohibición tanto los acuerdos horizontales o cárteles, que son los que median entre las em-

<sup>9</sup> Sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, “FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros”, página 32.

<sup>10</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 59.

<sup>11</sup> Valdés Prieto, Domingo, “Libre competencia y monopolio”, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed, Santiago de Chile, 2006 página 517.

presas que actúan en la misma fase del proceso de producción y/o distribución de los bienes y servicios (por ejemplo, un acuerdo entre fabricantes), como los acuerdos verticales (entre producción, como puede ser entre un suministrador y aquel al que le suministra).<sup>12</sup>

Por regla general, en este tipo de alianzas se busca otorgar derechos específicos a las partes, que redundan en la asignación de cuotas de mercado o la fijación de precios conjuntos. Una forma de acuerdo que se ha podido observar en reiterados casos relativos al mercado relevante del transporte de pasajeros es la repartición del mercado, por ejemplo, por medio de la creación de un mercado de venta de turnos para el uso de andenes asignados, Considerando decimoquinto: "...el establecimiento de un derecho preferencial de los integrantes de la Agrupación respecto de los cupos o turnos que cualquiera de sus miembros decidiese transferir, fijándose un precio (distinguiéndose entre asociados y no asociados) por dichos cupos, representativos de turnos u horarios de los andenes asignados a la Agrupación."<sup>13</sup>

Asimismo, en el caso del cartel es posible observar un acuerdo que cuenta con derechos y obligaciones para sus partes, que fuerzan una relación de cooperación entre las partes que tiene incidencia directa en el mercado relevante del mismo, mediante pactos de precios, e incluso fijando mecanismos posteriores para su fijación. Asimismo, es posible observar en los acuerdos que han sido objeto de reproche ante el TDLC, formas de monitoreo entre las partes determinadas en los mismos acuerdos, a fin de asegurar a los miembros del cartel el cumplimiento de los compromisos por el resto de los contratantes.<sup>14</sup>

O, en segundo lugar, se puede desplegar una colusión tácita, o de acuerdo al derecho español, "decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas y conscientemente paralelas", las que son descritas indicando que corresponden a: "manifestaciones de voluntad, con o sin efectos vinculantes, y las recomendaciones, sin eficacia jurídica vinculante para sus destinatarios. En cuanto a las prácticas concertadas, constituyen una forma de coordinación entre empresas

<sup>12</sup> Fuentes Navarro, Mónica; "Prácticas colusorias entre empresas (I) Prohibición", en *Derecho de la competencia*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013, página 110.

<sup>13</sup> Sentencia 116-2011, de causa Rol C-217 - 11, "FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros", página 15.

<sup>14</sup> "Considerando Cuadragésimo quinto: Que, en suma, el documento firmado ante notario de 27 de noviembre de 2007 y los elementos que la componen y que han sido descritos en las consideraciones anteriores, son propios de un acuerdo de cartelización con una vocación de estabilidad y duración prolongada en el tiempo, desde que representan un esfuerzo por mantener una relación cooperativa entre sus partícipes, que les permite a todos ellos suprimir la competencia, repartiéndose el mercado, pactando una tarifa por un término prolongado y creando un mecanismo apto para, eventualmente, fijar en el futuro nuevos precios. Todo ello asegurado mediante el establecimiento de un efectivo sistema de monitoreo del cumplimiento de lo acordado que pretende minimizar, además, los conflictos entre los cartelizados;" Sentencia 94-08, de causa Rol C-149-07, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros", página 31.

que, sin llegar a ser un convenio, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas.”<sup>15</sup>

De tal manera, en esta segunda hipótesis, las partes por medio de cierta concurrencia conductual, en este caso los actores no necesitan un acuerdo expreso para cometer esta conducta anticompetitiva, sino que se da, como hemos indicado con anterioridad, cada vez que los veamos enfrentados “... a una consecuencia directa de existir una empresa con mayor presencia en el mercado, dicha presencia es insuficiente para considerarse como de posición dominante, pero suficiente para que sus decisiones económicas sean consideradas en las estrategias de sus competidores.”<sup>16</sup>

Para el Ilustre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el sentido que indica el artículo 3° letra a) del Decreto Ley 211, abarca la prohibición de la colusión en su sentido más amplio, al indicar: “Considerando Vigésimo séptimo. Que, de esta forma y en lo que respecta específicamente al literal a) del inciso segundo antes citado, cabe precisar que éste se refiere a diversas formas de colusión, esto es, acuerdos por los que los agentes económicos –normalmente competidores que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena de producción y/o comercialización– reducen o eliminan la competencia entre ellos sustituyendo ésta por una cooperación que les permita evitar los costos y riesgos que conlleva disputarse clientes por la vía de ofrecer condiciones más favorables que las de los rivales. Los principales ejemplos de prácticas colusivas, aunque no los únicos, son los acuerdos de precios, los acuerdos sobre la producción y los repartos de mercado;”<sup>17</sup>

Por tanto, sólo es dable colegir que para el TDLC la falta de tipificación del ilícito de colusión en el articulado antes indicado, permite entender que la interpretación de la norma es amplia, tanto en cuanto incluye cualquier manifestación conductual que tienda a dotar de poder de mercado a determinados agentes, que mediante la cooperación entre ellos eviten la disputa de clientes, mediante el otorgamiento de mejores condiciones a los consumidores, es decir, incluye cualquier intento de cooperación entre empresas que elimine la competencia, sin importar la vía de manifestación de dichas conductas.

Respecto de la manifestación jurídica que debe incorporar dicho acuerdo para que nos encontremos frente a la hipótesis de colusión expresa, el TDLC también ha optado por una visión amplia, al indicar: “Considerando Quinto. Que, como es sabido, en materia de libre competencia el término “acuerdo”

<sup>15</sup> Ministerio de Justicia, España, *Manual de derecho administrativo sancionador*, Thomson, año 2005, página 1142.

<sup>16</sup> Juppet Ewing, María Fernanda; “Ilícitos plurilaterales en derecho de libre competencia”, *Revista Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo, N° 20, Agosto 2009, Tomo II, páginas 759 – 788.

<sup>17</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 59.

es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, "acuerdos o pactos de caballeros", pautas de conducta, circulares, entre otros (véase, en este sentido, P. Areeda y H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Publishers, 2ª ed., 2003, 1400a). Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales. En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un "acuerdo", cualquiera sea el modo en que éste se manifieste;"<sup>18</sup>

De tal manera, en la óptica del TDLC, la herramienta jurídica mediante la cual se despliegue dicha conducta anticompetitiva carece de importancia, incorporando la esencia de la colusión tácita al señalar que el acuerdo se puede manifestar "...incluso en una seguidilla de meros actos materiales". Mediante la incorporación de dicha frase el TDLC deja abierta la puerta para la sanción de colusiones tácitas, que si bien plantean un desafío para su proceso de prueba, resulta una posibilidad interesante de explorar desde una visión práctica.

Asimismo, se realiza la importancia de la comunicación como parte de gestión del acuerdo entre competidores, punto que será revisado con detención en un segundo artículo de esta serie orientado a los elementos probatorios considerados en materia de colusión frente al TDLC.

Por último, destaca que la finalidad del acuerdo implica la supresión de la voluntad individual de los miembros del acuerdo, para dar lugar a una voluntad común, que será la que prevalecerá en el tiempo para la consecución de la afectación de la libre competencia en el mercado indicado.

En segundo lugar, se prohíbe la colusión tácita, se ha planteado como una conducta sancionable por el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N°211 la existencia de acuerdos colusorios tácitos, los cuales implican una de las formas más difíciles de prueba, dado que como se destacará esta conducta, denominada también como independencia oligopolística o paralelismo consiente, corresponde a una conducta de carácter independiente, desplegada por diversos agentes de mercado a la vez, y tiende a ser consecuencia de una estructura de mercado oligopolística, en la cual no necesariamente los competidores actúan de manera concertada<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Sentencia 145-15, de causa Rol C- 265-13, "FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros", página 15.

<sup>19</sup> Postner, Richard; *"Antitrust Law"*, Second Edition, University of Chicago Press, 2001. Página 53.

Si bien es cierto que en esta clase de concertación no necesariamente existe comunicación entre los agentes, éstos obran sobre seguro al poder predecir las conductas comerciales que serán usadas por sus competidores, y abusan de este conocimiento para actuar de manera conjunta evitando comunicaciones para dificultar la existencia de prueba directa que pudiese condenarlos en una investigación por prácticas anticompetitivas. Es por esto que en casos de estas características se considera la incorporación de prueba indirecta como válida para la sustentación de las sanciones a aplicar, cuando éstas procedan como se desprende de las opiniones vertidas por la Excelentísima Corte Suprema en la materia, al indicar: "...de la lectura de la sentencia reclamada, se desprende que se está exigiendo prueba directa de la colusión tácita, pretensión que es típica de todos quienes incurrir en esa conducta, conocedores de que, de ser acogida como requisito para dictaminar la existencia de un acuerdo, conduciría, en la práctica, a que casi nunca se podrá sancionar esta conducta, cuyos actores mucho se cuidan de no hacerla explícita."<sup>20</sup>

### **Finalidad de la colusión y poder de mercado.**

De tal manera, es posible comprender que las prácticas colusivas buscan que competidores de un determinado mercado cooperen entre sí para conseguir diversas finalidades, de acuerdo al TDLC, es posible visualizar dos objetivos principales de la gestación de dichos acuerdos: "Considerando Centésimo vigésimo quinto. Que debe tenerse presente que, en general, la concertación entre competidores tiene por finalidad, entre otras, (i) reducir la incertidumbre del comportamiento futuro de éstos en el mercado –incertidumbre que contribuye a mantener el nivel de competencia entre ellos– y (ii) incrementar el poder de mercado por sobre el que individualmente cada uno de ellos pueda tener, en este caso, respecto de sus proveedores;"<sup>21</sup>

Por tanto, resulta claro que los dos objetivos que los competidores desean obtener mediante el despliegue de dichas prácticas anticompetitivas son, en primer lugar, reducir la incertidumbre del comportamiento futuro de sus competidores en el mercado. Y, en segundo lugar, incrementar el poder de mercado que cada uno de ellos pueda tener efectivamente en dicho mercado, o, podríamos incluir, consolidar dicho poder en el tiempo cuando lo tienen al momento de ingresar en el acuerdo.

Respecto al primer punto, es decir, reducir la incertidumbre del comportamiento futuro de sus competidores en el mercado, ya nos hemos referido

20 Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N°3.327-05 contra sentencia 18-2005, "FNE Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros", página 84.

21 Sentencia 63-08, de causa Rol C-103-06, "FNE contra Paris S.A. y otro", página 72.

con anterioridad a qué se entiende por acuerdo, o las clases de acuerdo que resultan sancionables en nuestro derecho y en derecho comparado. Con todo, resulta importante recalcar que no es el acuerdo mismo el considerado como antijurídico por el TDLC, sino que se requiere que la intencionalidad que motiva dicha conducta busque disminuir la incertidumbre del mercado. Lo que se ha establecido claramente por el TDLC al prescribir: “Considerando Quincuagésimo. Que sin embargo, para que tal coordinación sea sancionable, no basta que ella exista entre dos o más competidores en un oligopolio con la intención común en todos ellos de, a lo menos, hacer desaparecer, o disminuir sustancialmente, su incertidumbre acerca de las políticas y comportamientos que realizan en el mercado. Ello porque, aunque la ilicitud de la conducta no requería –ni aun bajo el texto vigente del D.L. N° 211 a la fecha de los hechos denunciados– que ésta haya producido un efecto anticompetitivo real, sí es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos tenía la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando así contra la libre competencia;<sup>22</sup>

En relación al segundo punto, es decir, a la obtención o consolidación de poder de mercado a través del acuerdo colusorio, es posible indicar que el acuerdo en muchos casos logra destruir una estructura de mercado competitiva generando una alta concentración del mercado que permite a los competidores parte del acuerdo anular cualquier esfuerzo del mercado para reaccionar ante éste. Tal es la situación que se pudo observar por el TDLC a propósito del denominado caso “colusión de las farmacias”, en el que el alto grado de concentración del mercado tras el acuerdo generó tal poder a los miembros del mismo que anularon cualquier opción de sus consumidores para resistirse a las conductas desplegadas, como se puede observar claramente mediante la lectura del considerando “Quincuagésimo sexto: Que, entonces, al considerar la participación de mercado conjunta de las cadenas originalmente requeridas, que concentraban durante el periodo denunciado como colusorio más del 90% del mercado de venta de medicamentos a consumidores finales, este Tribunal estima que es del todo evidente que, de acreditarse el acuerdo entre ellas para implementar un alza de precios coordinada, como la que se les imputa en el requerimiento, dicho acuerdo colusorio tendría la aptitud causal para conferirles poder de mercado, limitando gravemente la libre competencia en el mismo. Lo anterior, dado que no existen alternativas relevantes, en la gran mayoría de los casos, para adquirir los productos objeto del acuerdo en farmacias distintas a las de las tres cadenas requeridas. Y aun más, en los pocos lugares en que esta alternativa existiese, igualmente no tendría la aptitud de impedir los efectos lesivos del acuerdo, dado que las farmacias independientes muy probablemente seguirían los precios de las cadenas dominantes pues, además de no tener poder de mercado, tienden a enfrentar costos de adquisición mayores que los

<sup>22</sup> Sentencia 113-2011, de causa Rol C-197-09, “FNE contra Abercrombie & Kent S.A. y otros”, página 29.

de las requeridas, al no acceder a los mismos descuentos por volumen en sus compras;<sup>23</sup>

El poder de mercado puede ser calculado de diversas formas, como lo ha indicado el TDLC, en primer lugar usando "métodos económicos", o de manera indirecta, analizando en detalle las características del mercado relevante para poder extraer consecuencias lógicas del despliegue de la conducta, pero sí es claro que sin la prueba de la existencia del poder de mercado, real o potencial, el acuerdo colusorio no será considerado anticompetitivo. Este punto es explicado claramente por el TDLC al señalar: "Decimonoveno. Que el poder de mercado puede ser calculado de dos formas: de manera directa, utilizando métodos económicos (como, por ejemplo, el llamado "Índice de Lerner"), o de manera indirecta, recurriendo al establecimiento de un mercado relevante, cálculo de cuotas de mercado y elasticidades de oferta y demanda de cada servicio. A este último método, al cual se acude cuando existen dificultades para utilizar el primero, se ha referido recientemente la Excma. Corte Suprema, cuando señala que el mercado relevante es "imprescindible para establecer uno de los requisitos esenciales del ilícito anticompetitivo, esto es, que el acuerdo colusorio permita obtener poder de mercado" (Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 20 de enero de 2015, Ingreso N° 21.536-2014, c.10). En cualquier caso, el objetivo último del examen es establecer, de la forma que resulte más adecuada al caso concreto, si el acuerdo le otorgó o no el poder de mercado necesario para establecer responsabilidad en materia de libre competencia, tal como exige el D.L. N° 211. En términos prácticos, y concordante con la definición de poder de mercado antes indicada, ello implica indagar, en el caso de un acuerdo de precios como el de autos, si el alza de precios que se produjo fue, en los hechos, consecuencia directa de dicho acuerdo, y si fue sostenible por un determinado período de tiempo;<sup>24</sup>

En razón de la potencial afectación a los mercados, es importante recalcar que en visión del TDLC, ciertas conductas como la configuración de un acuerdo de precios, como de frecuencias de prestación de un servicio, son indicadores suficientes de que el acuerdo es ilícito y debe ser dejado sin efecto, más allá de las consecuencias reales que se hayan podido percibir en los mercados afectados por el mismo, al indicar: "Considerando Quincuagésimo séptimo. Que para el análisis de los hechos es necesario en primer lugar tener presente la naturaleza de la conducta reprochada en esta causa. Al respecto, este Tribunal ha señalado, refiriéndose a conductas de colusión, que "basta con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste

<sup>23</sup> Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros", página 51.

<sup>24</sup> Sentencia 145-15, de causa Rol C- 265-13, "FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros", página 24.

haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva” (Sentencia N° 133, consideración centésimo tercera), por lo que el análisis de la prueba se centrará en estos autos de manera preponderante en aquellas evidencias que lleven a acreditar la existencia misma del acuerdo imputado a las requeridas;”<sup>25</sup>

Resulta de especial interés el caso de los procesos de licitación, donde a través de la gestación de acuerdos colusorios, los que dan origen a un ilícito especialmente estudiado en doctrina denominado *bid rigging* en procesos de licitación. En este caso, siguiendo a Irarrázabal y Bulnes: “Los participantes reales o potenciales en uno o varios procesos licitatorios pueden acordar no competir efectivamente en la(s) subasta(s), defraudando con ello los objetivos perseguidos con la licitación, y anulando o reduciendo los beneficios esperados con la misma que habrían justificado los esfuerzos de diseño y demás costos asociados a su gestión”.<sup>26</sup>

En los casos de *bid rigging*, los potenciales competidores ceden su poder de mercado en el adjudicatario concertado, quienes logran una adjudicación sin los beneficios que la competencia hubiera traído a tal proceso, como lo ha indicado el TDLC al señalar: “Considerando Septuagésimo tercero. Que, adicionalmente, debe tenerse presente que lo ilícito en estos casos radica en que estos acuerdos colusorios, previos a la licitación, entregaron poder de mercado en el proceso licitatorio a quienes, en su virtud, obtuvieron la exclusión real de sus potenciales competidores. Con ello, se afectó el resultado de la licitación, ya que éste fue predeterminado. Adicionalmente, se produjo una merma en la recaudación que habría obtenido el Fisco de no mediar tales acuerdos;”<sup>27</sup>

### **Presupuestos de hecho para que exista la colusión**

En un ilícito de prácticas concertadas contrarias a la libre competencia no basta con que las partes hayan suscrito un acuerdo para que éste sea sancionable por parte de la institucionalidad de libre competencia. Sino que se requiere que la estructura del mercado relevante permita la posibilidad de elegir entre los diversos oferentes, por ende, debemos estar frente a bienes homogéneos o que presenten sustitutos cercanos, es decir, que puedan satisfacer las mismas necesidades.

La primera de estas circunstancias resulta una clara exigencia para el TDLC, cuando indica: “Que, para que pueda configurarse la figura de colusión o

<sup>25</sup> Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, “FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.”, página 36.

<sup>26</sup> Irarrázabal, Felipe; Araya, Fernando; “Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional”; en *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, Editorial Thomson, Santiago, 2011, Página 172.

<sup>27</sup> Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, “FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada”, página 44.



acuerdo horizontal de precios, es necesario estar en presencia de una estructura de mercado en que los consumidores tienen la posibilidad de elegir entre distintos oferentes..."<sup>28</sup>

De tal manera, el efecto de dicho acuerdo que es posible percibir es justamente la capacidad de anular la potestad de los consumidores de escoger entre las diversas alternativas homogéneas, de bienes o servicios, que potencialmente podrían resultar adecuadas para la satisfacción de una determinada necesidad.

Con todo, el análisis referente al mercado relevante no será necesario cuando se determine que la práctica anticompetitiva no tenga razonablemente por objeto o efecto restringir la competencia, como se indica por el TDLC cuando señala que: "Cuadragésimo cuarto: Que, al respecto, resulta imprescindible señalar que, en general, en los casos de acuerdos o de prácticas concertadas entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado relevante afectado por dicho acuerdo o práctica, toda vez que, en principio, tales prácticas serán restrictivas de la competencia sólo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto restringirla, o que se estime que lo son per se."<sup>29</sup> Por ende, queda radicado un espacio de discrecionalidad en el TDLC para desechar las acciones en contra de acuerdos que en forma manifiesta no tengan razonablemente el poder necesario para afectar al mercado, como asimismo perseguir aquellos que de manera clara los afecten per se.

### **Elementos para que una colusión sea sancionable.**

De tal forma, para que la colusión sea considerada sancionable por parte del TDLC, se ha determinado en forma contundente en su jurisprudencia que se requieren cuatro elementos básicos, de los cuales los dos últimos suelen aparecer unidos en las sentencias del Tribunal:

- 1) Que exista en forma efectiva un acuerdo entre competidores.
- 2) Que dicho acuerdo verse sobre algún elemento sustancial de la competencia.
- 3) Que este acuerdo dote a los miembros de poder de mercado.
- 4) Que los miembros del acuerdo abusen realmente o pudieran abusar de dicho poder de mercado potencialmente.

<sup>28</sup> Sentencia 38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, "Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros", página 35.

<sup>29</sup> Sentencia 43 - 2006, de causa Rol C 74 - 2005, "FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros", página 96.

Así lo determina el TDLC desde el año 2007, en causa Rol C-77-2005, caratulada "FNE contra Isapre ING y otros", al indicar: "Considerando Trigésimo primero. Que entonces, para sancionar una conducta como la denunciada, es preciso establecer: (i) la existencia de un acuerdo entre competidores; (ii) su incidencia en algún elemento relevante de competencia; y (iii) que ese acuerdo permita a sus participantes abusar del poder de mercado que con dicho acuerdo puedan alcanzar, mantener o incrementar;"<sup>30</sup>

Estos elementos son reafirmados al año siguiente en causa Rol C 132 - 07, caratulada "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros", estableciendo: "Considerando Decimoquinto: Que, tal como ha resuelto este Tribunal con anterioridad (Sentencia N° 74/ 2008), para configurar el ilícito de colusión que sanciona el Decreto Ley N° 211 se requiere acreditar: (a) la existencia de un acuerdo entre competidores; (b) la incidencia de ese acuerdo en algún elemento relevante de competencia; y, por último (c) la aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del mencionado Decreto Ley, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado;"<sup>31</sup>

Elementos que se han mantenido sostenidamente hasta la fecha, como es posible observar de la lectura de la sentencia del TDLC en causa Rol C 194-09, "FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada", cuando establece: Considerando: "Sexagésimo sexto. Que de la lectura de dicha norma y según doctrina reiterada de este Tribunal, los requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado;"<sup>32</sup>

### **Colusión como ilícito de ejecución permanente.**

Otra cuestión que ha suscitado un gran debate jurídico en la sede del TDLC está dada por la naturaleza jurídica del ilícito de colusión, en su calidad de ilícito de ejecución permanente, pudiendo distinguirse dos tendencias de interpretación.

<sup>30</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, "FNE contra Isapre ING S.A. y otros", página 60.

<sup>31</sup> Sentencia 79 - 2008, de causa Rol C 132 - 07, "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros", página 18.

<sup>32</sup> Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, "FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada", página 34.

Para la primera, el ilícito de colusión corresponde a un ilícito de ejecución instantánea y por lo tanto se configuraría al momento en el cual las partes del acuerdo convienen los términos del mismo.

En segundo lugar, se postula que el ilícito de colusión corresponde a una conducta antijurídica de ejecución permanente en el tiempo, y que subsistiría al menos hasta que los efectos del despliegue de la conducta hayan cesado. El TDLC adhiere a la segunda de estas visiones al indicar: "Considerando Trigésimo séptimo. Que, en otras palabras, los acuerdos entre competidores no son conductas de ejecución instantánea, sino que responden a lo que la doctrina ha calificado como conductas de ejecución permanente, esto es, "aquellas en que existen simultánea o sucesivamente varias acciones distintas a las que la ley cubre con un tipo único, manteniéndose la infracción hasta que el autor cambia su conducta" (Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 544)"<sup>33</sup>

Lo anterior resulta de suyo razonable, dado que los términos planteados por las partes al inicio de un acuerdo colusorio no se mantienen necesariamente inmutables a lo largo del tiempo, pudiendo cambiar, sin que dichas modificaciones importen la gestación de un nuevo acuerdo entre sus partes, sino que vienen a reafirmar los compromisos suscritos desde un inicio entre sus participantes, lo que se desprende de la lectura de la sentencia 133 de 2014 de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros", cuando se indica: "Trigésimo octavo. Que, por lo mismo, la circunstancia de que pueda ir variando en el tiempo la forma en que se manifiesta el acuerdo, no implica que se trate de acuerdos independientes, pues subyace a todas esas formas el interés común de sustituir los riesgos de la competencia por los beneficios anticompetitivos de la coordinación..."<sup>34</sup>

### **Respecto del cumplimiento de las partes del acuerdo colusorio acerca de los términos de dicho acuerdo**

Como se ha indicado con anterioridad, un elemento trascendental en los acuerdos colusorios o cártel está dado por la concordancia de obligaciones y sanciones en caso de incumplimiento para las partes del mismo. Lo que incluye de acuerdo a la doctrina desde los actos jurídicos y contratos, hasta los "acuerdos de caballeros" respecto del cumplimiento de los términos de la conducta antijurídica.

<sup>33</sup> Sentencia 133-14, de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros", página 45.

<sup>34</sup> Sentencia 133-14, de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros", página 45.

La gestación de dichas obligaciones en estos acuerdos es claramente determinada por el TDLC, constituyendo parte integrante de la prueba del Tribunal, al indicar: “Ducentésimo vigésimo quinto. Que, finalmente, la consciencia de las requeridas respecto de la aptitud de su conducta para lesionar la libre competencia también se ve reflejada, a juicio de este Tribunal, en el rol atribuido al honor en el cumplimiento de los acuerdos suscritos. A modo de ejemplo, en la “Proposición de Convenio” de 1994 –singularizada en la consideración cuadragésimo novena– se señala que los acuerdos alcanzados corresponden a “normas básicas” que determinan un “marco de referencia para su actuar, entendiéndose que los aspectos que no se han tratado en forma expresa deberán tratarse teniendo en cuenta el espíritu del Convenio y el buen criterio de las partes”. Más adelante se señala que “el cumplimiento de las normas básicas, sean explícitas o implícitas, quedará entregado a la buena fe y honor de ellas, sin perjuicio de lo que más adelante se establece” y se indica que la Comisión de Evaluación actuará como “tribunal de honor”.<sup>35</sup>

Asimismo, en acuerdos de fijación de cuotas de mercado ha sido posible el observar sanciones que implicaban para los miembros incumplidores de un cártel, el perder su cuota de mercado a favor del resto de los competidores coludidos, lo que fuere acreditado ante el TDLC en el caso causa Rol C-217 – 11, “FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros”, al indicar: considerando vigésimo sexto: “...Adicionalmente, establecieron un castigo a quien no cumpliera con dicho derecho preferente, consistente en que sus cupos quedarían a disposición de la entidad en cuestión de manera automática.”<sup>36</sup>

Con todo, resulta relevante indicar que basta la concertación de los agentes en un acuerdo que real o potencialmente pueda afectar la libre competencia para que la conducta sea sancionable por el TDLC, y el hecho de que las conductas en definitiva no se hayan desplegado los acuerdos prescritos por las partes, resulta irrelevante para la determinación de la existencia del ilícito, dado que este es un ilícito antijurídico per se, como queda claro de la lectura de la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° °5937-08 contra sentencia 74 - 2008, “FNE contra AM Patagonia y otros”, “Octavo: Con todo, probada que ha sido la existencia del acuerdo y su incidencia en el mercado, que éste obedeció a la voluntad de los socios, las circunstancias anexas a esta conducta contraria a la libre competencia en orden a determinar su total y plena eficacia, esto es, si todos los médicos adhirieron en su oportunidad al acuerdo o no, o si todos o solo algunos aplicaron el

<sup>35</sup> Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, “FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”, página 136.

<sup>36</sup> Sentencia 116-2011, de causa Rol C-217 – 11, “FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros”, página 18.

cuestionado arancel, carecen de relevancia desde que quedó demostrado que dicho acuerdo, tal como fue concebido, tuvo la aptitud objetiva de producir un resultado anticompetitivo, lo que resulta suficiente para su sanción;<sup>37</sup>

Asimismo, resulta evidente que la concurrencia a un acuerdo colusorio en sí misma es antijurídica, por tanto, que la aplicación del mismo quede a la voluntad de los agentes que participaron en la toma del acuerdo tampoco ha sido considerado por la jurisprudencia como un elemento modificador de la responsabilidad de los agentes involucrados, al calificar como “no obligatorios” los términos de dichos acuerdos. El TDLC pone de manifiesto los elementos objetivos de la realización de la conducta, descartando esta voluntariedad en la aplicación como un elemento eximente de responsabilidad al establecer: “Considerando Undécimo. Que respecto a los argumentos de las requeridas, es necesario recordar, primero, que el mero hecho que un acuerdo de precios diga ser referencial o voluntario no es relevante para efectos del análisis de competencia, pues las conductas anticompetitivas en general –y la colusión en particular– responden a parámetros objetivos (esto es, si el acuerdo recae en variables competitivas, si el alza de precios efectivamente se produjo o no y si dicho acuerdo le otorgó poder de mercado a los participantes de él), sin que el carácter no vinculante del acto pueda ser utilizado como eximente de responsabilidad. Segundo, que en los casos en que esté acreditada la existencia de un acuerdo colusorio, no es requisito indispensable para que este Tribunal pueda sancionarlo que existan monitoreo y castigos o sanciones entre sus miembros, respecto de aquellos que se desvían de lo acordado. A mayor abundamiento, debe considerarse que en materia de colusión, el vocablo “sanción” no necesariamente equivale a los castigos conocidos por el derecho, sino que puede referirse incluso a medidas aparentemente más “inocuas”, como por ejemplo, el regreso a la situación de competencia, eliminándose de hecho y de manera automática el acuerdo previo (véase, por ejemplo, R. Marshall y L. Marx, *The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings*, The MIT Press, 2012);<sup>38</sup>

### **Puntos indicativos de que existe una colusión en un mercado relevante**

Para poder probar la existencia de un acuerdo colusorio, se han utilizado diversos indicadores por la Fiscalía Nacional Económica que han sido acogidos por el TDLC en reiteradas sentencias desde su apertura en el año 2004. De dichas sentencias ha sido posible extraer algunos de ellos, los que deben ser

<sup>37</sup> Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N°5937-08 contra sentencia 74 - 2008, “FNE contra AM Patagonia y otros”, página 4.

<sup>38</sup> Sentencia 145-15, de causa Rol C- 265-13, “FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros”, página 22.

comprendidos como ciertos elementos que podrían indicar la existencia de una colusión, y por cierto no constituyen una lista taxativa de indicadores que pudieran ser considerados, sino que simplemente un enunciado ejemplar de los mismos.

### 1) Márgenes de comercialización

Un indicador claro de la existencia de una colusión está dado por la forma en la cual se modifican los márgenes de comercialización de un producto determinado. Punto que es analizado por el TDLC como elemento indicativo de un acuerdo colusorio al señalar: "Considerando décimo cuarto ...primer término, cabe analizar los márgenes de comercialización de las mismas en el período investigado por la FNE, pues ellos pueden resultar indicativos de la existencia, o no, de dicha colusión."<sup>39</sup>

Es sabido que por lo general las empresas van modificando sus márgenes de ganancias dependiendo de la oferta y de la demanda en el mercado, lo que se encuentra dado por las características particulares del mercado relevante en el cual se desenvuelvan, cuando los márgenes de comercialización percibidos por las empresas no se pueden explicar de esa modificación podemos encontrarlos frente a un ilícito. Como se indica en el ejemplo siguiente: "Considerando décimo cuarto ...el alza en los márgenes de comercialización ocurre en forma simultánea con una disminución en la demanda, lo que sería indicativo de una conducta colusiva de parte de las denunciadas."<sup>40</sup>

### 2) Integración vertical

Como ya se ha indicado con anterioridad, la integración vertical de empresas, es decir, cuando existen empresas que participan en una determinada cadena de producción tienen relación de propiedad entre sí, este elemento otorga incentivos a la colusión de dichos grupos, al aumentar su poder de mercado actuando en forma concertada, como lo ha observado el TDLC al señalar: "Cuadragésimo sexto. Que, en primer lugar, la integración vertical podría facilitar los acuerdos colusivos, sean estos tácitos o expresos, pues facilita la coordinación de precios a público, que son los únicos observados por todas las empresas. Es cierto que ello no sería coherente con la presencia de consignatarios, salvo si se estimase que las estaciones de servicio que las distribuidoras manejan directamente por medio de filiales son capaces de determinar los precios finales."<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Sentencia 18-2005, de causa Rol C- 10 - 2004, "FNE Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros", página 68.

<sup>40</sup> Sentencia 18-2005, de causa Rol C- 10 - 2004, "FNE Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros", página 68.

<sup>41</sup> Sentencia 18-2005, de causa Rol C- 10 - 2004, "FNE Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros", página 84.

De tal manera, cuando la propiedad “aguas arriba” y “aguas abajo” en la cadena de la producción se encuentran concentradas, existe un mayor incentivo de las partes a tomar acuerdos que beneficien al grupo empresarial, ésta estructura se quiebra mediante el otorgamiento de concesiones o franquicias a terceros para que exploten de manera independiente el eslabón final de distribución a los consumidores, por ejemplo.

### 3) Existencia de imposiciones concertadas a los clientes

Mediante acuerdos colusorios horizontales entre empresas, resulta tentador para los miembros del acuerdo imponer el cobro de prestaciones de servicios o adquisiciones de productos no requeridas por los consumidores, pero que en virtud del poder de mercado obtenido tras el acuerdo colusorio, implican verdaderos contratos ligados, los cuales no pueden ser rechazados.

“Es el supuesto conocido con la expresión “contratos ligados” que traduce la tradicional inglesa “*tying contracts*”. Es decir, que se ligan dos o más contratos, de manera que quien quiere realizar uno de ellos, se le impone, si quiere contratar, que realice, además, otro diferente.”<sup>42</sup> Éste tipo de conductas pudo observarse en el caso del cártel de las empresas navieras, donde se expone claramente por el Tribunal que se impusieron cobros adicionales por servicios no solicitados impuestos a los exportadores, al indicar: “Considerando Trigésimo Cuarto: Que atendido lo expuesto en los considerandos anteriores, y analizados los antecedentes de autos de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el Tribunal se ha formado la convicción de estar en presencia de una imposición concertada, por parte de los agentes de naves requeridos, de cobros por servicios no solicitados por los exportadores...”<sup>43</sup>

En este caso, la conducta reprochable no se constituye necesariamente por el contrato adicional que se le ofrece al cliente, sino que por la verdadera anulación de su voluntad que implica el imponer un segundo contrato a una contraparte por un servicio que no ha sido solicitado por ésta, o en palabras del TDLC: “Considerando Trigésimo Quinto: ...lo que se reprocha en esta causa es el hecho de imponer un cobro a un cliente cautivo, a pretexto de un servicio no solicitado;”<sup>44</sup>

### 4) Simultaneidad en el despliegue de la conducta

Asimismo, es un elemento determinante para la configuración de la prueba en estos casos, la acreditación de la simultaneidad en el despliegue de la conducta,

<sup>42</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto; *Derecho de la Competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*, Editorial Thomson, Navarra, 2007. página 48.

<sup>43</sup> Sentencia 38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, “Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros”, página 34.

<sup>44</sup> Sentencia 38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, “Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros”, página 34.

dado que resulta imposible desvirtuar la alegación de concertación entre las partes que han acordado imponer un determinado cobro mediante la explicación de conductas paralelas, si es que todos los competidores parte del acuerdo realizan las mismas modificaciones a las condiciones de comercialización de sus productos al unísono, como veremos más adelante en detalle.

Lo anterior se colige de la lectura del considerando “Trigésimo Sexto: Que los indicios en los que se basa la convicción del Tribunal respecto de esta concertación entre las agencias de naves requeridas corresponden, principalmente, a la **simultaneidad en el comienzo de la nueva modalidad de cobro** (comenzaron en marzo - abril de 2002), y la similitud de los montos cobrados y su concepto.”<sup>45</sup>

### 5) Fijación de precios:

La determinación de los precios fijados por un grupo de competidores a sus clientes tras un acuerdo colusorio no sólo se circunscribe a la mera fijación de éstos, sino que a cualquier condición de la transacción que altere las condiciones normales de comercialización de los productos.

Ésta práctica ha sido motivo de reproche no sólo en nuestro país mediante norma expresa en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, sino que es considerada contraria a la libre competencia en otras latitudes, cual es el caso de la Unión Europea, que la condena expresamente en el artículo 81.1 de la TCE, con todo y siguiendo a Bercovitz: “no sólo se prohíben los entendimientos sobre precios, sino también sobre otras “condiciones de transacción”. Es decir que se prohíben los entendimientos sobre cualesquiera cláusulas contractuales, como pueden ser cláusulas sobre garantías, plazos de entrega, etc... esta prohibición es especialmente significativa con referencia a los contratos de adhesión utilizados por varias empresas, cuando tienen cláusulas coincidentes.”<sup>46</sup>

En opinión del TDLC, la fijación de precios en sí misma es reprochable, pero que además puede guardar en ella una doble finalidad, en primer lugar el establecer precios mínimos superiores a los que de haber operado la competencia podrían cobrar los actores por sus productos, como asimismo maximizar el beneficio de dicha actividad. Es posible colegir lo anterior cuando el Tribunal señala: “Considerando Decimosexto. Que, en vista de lo anterior, en términos de la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, el acuerdo consistió

<sup>45</sup> Sentencia 38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, “Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros”, página 34.

<sup>46</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto; *Derecho de la Competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*, Editorial Thomson, Navarra, 2007. página 47



efectivamente en “fijar precios” (expresión que en materia de libre competencia es relativamente genérica, incluyéndose en ella acuerdos para estabilizar, bajar o plegarse a precios, entre otras, y pudiendo hacer alusión incluso a acuerdos que indirectamente permiten controlar esta variable). Sin embargo, sin perjuicio de lo reprochable que en sí mismo resulta el acordar el establecimiento de precios mínimos, en el presente caso la evidencia muestra que el acuerdo de fijación de precios fue más complejo y tuvo un doble componente: por un lado, efectivamente se acordó concertadamente un precio mínimo a cobrar, más alto que el previamente cobrado en promedio; por otro, a la vez se adoptaron acciones que permitieron maximizar el beneficio de dicha fijación. Este acuerdo complejo, en los dos ámbitos señalados, permitió vulnerar la más básica regla protegida en esta sede, conforme a la cual es sólo el mercado el que, salvo excepción legal de por medio, determina el precio de un bien o servicio;<sup>47</sup>

## 6) Similitud en los precios cobrados a los clientes

Este elemento se relaciona directamente con la simultaneidad en el comienzo de una modalidad de cobro, dado que al concordar estas nuevas prestaciones, resulta de suyo lógico fijar precios comunes para dichas prestaciones no solicitadas, corresponde a la similitud de los precios cobrados a los clientes por prestaciones similares, determinados por los miembros del acuerdo colusorio, como mecanismo de obtención de rentas anticompetitivas.

“Trigésimo Sexto: Que los indicios en los que se basa la convicción del Tribunal respecto de esta concertación entre las agencias de naves requeridas corresponden, principalmente, a la simultaneidad en el comienzo de la nueva modalidad de cobro (comenzaron en marzo - abril de 2002), y la **similitud de los montos cobrados y su concepto**.”<sup>48</sup>

## 7) Conductas paralelas o el fenómeno de paralelismo de conductas

Podemos entender por conductas paralelas “aquella situación en la que dos o más empresas competidoras actúan de forma similar o coincidente en el respectivo mercado relevante”.<sup>49</sup>

Debemos diferenciar el ilícito de colusión táctica en el cual los competidores tomarán en consideración las estrategias de su competencia para configurar el

<sup>47</sup> Sentencia 145-15, de causa Rol C- 265-13, “FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros”, página 23.

<sup>48</sup> Sentencia 38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, “Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros”, página 34.

<sup>49</sup> Eyzaguirre, Cristóbal; Grunberg, Jorge; “Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos”, en *Revista Anales de Derecho UC: Temas de libre competencia*, Editorial Legis, año 2008, página 67.

ilícito, de la situación de los “tomadores de precios”, en este caso, la empresa con un mayor grado de consolidación fijará sus precios y sus competidores actuarán en forma refleja imitando dichos precios debido a que no pueden influir de manera determinante en la fijación del precio de sus productos.<sup>50</sup>

Resulta difícil el probar que las conductas paralelas constituyan un elemento sancionable, dado que la concertación no es un requisito para que éstas se produzcan, pero es posible para los agentes de mercado actuar mediante cooperación práctica sin establecer un acuerdo previo con miras a evitar una sanción efectiva, y dicha actividad se manifiesta en conductas paralelas, de acuerdo al TDLC, éste es un hecho a considerar, cuando indica: “Considerando Septuagésimo quinto. ...En efecto, tal como ha reconocido la doctrina, el comportamiento paralelo, si se demuestra, es uno de los factores a considerar, con el resto de las pruebas, para llegar a la conclusión que ha habido un acuerdo entre los demandados, pero el paralelismo no es en sí mismo un sustitutivo del acuerdo;”<sup>51</sup>

Dado que en la mayor parte de los casos es posible explicar conductas paralelas de acuerdo al TDLC por medio de varias hipótesis: “Considerando Octogésimo sexto. Que no obstante –como ya se ha dicho– la similitud de acción o conductas paralelas por parte de varios competidores podría tener varias explicaciones alternativas a la colusión, sea la reacción individual (aunque en paralelo) a un cambio común en el mercado –shock de oferta o de demanda–, o bien la decisión de seguir la misma política comercial iniciada por un competidor, sin que necesariamente haya mediado un acuerdo o concertación entre las partes;”<sup>52</sup> Es en razón de lo anterior que se requiere que las conductas paralelas se complementen con otros elementos de prueba, tanto directa como indirecta, para que a través de la sana crítica puedan dar origen a la convicción razonable del TDLC de la existencia de un ilícito.

De tal manera, para que las conductas paralelas puedan constituir un indicador de que la conducta desplegada corresponde a un acto anticompetitivo, resulta importante incorporar “factores añadidos”, que vienen a complementar aquella actuación cuestionable desplegada por los agentes económicos investigados por la institucionalidad de la Libre Competencia. Siguiendo a los profesores Eyzaguirre y Grunberg, no es posible enunciar un catálogo de factores añadidos<sup>53</sup>, dado que serán determinados en función del mercado relevante analizado en cada caso, pero algunos elementos complementarios para las conductas para-

<sup>50</sup> Parkin, Michael; Sanchez Carrion, Miguel Angel; *Economía*, Editorial Pearson Educación. Página 254.

<sup>51</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 74.

<sup>52</sup> Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 79.

<sup>53</sup> Eyzaguirre, Cristóbal; Grunberg, Jorge; “Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos”, en *Revista Anales de Derecho UC: Temas de libre competencia*, Editorial Legis, año 2008, página 69.

lelas, están dados por la existencia de comunicación probada entre las partes requeridas por la Fiscalía Nacional Económica, constituyendo dichas comunicaciones un complemento razonable para configurar una hipótesis de colusión atendidas dichas prácticas: “Considerando Centésimo vigésimo octavo. Que, por último, ni siquiera se puede sostener que en este caso se esté en presencia de una situación de paralelismo consciente, dada la evidente simultaneidad de la conducta de las requeridas y el hecho de que esa simultaneidad se produjo inmediatamente después de comunicarse entre ellas, lo que refuerza la convicción de este Tribunal para desestimar esta hipótesis alternativa. A lo sumo, podría existir incertidumbre sobre si el acuerdo entre las requeridas fue expreso o tácito, pero ello es indiferente en nuestro derecho, dado que ambos tipos de acuerdo son igualmente sancionados en el tipo infraccional del artículo 3° del D.L. N° 211, según se indica claramente en su letra a);”<sup>54</sup>

Por su parte, es posible desvirtuar la tesis de las conductas paralelas, cuando es posible probar la existencia de explicaciones alternativas a una actuación coordinada, sea con o sin coordinación entre las requeridas: “Considerando Centésimo sexagésimo sexto: Que, en consecuencia, a juicio de este Tribunal, se encuentra plenamente acreditado en autos el comportamiento paralelo denunciado, el que es además reconocido por las dos requeridas. Estas últimas, sin embargo, han basado su defensa en sostener la posibilidad y plausibilidad de explicaciones de dicho paralelismo distintas de la existencia de una colusión. Al respecto, bastaría para descartar dichas explicaciones y para dar por acreditado el acuerdo colusorio en cuestión, la prueba directa del mismo, que ya se ha analizado precedentemente, lo que haría innecesario efectuar un análisis de otros antecedentes que permitan descartar esas explicaciones alternativas para poder condenar a las requeridas;”<sup>55</sup> Con todo, resulta importante destacar que no basta con enumerar tesis alternativas desde un punto de vista teórico, sino que debe probarse la plausibilidad económica de aquellos lineamientos planteados ante el TDLC para que sean efectivamente acogidos en definitiva.

## 8) En procesos de licitación la baja del precio.

Cuando nos encontramos frente a procesos de *bid rigging* o colusión entre oferentes de licitaciones, como ya hemos indicado con anterioridad, los miembros del acuerdo colusorio buscan dos finalidades, en primer lugar asegurar la adjudicación de la licitación beneficiando a uno de los actores, y, en segundo lugar, bajar el precio de la licitación a una cantidad que no habría resultado posible de haberse desarrollado la licitación en condiciones de competencia. Como se ha indicado claramente por el TDLC al expresar: “Considerando Sexagésimo. Que lo anterior da cuenta que las cesiones entre los participantes

<sup>54</sup> Sentencia 63-08, de causa Rol C-103-06, “FNE contra Paris S.A. y otro”, página 73.

<sup>55</sup> Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, “FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros”, página 106.

en cada licitación afectaron significativamente el precio con que fue asignada la concesión en la licitación, lo que demuestra la supresión de la competencia dentro de cada uno de los concursos en que se efectuaron estas licitaciones;<sup>56</sup>

De tal manera, los miembros del acuerdo deberán concordar antes del proceso de licitación: "(i) cuál de los participantes resultará adjudicatario; y (ii) cuál será el precio de la adjudicación –el que evidentemente no refleja la mejor postura posible de algún miembro del grupo–. Lo anterior permite que los miembros del acuerdo obtengan un excedente grupal en desmedro del licitante, el que será posteriormente dividido por algún mecanismo (subcontratación, reventa) o reservando la adjudicación de un último proceso licitatorio para alguno de los otros miembros del grupo.<sup>57</sup>

### 9) Aumento de los costos a un rival:

Dentro de las finalidades buscadas por competidores miembros de un acuerdo colusorio que han sido observadas en la práctica, destaca el intentar aumentar los cobros de nuevos rivales reales o potenciales, que no son miembros del acuerdo. Es decir, aquellos miembros del acuerdo que cuentan con poder de mercado gracias al mismo influyen en decisiones que implican costos mayores a la entrada de nuevos competidores, tal es el caso observado por el TDLC en la imposición de barreras al mercado del transporte interurbano de pasajeros, al dificultar la obtención de oficinas en variados terminales a nuevos competidores, como se observa de la sentencia 134-14, de causa Rol C-223-11, "FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros", cuando señala: "Considerando Octogésimo primero. Que, atendido lo expuesto en las consideraciones anteriores, este Tribunal entiende que cualquier intento de bloquear injustificadamente el acceso a competidores a oficinas en terminales ya establecidos podría entenderse como un intento de aumentar los costos de un rival, con el objeto de mantener o incrementar una posición de dominio conjunta en el mercado relevante respectivo, circunstancia que, de verificarse, en los hechos tiene la aptitud de entorpecer o incluso de llegar a impedir la libre competencia de nuevos entrantes;"<sup>58</sup>

### 10) Existencia de una asociación gremial:

Si bien es cierto las asociaciones gremiales constituyen una de las más importantes instancias de cooperación que agrupan tanto a empresas como perso-

<sup>56</sup> Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, "FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada", página 34.

<sup>57</sup> Irarrázabal, Felipe; Araya, Fernando; "Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional"; en *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, Editorial Thomson, Santiago, 2011, página 173.

<sup>58</sup> Sentencia 134-14, de causa Rol C-223-11, "FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros", página 64.

nas naturales, éstas han sido utilizadas por diversos grupos como verdaderos agentes coordinadores de cártel en nuestro país. Lo anterior es una directa consecuencia del carácter coordinador de estas agrupaciones, hecho que facilita tanto la gestación de acuerdos anticompetitivos, como el posterior monitoreo del cumplimiento de dichos acuerdos. En palabras del TDLC: “Considerando Cuadragésimo quinto. Que, a juicio de este Tribunal, otro elemento facilitador de un acuerdo colusorio en este caso –que no es considerado por los autores del citado informe–, es la existencia de una asociación gremial que pueda y esté dispuesta a facilitar la adopción de decisiones coordinadas entre sus asociados y fiscalizar su cumplimiento;”<sup>59</sup>

Aun cuando se ha planteado invariablemente por parte de las asociaciones requeridas ante el TDLC que por su naturaleza no lucrativa no serían sujetos pasivos del D.L. N° 211, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional son contestes de que dicha argumentación no resulta aplicable. En palabras de Fuentes Naharro: “se considera que es indiferente la naturaleza pública o privada de la asociación, siendo aplicable la norma también a las asociaciones o corporaciones de Derecho Público.”<sup>60</sup> De tal manera, la existencia de una entidad sin fin de lucro que geste, coordine y fiscalice prácticas concertadas, no implica que éstas no puedan ser perseguidas en su responsabilidad frente al TDLC.

## Gravedad de la colusión

Dentro de los ilícitos contrarios a la libre competencia, es el de colusión el que se ha erigido como el más dañoso para el funcionamiento del mercado, dado que la doctrina es conteste en indicar que los perjuicios provocados por este ilícito afectan a la economía toda, en palabras del profeso Aldo González: “Se considera que la colusión perjudica el funcionamiento de una economía, pues anula los beneficios propios de la rivalidad y la competencia entre empresas, que es el mecanismo que permite que los consumidores gocen de menores precios, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios que se consumen”.<sup>61</sup>

Lo anterior guarda directa relación con la opinión vertida en relación a este punto por el TDLC, cuando indica el grado de reproche que implican las conductas colusorias en el mercado nacional: “Nonagésimo octavo: Que, en segundo lugar, en cuanto a la gravedad de la conducta, este Tribunal considera que la colusión es de aquellas que merece el mayor reproche para el derecho

<sup>59</sup> Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, “FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”, página 67.

<sup>60</sup> Fuentes Naharro, Mónica; “Prácticas colusorias entre empresas (I) Prohibición”; en *Derecho de la Competencia*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013, página 111.

<sup>61</sup> González, Aldo; “Prácticas colusorias”, en *La libre competencia en el Chile del bicentenario*; Editorial Thomson and Reuters, Santiago de Chile, página 143.

de la competencia, máxime cuando afecta el funcionamiento del mercado en materia de servicios esenciales para la comunidad;”<sup>62</sup>

Esta opinión es conteste con la expresada por la Excelentísima Corte Suprema, la cual describe la reconvención pública que procede contra las prácticas colusorias indicando: “DUODÉCIMO: Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes. Por ello, aun cuando la circunstancia de haber intervenido en estos hechos la Secretaria Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones de la Región de Los Lagos atenúa la responsabilidad de las empresas infractoras, atendida la gravedad de la infracción y teniendo además en consideración los demás factores a que se refiere la sentencia de primer grado, es que esta Corte estima del caso aumentar la multa impuesta a la Sociedad de Transportes Central Ltda. y Centenario Limitada a 50 Unidades Tributarias Anuales, y a las empresas Camino Real Limitada, Transportes Las Golondrinas Limitada y Transportes Vía Azul Limitada a 35 Unidades Tributarias Anuales.”<sup>63</sup>

Opinión de la Corte Suprema que no sólo es asumida como propia por el TDLC, en razón de la dependencia a la que éste organismo se encuentra sujeto respecto de aquella, sino que se reafirma con mayor dureza desde la antes citada declaración al indicar: “Septuagésimo segundo. Que, en este contexto, no debe dejarse de resaltar la gravedad que reviste, en el ámbito del derecho de la competencia, la colusión entre competidores. Tal como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de este Tribunal y de la Excm. Corte Suprema, “Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes.” (Consideración duodécima, Sentencia Corte Suprema Rol N° 1746-2010, de fecha veintinueve de diciembre de 2010). Esta circunstancia debe tenerse en consideración de manera permanente a la hora de juzgar y sancionar conductas como las de autos;”<sup>64</sup>

Asimismo, se destaca por el TDLC que se encuentra la validación para este mayor reproche de la colusión, en la naturaleza jurídica del ilícito, dado que es de

<sup>62</sup> Sentencia 94-08, de causa Rol C-149-07, “FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros”, página 48.

<sup>63</sup> Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 1746-2010 contra sentencia 94 de 2008, “FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros”, página 6.

<sup>64</sup> Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, “FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada”, página 44.

su esencia el reemplazar la competencia en los mercados, por una cooperación expúrea, que busca eliminar el riesgo del emprendimiento empresarial, y reemplazarlo mediante la posibilidad de obrar sobre seguro eliminando un proceso competitivo, como se puede deducir de la lectura del considerando “Centésimo nonagésimo quinto: Que, a juicio de este Tribunal, la apreciación de la gravedad de la conducta acreditada en autos debe efectuarse a partir de diferentes elementos. El primero de ellos viene dado por la naturaleza del ilícito sub lite, pues la colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores. Tal es la gravedad de este ilícito, que el legislador estableció en su respecto –en la reforma al D.L. N° 211 contenida en la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009– una mayor sanción y un mayor plazo de prescripción de la acción para perseguirlo, en comparación con todas las demás prácticas restrictivas de la libre competencia contenidas en dicho cuerpo legal;”<sup>65</sup>

Asimismo, es importante considerar que la naturaleza dañosa del acuerdo colusorio, será considerado por el TDLC, en el procedimiento de determinación de sentencias, haciéndose cargo del mayor reproche por medio del establecimiento de una sanción acorde al daño social que se imputa a esta conducta ilícita, al señalar: “Considerando Centésimo vigésimo cuarto. Que es preciso señalar que el inciso final de la letra c) del artículo 26 del D.L. N° 211 establece que se deberá considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la conducta imputada para determinar el monto de la multa que se impondrá a las requeridas. De este modo, dada la naturaleza del ilícito cometido, que es considerado por la doctrina internacional y la jurisprudencia nacional –tanto de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema– como el más grave de los atentados a la libre competencia, es necesaria la imposición de una multa que efectivamente constituya una disuasión de este tipo de conductas;”<sup>66</sup>

## Conclusión

Si bien es cierto que los elementos que nos entrega el Decreto Ley N° 211 en el artículo 3, letra a) en el cual sanciona los acuerdos colusorios en todas sus formas, sólo enumera algunas conductas ejemplares que podrían ser parte del acuerdo colusorio, el TDLC ha planteado claros lineamientos para comprender a cabalidad la estructura de este ilícito por medio de sus sentencias.

<sup>65</sup> Sentencia 119-2012, de causa Rol C- 184-08, “FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros”, página 328.

<sup>66</sup> Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, “FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.”, página 58.

De tal manera, es posible extraer con claridad los elementos que configuran la conducta de la colusión, pudiendo distinguir con claridad que para que ésta se configure se requiere. 1. Que exista en forma efectiva un acuerdo entre competidores. 2. Que dicho acuerdo verse sobre algún elemento sustancial de la competencia. 3. Que este acuerdo dote a los miembros de poder de mercado. 4. Que los miembros del acuerdo abusen realmente o pudieran abusar de dicho poder de mercado potencialmente.

Asimismo, se ha podido determinar que para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se requiere que las conductas real o potencialmente puedan generar efectos nocivos en la competencia en un determinado mercado relevante para que dicha conducta resulte sancionable.

En la misma línea de pensamientos, es importante recalcar que la enumeración de conductas en las que puede manifestarse el ilícito de colusión, sea expresa o tácita, que se incluye en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, es meramente taxativa a los ojos del Tribunal, y, por tanto, pueden existir diversas conductas no enumeradas que podrían resultar sancionadas en caso de que se configuren las características de una práctica colusoria.

También pudimos extraer que, si bien la existencia de conductas paralelas puede implicar un indicio de la existencia de una práctica colusoria, no es suficiente el establecer su existencia, dado que se requieren factores adicionales para constituir una prueba complementaria, que, ponderada, permita al Tribunal formar su convicción de acuerdo a los principios de la sana crítica respecto de la existencia del ilícito.

Finalmente, es importante recalcar que tanto para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como para la Excelentísima Corte Suprema, como para la doctrina y jurisprudencia internacional, éste es el ilícito contrario a la libre competencia que reviste la mayor gravedad, dado que erosiona los fundamentos mismos del mercado, perjudicando a competidores, proveedores y consumidores por medio del despliegue de una sola conducta antijurídica.

## **Bibliografía**

BLACK, Oliver: *Conceptual Foundations of Antitrust*, King's college London, 2005.

Bercovitz Rodriguez-Cano, Alberto; *Derecho de la competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*, Editorial Thomson, Navarra, 2007.

CAMARA DE DIPUTADOS, Oficio N° 8045, de 28 de abril de 2009, Secretaría General del la Cámara de diputados.



COLOMA, GERMÁN; *Defensa de la Competencia*; Editorial Ciudad Argentina, 2003.

Eyzaguirre, Cristóbal; Grunberg, Jorge; "Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos", en *Revista Anales de Derecho UC: Temas de libre competencia*, Editorial Legis, año 2008.

Fuentes Navarro, Mónica; "Prácticas colusorias entre empresas (I) Prohibición", en *Derecho de la competencia*, Editorial Thomson Reuters, Navarra, 2013.

González, Aldo; "Prácticas colusorias", en *La libre competencia en el Chile del bicentenario*; Editorial Thomson and Reuters, Santiago, 2011.

Juppet Ewing, María Fernanda; "Ilícitos plurilaterales en derecho de libre competencia", *Revista Actualidad Jurídica* de la Universidad del Desarrollo, N° 20, Agosto 2009, Tomo II.

HOVENKAMP, HERBERT; *The Antitrust Enterprise*, Harvard University press, 2005.

Irrázabal, Felipe; Araya, Fernando; "Notas sobre la colusión entre oferentes en licitaciones, con énfasis en la experiencia internacional"; en *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*, Editorial Thomson, Santiago, 2011.

Ministerio de Justicia, España, *Manual de derecho administrativo Sancionador*; Thomson, año 2005.

OECD, "Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws", 09 april 2002,

OECD, "Policy Roundtables: Prosecuting Cartels without direct evidence", 2006.

Page, William H. "Communication and Concerted Action", (2006). [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=939427](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=939427)

PARKIN, Michael; SANCHEZ CARRION, Miguel Angel; *Economía*, Editorial Pearson Educación.

POSTNER, Richard; *Antitrust Law*, Second Edition, University of Chicago Press, 2001.

UTTON, M.A; *Market Donminance and Antitrust Pollicy*, Second Edition, Edward Elgar Publishing Limited, 2003.

VÁLDES PRIETO, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed, Santiago de Chile, 2006.

## **Jurisprudencia.**

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 1746-2010 contra sentencia 94 de 2008, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros"

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N°3.327-05 contra sentencia 18-2005, "FNE contra Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros".

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N°5937-08 contra sentencia 74 - 2008, "FNE contra AM Patagonia y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°38-2005, de causa Rol C- 12 - 2004, "Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, "FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°57-2007, de causa Rol C 77 – 2005, "FNE contra Isapre ING S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°63-08, de causa Rol C-103-06, "FNE contra Paris S.A. y otro".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°74-2008, de causa Rol C- 121 - 06, "FNE contra AM Patagonia S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°79 - 2008, de causa Rol C 132 - 07, "FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°94-08, de causa Rol C-149-07, "FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°116-2011, de causa Rol C-217 – 11, "FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°112-2011, de causa Rol C 194-09, "FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°113-2011, de causa Rol C-197-09, "FNE contra Abercrombie & Kent S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°116-2011, de causa Rol C-217 – 11, "FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°136-11 de causa Rol C- 234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A."

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°119-2012, de causa Rol C- 184-08, "FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°122-12 de causa Rol C- 207 - 10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda."

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°133-14, de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°134-14, de causa Rol C-223-11, "FNE contra Empresa de Transportes Rurales Limitada y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°139-14, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°18-2005, de causa Rol C- 10 - 2004, "FNE Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°141-15, de causa Rol C-244-12, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros".

Sentencia Ilustre Tribunal de la Libre Competencia N°145-15, de causa Rol C- 265-13, "FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros".



# Una errada sentencia en materia de delito tributario

JAIME GARCÍA ESCOBAR

Abogado

Profesor

UNIVERSIDADES NACIONAL ANDRÉS BELLO,  
DEL DESARROLLO Y DE CHILE.

Director

DEPARTAMENTO DE DERECHO TRIBUTARIO

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO

**RESUMEN:** El presente comentario tiene por objeto analizar una sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema, fallando un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de una resolución dictada por la Ittma. Corte de Apelaciones de Arica, en una querrela interpuesta por un presunto delito tributario. El análisis que hacen los jueces de la instancia lleva a dictar una sentencia condenatoria que no se ajusta al mérito del proceso ni a la ley. Por otra parte, la sentencia de casación, confirma lo fallado en primera y segunda instancia, haciendo una errada aplicación de la ley.

\* \* \*

## I. Introducción

El tipo del delito tributario normalmente utiliza una gran cantidad de elementos de diversa naturaleza, que lo hacen ser especialmente complejo. Pareciera que el legislador, al tipificar las conductas que ameritan ser sancionadas con una pena privativa de libertad y de una pena pecuniaria, ha sido especialmente exigente en la tipificación para el caso de este tipo de ilícitos. De otro lado, la calificación del sujeto activo también genera problemas, toda vez que se discute si el delito tributario requiere que éste ostente la calidad de contribuyente o no, así como tenemos toda la problemática relativa al tema de la comunicabilidad de la calidad de contribuyente. Pues bien, en la sentencia que nos ocupa, los tribunales de la instancia, así como la propia Corte Suprema, aplican erradamente el concepto de contribuyente, y además dan por acreditado que el condenado actuó maliciosamente. A mayor abundamiento, en base a un informe pericial que se emite en la causa, absuelven a uno de los imputados, pero no al otro,

en circunstancias que se trataba de los mismos hechos. Lo anterior generó una condena a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, que no se ajustaba ni al mérito del proceso, ni tampoco a la ley.

## II. Antecedentes de la causa

Con fecha 30 de junio de 2014, la Excma. Corte Suprema<sup>1</sup> rechaza un recurso de casación en el fondo, interpuesto en contra de una sentencia dictada con fecha 10 de enero de 2014, por la Corte de Apelaciones de Arica<sup>2</sup>, que confirma con declaración la sentencia dictada el 05 de octubre de 2012, por el Juez del Tercer Juzgado de Letras de Arica<sup>3</sup>. A través de ella, se condena a Máximo Arancibia Leiva a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y a pagar una multa del ciento por ciento de lo defraudado al Fisco, como autor del delito tipificado en el inciso segundo del numeral cuarto del artículo 97 del Código Tributario, norma que sanciona “Los contribuyentes afectos al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y con multas del ciento por ciento al trescientos por ciento de lo defraudado”.

A nuestro juicio, la sentencia de la Excma. Corte Suprema no se ajusta a Derecho, toda vez que condena a una persona que no era contribuyente del Impuesto al Valor Agregado, por un delito tributario que sólo puede ser cometido por contribuyentes de este tributo, o de otros impuestos sujetos a retención o recargo (cuyo no era el caso). A mayor abundamiento, se le atribuye responsabilidad aplicando lo dispuesto en el artículo 8° N° 5 del Código Tributario, que considera contribuyente a las personas naturales y jurídicas o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos, cuando en la realidad la norma que determina a quiénes se aplican las sanciones penales es el artículo 99 del citado cuerpo legal, que a la sazón señala: “Las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento. En atención a lo anterior, resultaba imposible que esa persona hubiera actuado “maliciosamente”, como lo exige la ley. Por lo tanto, la sentencia en comentario adolece de diversas falencias, cuyo análisis es el siguiente:

<sup>1</sup> Corte Suprema, Rol N° 3055-14.

<sup>2</sup> Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 10-2013.

<sup>3</sup> Tercer Juzgado de Letras de Arica, Rol N° 5138-2001.

### **III. Error por considerar medios de prueba que no acreditan el hecho punible y la participación**

La sentencia de primera instancia (cuyos fundamentos hace suyos la sentencia de segunda instancia, modificando sólo la participación y la pena) condenó a don Máximo Arancibia Leiva como cómplice del delito que tipifica el inciso segundo del numeral cuarto del artículo 97 del Código Tributario. Esta norma sanciona a:

“Los contribuyentes afectos al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquier maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar, serán sancionados con ...”.

Debemos precisar que esta sentencia condenaba como autor del citado delito al dueño de la empresa, don Tomás Núñez, pero, posteriormente, la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica, sorprendentemente, lo absuelve, aumentándole la pena a Arancibia y sancionándolo como autor.

El considerando Décimo Séptimo de la sentencia de primera instancia declara que un sujeto (Máximo Arancibia) obtuvo de un tercero y utilizó en la contabilidad de un cliente afecto al impuesto IVA, facturas falsas para aumentar el verdadero monto de su crédito por tal concepto a fin de que éste pagara, en definitiva, una menor cantidad por dicho gravamen. Según el fallo, este hecho tipifica el delito antes citado.

Cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los elementos probatorios que le permiten al juzgador llegar a esta conclusión? El mismo considerando Décimo Séptimo, los detalla:

1. Denuncia de fojas 1 y ss. presentada por el Servicio de Impuestos Internos sobre la base de la declaración jurada prestada ante dicho Servicio por Ernesto Gallardo Cerda (contribuyente que contabilizó facturas ideológicamente falsas), quien manifestó que había acordado con su contador “bajar el IVA” a través de la “compra de IVA a otro contribuyente”, para lo cual incluyó en sus declaraciones de impuestos facturas de un tercero, además de haberse concertado con su contador para vender IVA en dichos términos a otros contribuyentes, en específico al señor Tomás Núñez Guzmán, a quien vendió la factura 206, 208, 209 a través del contador de la empresa constructora, señor Máximo Arancibia.

Pues bien, Ernesto Gallardo Cerda no mantiene su versión en autos, toda vez que<sup>4</sup> vuelve a prestar declaración, pero esta vez señala que: “En relación a las facturas que están a mi nombre y facturadas a nombre de Tomás Núñez, son trabajos realizados por mi persona y los valores que aparecen en las facturas están debidamente cancelados, además debo señalar que estas facturas las confeccionaba yo para cobrar los trabajos realizados”.

A mayor abundamiento, Tomás Núñez Guzmán manifiesta que<sup>5</sup> “... todas las facturas que aparecen emitidas a mi empresa son de trabajos realmente ejecutados y se encuentran físicamente en terreno”. En el mismo sentido declara a fojas 339 de autos.

Estas declaraciones de Gallardo y de Núñez se encuentran en total consonancia con el mérito del informe de peritos, emitido por don Alberto Undurraga, según se explicará más adelante.

2. Informe pericial de la Bridec<sup>6</sup>. Este no es más que un antecedente, basado en las declaraciones prestadas ante la Policía de Investigaciones. Allí se señala que el encausado Gallardo entregaba “facturas de su actividad comercial sobrevaloradas en cifras millonarias, que incluían los montos de sus trabajos y servicios más las obras realizadas para la constructora de Tomás Núñez Guzmán, representada por Arancibia...”.

A este respecto, hay que señalar que las facturas no fueron sobrevaloradas, según lo acredita el informe del perito de don Alberto Undurraga. Por otra parte, Máximo Arancibia nunca representó a la constructora de Tomás Núñez Guzmán, él solo realizaba funciones meramente administrativas, sin ningún poder de administración, ello se acredita con la declaración de Tomás Núñez<sup>7</sup>, en que señala:

“... el señor aquí presente es don Máximo Arancibia Leiva, quien es la persona que me asesora la parte administrativa, encargándose de los pagos, contratos, finiquitos, proveedores, además es una de las personas encargadas de la recepción de las facturas de compra y venta de la empresa, aparte de la contabilidad que se lleva en forma externa, el señor Arancibia se encargaba de los finiquitos de las facturas que presentaban en la empresa para su cancelación, pero antes de hacerlo Máximo me consultaba si las obras estaban ejecutadas o un avance parcial de la obra, en la cual

<sup>4</sup> A fojas 334.

<sup>5</sup> A fojas 199.

<sup>6</sup> A fojas 19.

<sup>7</sup> A fojas 404.



yo veía si correspondía el trabajo y la obra dando el visto bueno cuando correspondía ...”.

3. Declaración de Carmen Danisa Perea Nina, abogada del Servicio de Impuestos Internos, patrocinante de la denuncia de autos, cuyo valor probatorio evidentemente es igual al de la denuncia que patrocinó, y que en su carácter de funcionaria del referido Servicio carece de objetividad, pues no se trata de un tercero ajeno al juicio, sino de parte interesada en el mismo.
4. Declaración de Oscar Guido Rosas Bahamonde y Oscar Enrique Contreras Serrano, funcionarios policiales aprehensores de Miguel Choque y Máximo Arancibia, quienes declaran en relación a la orden de investigar cumplida por su parte. Estos funcionarios sólo dan fe del procedimiento de detención, no de los hechos materia de autos.
5. Informe contable<sup>8</sup>, realizado por Hernán Manlla Cuevas, Fiscalizador del Servicio de Impuestos Internos de Arica, dando cuenta de detalle de facturas del contribuyente Ernesto Hugo Gallardo Cerda que aparecen en la contabilidad de la empresa de Tomás Núñez Guzmán, con timbraje registrado sólo hasta el N° 206.

Desde ya debemos reiterar que tratándose de un funcionario del Servicio de Impuestos Internos, su declaración carece de la debida imparcialidad, por ser parte interesada. De otro lado, en el citado informe se señala que el contribuyente (Tomás Núñez) posee registrado timbraje de facturas hasta la 206. De esta forma, las facturas 208 y 209 se encuentran fuera del rango de timbraje.

Ahora bien, el hecho que una factura no esté timbrada no significa ni remotamente que *necesariamente* no dé cuenta de una operación real. Dicho documento, perfectamente puede amparar una operación totalmente real, toda vez que el requisito del timbraje resulta ser exógeno a la efectividad material de la operación que él ampara. De hecho, en el informe emitido por el perito Alberto Undurraga, se explican detalladamente las obras en que se utilizaron los materiales de que dan cuenta las referidas facturas, esto es, a pesar de no estar timbradas, documentaban operaciones reales.

Como puede apreciarse, estas “pruebas” no acreditan ni el hecho material punible ni la participación de Máximo Arancibia en él.

Pero existe un gran antecedente probatorio que la sentencia de primera instancia no considera, y la de segunda sólo lo hace para absolver a Tomás Núñez,

<sup>8</sup> De fojas 558 a 563.

pero extrañamente no lo aplica para Máximo Arancibia, este es el Informe Pericial Judicial evacuado por don Alberto Undurraga. En sus conclusiones, dicho informe manifiesta que:

“Las 21 obras revisadas son *construcciones existentes* ejecutadas en la época de las facturas impugnadas. Algunas de éstas son Edificios y Construcciones Mayores, *casi todas obtenidas en propuestas públicas* y dos en propuestas privadas. (el destacado es nuestro)”.

De lo anterior se desprende que las facturas no pueden ser motejadas de ideológicamente falsas, toda vez que las obras se hicieron. Por otra parte, se comienza a desvanecer la imputación consistente en que existía una sobrevaloración, ya que ésta resulta ser imposible si se trata de propuestas públicas. En efecto, al respecto el informe señala que:

“Todos los 21 presupuestos y contratos corresponden a valores de mercado, los que sirvieron de base para revisar todas y cada una de las facturas de obras subcontratadas, relacionadas con el costo CD de partidas asociadas. Cada factura está explicada y calculada con los ítems asociados en el Anexo 2”.

Insistimos, los presupuestos y contratos correspondían a valores de mercado, y ellos sirvieron para revisar todas las facturas recibidas. Por lo tanto, no existió sobrevaloración alguna.

Finalmente, el informe establece que:

“En general todas las facturas son válidas técnicamente correspondiendo exactamente a la glosa de ella con los porcentajes resultantes explicados en los Anexos 2 y 3”.

“Las facturas están cercanas al porcentaje teórico de la práctica de la construcción. La excepción ocurre con la facturas 137 con 132%, en radieres y estucos, pero sólo representa el 7% (3,2 millones) del edificio total, que es la Biblioteca de la Escuela D-12.”

La gran pregunta es: ¿Por qué motivo la sentencia no consideró el presente informe de perito, toda vez que en su mérito resulta evidentemente, como hemos señalado, que las obras en cuestión se realizaron y que no existió ninguna sobrevaloración? Pues de haber considerado el referido informe, no pudo entenderse tipificado el delito descrito en el inciso segundo del numeral cuarto del artículo 97 del Código Tributario, debiendo dictarse sentencia absolutoria a favor de Máximo Arancibia Leiva.

Los juzgadores *no consideraron* el informe pericial antes referido, mismo que significaba la absolución de Máximo Arancibia Leiva, según se ha explicado.

A mayor abundamiento, la sentencia de segunda instancia cita el informe, pero sólo con el fin de afianzar la decisión de absolver a Tomás Núñez Guzmán, señalándose que<sup>9</sup>:

“Ahora bien, el perito tasador don Alberto Undurraga U., que tuvo por objeto tasar las obras subcontratadas por don Ernesto Gallardo conforme a las facturas impugnadas, del Resumen por Obras de Valores Totales de Facturas, Costos Directos y Porcentajes Asociados concluye a fojas 1405 que todas las facturas son válidas técnicamente correspondientes exactamente a la glosa de ellas con los porcentajes resultantes explicados en los Anexos 2 y 3.”.

Resulta ser un tremendo misterio el hecho consistente en que la sentencia de segunda instancia, en abono de la absolución de Tomás Núñez, cita al informe del perito Undurraga, mas no así para los efectos de absolver a Máximo Arancibia.

En el Anexo 2, el perito va relacionando cada una de las facturas dubitadas con las obras que se fueron construyendo. La verdad es que no entendemos en atención a qué motivo el juez de primera instancia, así como los ministros de la I. Corte de Apelaciones de Arica, no se hicieron cargo del mérito aclaratorio del informe emitido por el perito judicial Undurraga. Si la sentencia de segunda instancia *lo utilizó como fundamento de la absolución de Tomás Núñez Guzmán, también debió ser utilizado para absolver a Máximo Arancibia Leiva, pues evidentemente analiza los mismos hechos.*

En síntesis, no hay considerandos que expliquen la prueba de peritos rendida en autos. Por otra parte, se le otorga el carácter de presunciones judiciales a un conjunto de antecedentes que no cumplen las exigencias, siendo contradictorios con el mérito del proceso. En efecto, se da por probada la participación de Arancibia en base a elementos fuera de los estándares legales y, por otra parte, no se considera el valor probatorio de informe pericial, que parece aclarar la inexistencia de participación de éste.

#### **IV.- Aplicación errónea que se efectúa del numeral 5° del art. 8° del Código Tributario, en desmedro de la aplicación del artículo 99 del citado cuerpo legal**

En el considerando décimo quinto la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica (argumento que hace suyo la Excma. Corte Suprema) señala que:

<sup>9</sup> A fojas 2053.

“En consecuencia, al ser Máximo Enrique Arancibia Leiva el administrador y el que dispone de los bienes de Tomás Maximiliano Núñez Guzmán, conforme a lo previsto en el numeral 5 del artículo 8° del Código Tributario, debe considerarse al primero como contribuyente, debiendo cumplir con las leyes tributarias que afectaban a su mandatario, lo que no sucedió en el presente caso, por cuanto el condenado Ernesto Gallardo Cerda proveía a Máximo Enrique Arancibia Leiva de facturas sobrevaloradas con el propósito de ser utilizadas en la Empresa Constructora de Tomás Maximiliano Núñez Guzmán”.

La Corte se equivoca al imputar la existencia de facturas sobrevaloradas, toda vez que ello no aconteció, según se ha explicado a la luz del informe emitido por el perito Alberto Undurraga. Repetimos que este Informe pericial no fue considerado en primera instancia. Ahora bien, en segunda instancia fue utilizado para dictar absolutoria respecto de Tomás Núñez, pero no se le aplicó a Arancibia, cuestión que resulta de la mayor extrañeza: Se utiliza una probanza para absolver a una persona, pero no se le aplica al otro encausado, tratándose de la misma situación de hecho.

En segundo lugar, la sentencia comete un tremendo error al hacer aplicable al caso de autos lo dispuesto en el numeral quinto del artículo 8° del Código Tributario, norma *general* que dispone que por contribuyente debe entenderse las personas naturales y jurídicas, o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos.

¿Por qué motivo esta norma no resulta aplicable al caso de autos? En primer lugar, pues Arancibia nunca fue contribuyente, nunca tuvo facultades para representar a Tomás Núñez, y por lo tanto no tenía ninguna obligación tributaria, y en dicha inteligencia no podía cometer ningún delito tributario. De otro lado, existen dos normas legales que determinan la responsabilidad penal tributaria, obviamente aplicables por el principio de especialidad, que son los artículos 98 y 99 del Código Tributario. La primera de estas normas dispone que: “De las sanciones pecuniarias responden el contribuyente y las demás personas legalmente obligadas”; por su parte, el artículo 99 del mismo Código señala que: “Las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de estos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento”. En el caso de autos: ¿Las obligaciones tributarias que afectaban a Tomás Núñez las debía cumplir Máximo Arancibia? Categóricamente la respuesta va por la negativa, éste último nunca tuvo poderes de representación respecto de Núñez. Al respecto, debemos volver a traer a colación la declaración de Tomás Núñez<sup>10</sup>, en la que señala que:

<sup>10</sup> A fojas 404.

“... el señor aquí presente es don Máximo Arancibia Leiva, quien es la persona que me asesora la parte administrativa, encargándose de los pagos, contratos, finiquitos, proveedores, además es una de las personas encargadas de la recepción de las facturas de compra y venta de la empresa, aparte de la contabilidad que se lleva en forma externa, el señor Arancibia se encargaba de los finiquitos de las facturas que presentaban en la empresa para su cancelación, pero antes de hacerlo Máximo me consultaba si las obras estaban ejecutadas o un avance parcial de la obra, en la cual yo veía si correspondía el trabajo y la obra dando el visto bueno cuando correspondía sin percatarme del nombre de la persona que presentaba la factura...”.

De ella se desprende nítidamente que a Máximo Arancibia no le correspondía el cumplimiento de ninguna obligación tributaria de Tomás Núñez, toda vez que era él quien decidía los finiquitos de las facturas cuando se presentaban para su cancelación, pues Máximo Arancibia previamente le consultaba si las obras estaban ejecutadas o su estado de avance. De esta forma, Tomás Núñez daba el visto bueno, él era el contribuyente.

De acuerdo a lo anterior, el artículo 99 del Código Tributario resulta ser inaplicable al caso de Máximo Arancibia, pero el juzgador de segunda instancia, aplicando una norma que no opera en este caso, le atribuye responsabilidad. Insistimos, no calza con la definición del número 5° del art. 8° del Código Tributario (pues nunca tuvo poder de representación), vale decir, no era contribuyente; así como tampoco resulta obligado a través de lo dispuesto en el citado artículo 99 del Código Impositivo.

En esta materia, resulta pertinente recordar lo señalado por el profesor de Derecho Tributario don Pedro Massone Parodi<sup>11</sup>, quien, al respecto, manifiesta que:

“Según el art. 8° N° 5 del CT, para los fines del mismo Código y demás leyes tributarias, salvo que de sus textos se desprenda un significado diverso, se entenderá: Por “contribuyente”, las personas naturales y jurídicas, o los administradores o tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos.

“De partida, dejamos de lado la definición contenida en el art 8° N° 5 del CT por las siguientes razones: (i) en su amplitud, esa definición identifica al contribuyente con las personas naturales y jurídicas, privando al concepto de todo significado práctico; (ii) el “contribuyente” que resulta de la definición desechada puede ser una persona que no esté “legalmente obligada”; (iii) en cambio, el contribuyente del art. 98 es, necesariamente, una persona “legalmente obligada”; (iv) como consecuencia de lo dicho

<sup>11</sup> Massone Parodi, Pedro, *Infracciones Tributarias*, Editorial LegalPublishing, año 2009, Santiago de Chile, páginas 92 y 93.

en (ii) y (iii), el contribuyente del art. 98 es diferente al contribuyente del art. 8° N° 5, por lo que este último debe desecharse, entre otras razones, porque así lo establece el propio encabezamiento del art. 8°, cuando refiriéndose a las leyes tributarias, dice: "salvo que de sus textos de desprenda un significado diverso".

"El propio SII suele dejar de lado la definición cuestionada. Solo a modo de ejemplo, mencionamos la siguiente afirmación. 5.- Respecto de la consulta de la letra c), y en relación con las normas establecidas en la Ley sobre Impuesto a la Renta, debe tenerse presente que todas las personas, naturales y jurídicas, revisten la calidad de contribuyentes, en la medida que puedan afectarse con alguno de los tributos que en ella se establecen, lo cual ocurrirá en el caso que tales personas posean bienes o realicen actividades susceptibles de generar rentas que se clasifiquen en alguna de sus categorías". (El profesor Massone da cuenta que la cita anterior proviene de un Oficio del Servicio)<sup>12</sup>.

A mayor abundamiento, en las páginas 82 y siguientes del mismo texto, para clarificar aun más la idea anterior, el profesor Massone sostiene que:

"En forma más tajante, queremos decir que los referidos artículos 98 y 99 gozan de prioridad respecto de aquellos del Código Penal que hemos mencionado (artículo 14 a 17 del Código Punitivo), los cuales quedan, por lo tanto, excluidos, en particular si a través de ellos se pasa por alto el principio pro reo".

"La persona que debió cumplir la obligación (o deber) infringido también está señalado por la propia legislación tributaria sustantiva (o formal). Esta persona puede ser el contribuyente (tomado este concepto en sentido técnico), el sustituto (o, si se prefiere, el retenedor) o el responsable, todos ellos señalados por la ley tributaria, la cual puede excluir o eximir a alguno de ellos. Sin embargo, la doctrina ha admitido que la ley no designe en forma expresa al contribuyente, cuando éste puede ser individualizado por la participación directa que él tiene en la realización del hecho que, en virtud de la descripción o tipificación que hace la ley, genera o da vida a la obligación tributaria, siempre, claro está, que la propia ley no haya desplazado esa titularidad pasiva a otra persona".

"Como la persona que debe cumplir la obligación (o deber) infringido es, normalmente, una sola (el contribuyente o el sustituto, según el caso), es sobre ella que debe recaer la sanción".

<sup>12</sup> [www.sii.cl](http://www.sii.cl), Oficio N° 1.464, de 2009, del SII.

En la página 91 de su obra el profesor Massone establece que:

“La responsabilidad por los delitos e infracciones que contempla la legislación tributaria está prevista por los artículos 98 y 99 del Código Tributario...”.

“Los mencionados artículos del CT tratan, en forma separada y respectivamente, la responsabilidad por las sanciones pecuniarias y la responsabilidad por las sanciones corporales, con más propiedad, por las penas privativas o restrictivas de libertad.”.

“Ambas normas definen y, al mismo tiempo, limitan el ámbito de la responsabilidad por las correspondientes sanciones a las personas que ellas señalan, con exclusión de las disposiciones contenidas en otros cuerpos legales ajenos al ámbito tributario, respecto de las cuales tienen prioridad en razón del principio de la especialidad y de lo dispuesto en el art. 2° del CT.”.

De las citas antes referidas, puede concluirse que:

- a. En modo alguno puede aplicarse a la responsabilidad por la comisión de una infracción tributaria, el concepto de contribuyente que establece el numeral quinto del artículo 8° del Código Tributario.
- b. En atención a los argumentos ya señalados, el propio tenor del artículo 8° y por el principio de especialidad, la responsabilidad tributaria frente a las infracciones está regulada en los artículos 98 y 99 del citado cuerpo legal.
- c. El artículo 99 ordena que las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación, esto es, al contribuyente.
- d. En el caso que nos ocupa, Máximo Arancibia *nunca estuvo en la situación de tener que cumplir obligaciones tributarias* que afectaban a Tomás Núñez Guzmán, él era el contribuyente. Por lo tanto, a su respecto, no procedía la aplicación de ninguna sanción tributaria.

## **V. Aplicación errónea que se efectúa del inciso segundo del numeral 4° del art. 97 del Código Tributario**

A fojas 2056 de autos, la sentencia de segunda instancia condena a Máximo Arancibia Leiva como autor del delito tipificado en el inciso segundo del numeral cuarto del artículo 97 del Código Tributario. Dicho fallo condenatorio,

resulta ser totalmente alejado a los hechos de la causa y al marco legal de la misma, por los siguientes motivos:

1. Este delito sólo lo puede cometer, como sujeto activo del mismo: “Los contribuyentes afectos al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo”. Pues bien, Máximo Arancibia Leiva *nunca fue contribuyente de IVA ni de ningún otro impuesto sujeto a retención o recargo*.

El contribuyente era Tomás Núñez Guzmán, como majaderamente lo hemos señalado. Máximo Arancibia Leiva nunca representó para efectos tributarios a Tomás Núñez Guzmán. De hecho, Tomás Núñez reconoce que antes de finiquitar las facturas, Máximo Arancibia le consultaba si las obras estaban ejecutadas o el estado de avance de las mismas, y *él daba el visto bueno*.

Insistimos, Máximo Arancibia no podía ser condenado por el delito tipificado en el inciso segundo del numeral cuarto del artículo 97 del Código Tributario, por la sencilla razón que no podía ser sujeto activo del mismo, toda vez que nunca fue contribuyente de este tipo de tributos. Como bien lo señala el profesor Massone<sup>13</sup>: “El sujeto activo debe ser un contribuyente afecto al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo”. A mayor abundamiento, cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta<sup>14</sup>, en que verifica la misma situación de autos, esto es, un individuo que no cumple con los requisitos que establece el tipo penal tributario en cuestión, no puede ser condenado por dicho delito.

Pero existe una sentencia aun más claramente aplicable al caso de Máximo Arancibia Leiva, citada por el profesor Massone. Los hechos de ésta resultan ser perfectamente asimilables al caso de Máximo Arancibia: Una persona que presta servicios para otra, en la medida que no reviste el carácter de contribuyente de IVA, no puede ser condenado como autor, cómplice o encubridor del delito tipificado en el inciso 2° del numeral cuarto del artículo 97 del Código Tributario, pues no puede ser sujeto activo de dicho delito.

<sup>13</sup> Massone Parodi, Pedro, Ob. Cit. página 349.

<sup>14</sup> Massone Parodi, Pedro, Ob. Cit. Página 350, cita una sentencia de 4 de mayo de 2007, de la II<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 182-2006, que expresa: “En cuanto al segundo capítulo de la acusación, esto es, la infracción establecida en el inc. 2° del mismo N° 4 del art. 97 del CT, que señala “Los contribuyentes afectos al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tienen derecho a hacer valer...”, es menester destacar que estamos frente a un delito especial, ser contribuyente afecto a determinados impuestos y, de los antecedentes de la causa, aparece que el encausado R.D.A.A. no tiene tal calidad.”.



2. Máximo Arancibia Leiva no era contribuyente de IVA ni de otros impuestos sujetos a retención o recargo, por lo tanto, malamente pudo haber realizado *maliciosamente* maniobras tendientes a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tenía derecho a hacer valer.

A fin de demostrar que la afirmación anterior, esto es, la imposibilidad que Máximo Arancibia actuara maliciosamente, transcribo a los autores Ugalde y García<sup>15</sup>, quienes señalan que:

“Una explicación de la expresión “maliciosa” la encontramos en relación con la interpretación que la doctrina la otorga a la palabra “voluntaria”, que detalla el art. 1º del Código Penal. Esta norma señala:

“Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.

Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario...”.

Al respecto, el profesor Etcheberry<sup>16</sup> expresa que: “... c) Para una tercera posición, mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia, la presunción del Art. 1º es una presunción de dolo. Esto es, las acciones penadas por la ley se reputan dolosas, a no ser que conste lo contrario... Por otra parte, esta presunción corresponde a lo que ordinariamente ocurre: las personas obran con libertad y previendo las consecuencias de sus actos. Además, no debe pensarse que esto coloque de cargo del acusado la prueba de su falta de dolo, es el propio juez el que debe investigar todas las circunstancias que permitan destruir la presunción legal...”.

Continúa el citado autor manifestando que: “A veces, sin embargo, esta regla sufre excepciones. De ordinario ocurre esto cuando la ley ha introducido términos como “maliciosamente”, “a sabiendas”, “intencionalmente”, “con conocimiento de causa”, etc. Estas expresiones se emplean por lo general para advertir al intérprete que habitualmente las acciones típicas descritas se realizan sin dolo (v.gr., el juez que falla contra la ley, art. 223), y que en consecuencia, en tales casos, no se aplicará la presunción de dolo, y la concurrencia de éste deberá justificarse...”.

Esta tesis se contiene en la resolución de fecha 25 de abril de 1986 de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, que señala:

<sup>15</sup> Ugalde, Rodrigo y García Jaime, *Curso sobre Delitos e Infracciones Tributarias*, Editorial LegalPublishing, Cuarta Edición, Santiago de Chile, páginas 20 a 28.

<sup>16</sup> Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, tercera edición, 1998, página 309.

“ 1º) Que las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan voluntarias, a no ser que conste lo contrario, según lo prescrito en el inciso 2º del artículo 1º del Código Penal;

“ 2º ) Que la presunción que antecede establece –como regla genérica– para todos los casos la voluntariedad plena, constituida, como se sabe, por sus elementos de inteligencia, libertad e intención, y por ello, la constancia de lo contrario debe ser acreditada por los medios de prueba legal, o sea, se requiere que se establezcan los hechos que justifican la falta de voluntariedad sobre el mal causado, en cualquiera de las formas admitidas por el derecho, sea la concurrencia de concausas, sea la del mal que va más allá de lo querido o la del cuasidelito, sea el resultado imprevisible de la simple desgracia;

“ 3º) Que el legislador estableció tal presunción (simplemente legal) ante la evidente dificultad práctica de la prueba del dolo, con lo que se evita la impunidad o el castigo a título de culpa de los casos dudosos;

“ 4º) Que no obstante, la regla anterior no se aplica cuando la ley exige, para la existencia del delito, que concurra el llamado “dolo específico”, reconocible porque se utiliza la expresión “malicia” en cualquiera de sus formas e implica la intención precisa de causar determinadas consecuencias dañosas, situación que se presenta, por ejemplo, en el uso malicioso de instrumento falso (art. 196, C.P.); en la castración (art. 395, C.P.) y en las demás mutilaciones (art. 396 C.P. );

“ 5º ) Que lo mismo sucede con el artículo 97, N° 4, del Código Tributario, precepto que, al consignar el adverbio “ maliciosamente ”, introduce en el tipo penal un elemento nuevo: la malicia; elemento que la ley no presume y que, por tanto, debe ser establecido por la parte acusadora;...”.<sup>17</sup>

En el mismo sentido –entre otras– la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 12 de abril de 1989, en cuyo considerando 2º se expresa:

“Que son elementos esenciales del fraude el perjuicio, el lucro y el dolo.

“En el caso del fraude tributario, delito por el cual se acusó a ambos reos, se requiere la existencia de un dolo específico “y que se traduce en un ánimo preconcebido de evadir impuestos”. “ Si las maniobras realizadas por el contribuyente no poseen este grado de voluntariedad, que es esencial”, no estamos frente a un delito tributario, sino a una mera infracción administrativa”.

<sup>17</sup> Sentencia publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIII, 2ª parte, sección 4ª, página 23.

Lo expresado en la última parte del antedicho considerando es muy importante, por cuanto, si no existe el ánimo preconcebido de evadir impuestos, NO estaremos en presencia de un delito tributario, sino que de la contravención prevista en el N° 3 del artículo 97 del Código Tributario.

Este criterio ha sido confirmado por la Excma. Corte Suprema<sup>18</sup>. En su considerando sexto se señala:

“Que el artículo 97 N° 4 inciso 1° del Código Tributario castiga a quien presenta una declaración maliciosamente incompleta o falsa, precepto que está indicando un requisito adicional a la presunción de voluntariedad que señala el inciso segundo del artículo 1° del Código Penal, puesto que al emplear el tipo penal el adverbio “ maliciosamente ” importa para el juzgador demostrar de manera fehaciente que el sujeto activo, en el hecho ilícito, ha actuado con claro dominio de la antijuridicidad de la conducta que se le reprocha y con el definido propósito de privar al Fisco de la percepción de los impuestos que debió recibir. En el presente caso, conforme a los hechos establecidos por los jueces de la instancia, se ha demostrado que en las declaraciones tributarias objetadas por el Servicio se incurrió en algunas irregularidades que no obstante su existencia, no alcanzan a comprender enteramente el tipo descrito en el artículo aludido”.

Ahora bien, en torno a la vigencia de las presunciones de responsabilidad penal, resulta procedente citar al Doctor en Derecho, don José Luis Guzmán Dálbora<sup>19</sup>, quien sostiene que “...la presunción de dolo ha quedado derogada merced al franco reconocimiento, por el ordenamiento interno, del principio de inocencia, en el artículo 4° del Código Procesal Penal”. Sin perjuicio que, sostiene el citado profesor, contraviene lo establecido en los artículos 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A esta misma conclusión llegaba ya en el año 1982 don Enrique Cury U.<sup>20</sup>, cuando expresaba que “En realidad, la voluntariedad del inciso primero del art. 1° del C.P. se refiere a la conciencia de la antijuridicidad y nada tiene que ver con el dolo, del que no forma parte dicho elemento”.

<sup>18</sup> 10 de noviembre de 2003.

<sup>19</sup> Guzmán Dálbora, José Luis, “Las presunciones de responsabilidad penal: su vigencia o invalidación relativamente al sistema de enjuiciamiento criminal”, *Revista Procesal Penal*, N° 47, mayo de 2006, Editorial LexisNexis, páginas 9 a 17.

<sup>20</sup> Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal*, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, página 252.

Cabe destacar que, aun cuando en la práctica procesal el S.I.I. hace valer la tesis de que a todos los delitos tributarios se les aplica la norma del inciso 2° del artículo 1° del Código Penal, lo cierto es que al ser promulgado el primer Código Tributario (D.F.L N° 190, publicado en el Diario Oficial de 5 de abril de 1960 ), el ente fiscalizador impartió instrucciones que confirman que en este tipo de delitos se requiere del *dolo específico* y que el dolo debe ser probado.

Así, en el Volumen 4 del *Manual del Servicio de Impuestos Internos* referente a investigación de delitos tributarios, se expresa:

“Párrafo N° 4305.01: Dolo genérico y dolo específico... En materia penal tributaria ocurre una situación especial que consiste en que el tipo de delito, como elemento del tipo, se requiere una determinada dirección de la intención; es lo que podemos denominar dolo específico, encaminado a un fin determinado y que en nuestro caso es a la evasión del tributo.

“Párrafo N° 4305.02: La prueba del dolo. Lo expresado en el párrafo anterior tiene gran importancia en materia de prueba, ya que no será el inculpado quien deberá desvirtuar la presunción de culpabilidad que emana del dolo genérico, sino que será el juez quien deberá establecer en el proceso la concurrencia del dolo específico.

Por su parte, en el párrafo 5721.01 del Volumen 5 del *Manual del Servicio de Impuestos Internos* relativo al Código Tributario, se señala: “Una de las clasificaciones más importantes que la doctrina penal hace del dolo es aquella que distingue entre dolo genérico y dolo específico. Se dice que el genérico es el dolo directo, determinado, simple o normal. El específico está constituido por cierta finalidad especial que se agrega a la general perseguida por el delincuente (infractor); cuando nuestro Código Penal exige su concurrencia emplea la palabra “maliciosamente” o la expresión “con malicia”.

El inciso segundo del referido párrafo continúa expresando: “Es fundamental tener presente que el dolo presumido en el artículo 1° del Código Penal (transcrito en la Sub-Sección 5721) es el genérico e incumbe al infractor descargarse del peso de la presunción, en cambio, el dolo específico debe serle probado...”.

En consecuencia, será de especial interés establecer los hechos positivos y obtener las pruebas del caso para dar base a una presunción judicial, que es un medio de prueba mediante el cual podrá establecerse la existencia del dolo específico”.

Lo anteriormente expresado se confirma en el Volumen 5 del *Manual del Servicio de Impuestos Internos*, relativo al Código Tributario, referente a normas generales de impuesto, ya que allí se expresa:

“Párrafo N° 5721.01, inciso 2°: Es fundamental tener presente que el dolo presumido en el artículo 1° del Código Penal (transcrito en la Sub-Sección 5721), es el genérico e incumbe al infractor descargarse del peso de la presunción, en cambio, el dolo específico debe serle probado. Este principio debe tenerse muy presente en materia tributaria, pues, por regla general, se exige la concurrencia del dolo específico, según se observa, por ejemplo, en las infracciones sancionadas en el N° 4 del artículo 97 del Código Tributario, precepto que se analizará más adelante en este Capítulo.

Otros fallos tratan el tema de otro modo, señalando que: “ la expresión “ maliciosa “, empleada por la ley, no tiene otro significado que el de “intencional“, lo cual corresponde, según señala Eduardo Novoa en su *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo I, “a una forma de dolo, que es el dolo directo“. Así lo resolvió la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso en fallo de 18 de junio de 1981.<sup>21</sup> Del mismo modo, en una sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle se señala –en parte de su considerando 12°– lo que sigue: “En cuanto a la faz subjetiva del tipo, ella está integrada por el dolo directo, lo que queda de manifiesto en la voz “maliciosamente“que emplea la disposición en análisis;...”.

A este respecto, es útil citar a don Alejandro Dumay Peña, quien expresa:<sup>22</sup>

“ Sin embargo, cualesquiera que sean las características del dolo, lo esencial es que aquellas figuras cuya tipificación incluye la malicia, no se consuman por la simple transgresión de la norma tributaria, sino que es necesario comprobar, además, que los hechos se realizaron con el fin preciso que la disposición respectiva señala, es decir, que no mediando intención dolosa no hay fraude, sino infracción, ya que la mencionada expresión, así como otras que emplea el Código Tributario (“a sabiendas“) denotan la exigencia del elemento intencional de la conducta fraudulenta, a que hemos hecho referencia”.

Ahora bien, otra explicación de la expresión “maliciosa” es la que hace mención al denominado *dolo específico*. Esto es, un especial ánimo de cometer el delito, distinto del dolo directo, cuyo cumplimiento sería requisito dentro de la acción típica. Don Alfredo Etcheberry señala: “...En

<sup>21</sup> *Manual de Consultas Tributarias*, N° 298, octubre de 2002.

<sup>22</sup> Dumay Peña, Alejandro, Ob. cit. Página 105.

la doctrina italiana suele llamarse dolo genérico o general al propio de cada figura delictiva, y dolo específico a las particulares exigencias subjetivas que a veces contiene la ley en relación con determinados delitos y que se vinculan con una tendencia o propósitos determinados, como el proceder “con ánimo de lucro” en el hurto...”.<sup>23</sup>

Por su parte, el profesor Pedro Massone<sup>24</sup>, citando a los autores Kogan y Figueroa, señala que ellos rechazan la interpretación que ve en el adverbio “maliciosamente” la exigencia del “dolo específico”, por estimar que equivale a no atribuirle ningún efecto. Estiman que el dolo del delito tributario, como el de cualquier otro delito, se carga con el contenido particular de culpabilidad que cada figura requiere. El hecho que el legislador se haya preocupado de aludir especialmente al dolo (con el empleo del término “maliciosamente”), obliga al juez a conceder especial atención a la prueba de dicho elemento.

Ahora bien, cualquiera sea la tesis que se adopte respecto de la explicación del actuar “maliciosamente”, resulta imposible configurar una conducta maliciosa respecto de Máximo Arancibia, toda vez que, como tantas veces lo hemos señalado, carecía de la calidad de contribuyente, siendo un mero administrador, sin ningún tipo de facultades, como al respecto, lo señalaba Tomás Núñez<sup>25</sup>: “... el señor aquí presente es don Máximo Arancibia Leiva, quien es la persona que me asesora la parte administrativa, encargándose de los pagos, contratos, finiquitos, proveedores, además es una de las personas encargadas de la recepción de las facturas de compra y venta de la empresa, aparte de la contabilidad que se lleva en forma externa, el señor Arancibia se encargaba de los finiquitos de las facturas que presentaban en la empresa para su cancelación, pero antes de hacerlo Máximo me consultaba si las obras estaban ejecutadas o un avance parcial de la obra, en la cual yo veía si correspondía el trabajo y la obra dando el visto bueno cuando correspondía ...”. Como bien expresa Núñez, antes de la cancelación de las facturas, “... me consultaba si las obras estaban ejecutadas o un avance parcial de la obra, en la cual yo veía si correspondía el trabajo y la obra dando el visto bueno de las facturas”. ¿Es posible configurar el elemento “maliciosamente” con estos antecedentes? Sin dudas, la negativa se impone.

3. El tipo penal sanciona a los contribuyentes afectos al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquier maniobra tendiente a aumentar el

<sup>23</sup> Etcheberry, Alfredo, Ob. cit., página 301.

<sup>24</sup> Massone Parodi, Pedro, *Infracciones Tributarias*, Ob. cit., página 342.

<sup>25</sup> A fojas 404.

verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar. Pues bien, las facturas emitidas a Tomás Núñez Guzmán no significaron una maniobra maliciosa a través de la cual *se aumentó el verdadero monto de los créditos*, toda vez que, de acuerdo al peritaje emitido por el perito Alberto Undurraga, las facturas no daban cuenta de operaciones sobrevaloradas, según se ha explicado.

## VI. Sentencia de la Corte Suprema

Con fecha 30 de junio de 2014, la Excma. Corte Suprema dicta sentencia en autos, en que arguyendo aspectos formales, esto es, que no se han afectado las leyes reguladoras de la prueba, y, en virtud de una errónea aplicación de una norma legal (numeral quinto del artículo 8° del Código Tributario), desestima el recurso de casación en fondo que se había interpuesto, su análisis es el siguiente:

1. En el considerando segundo del fallo se señala que:

“Para efectos de dar por acreditada su participación, los fundamentos 21° y 24° del fallo de primer grado, reproducidos en la alzada, consignan que Ernesto Gallardo Cerda declaró haber proveído al acusado Arancibia Leiva, contador general encargado de la administración de la empresa de Tomás Núñez, de facturas sobrevaloradas en general, en particular, las Nros. 206, 208 y 209 (por \$41.900.000, \$6.000.000, \$8.400.000) por trabajos que nunca pasaban de un millón de pesos, con el objeto de ser utilizadas en la contabilidad de la citada sociedad. En los mismos basamentos se dejó establecido que el enjuiciado tenía un poder general de administración y disposición de bienes de un contribuyente afecto a IVA y que le ingresó en su contabilidad facturas falsas.”

El fallo no considera la declaración en que el mismo Ernesto Gallardo Cerda<sup>26</sup> manifiesta que: “En relación a las facturas que están a mi nombre y facturadas a nombre de Tomás Núñez, son trabajos realizados por mi persona y los valores que aparecen en las facturas están debidamente cancelados, además debo señalar que estas facturas las confeccionaba yo para cobrar los trabajos realizados”.

Esta declaración guarda total armonía con lo depuesto por Tomás Núñez<sup>27</sup>, quien señaló que: “... todas las facturas que aparecen emitidas a mi empresa son de trabajos realmente ejecutados y se encuentran físicamente en terreno”. Finalmente, la declaración del considerando segundo de la sentencia tampoco

<sup>26</sup> A fojas 334.

<sup>27</sup> A fojas 199 y 339.

guarda consonancia con las conclusiones a que llega el perito judicial, don Alberto Undurraga, en el sentido que las obras efectivamente se realizaron y que no hubo sobrevaloración.



## **La protección de los consumidores no excluye la aplicación estricta de las reglas del Código Civil**

FRANCISCO JAVIER MUJICA ESCOBAR

Abogado, Licenciado en Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

Profesor de Derecho Civil

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

- 1) Este artículo pretende promover la reflexión en torno a la calificación jurídica que se hace de actos jurídicos propios del derecho común y regulados por normas vigentes del Código Civil (el "CC"), pero que inciden en relaciones jurídicas regidas por la normativa protectora de los Derechos de los Consumidores (Ley N° 19.496), que no modifica aquellas normas. La reflexión es necesaria, por una parte, porque pareciera que la protección de los consumidores pasa por la distorsión de los principios, normas e instituciones del derecho común a través de la búsqueda de soluciones al margen de las mismas, y por otra, porque esto parece conmovir a muy pocos.

Es ilustrativa en esa dirección una sentencia reciente (13 de enero de 2015) de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago (la "sentencia de segunda instancia")<sup>1</sup> que en cuanto confirma sentencia del Vigésimo Segundo Juzgado de Letras Civil de Santiago (la "sentencia de primera instancia")<sup>2</sup>, califica como novación y contrato de adhesión un acto jurídico que de acuerdo a las normas del CC. de ninguna forma se le puede dar esa calificación..

- 2) La controversia se suscita a raíz de una demanda del Servicio Nacional del Consumidor (el "SERNAC") para la defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores por infracción de las normas de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores ("LPC") en contra de un proveedor de servicios financieros, la sociedad "Créditos Organización y Finanzas S.A." (el "Proveedor"). La sentencia de

<sup>1</sup> Corte de Apelaciones de Santiago (2015) Rol Civil 5992-2014.

<sup>2</sup> 22 Juzgado de Letras de Santiago "Servicio Nacional del Consumidor con Créditos Organización y Finanzas S.A." (2012) Rol C-1746-2012.

segunda instancia precisa el conflicto en los siguientes términos: "...lo sustancial de la controversia planteada dice relación con la naturaleza jurídica del documento que la demandada ofreció a sus clientes que presentaban morosidad en el pago de sus obligaciones y que se denomina 'Informativo Convenio'"<sup>3</sup>.

- 3) Para entender la controversia es necesario tener una idea de las cláusulas que conforman al acto jurídico impugnado, denominado "Informativo Convenio" (en adelante también "Convenio de Pago"). El documento suscrito contiene un título "NOTAS" bajo el cual se agrupan siete cláusulas, reproducidas en la sentencia de primera instancia: NOTA (1) "El 'Total Deuda', incluye el total de cuotas vencidas o por vencer, Gastos de Cobranza, Interés por Mora y Cargos fijos facturados y adeudados a la fecha y hora indicados en este documento". NOTA (2) "Las condonaciones corresponden a los montos calculados sobre la deuda indicada en este documento y de acuerdo a la campaña vigente al día de hoy". NOTA (3) "Los cargos por renegociar corresponden a las condiciones establecidas por la empresa para este tipo de renegociación de deuda al día de hoy". NOTA (4) "El pie comprometido por el cliente debe ser cancelado en el Módulo de Caja antes del cierre de la jornada". La NOTA (5) "Ese Convenio de Pago así como las respectivas condonaciones indicadas en este instrumento son válidas (sic) [debe entenderse no son válidas] hasta la cancelación del pie comprometido en pago". La NOTA (6) "En el caso que usted tenga una mora mayor de 180 días a las fechas comprometidas en este acuerdo, el presente convenio se anulará". La NOTA (7) "Este Convenio de Pago no produce novación de la deuda, por ello no conlleva la eliminación de los antecedentes comerciales, sino hasta el pago de la última cuota"<sup>4</sup>.
- 4) En ese contexto el SERNAC impugnó el Convenio de Pago en razón de que la demandada, por una parte, habría vulnerado los derechos básicos e irrenunciables de los consumidores, mediante una deficiente prestación del servicio de crédito, al mantener informados en las bases de morosidades a consumidores que repactaron sus deudas y, por otra, impugnó el "Informativo de Convenio" porque no sería otra cosa que un contrato de crédito, cuyas cláusulas, a juicio del SERNAC, tendrían el carácter de abusivas. En lo central de su demanda, el SERNAC persigue que: a) Se declare la responsabilidad infraccional de la demandada por vulnerar diversos artículos de la LPC y de la Ley 19.628, que establece normas sobre protección de datos de carácter personal, condenándola:

<sup>3</sup> Corte de Apelaciones de Santiago (2015) Rol Civil 5992-2014, considerando 10.

<sup>4</sup> 22 Juzgado de Letras de Santiago (2012) Rol C-1746-2012, al considerar la contestación de la demanda.

- (i) A pagar el máximo de las multas por cada una de las infracciones y por todos y cada uno de los consumidores afectados. (ii) A indemnizar los perjuicios ocasionados a los consumidores. b) Se declare la nulidad absoluta de las cláusulas del “Informativo Convenio” en razón de que resultarían abusivas en los términos del artículo 16 letra g) de la LPC. c) La demandada proceda a eliminar de los registros de morosidades y protestos en los que han sido informados los consumidores que suscribieron el “Informativo Convenio”<sup>5</sup>.
- 5) El Proveedor contestó la demanda solicitando su total rechazo, fundado entre otras, en las siguientes razones, que por el fin de este artículo me interesa destacar<sup>6</sup>:
- a) En cuanto a la naturaleza del acto jurídico impugnado, afirma que “...conforma un pacto, no un contrato de crédito, como erróneamente sostiene el SERNAC”. La sola circunstancia de conferir un “plazo de gracia” para el pago de la misma obligación más el pago de los beneficios concedidos (condonación de todos los intereses y gastos de cobranza), no altera el vínculo contractual que se mantiene. Se trata de un pacto, que extingue el derecho del acreedor para cobrar la totalidad de la obligación, la que deberá pagarse en los plazos y cuotas especificados en el acuerdo. Agrega que la LPC no ha derogado el artículo 1634 del CC., conforme al cual no hay novación sin ánimo de novar; intención que las partes, por lo demás, han excluido expresamente en la NOTA (7) antes transcrita. Por otra parte, de acuerdo al artículo 1649 del CC el otorgamiento de un nuevo plazo no constituye novación.
- b) Los proveedores que intervienen en el mercado tienen la obligación de proporcionar a los organismos competentes cierta información, como la morosidad de un deudor, con la finalidad de dar transparencia al mercado y dotarlo de la información necesaria para evitar crisis y estados de sobreendeudamiento. Destaca que esa obligación se encuentra consignada en normas de orden público como el Decreto Supremo 950 de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 28 de marzo de 1928 y sus modificaciones posteriores y en la Ley 19.628, sobre protección de datos personales (que el SERNAC estima infringida). Esta última, en su texto vigente al tiempo de la demanda del SERNAC, disponía en qué casos procede la eliminación de datos de la respectiva base (transcurso de 5 años desde exigibilidad obligación, pago y extinción de la obligación por cualquier otro modo). El demandado precisa que ninguno

<sup>5</sup> 22 Juzgado de Letras de Santiago (2012) Rol C-1746-2012, al considerar la demanda.

<sup>6</sup> 22 Juzgado de Letras de Santiago (2012) Rol C-1746-2012, al considerar la contestación de la demanda.

de esos casos se da tratándose de los deudores que habían suscrito el Informativo Convenio. Destaca además que la Ley 20.575 modificó la ley 19.628 después de iniciado el juicio, disponiendo que los registros o bancos de datos no podrán comunicar información respecto de obligaciones que hayan sido repactadas, renegociadas o novadas, o se encuentren con alguna modalidad pendiente.

- c) Ninguna de la NOTAS puede impugnarse como abusiva, fruto de la desinformación u obra de la mala fe. Por el contrario, es una oferta del acreedor dirigida a los deudores morosos, para facilitarles el cumplimiento de sus obligaciones, logrando con ello no sólo un pago parcializado, sino, lo que es más importante, evitando un juicio ejecutivo.
- 6) En base a esos antecedentes y fundamentos, los tribunales de primera y de segunda instancia en los considerandos de sus sentencias parecen confirmar el diagnóstico inicial de este artículo, en orden a que la protección de los consumidores pasa por la distorsión de los principios, normas e instituciones del derecho común a través de la búsqueda de soluciones al margen de las mismas, como paso a demostrar con los siguientes comentarios:
- A. La sentencia de primera instancia, confirmada en esto por la de segunda, expresa la convicción del tribunal de que en el caso sublite opera la novación como modo de extinguir las obligaciones, toda vez que: "... el demandado no se limita exclusivamente a otorgar un plazo de gracia, como lo sostiene, sino que se genera una nueva operación de crédito que posee su propio folio de 'renegociación', se suscribe un documento denominado 'Informativo Convenio', y luego, en virtud del pago que debe efectuar el consumidor, denominado pie inicial, se procede a la generación de un comprobante de pago interno que acredita dicha circunstancia, lo que en consecuencia generan nuevas obligaciones estipuladas en el documento ya indicado". En el mismo considerando agrega que estando inmerso el Informativo Convenio en una relación asimétrica entre el Proveedor y el Consumidor, "donde no cabe aplicar las reglas generales del Código Civil en su acepción pura, sino modificadas conforme los principios de las reglas del consumo, donde (sic) corresponde al juez restablecer ese equilibrio, estimándose abusiva la nota N° 7 del informativo convenio se la declara, en consecuencia, nula y sin ningún valor [el subrayado es nuestro]"<sup>7</sup>.

Este último fundamento pareciera querer justificar el primero, es decir, que dado que no corresponde "aplicar las reglas generales del Código Civil en su acepción pura", entonces cabe calificar el "Informativo Con-

<sup>7</sup> 22 Juzgado de Letras de Santiago (2012) Rol C-1746-2012, considerando 27.

venio” como una novación a pesar de que no exista el ánimo de novar exigido por el artículo 1634 del Código Civil. La novación en nuestro ordenamiento jurídico es una sola y su regulación está contenida en los artículos 1628 a 1651 del CC. Estas normas exigen que: “Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar...”. En el Informativo Convenio no sólo no existe la voluntad expresa de novar, sino que la novación se ha excluido en la NOTA (7) en términos directos y explícitos. Se podrá señalar que se ha declarado la nulidad de esa cláusula y con ella su ineficacia retroactiva, de manera que no hay exclusión expresa de la novación. No obstante, la circunstancia de haberse incluido esa cláusula, aunque se declare su nulidad, excluye que se pueda considerar una voluntad tácita de novar, que si bien el artículo 1634 del CC la acepta, supone que la conducta del Proveedor revele su voluntad de novar de forma concluyente e inequívoca, sin ambigüedades y posibilidad de distintas interpretaciones, como la doctrina y jurisprudencia han entendido, debe configurarse la manifestación tácita de voluntad [León Hurtado, Avelino (1991): *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile)]. Esa revelación de la voluntad en términos inequívocos y no sujeta a interpretaciones, tampoco se desprende del resto de las cláusulas del Informativo Convenio, como lo demuestro con el comentario siguiente.

- B. Por su parte, la sentencia de segunda instancia destaca que respecto del Informativo Convenio “...no es aplicable la norma del artículo 1.649 del Código Civil, porque, como ya se dijo, las condiciones establecidas, lejos de constituir sólo un nuevo plazo, han creado una nueva obligación para el deudor”<sup>8</sup> y agrega que: “...se ha generado un contrato que genera (sic) nuevas obligaciones para el consumidor-deudor moroso, por de pronto pagar ‘un pie’ y el monto restante se pagaría en cuotas, teniendo en cuenta que las cuotas vencidas y por vencer, además de los intereses, gastos de cobranza y gastos administrativos, constituye lo que el mismo documento denomina ‘el total de la deuda’, que obviamente ya no es la primitiva, que el cliente debía pagar”<sup>9</sup>.

Bajo la misma inspiración de protección al consumidor, la sentencia de segunda instancia complementa el razonamiento de la de primera, calificando jurídicamente lo dispuesto en diversas NOTAS del Informativo Convenio, como manifestaciones de voluntad que configuran un acto creador de obligaciones, pero desconociendo, al igual que la sentencia que confirma, que no hay ánimo de novar.

<sup>8</sup> Corte de Apelaciones de Santiago (2015) Rol Civil 5992-2014, considerando 10.

<sup>9</sup> Corte de Apelaciones de Santiago (2015) Rol Civil 5992-2014, considerando 11.

Teniendo en consideración las mismas NOTAS del Informativo Convenio y dado que no hay ánimo de novar, bien se puede hacer una calificación jurídica diferente de éstas. Lo que la NOTA (1) denomina "Total Deuda" (y que la sentencia califica como una nueva obligación) puede entenderse perfectamente como el monto total adeudado por el deudor, comprensivo del capital, intereses, gastos de cobranza, cargos fijos facturados, etc. Que esa deuda no es una nueva obligación se puede desprender de la NOTA (2) en cuanto señala que el acuerdo de pago opera "sobre la deuda indicada en este documento" que es, precisamente, el "Total Deuda" a que se refiere la NOTA (1). Por su parte, el pie que debe pagar el deudor, lejos de calificarse como una nueva obligación, se puede entender como una parte de la deuda no condonada que debe pagar el deudor como condición suspensiva del acuerdo, que no es sino un resguardo para el acreedor y una aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.591 del CC, según el cual salvo convención contraria, el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba.

- C. Finalmente, cabe preguntar cuál pudiera ser la razón por la que en este caso se pretende la protección del consumidor sobre la base de "...no aplicar las reglas generales del Código Civil en su acepción pura" y, por tanto, se califica un acto jurídico como novación (y en su dimensión creadora de obligación como un contrato y, en particular, como un contrato de adhesión) y no como un acto jurídico que no extingue obligaciones y otorga un escenario favorable al deudor.

La razón radica en la circunstancia que el Convenio de Pago si bien es beneficioso para el consumidor porque extiende el tiempo para pagar la deuda y lo libera de una situación apremiante como lo es el juicio ejecutivo, sin embargo, de acuerdo a las normas de la Ley 19.628 vigentes al momento del Informativo de Convenio, no permitía la eliminación del deudor moroso del Boletín Comercial, porque la obligación no se extinguía. La novación, en cambio, sí permitía su eliminación en cuanto la obligación se extingue totalmente por la sustitución de la obligación que se crea.

El problema, por consiguiente, no está en las normas del Código Civil, como podría pensarse equivocadamente. El acuerdo suscrito entre el Proveedor y sus deudores, tal cual se acordó, es beneficioso para éstos y eso es lo que debe primar. Es más, de no haber mediado el Informativo Convenio, lisa y llanamente, pero sin estigma alguno para el Proveedor, el Consumidor se habría mantenido en el boletín comercial (en resguardo del acreedor y del mercado) y, en cuanto es legitimado pasivo de la acción ejecutiva, habría tenido que enfrentar un juicio ejecutivo en

su contra, con el consiguiente beneficio para el Proveedor en cuanto titular de derecho personal y desmedro para el Consumidor en cuanto deudor moroso.

El problema radicaba en la Ley 19.628, que no permitía al Proveedor requerir la eliminación del deudor del boletín comercial. Modificada esa ley por la Ley 20.575, en la actualidad el problema no se presenta, porque se ordena eliminar los datos de obligaciones que hayan sido repactadas, renegociadas o novadas, o se encuentren con alguna modalidad pendiente. De acuerdo a esta legislación, por lo tanto, haya o no una novación, los datos de los consumidores no deben seguir registrados e informados en el boletín respectivo.

Ha sido la modificación introducida por la Ley 20.575 la que ha permitido la protección del consumidor, de modo que ésta se ha logrado por una vía diversa a la distorsión de los principios, normas e instituciones del derecho común.

7. Finalmente, es fundado concluir, que la protección de los consumidores no excluye la aplicación estricta de las reglas del Código Civil. Estas normas no se deben plantear como un obstáculo en el logro de ese fin y, por consiguiente, la distorsión de las mismas no debe ser un imperativo para que los tribunales califiquen erróneamente un acto jurídico con miras a lograr un objetivo que se puede alcanzar por otra vía.





# **Sobre el resarcimiento del daño patrimonial a consecuencia de un delito: fallo de la Corte Suprema causa rol N° 9.573-2014**

(Contra Aaron Vásquez y su padre,  
por el asesinato de Alejandro Inostroza)

ALEJANDRO LEIVA LÓPEZ  
Profesor de Derecho Penal,  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO  
Magíster en Derecho Penal,  
UNIVERSIDAD DE CHILE  
Doctorando en Derecho Penal,  
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

## **El Caso**

En noviembre de 2008, doña María Eugenia Villarroel Canales, madre del fallecido joven Alejandro Inostroza, dedujo demanda en Juicio Ordinario de Indemnización de Perjuicios –por Responsabilidad Civil Extracontractual–, en contra de Aarón David Vásquez Muñoz, y en contra de su padre, Jorge Javier Vásquez Daza (Causa Rol N° 24.132-2008).

La acción se fundó en la condena por el homicidio calificado de su hijo, por el que Aarón Vásquez fue declarado autor en grado de consumado mediante sentencia ejecutoriada del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago (dictada el 30 de octubre de 2007 en la causa RUC N° 0600764824-1), y en la responsabilidad solidaria que le cabría a su padre Jorge Vásquez Daza –por el actuar de su hijo–, quien a la fecha de comisión del delito era menor de edad.

El homicidio que dio origen a dicha sentencia penal, se produjo la noche del 28 de octubre de 2006, específicamente en la Plaza Pedro de Valdivia de la comuna de Providencia. Según el fallo, los golpes que Vásquez, por ese entonces de 17 años, le propinó a Alejandro Inostroza con un bate de béisbol, le causaron la muerte.

El 28° Juzgado Civil de Santiago, que conoció de la causa por indemnización de perjuicios referida, dictó sentencia con fecha 6 de octubre de 2011, dando

lugar a la demanda, en cuanto condenó a los demandados a pagar a la demandante, en forma simplemente conjunta, la suma de \$200.000.000.- (doscientos millones de pesos) por concepto de indemnización por daño moral, rechazando el cobro de indemnización por lucro cesante.

La sentencia fue apelada por la parte del demandado Vásquez Daza (el padre del condenado), recurso al cual adhirió la actora. La Corte de Apelaciones, mediante fallo de 7 de marzo de 2014, lo revocó a favor de la madre, en aquella parte que rechazaba el resarcimiento del lucro cesante pretendido, y en su lugar lo acogió, disponiendo que los demandados pagaran por ese rubro a la actora, también de manera simplemente conjunta, la suma de \$12.000.000.

En lo demás, confirmó la decisión en alzada, con declaración de que el monto que por concepto de daño moral deben solventar los demandados Vásquez Daza y Vásquez Muñoz es de \$250.000.000, adicionando a ambas cantidades los incrementos que indica. La parte del demandado Jorge Javier Vásquez Daza impugnó esta última sentencia mediante un recurso de casación en el fondo, fallo que comentamos a continuación:

### **Comencemos:**

Recordemos que nuestro Código Procesal Penal (CPP) como *Principio General*, establece en su artículo 59 inciso segundo que:

“... durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este Código, todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. **La víctima podrá también ejercer esas acciones civiles ante el tribunal civil correspondiente**”.

En el caso concreto, y ante el fallecimiento del menor Inostroza, fue su madre –en virtud del artículo 108 del CPP– quien finalmente entabló la acción contra Vásquez y su padre, como se ha señalado.

Asimismo, es relevante recordar que al momento de cometerse el homicidio, el autor era menor –diecisiete años–, lo que, si bien lo hace capaz a la luz de las reglas de la Responsabilidad Civil Extracontractual –artículo 2316 del Código Civil–, concurriendo las condiciones del artículo 2320 puede proceder, también, la responsabilidad de su padre o madre, en calidad de tercero civilmente responsable o, incluso, en forma simultánea con la situación prevista en el artículo 2321 del mismo Código.

Así, existiendo sentencia condenatoria en sede civil confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, lo relevante para la Corte Suprema fue dilucidar si en

contra del demandado Jorge Vásquez Daza –padre del menor homicida–, se podría establecer el vínculo de subordinación de éste con su hijo y codemandado Aarón Vásquez Muñoz (es decir, aplicación del artículo 2320 del Código Civil) y la circunstancia de que el delito cometido por este último provenga de la mala educación o de los hábitos viciosos que los padres le han dejado adquirir (elementos del art. 2321 del mismo cuerpo legal).

Sobre ello, la Corte señala que "... la norma del artículo 2320 responde a la hipótesis en que el hijo menor de edad viva en casa del padre, permitiendo exonerarse de responsabilidad al padre en caso que no hubiere podido impedir el hecho. Se trata de una norma basada en la trasgresión del deber de vigilancia o cuidado que todo padre o madre debe tener respecto de sus hijos que viven en su casa, hasta que no cumplan la mayoría de edad.

En cambio, la norma prescrita en el artículo 2321 es mucho más extensa, porque no tiene limitación temporal, ni permite exoneración alguna, cuando el delito cometido por los hijos menores proviene "conocidamente" de la mala educación o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir. El adverbio "siempre" que contiene el artículo comentado, connota la idea de que, dado el presupuesto fáctico, habrá lugar a la responsabilidad, sin excepción alguna, aunque, en verdad, no se trata de una presunción de responsabilidad, sino de una culpa probada, bajo un criterio, si se quiere, de imputación causal tipificada".

La ley asume que una mala educación o los hábitos viciosos que se han dejado arraigar pueden ser causantes de malos comportamientos que producen daño, pero se podrá condenar sólo en la medida de que se pruebe que "conocidamente" los daños causados por el hijo provienen de mala educación o de hábitos viciosos que le han dejado adquirir sus padres.

La tesis esgrimida por los Sres. Vásquez (padre e hijo) se funda en que, para poder declarar la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos menores deben concurrir todos los presupuestos de esa presunción, es decir, debe acreditarse que los hijos infractores vivan, al momento de su conducta dañosa, en la misma casa que sus padres y que éstos no han podido impedir el hecho (requisitos del artículo 2320 del Código Civil), así como que el delito o cuasidelito que cometan conocidamente provenga de su mala educación o de los hábitos viciosos que los padres les han dejado adquirir (exigencias del artículo 2321 del mismo texto legal).

En otras palabras, ambas disposiciones constituirían un estatuto unitario e inseparable de responsabilidad extracontractual de los padres en relación a los daños provocados por sus hijos menores.

El fallo de la Corte frente a dicha interpretación es tajante y la tiene por desechada en todas sus partes –postura que compartimos–, pues las hipótesis de

ambas normas responden a diferentes deberes u obligaciones, por lo que no se reclaman mutuamente. Un padre puede no haber fallado en la educación de sus hijos y ser no obstante responsable de los daños que ellos causen, si no se acredita en el proceso que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe sobre sus hijos, no hubiere podido impedir un hecho dañoso.

Esta circunstancia no quedó acreditada en el juicio ni el recurrente se alzó sobre este extremo en su recurso, por lo que no procede en ningún caso exonerar de responsabilidad al demandado.

Así, y para la Corte "...aparece conforme a derecho la condena civil de los demandados, basada exclusivamente en el artículo 2320 del Código Civil, no obstante haberse descartado expresamente la responsabilidad del padre contenida en el artículo 2321 del mismo cuerpo legal... Un padre puede no haber fallado en la educación de sus hijos y ser no obstante responsable de los daños que ellos causen, si no se acredita en el proceso que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe sobre sus hijos, no hubiere podido impedir un hecho dañoso".

El antecedente a registrar dice relación con la posibilidad de accionar contra los padres, en cuanto a los delitos cometidos por sus hijos menores que se encuentren a su cuidado y no hubieron podido impedir, como aquellos delitos y cuasidelitos que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir, vivan o no junto a ellos.

Dicha opción procesal es posible, pues tanto el sistema penal como las normas civiles mencionadas permiten construir los fundamentos de responsabilidad –extracontractual– para hacer valer los daños y perjuicios provocados y derivados de ilícitos penales que ameriten indemnización.

El fallo de la Suprema confirma aquello, y sienta importante jurisprudencia en cuanto al resarcimiento del daño patrimonial que acarrearán crímenes graves, como el aquí comentado, ya sea por concepto de lucro cesante, daño emergente, o el de mayor dificultad en su determinación, como es el daño moral.

# Algunas tendencias jurisprudenciales sobre el recurso de apelación en materia penal

RODRIGO VERA LAMA

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN,

Abogado

**RESUMEN:** El propósito de este trabajo es analizar las recientes tendencias jurisprudenciales de los Tribunales Superiores de Justicia de Chile, en lo tocante a la extensión que se ha dado a la procedencia del recurso de apelación a ciertas instituciones del ámbito penal.

\* \* \*

## Aproximación conceptual.

El sistema recursivo que plantea el Código Procesal Penal es, sin duda, bastante restringido, lo que representa una innovación con respecto a la tradición jurídica procesal nacional. Así se explica en la historia fidedigna del establecimiento de esta ley, donde encontramos el mensaje<sup>1</sup> que dio origen al Código en comento, en el que se señala: “La concepción básica que inspira el régimen de recursos que el proyecto propone implica un radical cambio en el sistema de controles de la actividad de los jueces penales. El modelo vigente funciona sobre la base de un muy intenso sistema de controles verticales. Prácticamente todas las decisiones de relevancia que un juez del crimen adopta son objeto de revisión, incluso sin reclamación de parte, por sus superiores jerárquicos. Este sistema, que se explica históricamente por la necesidad de controlar a un órgano único en primera instancia, con exceso de atribuciones, ha contribuido fuertemente a la irracionalidad administrativa del sistema, a la desvalorización de las decisiones del juez individual y a las ya mencionadas burocratización y pérdida de individualidad de la función judicial y su proyección pública (...) Los cambios más importantes que el proyecto propone se refieren a la apelación y a la consulta. Estos mecanismos de control no resultan en general compatibles con el nuevo sistema. La primera razón para ello dice relación con la contradicción entre la forma de tramitación de esos recursos y la centralidad del juicio oral en el procedimiento propuesto. La vigencia de un sistema oral requiere que el

<sup>1</sup> Mensaje N° 110-331 del Presidente de la República, de 09.JUN.1995. Boletín 1630 – 07 del Congreso Nacional.

fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces obtienen en el juicio. En consecuencia, su revisión por parte de jueces que no han asistido al juicio y que toman conocimiento de él por medio de actas, lo priva de su centralidad confiriéndosela, en cambio, a la tramitación del recurso de apelación (...) No obstante, hay algunas situaciones en las que la apelación no ha podido ser evitada. En primer lugar, están aquellos casos en que el tribunal de control de la instrucción dicta resoluciones que no siendo sentencias definitivas ponen término al procedimiento, como son los sobreseimientos. En segundo lugar, están aquellas resoluciones que, aun siendo provisionales, afectan de modo irreparable los derechos de algunos de los intervinientes, como la que ordena la prisión preventiva respecto del imputado o en general aquellas que se refieren a medidas cautelares. En ambas situaciones ha parecido imprescindible que las resoluciones de un tribunal unipersonal sean revisadas por un tribunal con mayor número de integrantes, como es una sala de la Corte de Apelaciones". A su vez, en doctrina se ha dicho que "en el nuevo sistema se abandona la pretensión de controlar la actuación de los jueces a través de la revisión de lo obrado por los tribunales superiores, en lo que se suele calificar de control vertical y a posteriori de la resolución judicial, y se reemplaza por la consecución de una intervención de los interesados en la producción misma de la decisión judicial, es decir, un control que podría denominarse horizontal, que es lo propio del proceso jurisdiccional".<sup>2</sup> Otro autor caracteriza el sistema acusatorio diciendo: "se controlan unos a otros, se fiscalizan todos con todos, y la legislación contempla los mecanismos de alerta y los remedios de situaciones tales que pudiesen afectar las garantías constitucionales y los derechos esenciales de alguno. Por eso es que en los sistemas acusatorios pierden fuerza los conceptos de tribunal superior jerárquico, revisiones forzadas o consultas, doble instancia (...)".<sup>3</sup> También se ha sostenido que "en el contexto del sistema procesal penal chileno anterior a la reforma, tributario del sistema inquisitivo traspasado a Iberoamérica a través de las Siete Partidas y fundado claramente en una organización profundamente jerárquica del Poder Judicial, la existencia de un intenso régimen de recursos parecía desde todo punto de vista justificada, y caracterizó al procedimiento penal previo a la reforma. No sólo la sentencia definitiva era esencialmente apelable, sino que también, con gran amplitud, las resoluciones adoptadas por el juez de instrucción durante la etapa de investigación (sumario). El recurso aparecía concebido claramente como una instancia de control de las decisiones de los tribunales inferiores más que como un derecho de los imputados o condenados".<sup>4</sup> Luego, como una de las características de este nuevo régimen recursivo, se menciona justamente "la

<sup>2</sup> CAROCCA PÉREZ, Alex. *Manual: El Nuevo Sistema Procesal Penal*, LexisNexis, Santiago, 2005, página 269.

<sup>3</sup> SILVA MONTES, Rodrigo. *Manual de Procedimiento Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, páginas 153 – 154.

<sup>4</sup> HORVITZ LENNON, María, y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, páginas 348 – 349.

disminución de su intensidad o, si se prefiere, de la frecuencia e importancia de su utilización como vía de impugnación”.<sup>5</sup>

También debemos hacer presente que las normas contenidas en los Títulos I, II y III del Libro Tercero del Código Procesal Penal, relativas a disposiciones generales sobre recursos, recurso de reposición y recurso de apelación, respectivamente, no han sufrido modificación alguna desde su entrada en vigencia en el año 2000, lo que puede entenderse como una conformidad del legislador con este sistema recursivo imperante desde aquel año.

Ahora bien, para entrar al análisis específico del recurso de apelación y su concepto, que está dado en el Código de Procedimiento Civil, lo primero que debemos hacer es exponer sucintamente lo relativo a la aplicación supletoria de este último cuerpo normativo en virtud del artículo 52 del Código Procesal Penal, que establece: “Serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil”, el que debe ser observado, en materia recursiva, a la luz del artículo 361: “Los recursos se regirán por las normas de este Libro. Supletoriamente, serán aplicables las reglas del Título III del Libro Segundo de este Código”, lo que ha implicado que no sea del todo pacífica aquella aplicación supletoria que postula el artículo 52, pues el artículo 361 fue producto de una modificación introducida en el Senado al texto original del proyecto que se remitía a las disposiciones contenidas en el Título XVIII del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, justificándose el cambio en que “se estimó que una remisión a las normas comunes de la apelación civil, podría entorpecer el recurso, porque son sistemas incompatibles, y porque el Código de Procedimiento Civil está enfocado hacia un procedimiento inquisitivo y escrito. Se sugirió incorporar una regla en la parte general de los recursos que haga aplicable a éstos el debate del juicio oral”.<sup>6</sup> Debido a esta variación experimentada en el Senado, parte de la doctrina ha entendido que “en materia de recursos, no son nunca aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil, asumiendo que el artículo 361 CPP limitaría así, en esta materia, la remisión general que el artículo 52 del Código Procesal Penal hace a las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil. En nuestra opinión, el artículo 361 CPP no suprime completamente la remisión del CPP a las normas comunes del CPC, sino que sólo intercala, con carácter preferente en el orden supletorio, las reglas del juicio oral. Allí donde las reglas del juicio oral no alcanzan a resolver el vacío, entendemos, sin embargo, que es perfectamente posible acudir a las normas comunes a todo procedimiento que

<sup>5</sup> Ídem, páginas 351-352.

<sup>6</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 20.JUN.2000. Boletín 1630 – 07 del Congreso Nacional.

rigen en materia civil, porque de lo contrario el vacío legal queda sin solución”.<sup>7</sup> Nosotros adherimos a esta última postura.

Dicho lo anterior, el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil prescribe que el recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior. En doctrina se ha dado una definición más comprensiva del recurso de apelación: “es aquel recurso ordinario que la ley concede al litigante que se siente agraviado por una resolución judicial, para recurrir al tribunal superior inmediato, a fin de que la revoque o modifique, dictando al efecto la que considere más justa, con pleno conocimiento de la cuestión controvertida”.<sup>8</sup> En cuanto a la justificación de este medio de impugnación, la doctrina ha afirmado: “Se ha discutido mucho entre los autores acerca de las ventajas e inconvenientes de la apelación, problema que se desplaza hacia la conveniencia o inconveniencia de establecer la jurisdicción de doble instancia. Para nosotros, en síntesis, el recurso de apelación tiene fundamentos psicológicos y técnicos. Psicológicos, porque es de la naturaleza humana rebelarse, alzarse, en contra de una solución que se estima injusta, y también el hecho de poner mayor cuidado en una labor que, se sabe de antemano, será revisada por una autoridad jerárquicamente superior; y técnicos, porque mediante la doble instancia se consigue reparar los errores o las injusticias que pueden cometer los jueces inferiores, lográndose, a la postre, una mejor y más eficiente administración de justicia”.<sup>9</sup> Además de estos fundamentos, en materia de la reforma procesal penal también se puede afirmar que el recurso de apelación es un medio de impugnación con vocación de satisfacer la justicia material donde existen vacíos, situación que se encuentra en estrecha vinculación con el “derecho al recurso”, que se ha definido como “el reconocimiento a las partes e intervinientes de la titularidad de la facultad o poder para impugnar las sentencias de fondo (y resoluciones equivalentes) que le agravian, a través de un recurso que permita la revisión del enjuiciamiento de primer grado y asegure un conocimiento adecuado o correspondiente a su objeto”<sup>10</sup>, y que se extrapola del artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República: “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”, en relación al artículo 14 N° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>11</sup>: “Toda persona

<sup>7</sup> HORVITZ y LÓPEZ, ob. cit., página 365.

<sup>8</sup> CASARINO VITERBO, Mario. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, página 133.

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> DEL RÍO FERRETI, Carlos. “Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca, Santiago, 2012, página 257.

<sup>11</sup> DS N° 778/1976 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 29 de abril de 1989.



declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”, y al artículo 8 N° 2 letra h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>12</sup>: “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, aplicables en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución; debiendo interpretarse el “derecho al recurso” de una forma no restrictiva.<sup>13</sup> Eso sí, debemos consignar que el Tribunal Constitucional, en el caso rol 2452 – 13 – INA, con fecha 17.OCT.2013, ha reiterado que “el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación”, materia en la que no profundizaremos por exceder el ámbito de este modesto estudio. Ahora bien, para explicitar lo relativo a la necesidad de satisfacer la justicia material, reseñaremos la situación que de forma meridiana describe un autor: “La lacónica norma del CPP que hace referencia a la sentencia definitiva sin más, sin advertir que dentro de ella pueden existir contenidos – decisiones que no son los que típicamente se consideran esenciales, tales como los que se refieren a los beneficios alternativos a la pena o las costas, ha generado el problema respecto de la posibilidad de atacar estas decisiones comprendidas en la sentencia definitiva. La jurisprudencia –últimamente Sentencias Corte Suprema, Rol N° 2.055-2008, de 26 de mayo de 2008 y Rol N° 1.239-09, de 25 de marzo de 2009– y la doctrina se han pronunciado por la desestimación de la posibilidad de recurrir en contra de estos contenidos de la sentencia, pues aun cuando se hallen contemplados en ella, en realidad no forman parte de la misma en cuanto su naturaleza jurídica no sería la de sentencia definitiva (resolución que resuelve el asunto controvertido), afirmación que se hace con base en la denominada tesis de la desintegración o disgregación de la sentencia definitiva. Este criterio resulta discutible, pues el problema es más complejo de lo que parece, sobre todo si se atiende a la evidente estrechez del sistema recursivo chileno, lo cual en la práctica dejaría a un conjunto de decisiones judiciales importantes en la esfera del arbitrio judicial sin control de juridicidad de ninguna especie”.<sup>14</sup>

Continuando con el análisis, y a fin de acotar el mismo, nos abocaremos a reseñar cuáles son las hipótesis legales de procedencia del recurso de apelación, es decir, las resoluciones susceptibles de ser impugnadas por este medio en el ámbito penal. Así, el artículo 364 del Código Procesal Penal señala que serán inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal. Lo anterior sin perjuicio de que el artículo 37 de la Ley N° 18.216<sup>15</sup> expresamente

<sup>12</sup> DS N° 873/1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 5 de enero de 1991.

<sup>13</sup> VALENZUELA VILLALOBOS, Williams. “Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia “Mohamed vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuestiones a tener en consideración sobre el sistema recursivo en el proyecto de Código Procesal Civil”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca, Santiago, 2013, página 728.

<sup>14</sup> DEL RÍO FERRETI, ob. cit., página 262.

<sup>15</sup> Diario Oficial de la República, Santiago, 14 de mayo de 1983.

considera el recurso de apelación respecto de las decisiones judiciales sobre penas sustitutivas. Luego, el artículo 370 prescribe que las resoluciones dictadas por el juez de garantía serán apelables en los siguientes casos: a) Cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, y b) Cuando la ley lo señalare expresamente. También el Código contempla la posibilidad de apelar resoluciones dictadas por Cortes de Apelaciones en los casos de los artículos 418 y 427, sobre desafuero y querrela de capítulos, respectivamente, y las dictadas por un Ministro de la Corte Suprema en la situación del artículo 450 sobre extradición pasiva. A su vez, el artículo 63 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales preceptúa que las Cortes de Apelaciones conocerán en primera instancia: "a) De los desafueros de las personas a quienes les fueren aplicables los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 58 de la Constitución Política; b) De los recursos de amparo y protección, (...) y d) De las querrelas de capítulos". El N° 3 letra b) del mismo artículo determina que las Cortes conocerán en segunda instancia de las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por un juez de garantía. El N° 5 señala que las Cortes también conocerán de los demás asuntos que otras leyes les encomienden. Por otro lado, el artículo 96 de este último Código expresa que corresponderá a la Corte Suprema en pleno: "2° Conocer de las apelaciones que se deduzcan en las causas por desafuero de las personas a quienes les fueren aplicables los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 58 de la Constitución Política". A su vez, el artículo 98 dispone que la Corte Suprema conocerá, en sala: "4° De las apelaciones deducidas contra las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones en los recursos de amparo y de protección". Así las cosas, este es el marco jurídico en el que deben actuar los Tribunales en relación a la apelación en sede penal. Sin embargo, en ciertas instituciones, teniendo como justificación quizás los precitados fundamentos psicológicos, técnicos y de justicia material ante la existencia de vacíos, las Cortes han avanzado en sus resoluciones extendiendo el ámbito de aplicación del recurso de apelación a situaciones que no aparecen nítidamente previstas por el legislador. Así, nuestro estudio se centrará en analizar y reseñar aquella jurisprudencia que se refiere al recurso de amparo, denegación del sobreseimiento definitivo, competencia de Juzgados de Garantía, medidas cautelares, costas, reapertura de la investigación, y aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil en materias diversas; mostrando, por un lado, casos donde se ha acogido y, por otro, situaciones en que se ha rechazado extender la procedencia del recurso de apelación.

## **Recurso de amparo**

A esta acción constitucional se refiere el artículo 21 de la Constitución Política de la República, y el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del Recurso de Amparo de 19.DIC.1932, donde no se establece la forma de recurrir respecto de la resolución que sobre el amparo se pronuncia, pues

aquella materia está regulada de forma pormenorizada en los artículos 306 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, no habiendo normas análogas en el Código Procesal Penal. Así, este vacío procedimental ha sido completado por la Corte Suprema conociendo de un recurso de hecho.

- Rol 9638 – 2014, 29.MAY.2014. “4° Que, en primer término, no se equivocan los Ministros informantes cuando sostienen que el Código de Procedimiento Penal no ha sido derogado orgánicamente ni por el legislador ni por el constituyente –aun cuando sí irá cayendo paulatinamente en desuso–, ya que el primero sólo ha establecido en el artículo 483 del Código Procesal Penal que las disposiciones de este texto se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia, mientras que el segundo, en la 8ª disposición transitoria, estatuye que el capítulo VII de la Constitución, ‘Ministerio Público’, la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones. De esa manera ni el Código Procesal Penal ni la Constitución derogan expresa o tácitamente la ley procesal a que se sujetan los hechos anteriores a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal. Mas al disponer el legislador ordinario y constitucional que aquellos hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal se regirán por este ordenamiento, ello implica, a contrario sensu, que los mismos no se someten al Código de Procedimiento Penal, pues mal podría disponerse o permitirse que el mismo hecho o negocio jurídico sea conocido y resuelto mediante dos procedimientos diametralmente opuestos –uno de corte inquisitivo y otro acusatorio–. Y en ese orden de ideas, siendo el articulado del procedimiento de amparo (contenido en el título V, ‘Del procedimiento de amparo’), parte de la normativa procedimental con la que el Código de Procedimiento Penal regula el sumario del antiguo juicio criminal (al incluirse en la primera parte ‘Del Sumario’, de su libro II ‘Del juicio ordinario sobre crimen o simple delito’), tal preceptiva adjetiva, sin perjuicio que antes haya servido junto al Auto Acordado de esta Corte para ordenar la tramitación de la acción constitucional de amparo, no puede actualmente gobernar procedimentalmente hechos hoy sujetos a las disposiciones del Código Procesal Penal. 5° Que despejado lo anterior, debe ahora consignarse que el Código Procesal Penal sólo regla en sus artículos 370 y 364, los casos en que las apelaciones contra las resoluciones dictadas por los Tribunales de Garantía y de Juicio Oral en lo Penal son procedentes, respectivamente, sin estatuir la procedencia o improcedencia de la apelación respecto de la resolución que se pronuncia, acogiendo o rechazando, la acción constitucional de amparo. Frente a tal omisión, el

artículo 52 del Código Procesal Penal hace aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en ese Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el libro I del Código de Procedimiento Civil, entre las que se halla el artículo 187, el cual prescribe que son apelables todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia, salvo en los casos en que la ley deniegue expresamente este recurso. Pues bien, dando por sentado que no hay ley que expresamente deniegue el arbitrio en análisis, la sentencia de la Corte de Apelaciones que acoge o rechaza la acción constitucional de amparo del artículo 21 de la Constitución Política de la República es, de conformidad al artículo 158, inciso 2°, del Código de Procedimiento Civil, una sentencia definitiva, y por tanto apelable. El aserto anterior –procedencia de la apelación– es concordante con las normas orgánicas atinentes a la materia, pues los artículos 63 N° 2 letra b) y 98 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales prescriben que las Cortes de Apelaciones conocerán ‘en primera instancia’ de los recursos de amparo, y que las salas de la Corte Suprema conocerán de ‘las apelaciones’ deducidas contra las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones en los recursos de amparo. 6° Que ahora bien, en lo concerniente al plazo para deducir el recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia que se pronuncia sobre la acción de amparo constitucional, a diferencia de la materia comentada en el basamento anterior, este asunto sí está previsto en el Código Procesal Penal de manera general. En efecto, el artículo 366 dispone que ‘El recurso de apelación deberá entablarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución impugnada’, sin restringir tal determinación temporal a algún tipo de resolución, procedimiento o tribunal, siendo por tanto aplicable al recurso en comento. 7° Que así las cosas, del engarce de todo lo dicho se concluye que el plazo para apelar de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones al resolver la acción de amparo del artículo 21 de la Constitución Política de la República, es de 5 días computados de conformidad a los artículos 14 y 366 del Código Procesal Penal”.

### **Denegación del sobreseimiento definitivo**

El artículo 93 del Código Procesal Penal establece que el imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes, y en especial tendrá derecho a: f) Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare, sin precisar esta norma qué recurso puede interponer el imputado. A su vez, el artículo 253 dispone que el sobreseimiento sólo será impugnabile por la vía del recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva, precepto que podría

entenderse acotado solo a la resolución que decreta el sobreseimiento. Sin embargo, sobre la materia, en el ámbito jurisprudencial de manera uniforme se ha resuelto que procede el recurso de apelación en contra de la resolución que niega lugar al sobreseimiento.

- a) Corte de Apelaciones de Talca. Rol reforma procesal penal 634 – 2009, 29.ENE.2010. “el legislador procesal penal reconoce a los imputados el derecho de solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare, y el recurso de apelación es el que procede en contra de las resoluciones que se pronuncian respecto del sobreseimiento definitivo. 3º) Que en estas condiciones, se acogerá el presente recurso de hecho en contra de la aludida resolución que declaró inadmisibile el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución que rechazó la solicitud de sobreseimiento”.
- b) Corte de Apelaciones de Santiago. Rol reforma procesal penal 928 – 2010, 18.MAY.2010. “2º.- Que del mérito de lo expuesto precedentemente y de los antecedentes del sistema computacional que se han tenido a la vista, es posible concluir que la situación en estudio se encuentra enmarcada en la hipótesis prevista en el artículo 370 letra B, en relación con el artículo 93 letra f, único escenario en el que esta última norma resulta practicable”.
- c) Corte de Apelaciones de Chillán. Rol amparo – protección – hecho – queja 583 – 2013, 27.NOV.2013. “5º.- Que el artículo 370 del Código Procesal Penal dispone que las resoluciones dictadas por el juez de garantía serán apelables letra b) cuando la ley lo señale expresamente y en este caso es aplicable el artículo 93 letra f) del Código Procesal Penal, que hace apelable la resolución que rechaza el sobreseimiento definitivo. A mayor abundamiento, de los artículos 247 y 253 del cuerpo legal precitado se puede establecer que la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de sobreseimiento es apelable, lo que se ve reforzado por el citado artículo 93 letra f), de manera que si bien no se señala expresamente que el recurso procederá contra la resolución que niegue lugar al sobreseimiento, de una interpretación armónica de todas las normas indicadas debe entenderse que es susceptible del recurso de apelación”.
- d) Corte de Apelaciones de Santiago. Rol reforma procesal penal 1623 – 2014, 25.JUN.2014. “2.-) Que, para la decisión del asunto que se plantea, estos jueces tendrán únicamente presente lo dispuesto en el artículo 93 del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículo 253 del mismo cuerpo normativo. La primera de las citadas normas se encuentra referida a los derechos y garantías del

imputado, consagrando expresamente en su letra f) la facultad de éste para solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa, –sin distinguir su causal– con lo cual se admite por el propio legislador que se pueda pedir y decretar el sobreseimiento definitivo y –de acuerdo con la segunda norma señalada– recurrir contra la resolución que lo rechazare, lo que debe interpretarse de modo favorable y restrictivamente, como de modo expreso consigna el artículo 5° del ordenamiento procesal del ramo. 3.-) Que, de la forma planteada, en un caso como el que se propone resulta improcedente restringir el ejercicio de una prerrogativa respecto de la cual el legislador no ha puesto traba alguna, por lo que el recurso de apelación intentado contra la resolución que rechaza el sobreseimiento pedido resulta plenamente procedente de conformidad al artículo 370 letra b) y así se lo declarará”.

- e) Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Rol reforma procesal penal 123 – 2014, 03.SEP.2014. “Tercero: Que conforme a lo razonado precedentemente, la resolución que se pronuncia respecto de la solicitud de sobreseimiento promovida por la defensa es susceptible del recurso de apelación, conforme lo dispuesto en los artículos 93 letra f) y 253, ambos del Código Procesal Penal, por lo que el magistrado no hizo otra cosa que dar aplicación a dicha normativa al conceder el recurso, teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 370 letra b) del mismo cuerpo legal”.

## **Competencia de juzgados de Garantía**

Este acápite se refiere a la hipótesis en que se discute acerca de la competencia de un Juzgado de Garantía para conocer de un caso. Así, es un tema no mayormente controvertido el hecho que las resoluciones dictadas por estos tribunales en esta situación son susceptibles del recurso de apelación. Por ejemplo, las Corte de Apelaciones de San Miguel en caso rol reforma procesal penal 1745 – 2012, 18.DIC.2012; Talca en caso rol reforma procesal penal 309 – 2013, 12.JUL.2013; Temuco en caso rol reforma procesal penal 893 – 2013, 24.OCT.2013; y Santiago en caso rol reforma procesal penal 2166 – 2013, 22.MAY.2014, han conocido de recursos de apelación en contra de resoluciones relativas a competencia dictadas por Juzgados de Garantía. A continuación reseñaremos una resolución que fundamenta la procedencia del recurso.

- Corte de Apelaciones de Concepción. Rol de recursos crimen 117 – 2014, 30.JUL.2014. “TERCERO: Que es opinión de estos sentenciadores, que la resolución en cuestión es apelable. Para esta conclusión, se tiene presente, que mediante la decisión de enviar los antecedentes al juzgado de Garantía de Talagante, por estimarlo así la recurrida, atenta a la

descripción del contrato celebrado, las obligaciones contraídas por las partes, y la forma como se habría irrogado el presunto perjuicio, pone término al procedimiento ante el Juzgado de Garantía de Los Ángeles, el que no continuará conociendo del asunto, radicándose la litis en uno distinto. CUARTO: Que, la resolución declaratoria de incompetencia de un Tribunal de Garantía es susceptible de apelación no sólo en tal evento, sino además cuando en el debate de la audiencia de preparación de juicio oral la defensa interpone la excepción de previo y especial pronunciamiento de incompetencia del juez de garantía, contenida en el artículo 264 letra a) del Código Procesal Penal, como lo permite el artículo 271 del mismo cuerpo legal. Así las cosas resulta absurdo estimar que el recurso de apelación procede ante la incompetencia resuelta en el marco de una audiencia intermedia, y no en el caso sub lite. QUINTO: Que, ésta resulta la interpretación más conforme al Artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No podemos olvidar que en nuestro ordenamiento interno se ha abierto paso en los últimos años, y para todas las áreas del derecho, aquella doctrina que reconoce el derecho al recurso, entendido como el reconocimiento a las partes e intervinientes de la titularidad de la facultad o poder para impugnar las sentencias de fondo (y resoluciones equivalentes) que le agravian, a través de un recurso que permita la revisión del enjuiciamiento de primer grado y asegure un conocimiento adecuado o correspondiente a su objeto. (DEL RÍO, Carlos: 'Estudio sobre el derecho al recurso en el procedimiento penal' en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, 2012, p. 258)".

## **Medidas cautelares**

Esto se refiere a la posibilidad de recurrir de apelación las resoluciones sobre medidas cautelares dictadas por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. En esta materia se observa más oscilante la jurisprudencia.

### **SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN.**

- a) Corte de Apelaciones de Santiago. Rol reforma procesal penal 124 – 2007, 25.ENE.2007. "Tercero: Que, al respecto cabe señalar que, si bien es cierto, la regla general está constituida por la inapelabilidad de las resoluciones emanadas del Tribunal Oral en lo Penal, según lo dispone el artículo 364 del Código Procesal Penal, no lo es menos –a juicio de estos sentenciadores de mayoría– la excepción a dicha regla la configura el pronunciamiento emanado de dicho tribunal que resuelve sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a

disposición, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 149 del mismo cuerpo legal que -precisamente- hace procedente la interposición del recurso en cuestión en contra de las resoluciones que se dicten con ocasión de la prisión preventiva. Cuarto: Que, a mayor abundamiento, se estima que la inapelabilidad de que trata el artículo 364 ya citado, está referida a las resoluciones dictadas en el desarrollo del juicio oral y no a requerimientos previos de los intervinientes”.

- b) Corte de Apelaciones de Concepción. Rol de recursos crimen 5 – 2014, 30.ENE.2014. “3° Que tal como ha sido resuelto por esta Corte (Causa Rol N° 325-2012), si bien el artículo 364 del Código Procesal Penal establece que las resoluciones dictadas por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal son inapelables, dicha disposición legal debe entenderse que se refiere de manera general a todas aquellas resoluciones que se dicten en el desarrollo de un determinado juicio oral. Sin embargo, tratándose de la prisión preventiva, como medida cautelar personal, deben aplicarse las disposiciones especiales que regulan su procedencia, tramitación y recursos que se relacionan con ella, y así es como se establece en el artículo 149 inciso primero del Código Procesal Penal, que la resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en una audiencia. 4° Que tal interpretación se aviene con la trascendencia y entidad de la medida cautelar de prisión preventiva. En la situación inversa a la de esta causa, es decir, cuando el Tribunal de Juicio Oral decreta la prisión preventiva, la defensa del o de los imputados habría podido igualmente apelar de dicha resolución, tal como lo han hecho en otras causas, en diversas ocasiones, los defensores públicos y privados (ejemplo: Causa Rol de esta Corte antes citada, causa Rol N° 29-2011). 5° Que, por último, el propio legislador en leyes posteriores ha dado competencia a las Cortes para conocer de recursos de apelación deducidos en contra de resoluciones dictadas por los Tribunales de Juicio Oral, como ocurre en la Ley N° 18.216, en su artículo 37, que hace apelable la decisión acerca las penas sustitutivas que establece dicha ley”.

### **SE HA DECLARADO IMPROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN.**

- a) Corte de Apelaciones de Chillán. Rol amparo – protección – hecho – queja 187 – 2014, 29.JUL.2014. “6°.- Que si bien el artículo 149, referido precedentemente, dispone que las resoluciones que ordenaren, mantuvieren, negaren lugar o revocaren la prisión preventiva serán apelables cuando hubieren sido dictada en una audiencia, conforme al Principio de Especialidad debe primar la norma contenida en el artículo 364 ya referido, por cuanto el artículo 149 se encuentra ubicado en el Libro I del Código Procesal Penal, que se refiere a las “Disposiciones Generales”,



en cambio, el artículo 364 se encuentra ubicado en el Título Tercero del Libro III, que se refiere específicamente al 'Recurso de Apelación'. 7°.- Que, por otra parte, el artículo 63 N° 3 letra b) del Código Orgánico de Tribunales sólo otorga competencia a esta Corte para conocer en segunda instancia de las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por un Juez de Garantía, sin que en parte alguna se refiera a las dictadas en esa materia por el Tribunal de Juicio Oral".

## **Costas**

En lo concerniente al recurso de apelación en materia de costas, se han producido diversas interpretaciones jurisprudenciales en distintos ámbitos, siendo uno de los asuntos más controvertidos.

### **SE HA DECLARADO IMPROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN.**

- a) Corte de Apelaciones de Santiago. Rol reforma procesal penal 3008 – 2012, 13.NOV.2012. "Vistos y teniendo presente que lo apelado es la resolución que determina el monto de las costas decretadas en relación con el procedimiento penal que se encuentra terminado por sentencia definitiva ejecutoriada, que, en consecuencia, no se ajusta en los casos que el artículo 370 del Código Procesal Penal, que señala que una resolución es apelable, esto es, no se trata de la resolución apelada de una que ponga término al procedimiento o haga imposible su prosecución, como ya se dijo, éste terminó por sentencia definitiva y ejecutoriada y no existe norma expresa que conceda la apelación, luego conforme al artículo 361 del mismo Código, a los recursos les serán supletoriamente aplicables las reglas del juicio oral y el artículo 364 de este Código indica que serán inapelables las resolución dictadas por un Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal, en consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 369 del Código Procesal Penal, se acogen los recursos de hecho que llevan en esta Corte los roles 3073-2012 y 3090-2012 que se han visto en esta audiencia como cuestión previa, por cuanto la vista de la causa no se suspendió y del mismo modo se acoge la cuestión previa planteada por los recurridos, por cuanto en la especie no resultan admisibles en las causas 3008-2012 y 3027-2012 los recursos deducidos en contra de la resolución apelada que determinó el monto de las costas decretadas en el juicio ya terminado".
- b) Corte Suprema. Rol 8561 – 2012, 30.ENE.2013. "5° Que en el presente caso, por aparecer del recurso que lo planteado es una cuestión de interpretación, no es posible concluir que los jueces recurridos al acoger los recursos de hecho roles 3073-2012 y 3090-2012 –deducidos como

cuestión previa por las defensas— y declarar que en la especie no resultan admisibles los recursos de apelación deducidos en contra de la resolución que determinó el monto de las costas decretadas en el juicio ya terminado, hayan incurrido en las conductas que la ley reprueba, y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte. Por lo demás, y en el evento de que para el caso sub lite se estimaren aplicables las normas civiles, el recurrente debió necesariamente haber objetado la regulación de las costas de conformidad con lo preceptuado en los artículos 141 y 142 del Código de Procedimiento Civil. Este procedimiento no fue observado por los recurrentes de queja, de lo que deriva que el recurso de apelación de que se trata fuera dirigido en contra de la resolución que fijó las costas y no respecto de la que resuelve la obligación de las mismas y como está previsto en las normas citadas, omisión que provoca la inadmisibilidad del recurso de apelación (...) Acordada con el voto en contra del ministro señor Dolmestch y del abogado integrante señor Peralta, quienes estuvieron por acoger el recurso en estudio, dejar sin efecto la resolución impugnada y disponer, en su reemplazo, que la Corte de Apelaciones de Santiago deberá conocer y resolver la apelación respectiva. Lo anterior porque, a juicio de éstos, sí existe falta o abuso grave que justifica y legitima el presente recurso, desde que, de los alegatos de las partes en la audiencia respectiva y los antecedentes generales del proceso, aparece que los intervinientes quejosos denuncian una fuerte y notoria desproporción cuantitativa y aun cualitativa en la regulación del castigo procesal de que se trata (...) En efecto, y aun cuando los disidentes están conscientes de las limitaciones recursivas del sistema y ciertamente valoran, en general, sus evidentes bondades, les parece que no es posible que ello pueda conducir —en casos excepcionales como éste— a un eventual abuso o agravio irreparable, sin que los órganos superiores de justicia estén habilitados para actuar y evitarlo. Creen, firmemente, que el ejercicio de las facultades disciplinarias, que tienen rango constitucional por ser una legítima expresión de la superintendencia directiva y correccional de esta Corte Suprema sobre todos los Tribunales de la República, es precisamente el camino para enfrentar situaciones como la presente. Lo anterior, considerando especialmente que nuestro sistema procesal penal, que históricamente está recién comenzando su andar, ciertamente necesita legitimarse socialmente, ser comprendido y aceptado como tal por la comunidad nacional, esto es, como un medio para hacer efectiva la justicia criminal, y en tal sentido muchas veces la excesiva rigidez de los tecnicismos legales y de los principios que la inspiran atentan precisamente contra dicha necesidad. Es el caso en estudio, en que por esta vía se reclama el derecho a que se revise por un tribunal superior una resolución que deriva en consecuencias que afectan dramáticamente a parte de los litigantes y

que puede inclusive ser el producto de eventuales errores de uno o más de los sujetos procesales, entre los que, por cierto, se cuenta al propio tribunal, como se denunció en más de algún pasaje de las alegaciones hechas en estrados. Finalmente, estiman conveniente advertir que si efectivamente, sea en éste u otros casos, se podría producir el agravio como consecuencia de un error o arbitrariedad con visos de evidencia, y esto no puede ser salvado de modo alguno, el sistema procesal se resiente abiertamente, dado que, por ejemplo, quienes actúan como querellantes –parte esta que se ha estimado como la más débil del sistema–, los ofendidos se sentirán desincentivados a ejercer sus legítimos derechos, misma sensación que podrá sentir el ente persecutor exclusivo y cuya misión es poner en movimiento la acción penal en beneficio de las personas”.

- c) Corte de Apelaciones de Temuco. Rol reforma procesal penal 781 – 2013, 05.DIC.2013. “TERCERO. Que en el proceso penal el recurso de apelación resulta excepcional, lo que queda en clara evidencia en la norma contenida en el artículo 364 del Código Procesal Penal, que dispone que las resoluciones que dicte un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal son inapelables, sin señalar excepción alguna y sin distinguir si se trata de sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos o decretos. De este modo, y sin entrar siquiera en otro tipo de disquisiciones, puede desde luego concluirse que la mencionada sentencia de fecha 29 de agosto de 2013, que absolvió a los acusadores de la carga del pago de las costas, no es ni más ni menos que una resolución pronunciada por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, y, en tanto tal, inapelable. CUARTO. Que no existe norma alguna, ni se observa razón suficiente, para introducir al sistema procesal penal una excepción que no ha sido prevista por la ley, máxime si, como ya se ha reiterado, existe norma expresa que establece la regla en la materia, cual es la inapelabilidad de las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal. Debe considerarse que, consecuentemente con lo dicho, no hay una norma orgánica que otorgue competencia a la Corte de Apelaciones para conocer del recurso de apelación en contra de resoluciones dictadas por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, tal como se desprende de una simple lectura del artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales, lo que constituye otra razón que apunta en el sentido que se viene reflexionando. QUINTO. Que, por lo demás, el artículo 342 del Código Procesal Penal, en su letra f), considera como parte de la sentencia que se dicte en el juicio oral el pronunciamiento sobre las costas, de lo que se infiere que se trata de un pronunciamiento que compete exclusivamente al Tribunal Oral, sin advertirse razón alguna para modificar a su respecto el régimen de recursos contemplado en la ley”.

- d) Corte de Apelaciones de Concepción. Rol de recursos crimen 97 – 2014, 16.JUN.2014. “PRIMERO: Que la resolución que motiva el presente recurso de hecho es aquella que concedió el recurso de apelación deducido (...) en contra de la resolución que reguló las costas procesales y las personales de los querellantes (...) TERCERO: Que, asimismo, no existe norma alguna ni se observa razón suficiente para introducir al sistema procesal penal una excepción que no ha sido prevista por la ley, máxime si, como ya se ha reiterado, existe norma expresa que establece la regla en la materia, cual es la inapelabilidad de las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal. CUARTO: Que, en consecuencia, la resolución (...) resulta inapelable”.
- e) Corte de Apelaciones de Talca. Rol reforma procesal penal 296 – 2014, 02.JUL.2014. “3° Que según lo dispone el artículo 342 letra f) del Código Procesal Penal, el pronunciamiento sobre las costas de la causa forma parte del contenido de la sentencia definitiva y dicha resolución, de acuerdo a lo que previene el artículo 364 del mismo cuerpo legal, es inapelable, de manera que la decisión del Tribunal recurrido, en cuanto a declarar inadmisibles el recurso de apelación deducido por el querellante, se encuentra ajustada a derecho”.

#### **SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN.**

- a) Corte de Apelaciones de Temuco. Rol reforma procesal penal 1146 – 2013, 07.ENE.2014. “(...) que el fallo recurrido no ha cumplido con el requisito impuesto por el artículo 48 del Código Procesal Penal, en orden a fundamentar la decisión de exención en el pago de las costas de la causa al acusador y querellante particular, además de haber resultado totalmente vencidos los mencionados precedentemente, como que y además no se advierte de la sentencia recurrida la plausibilidad exigida para determinar la exención allí decretada, SE REVOCA la sentencia apelada de fecha veintinueve de agosto de dos mil trece, en cuanto no condenó en costas al acusador y querellante, y en su lugar se declara que se condena en costas del juicio al Ministerio Público y Querellante Particular”.
- b) Corte de Apelaciones de Temuco. Rol reforma procesal penal 372 – 2014, 07.MAY.2014. “(...) habiéndose acreditado en juicio la existencia del hecho punible que fundamentó la acusación presentada y que dichas circunstancias son suficientes para estimar que el ente acusador tuvo motivo plausible para litigar, en los términos de los artículos 48 y 52 del Código Procesal Penal y 144 del Código de Procedimiento Civil, SE REVOCA en lo apelado, la sentencia de fecha catorce de abril de dos mil catorce, en cuanto condenó en costas al Ministerio Público y, en

su lugar, se declara que se exime del pago de las mismas al Ministerio Público, por entenderse que tuvo motivo plausible para litigar”.

- c) Corte de Apelaciones de Temuco. Rol reforma procesal penal 385 – 2014, 30.JUN.2014. “CUARTO: Que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 364 del Código Procesal Penal, que establece que las resoluciones dictadas por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal serán inapelables, la *ratio legis* de la improcedencia de la apelación únicamente se refiere al fondo de la cuestión debatida; y la condenación en costas y la tramitación incidental de la misma tienen un carácter accesorio o complementario de la cuestión penal de fondo tal como se desprende del artículo 48 del Código Procesal Penal, por cuanto el Tribunal necesariamente debe pronunciarse respecto de la procedencia de ellas. QUINTO: Que, por lo anterior, y teniendo además presente lo prescrito en el artículo 52 del mismo cuerpo legal, que hace aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en los casos en que no existe norma expresa –como ocurre en la especie– y que en conformidad a lo dispuesto en los artículos 138 y siguientes de ese código, tanto la resolución que se pronuncia sobre las costas de la causa, como las que se pronuncien a propósito de las objeciones que formulen los intervinientes a la determinación de las mismas, son apelables por ser, en último término, resoluciones que se pronuncian por el Tribunal en distintas etapas de la tramitación del mismo incidente, sea para determinar la procedencia de imponer el pago de las mismas, sea para fijar la cuantía de tal obligación”.
- d) Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol reforma procesal penal 994 – 2014, 09.JUL.2014. “TERCERO: Que teniendo presente que la resolución sobre el monto de las costas, que en materia procesal penal es accesorio respecto de la materia penal objeto de la cuestión principal del juicio, resulta supletoriamente aplicable lo dispuesto en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a las costas en materia civil y la resolución que falla, en consecuencia, en materia penal es una sentencia interlocutoria, la que como sabemos es apelable de conformidad al artículo 187 del Código de Procedimiento Civil”.
- e) Corte de Apelaciones de Temuco. Rol reforma procesal penal 592 – 2014, 05.AGO.2014. “2°.- Que la resolución que nos ocupa fue decretada después que se había dictado sentencia de término, cuando había terminado por el tribunal la función de resolver la cuestión o asunto que fue objeto del juicio. Se le solicitó por la defensa regular lo que había ordenado, el pago de las costas, petición y decisión de carácter civil, para hacer efectivo su cumplimiento por la vía correspondiente, sometiéndose a las normas relativas a ese carácter, dictándose la resolución que por su naturaleza corresponde a la definición que de las sentencias

interlocutorias expresa el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, norma que resulta aplicable a la especie al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 del Código Procesal Penal; 3°.- Que así las cosas, en virtud de la misma disposición precedentemente citada, de acuerdo a lo permitido por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, la resolución de autos que motivó el presente recurso resulta apelable”.

- f) Corte de Apelaciones de Santiago. Rol reforma procesal penal 2566 – 2014, 15.SEP.2014. “3°) Que, la resolución que falla el incidente suscitado entre los intervinientes a consecuencia de la regulación de las costas personales es, a juicio de esta Corte, una sentencia interlocutoria que establece derechos permanentes en favor de las partes, de manera tal que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por expresa remisión del artículo 52 del Código Procesal Penal, resulta apelable”.
- g) Corte de Apelaciones de Santiago. Rol reforma procesal penal 3198 – 2014, 17.NOV.2014. “2°) Que teniendo la condenación en costas un carácter accesorio o complementario del derecho reclamado o defendido, tal como se desprende del inciso primero del artículo 48 del Código Procesal Penal, por cuanto el tribunal necesariamente debe pronunciarse respecto de la procedencia de ellas, teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 52 del mismo estatuto legal, que hace aplicable las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en los casos en que no exista norma expresa, el recurso de apelación es procedente”.

## **Reapertura de la investigación**

En lo pertinente, prescribe el artículo 257 que dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado. Si el juez de garantía acogiere la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. En esta materia también se advierte un proceder oscilante de la jurisprudencia en lo tocante al recurso de apelación.

## **SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN.**

- a) Corte de Apelaciones de Rancagua. Rol reforma procesal penal 364 – 2010, 03.NOV.2010. “1.- Que en la especie, el Ministerio Público ha procedido de la manera prevista por los artículos 248 y 249 del Código

Procesal Penal, cerrando la investigación y requiriendo al juez la citación a una audiencia para comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento. 2.- Que, siendo así, sólo la reapertura de la investigación podía evitar que esa decisión produjera sus efectos, porque ella en sí misma es inatacable, de suerte que si la investigación no se reabría, el procedimiento terminaba. O, mejor, se hacía imposible continuarlo. De este modo, la resolución que rechaza la reapertura pedida al tenor del artículo 257 del código del ramo, pone término al procedimiento o al menos impide su continuación, por su inseparable relación con la eficacia plena que entonces, y sólo entonces, alcanza la decisión de no perseverar. 3.- Que, por ende, la decisión de no acceder a la reapertura pedida es apelable en principio, y en este caso lo es porque se formuló antes de practicarse la audiencia fijada para recibir la comunicación de no perseverar, tal como lo manda el artículo 257 referido (...) 4.- Que, en suma, tanto porque si no se reabre la investigación el procedimiento no puede continuar y muere por la decisión de no perseverar a la que presta eficacia, como porque no quedaba ningún otro camino posible para el querellante como medio de sostener el proceso, pues no se trata de una investigación formalizada, la decisión recurrida pone término al procedimiento o hace imposible su prosecución y por ende es apelable y el recurso intentado, admisible”.

- b) Corte de Apelaciones de La Serena. Rol reforma procesal penal 33 – 2012, 31.ENE.2012. “2°.- Que estos sentenciadores estiman que la resolución que rechazó la solicitud de reapertura de la investigación, es una resolución que pone término al juicio o hace imposible su continuación, desde que el querellante se ha visto impedido de instar por la prosecución de los actos del procedimiento, por lo que conforme lo dispuesto en el artículo 370 letra b) del Código Procesal Penal, dicha resolución es apelable”.
- c) Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol reforma procesal penal 247 – 2012, 06.JUN.2012. “CUARTO: Que el artículo 370 del Código Procesal Penal dispone que las resoluciones dictadas por el juez de garantía serán apelables en los siguientes casos: a) Cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, y b) cuando la ley lo señalare expresamente. QUINTO: Que, en el caso de autos, la resolución apelada por el querellante, en cuanto no dio lugar a la reapertura de la investigación, y a realizar las diligencias propuestas, es una resolución que pone término al procedimiento, por lo cual es apelable”.

## SE HA DECLARADO IMPROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN.

- d) Corte de Apelaciones de Santiago. Rol reforma procesal penal 1606 – 2013, 19.JUN.2013. “Segundo: Que la resolución cuya apelación fue denegada por el tribunal no se encuentra en alguna de las hipótesis que contempla el artículo 370 del Código Procesal Penal, razón suficiente para rechazar el presente recurso”.
- e) Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol reforma procesal penal 1525 – 2014, 24.SEP.2014. “Cuarto: Que en autos la parte querellante apeló de la resolución que no dio lugar a la reapertura de la investigación, no encontrándose dicha resolución en alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 370 del Código Procesal Penal, pues ella no ha puesto término al procedimiento ni lo ha suspendido por más de 30 días, no estando además expresamente contemplado el recurso de apelación en contra de este tipo de resoluciones y no correspondiendo aplicar para este caso las normas comunes al procedimiento civil, por encontrarse claramente acotadas las situaciones procesales que hacen procedente el recurso de apelación en materia procesal penal, razón por la cual será declarado inadmisibles el recurso de apelación deducido en autos”.

## Aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil en materias diversas

Aquí presentamos materias distintas a las previamente reseñadas, donde se ha discutido acerca de la aplicación del Código de Procedimiento Civil para hacer procedente el recurso de apelación.

## SE HA DECLARADO IMPROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN.

- a) Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol reforma procesal penal 149 – 2014, 12.FEB.2014. “Tercero: Que del análisis y lectura de los artículos 52 y 370 del Código Procesal Penal, se advierte que la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil allí establecida rige en tanto sus disposiciones no se opongan a lo estatuido en el código del ramo o en leyes especiales, situación que no se verifica en el caso sub lite, toda vez que el artículo 370 del Código Procesal Penal establece expresamente cuáles son las hipótesis que hacen procedente el recurso de apelación en esta materia. Cuarto: Que, a su vez, en el caso que nos convoca (resolución que fija nuevo día y hora para audiencia de juicio oral) debe aplicarse también lo dispuesto en el artículo 364 del Código Procesal Penal, que establece que las resoluciones dictadas por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal son inapelables, situación que también hace improcedente el arbitrio deducido en autos”.



- b) Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Rol hechos 22 – 2014, 25.ABR.2014. (Resolución que declara inadmisibile el recurso de apelación respecto de aquella que dio lugar al forzamiento de la acusación a petición del querellante). “Noveno.- Que, finalmente, tampoco resulta procedente la aplicación de las normas aludidas del Código de Procedimiento Civil, pues la remisión efectuada por el artículo 52 del Código Procesal Penal es, como lo indica su título, supletoria, esto es, a falta de norma expresa en el cuerpo normativo procesal penal, y como ya se ha señalado, el artículo 370 se ocupa de determinar en forma específica cuales son las resoluciones dictadas por el Juez de Garantía impugnables a través de recurso de apelación”.
- c) Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol reforma procesal penal 688 – 2014, 19.MAY.2014. “Cuarto: Que se debe tener presente que el artículo 370 del Código Procesal Penal contempla las hipótesis que hacen procedente la apelación respecto de las resoluciones dictadas por el juez de garantía, disponiendo que debe tratarse de resoluciones que pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días, y cuando la ley lo señalare expresamente, norma de carácter taxativo que no incluye dentro de sus hipótesis las resoluciones impugnadas (aquella que se pronunció respecto de la legitimación activa de las querellantes), por lo que existiendo norma expresa que limita la posibilidad del recurso de apelación resulta improcedente aplicar la norma del artículo 52 del Código Procesal Penal”.

### **SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE APELACIÓN.**

- a) Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol reforma procesal penal 402 – 2014, 09.ABR.2014. “Tercero: Que no existiendo regulación expresa acerca de la consideración de abonos y atendido que las limitaciones del artículo 370 se refieren a las resoluciones dictadas por el Juez de Garantía; por lo que se hacen aplicables las normas comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil, conforme lo dispuesto en el artículo 52 del Código Procesal Penal”.

### **Fuentes consultadas**

Constitución Política de la República.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Código Penal.

Código de Procedimiento Penal.

Código de Procedimiento Civil.

Código Orgánico de Tribunales.

Código Procesal Penal.

Ley N° 18.216.

Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del Recurso de Amparo.  
Boletín 1630 – 07 del Congreso Nacional.

CAROCCA PÉREZ, Alex. *Manual: El Nuevo Sistema Procesal Penal*, LexisNexis, Santiago, 2005.

CASARINO VITERBO, Mario. *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

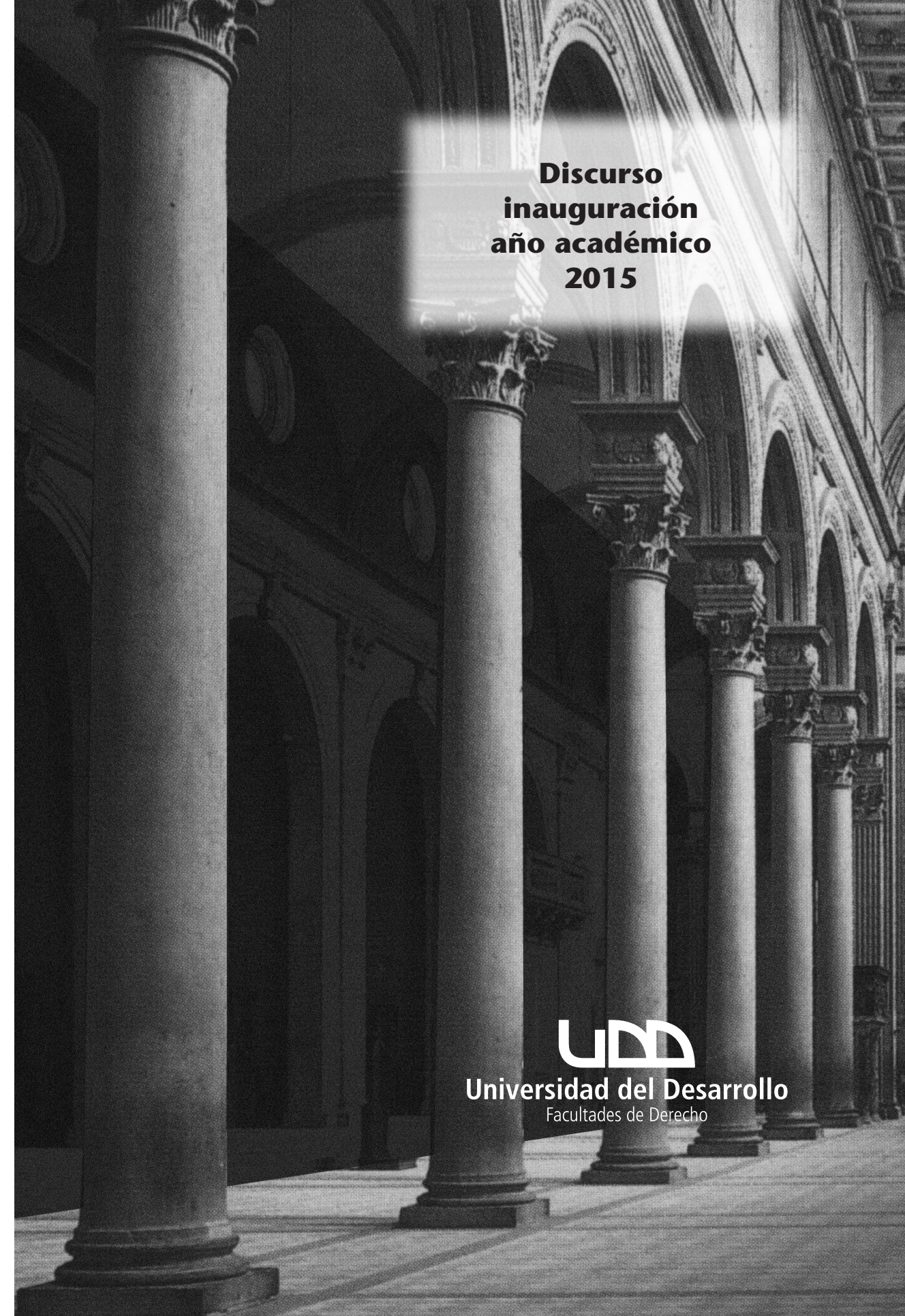
DEL RÍO FERRETI, Carlos. "Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal", en *Estudios Constitucionales*, Año 10 N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca, Santiago, 2012.

HORVITZ LENNON, María, y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

SILVA MONTES, Rodrigo. *Manual de Procedimiento Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

VALENZUELA VILLALOBOS, Williams. "Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia "Mohamed vs. Argentina" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuestiones a tener en consideración sobre el sistema recursivo en el proyecto de Código Procesal Civil", en *Estudios Constitucionales*, Año 11 N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Universidad de Talca, Santiago, 2013.

Jurisprudencia de la Corte Suprema, Tribunal Constitucional, y Cortes de Apelaciones.



**Discurso  
inauguración  
año académico  
2015**



**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



# Discurso de Inauguración del Año Académico 2015 Sede Santiago

PABLO RODRÍGUEZ GREZ

Decano

FACULTAD DE DERECHO – SANTIAGO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Como se ha hecho ya tradicional, cada año nos reunimos con el objeto de recibir oficialmente a quienes ingresan a estas aulas, despedir a nuestros egresados, premiar a quienes se han superado en sus estudios y formular algunas reflexiones que nos acompañarán en el curso de las futuras actividades docentes.

Debo empezar por agradecer a Hernán Felipe Errázuriz por su participación en este evento. Nadie mejor que un ex Canciller y abogado de gran categoría para interiorizarnos de un tema de tanta trascendencia en las relaciones internacionales de Chile, obligándonos a considerar aspectos y facetas que no siempre se tienen presente al momento de demostrar la legitimidad de nuestros títulos. Nos honra que Chile defienda el derecho de los tratados y cumpla sus compromisos históricos, rechazando artificiosos argumentos urdidos para burlar la palabra empeñada y engañar a la opinión pública de este y otros continentes.

Muchos de ustedes inician su trayectoria universitaria. Aun cuando les resulte reiterativo, es probablemente que sea ésta la etapa más feliz de vuestra juventud. Estará ella llena de vivencias y sentimientos nobles y altruistas. Serán ustedes, cada día, más libres y los únicos arquitectos de su proyecto de vida; estudiarán aquello que escogieron y les interesa; aprenderán con facilidad, dependiendo solo del esfuerzo personal; se rodearán de amigos que los acompañarán durante gran parte de la existencia; en fin, tendrán el privilegio de modelar con sus propias manos el destino que les espera (elección de preferencias, sentimientos, emociones, sensibilidades). En una palabra: engrosarán la falange de los hombres y mujeres libres.

Pero la libertad implica el cumplimiento de deberes correlativos que no deben eludirse: estudiar; vivir ordenadamente; ser leales con sus padres, sus hermanos y sus amigos; obrar de acuerdo a los dictados de la conciencia; en suma, ser dignos de este derecho que solo se valoriza cuando se pierde. Si la libertad que han alcanzado la malgastan, derrocharán inútilmente sus más caros recursos, y lo que pudo ser un mundo lleno de satisfacciones y alegrías se transformará en un infierno. Esta es la otra cara de la libertad. Gozan de ella los que la merecen

y la han ganado, los que la utilizan para superarse y conquistar metas valiosas, los que abrazan una causa que dé sentido a la vida, y los que la defienden con tesón cuando se nos quiere arrebatar. Para los demás, la libertad es un yugo que encadena y paraliza. Es bueno que todos lo recuerden: la libertad se conquista cada día cumpliendo con abnegación y sacrificio los deberes que ella impone.

En el curso de los próximos años les aguardan, tanto dentro como fuera de la Universidad, satisfacciones y amarguras: sepan, desde ya, que son estos los materiales con que se construyen los pilares de la vida. Sean cautos al valorar sus triunfos porque estos incuban rencores y envidias, y sean fuertes al enfrentar la adversidad. Que no los derrote la vanidad, ni los aplaste el infortunio, porque ambos, al final de cuentas, no son más que oropel de utilería barata y engañosa. Por sobre todo sean honrados y no olviden jamás aquella máxima de José Hernández, autor de "Martín Fierro", que dice: "ave de pico encorvado al robo tiene afición, pero el hombre de razón no roba jamás un cobre, pues no es vergüenza ser pobre, y es vergüenza ser ladrón".

Despedimos esta mañana a quienes egresan de estas aulas: Disponen ellos de todas las armas que se requieren para lograr el grado de licenciado, pero las armas, vale decir, los conocimientos jurídicos que han adquirido durante estos años, al igual que en las órdenes de los caballeros antiguos, deben velarse antes de la batalla. Por lo tanto, les espera un esfuerzo adicional (el examen de grado), que no es sino la culminación de un largo proceso que, sin duda, ha ido formando en cada uno de vosotros los cimientos de una mentalidad jurídica: asuman este último esfuerzo, no desperdicien el tiempo en actividades banales. Sean que muchas de nuestras exigencias –que pueden parecerles excesivas– los preparan para un mundo intensamente competitivo en que se impone siempre el que mayores conocimientos ha acumulado y más entusiasmo y energía pone en el cumplimiento de sus tareas. No olviden lo que sentenció con frialdad un historiador: "Dios ayuda siempre a los ejércitos más numerosos, con mejores armamentos y superior preparación...."

Dejan ustedes estas aulas en un momento muy especial. En las últimas décadas el conocimiento se ha enriquecido y multiplicado, gracias a la revolución científico-tecnológica que invade todas las áreas del saber. En lo jurídico este fenómeno constituye una ventaja para vuestra generación que gozará de recursos y medios cada vez más innovadores y productivos. No exagero al decir que se abre la perspectiva de una nueva cultura, cuyos efectos no visualizamos todavía en toda su integridad, que se afina más en la "imagen" que en el "pensamiento abstracto".

La "imagen" no debe aplastar la creatividad. Si bien una imagen "vale más que mil palabras" (como lo recalcan los comunicadores sociales), lo cual puede ser efectivo, el "pensamiento abstracto" exige de cada uno de nosotros la construc-

ción de una realidad que duerme en las entrañas del cerebro y forma parte de nuestro ser. Así, por ejemplo, el que lee una obra literaria da vida a los personajes en una alianza secreta con el autor, en la cual cada uno pone algo de sí mismo. El gran desafío consiste, entonces, en hallar la forma de armonizar imagen y el pensamiento abstracto, de manera de hacerlos compatibles y no contrapuestos. Aprecien la profundidad y proyección de los horizontes que se les abren, porque, desde esta perspectiva, forman ustedes una generación privilegiada.

Nuestra Facultad ha salido al encuentro de este mundo renovado y cambiante, introduciendo una metodología de enseñanza diferente. No pasará mucho tiempo antes de que ustedes descubran la trascendencia de lo que juntos estamos realizando. Pero, como quiera que sea, no olviden que hemos apostado por el buen desempeño que en el día de mañana observarán en la vida profesional. Nos guste o no nos guste, somos socios en lo positivo y en lo negativo. Lo positivo prestigiará estos muros y ensalzará la tarea ejecutada; lo negativo nos hundirá en el descrédito y la mediocridad. En sus manos depositamos nuestra suerte, convencidos de que sabrán cumplir con este compromiso solemne.

Deseo destacar en forma especial el hecho de que esta Facultad, a pesar de sus cortos años y la vicisitudes que ha debido enfrentar, cuenta con un cuerpo docente de excelencia, incluso han formado parte de él, identificándose plenamente con el proyecto que sustentamos, dos ex Presidentes de la Corte Suprema –don Roberto Dávila y don Enrique Tapia–, ambos dejaron entre nosotros y el alumnado una huella muy profunda y perdurable. Precisamente por ello, el premio al mejor egresado de su generación lleva el nombre de Roberto Dávila Díaz. Quiero recordarlo esta mañana, evocando una, entre sus muchas virtudes: su inalterable sencillez. No lo envaneció el poder ni la figuración ni el rango. Fue siempre el mismo: un juez intachable y un alma generosa y caritativa. Ascendió, paso a paso, en el escalafón judicial, transformándose, más allá de sus calificaciones, en un funcionario ejemplar e imprescindible, lo que le permitió ascender de relator de la Corte Suprema a Ministro del Tribunal, caso excepcionalísimo en la judicatura. Estos son los ejemplos dignos de emularse y proyectar en el alma cada uno de ustedes.

Asimismo, entregamos hoy el premio Carlos Pecchi Groce, que se otorga al mejor alumno en la cátedra de Derecho Procesal. Con ello queremos mantener viva la memoria de un maestro, en el más elevado sentido de este término, elegido por los alumnos durante varios años como el mejor docente de la Facultad, quien cultivó esta disciplina transmitiendo su amor por el derecho y que nos apoyó lealmente hasta su muerte. Que su recuerdo dé renovado aliento a nuestro esfuerzo.

Vivimos momentos difíciles para la Universidad. En la crisis institucional que afecta al país, tenemos muchas cosas que decir y un espíritu abierto para com-

prender sus causas y abogar porque se remedien sus nefastas consecuencias. Creemos en la universidad privada y en la libertad de enseñanza, dos conceptos indisolublemente ligados. La exclusión del lucro no nos afecta en lo más mínimo, porque no es este el fin que mueve a la Fundación que detenta la propiedad de la Universidad. Pero no queremos que la acción del Estado frene nuestro crecimiento y limite el esfuerzo por hacer de estas aulas un lugar de excelencia. En una palabra, reclamamos de la autoridad –particularmente de nuestros legisladores– una actitud constructiva para la realización del proyecto educativo de la Universidad del Desarrollo, fundado en el emprendimiento, la creatividad, la profundización del conocimiento y su extensión a la comunidad. Estamos dispuestos a sortear todos los escollos que se nos presenten, sin otro norte que alcanzar el sueño de los fundadores, ideario que compartimos en su integridad y asumimos con pasión. Pero, para lograr estos propósitos, no es suficiente nuestra inquebrantable voluntad, es necesario, además, vuestro esfuerzo, porque cada uno de ustedes es mensajero de lo que soñamos y anhelamos convertir en realidad.

No podemos dejar de advertir que la revolución científico-tecnológica, antes citada, ha desatado un materialismo brutal, probablemente fruto de nuestro incipiente desarrollo económico, que se manifiesta en todo orden de cosas. En muchos grupos sociales, el éxito se mide exclusivamente por los medios de fortuna que logran acumular, como si el dinero fuera la medida de todas las cosas. Se ha ido opacando el sentido auténtico de la vida y de la felicidad. Un escritor ruso, durante la “guerra fría”, postuló que el ser humano solo alcanzaría la redención en la revolución, en la religión o en el amor. Aquello fue suficiente para que sus obras se prohibieran en la ex Unión Soviética y se le obligara, incluso, a renunciar al Premio Nobel de Literatura, al negar los postulados de la revolución marxista. Me refiero a Boris Pasternak. Pero el tiempo, con sus implacables derroteros, superando todos los temores y amedrentamientos característicos de un país sojuzgado, demostró que el autor de *Dr. Shvigo* tenía razón. El revolucionario –cualquiera que sea su signo– lucha por una casi siempre utópica transformación de la sociedad; el religioso por la salvación del alma; el que ama por la identidad con otro ser.

No estaba Boris Pasternak muy distante del pensamiento de Miguel de Unamuno, rector vitalicio de la Universidad de Salamanca, para quien la angustia que produce la ultratumba solo encuentra consuelo en el amor, en la fe y en la razón. En ninguna de estas supremas categorías encontrareis el dinero ni la fortuna material, como fuente de una plena realización personal, lo cual demuestra que no debe confundirse el medio con el fin, la arena con el granito, la técnica con la cultura, el espíritu con la materia.

Es por ello que me asiste el convencimiento de que debemos humanizar nuestra visión del MUNDO –entelequia misteriosa y desafiante para los seres pensantes–,



excusar las dudas y las debilidades que muchas veces nos agobian y paralizan, defender con tesón los ideales que profesamos y escuchar, como dijo un poeta, el vasto silencio de tu alma. Humanizar, en el sentido propuesto por Federico García Lorca al presentar a Pablo Neruda en el Ateneo de Madrid cuando corría, si mal no recuerdo, el año 1932. Habló entonces el vate granadino de “Un poeta más cerca de la muerte que de la filosofía, más cerca del dolor que de la inteligencia, más cerca de la sangre que de la tinta”. Entendamos, por ende, que en la muerte, en el dolor y en la sangre hallaremos al ser humano, como fue creado y evolucionó hasta nuestros días, mártir de un destino incierto y desconocido. A él queremos interpretar, organizar y dotarlo de la capacidad para ejercer la elevada misión de administrar Justicia entre los hombres.

Que cada uno de ustedes vuelva a sus tareas habituales con la íntima convicción de que no han errado el camino, y que la profesión que escogieron es una de las más excelsas manifestaciones del saber y la cultura, y un reto constante para las almas nobles. Impartir justicia, han afirmado insignes pensadores, quizás sea un designio sobrenatural, confiado en la TIERRA, sin duda, solo a los mejores. De aquí la magnitud del reto que nos moviliza, y al cual enfrentamos desde la humilde perspectiva del ser humano, asombrado ante el espectáculo maravilloso y misterioso que nos brinda el UNIVERSO.

Pasarán los años y cuando toda nuestra generación haya desaparecido y extinguido el rumor lejano de sus palabras, depositaremos en vuestras manos la antorcha que alumbra los ideales que fervorosamente abrazamos. Solo así iluminaremos el camino y abriremos nuevos horizontes al derecho, a la libertad y a la justicia.

Muchas gracias.



# **Discurso de Inauguración del Año Académico 2015 Sede Concepción**

**GONZALO RIOSECO MARTÍNEZ**

Decano

**FACULTAD DE DERECHO – CONCEPCIÓN**

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**Señor Rector de la Universidad, señor Federico Valdés Lafontaine.**

**Señora Vicerrectora Académica de Pregrado,  
profesora Florencia Jofré Manieu.**

**Señora Ministra del Excmo. Tribunal Constitucional,  
profesora Marisol Peña Torres.**

**Señor Vicedecano de la Facultad de Derecho,  
profesor Jorge Ogalde Muñoz.**

**Señora Directora de la Carrera de Derecho,  
profesora Bárbara Ivanschitz Boudeguer.**

**Señoras y señores profesores de la Facultad de Derecho.**

**Señoras y señores**

Muy estimados alumnos, especialmente ustedes alumnos de primer año quienes se incorporan en este 2015 a las aulas de nuestra Facultad. Nos reunimos hoy, en la más antigua y querida de nuestras tradiciones académicas para inaugurar solemnemente el Año Académico 2015 en el que celebramos los 25 años de fundación de esta, su casa de estudios. El primer cuarto de siglo de nuestros estudios jurídicos universitarios marcados con nuestro muy particular sello educativo en la Región del Bío-Bío.

Corresponde que realicemos un breve resumen de la labor de la Facultad en el año recién pasado.

Asimismo reconocemos el mérito de los alumnos que resultaron ganadores del concurso de ensayos jurídicos. Premios que son entregados por los académicos de la Facultad a los autores de los mejores ensayos.

Distinguimos igualmente al mejor de los egresados de la carrera, con el más alto galardón académico de nuestra Facultad, el Premio Decano Eduardo Fernández Florez.

Y nos reunimos a escuchar la Clase Inaugural de la Facultad de Derecho año 2015.

En esta oportunidad recibimos la visita de la profesora Sra. Marisol Peña Torres, Ministra del Excelentísimo Tribunal Constitucional, que pronunciará la conferencia intitulada "El Tribunal Constitucional: análisis de sus actuales competencias, reformas y perspectivas". Aprovecho la oportunidad para agradecer a la distinguida profesora Peña Torres su amabilidad en acompañarnos en el día de hoy.

Previo a lo señalado, quiero aprovechar esta ocasión en la que se reúne una parte relevante de nuestra Facultad, para tocar algunos puntos de fondo relacionados con el tema de la educación superior privada en Chile.

Sin temor a equivocarme, puedo señalar que hoy el mundo de la educación superior chilena está en ascuas a la espera de los proyectos que ha anunciado el Ministerio de Educación. Y aunque no conocemos aún el detalle de las nuevas normas, estimo oportuno hacer hincapié en los aspectos que me parecen más preocupantes de estas iniciativas, de acuerdo a lo que hemos podido leer en los medios escritos y lo que ha transmitido directamente el Ministerio a las autoridades superiores de nuestra Universidad.

El mal llamado "proyecto de gratuidad" supone, primero que nada, una fijación de aranceles. Y digo "mal llamado", porque alguien deberá pagar los elevados costos que implica formar profesionales. Sin embargo, esto no es lo más grave. El mencionado proyecto introduce, además, una serie de elementos que llevarán a una estandarización de las universidades chilenas en base a un modelo predefinido por el Estado.

La diferencia de aranceles entre universidades para una misma carrera que existe hoy en Chile responde principalmente a notorias diferencias de calidad. Para poder investigar, para poder innovar, para poder contar con los mejores profesores, para poder construir y mantener una infraestructura adecuada, para dar becas a los más meritorios y necesitados, se requiere la misma libertad de aranceles que este proyecto quiere eliminar de un plumazo. A mi juicio, es muy legítimo que existan universidades docentes, masivas y poco sofisticadas como varias que conocemos hoy en Chile y que contribuyen a resolver el problema de la cobertura de la Educación Superior. Sin embargo, nuestra Universidad optó hace muchos años por una estrategia distinta, que la hace destacar en muchos ámbitos de la Educación Superior chilena. El modelo que propone el Ministerio de Educación no se hace cargo de las diferencias de costos que las buenas universidades enfrentan y pone en serio riesgo a aquellas que durante más de dos décadas hemos invertido en educación de calidad.

Otra amenaza que se cierne sobre las buenas universidades privadas, es que, ya en el presupuesto de 2015, el Gobierno introdujo por primera vez un tratamiento preferencial para las universidades estatales, que deja fuera no solo a aquellas nacidas después de 1980, como la nuestra, sino que también, entre otras, a la de Concepción, la Austral, la Federico Santa María y a todas las Universidades Católicas del país. Estos mayores recursos asignados no guardan relación con la calidad de estas universidades, entre las que hay buenas, mediocres y malas. Tampoco guardan relación con la condición económica de sus alumnos, dado que hay más alumnos pobres en el sistema privado que en el estatal en Chile. Mucho menos está relacionada con la eficiencia para administrar los recursos que se les entregan, porque es sabido que los planteles del Estado poseen una gestión muy inferior a la que exhiben las privadas. La discriminación que el Gobierno consagró obedece solo a las presiones y al intenso *lobby* de los rectores y federaciones de estudiantes de las universidades estatales.

Cuando miramos a los países vecinos y vemos los problemas endémicos con los que luchan sin mayor éxito, concluimos que una de las razones por las cuales las políticas sociales en Chile han sido exitosas es por el cuidado que han puesto gobiernos de izquierda y derecha en focalizar los recursos del gasto social. Esto es, nos hemos preocupado de entregar los subsidios solo a los más pobres. En el modelo de gratuidad universitaria, en cambio, los hijos de familias de altos ingresos tampoco pagarán, pese a que están en situación de hacerlo. Quiero decir con toda claridad que esto es dilapidar recursos de los contribuyentes, que tienen mucho mejores usos alternativos. Lo que se pretende hacer, no es distinto de entregar asignación familiar o almuerzos de la JUNAEB a los alumnos de los colegios más caros de Chile.

Para darnos cuenta de lo equivocado que es implementar un sistema como el que se nos ha anticipado, basta con mirar a Argentina, donde las universidades son gratuitas y no seleccionan y, sin embargo, el porcentaje de estudiantes del primer quintil en educación superior es menor que el de Chile. Esto es la prueba de que la política pública que se nos quiere imponer no resulta. Y Chile no debería prestarse para implementar experiencias fracasadas.

En vez de construir modelos utópicos, sería aconsejable mirar a los países que exhiben los mayores logros en la materia. Los dos sistemas universitarios más exitosos del mundo son Estados Unidos e Inglaterra. Ellos no tienen universidades gratuitas y nadie reclama que esto pueda afectar el derecho social a la educación de los jóvenes. Un modelo basado en la libertad de enseñanza y provisto de un buen sistema de créditos subsidiados y becas focalizadas en los más pobres, resuelve mejor el problema y es más justo.

Si se trata de inspirarse en políticas públicas creativas y que buscan favorecer a los más pobres, ¿No sería razonable impulsar un plan otorgando gratuidad

a los alumnos de los Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica, que son los de menores ingresos?

Lamentablemente, lo que puede ocurrir en Chile es que con políticas públicas elaboradas desde la ideología y sin conocimiento de cómo funcionan realmente las instituciones, el sistema que se anticipa conseguirá exactamente lo contrario de lo que pretende, porque las mejores universidades privadas, como esta, no podrán integrarse a él, con lo que sus alumnos no tendrán acceso a becas ni apoyo alguno del Estado. La consecuencia será que solo tendrán acceso a ellas, las familias de más altos ingresos, que puedan pagar sus aranceles completos. Con esto, el nivel de segregación será mucho mayor que el que existe hoy, que es justo lo contrario de lo que el Ministerio pretende conseguir.

Adicionalmente, no resulta comprensible que se busque universalizar la gratuidad de la educación superior como una forma de equiparar las oportunidades. Para nadie es un misterio que las diferencias se manifiestan y profundizan mucho antes, en la educación preescolar y escolar. Los mismos recursos que se van a malgastar en darles universidad gratis a los más ricos, deberían gastarse en los jardines infantiles y parvularios de los más pobres de Chile.

Finalmente, lo más grave del modelo construido entre cuatro paredes del Ministerio de Educación, es que las universidades que entren al sistema quedarán a merced del Gobierno de turno. Para subsistir, dependerán totalmente de los fondos que el Estado quiera aportarles. En una situación como esta, la autonomía de las universidades se pierde. En ese contexto, las universidades no podrán jugar su rol fundamental de ser conciencia crítica de la nación.

La universidad es una expresión concreta de la libertad del hombre, de su derecho a organizarse en torno a ciertos fines y de la autonomía para escoger la mejor forma de conseguirlos.

Lamentablemente, en el último tiempo, se ha gestado un ambiente que podría llevar a suprimir o debilitar esas condiciones esenciales. No se debe perder de vista que cuando se atenta en contra de la libertad de enseñanza o de la autonomía universitaria, se atenta en contra de los derechos de los aquí presentes: autoridades, profesores, alumnos y sus familias. En mi opinión, esto reviste la mayor gravedad, por lo que como Universidad y Facultad estaremos atentos al curso de estos temas y siempre entregando nuestra posición donde sea necesario.

Por su parte, ustedes, ya siendo universitarios, tienen la obligación de reflexionar sobre este y otros temas que la sociedad de su tiempo les está imponiendo; tomen postura, defiéndanla con fuerza, pero siempre respetando a quien piensa distinto.

Volviendo al tema del inicio de estas palabras. La Facultad cumple su primer cuarto de siglo. Es cierto que la vida de las universidades no ha de medirse en años. Las universidades exceden con mucho la vida de quienes transitoriamente las integramos. Tal vez sería mejor indicar que instituciones vivas como la Universidad del Desarrollo y especialmente su Facultad de Derecho, viven en décadas. Pero como para los seres humanos los hitos son importantes, hemos de recordar que en 1991 se iniciaban nuestras tareas con 70 alumnos de primer año. En aquella época de sacrificios y mucho trabajo, varios de los que hoy son sus profesores se iniciaban en el mundo de la docencia como ayudantes de cátedra. Igualmente, otros que hoy ejercen como académicos titulares de la Facultad en la época que recuerdo eran alumnos al igual que ustedes, queridos jóvenes.

Prueba del paso del tiempo es que ya hace varios años destacados egresados de nuestras aulas ejercen brillantemente la magistratura, el Ministerio público, la función parlamentaria, las altas responsabilidades del gobierno y el ejercicio libre de la profesión.

Veinticinco años de estudios jurídicos en la región con nuestro sello, con la preocupación por una docencia y formación personalizada y de alta calidad. Con rigurosidad en los procesos académicos. Con un especial énfasis en los estudios jurídicos vinculados al mundo de la empresa. Es como somos reconocidos por la comunidad jurídica regional.

A la apertura de nuestra Clínica Jurídica de hace 2 años, y cuya labor no ha pasado desapercibida por sus usuarios y beneficiarios, se agregarán muchas otras iniciativas que presentaremos a la Universidad en nuestro proyecto de plan de desarrollo 2015-2020.

Durante el año les estaremos convocando permanentemente a diversas actividades, como seminarios, talleres, mesas redondas, coloquios, y muchas otras iniciativas con las que conmemoraremos nuestro 25° aniversario. Como todos sabrán, una de las primeras consiste en el viaje que hemos organizado a China, especialmente destinado a nuestros alumnos, gira de estudios que se enmarca dentro de nuestra conmemoración.

Pero como ya decía, es esta una ocasión propicia para recordar lo realizado en el pasado, y proyectar lo que será la tarea que nos depara el futuro inmediato.

Quiero hacer una especial referencia a las actividades de extensión que la Facultad realiza como parte de su compromiso con la comunidad jurídica regional.

Bajo la dirección de la profesora Gina Samith Vega, se han realizado numerosas y permanentes actividades. De ellas destaco especialmente: El Simposio sobre

“ASPECTOS RELEVANTES DE LA REFORMA TRIBUTARIA”, realizado el primer semestre y organizado por nuestra Facultad conjuntamente con la de Economía y Negocio, dirigido a todo público, cuyos expositores fueron los egresados y abogados de esta Facultad profesores señores Hugo Tapia, Jean Pierre Latsague y Jaime González, conjuntamente con el economista Cristián Larroulet.

Asimismo, como ha sido tradicional estos últimos años, se realizaron diversas charlas dirigidas a estudiantes de las distintas Facultades de Derecho, donde se puede destacar el Ciclo de Charlas de Derecho Civil, donde profesores de la Facultad hacen reflexiones sobre distintos tópicos del derecho en esta área.

Aprovecho esta oportunidad para instarlos a participar en este tipo de actividades, que tratan temas actuales y contingentes y que ustedes como estudiantes de Derecho tienen el deber de conocer, ya que los nuevos desafíos en la enseñanza del Derecho buscan desarrollar estudiantes talentosos con competencias de reflexión, interpretación y crítica no sólo sobre textos objetos de estudio, sino también con conocimientos profundos sobre cambios sociales. El estudiante debe tener una “visión de mundo” y poder hacer asociaciones entre hechos, instituciones y decisiones.

Y destaco también la participación de nuestros profesores en la publicación de más de 14 artículos de opinión en la prensa escrita, sobre temas legales de sus respectivas áreas como asimismo la participación de varios profesores de nuestra Facultad en 6 programas de televisión, donde se trataron diversos temas jurídicos de contingencia y de interés para la comunidad.

Queridos jóvenes, no da lo mismo ser estudiante de derecho en nuestra Facultad que en otra, la nuestra destaca por la calidad de la formación de sus egresados, su comportamiento profesional y caballeroso y su indeleble sello centrado en el trabajo bien hecho, la responsabilidad pública y el actuar ético.

Es mucho el esfuerzo que invertimos todos, alumnos y profesores, en mantener y consolidar dicho sello, que por cierto es riguroso y exigente.

A ello es a lo que les animo, queridos alumnos, a superarse día a día, a trabajar duro, con mucho tesón, a no dejarse vencer por las aparentes contrariedades, problemas y fracasos que se crucen en su camino.

Es una tarea difícil, no tengo dudas, pero tampoco las tengo respecto de que ustedes cuentan con las capacidades y fuerzas para enfrentarlas e, igualmente, nos tendrán a nosotros, sus profesores, a su lado.

Este 2015 se completa la vigencia de nuestro nuevo plan de estudios. Con ello la Facultad se alinea plenamente con su par de Santiago al aplicarse el mismo



currículo tanto en nuestra ciudad como en la capital. La experiencia ha sido ardua y difícil.

Es el momento, también de acuerdo a nuestra tradición, en que reconocemos el mérito académico al ganador del concurso de ensayos jurídicos de la Facultad, distinción que este año recae en don MATÍAS SALGADO GONZÁLEZ, por su trabajo intitulado "PROCEDENCIA Y APLICACIÓN DE LA PRENDA PRETORIA RESPECTO DEL DERECHO SOCIAL DE UN SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE PERSONAS POR PARTE DE UN ACREEDOR PERSONAL SUYO".

Igualmente, distinguiremos a nuestro ex alumno don Moisés Alejandro Parra González, con el premio de excelencia académica "Decano Eduardo Fernández Florez", distinción que concedemos al mejor egresado de 5° año, que en el caso de la promoción de 2014 corresponde al señor Parra González por haber obtenido el mejor promedio de egreso en sus cinco años de estudios. Felicito especialmente a Alejandro por este galardón, que se agrega a su brillante desempeño como alumno durante los pasados 5 años, del que nos sentimos, junto a su familia, profundamente orgullosos y le instamos a completar su licenciatura en breve tiempo, así como continuar al más breve plazo sus estudios de post-grado, ojalá en el extranjero, los que sin duda finalizará con igual brillantez.

Siendo Alejandro el último de tres hermanos, dos de ellos ya abogados, en pasar por nuestras aulas, aprovecho de agradecer a sus distinguidos padres el habernos confiado la educación de sus tres hijos.

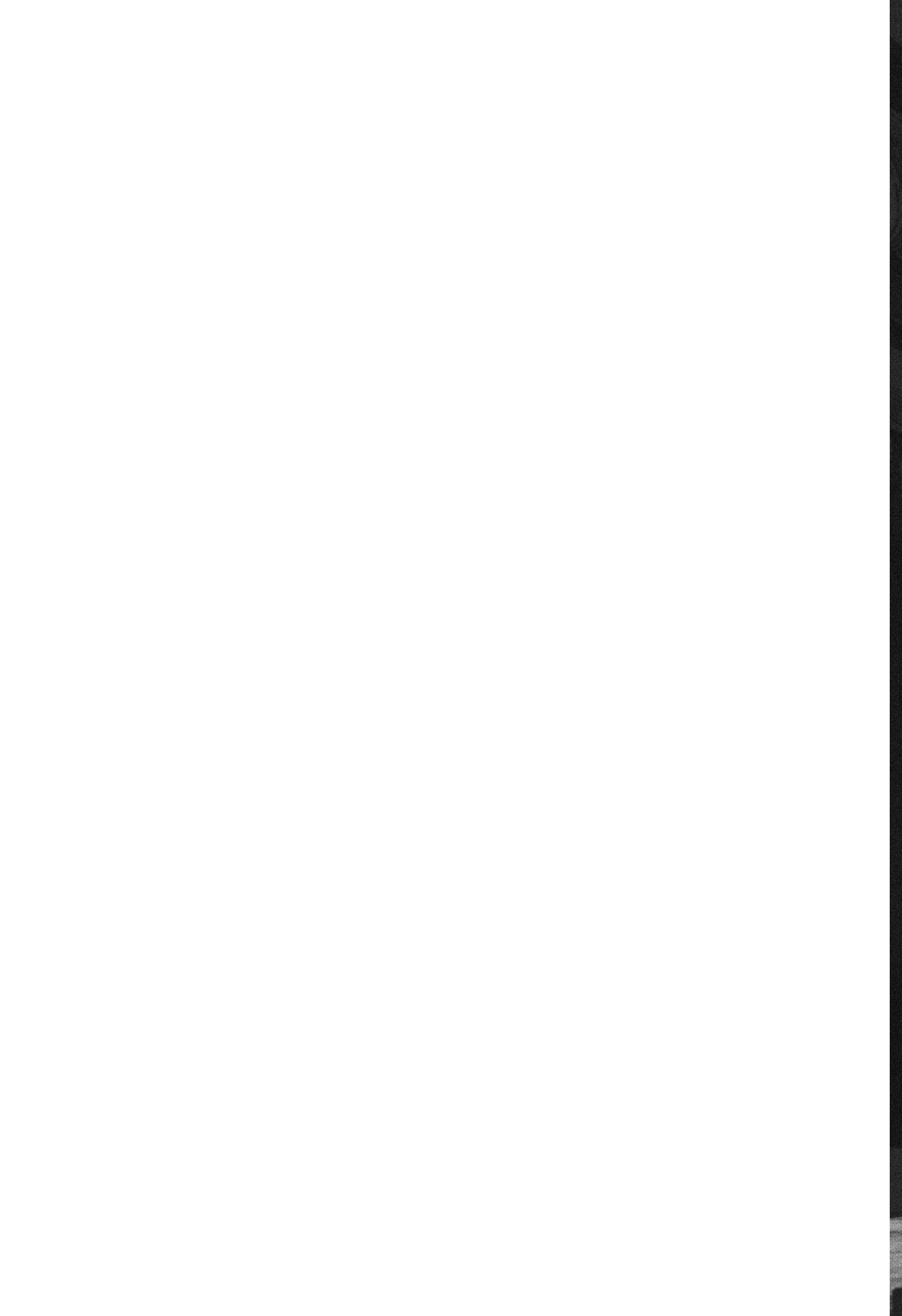
Permítanme concluir, como en otras oportunidades, recurriendo a esa educadora con mayúsculas que fue Gabriela Mistral. Bien dijo que la educación era, tal vez, la forma más alta de buscar a Dios. Y ese es un llamado para nosotros sus profesores: **"Enseñar siempre, en el patio y en la calle como en el salón de clase. Enseñar con la actitud, el gesto y la palabra. Para encender lámparas basta llevar fuego en el corazón. El amor a los alumnos enseña más caminos al que enseña, que la pedagogía"**.

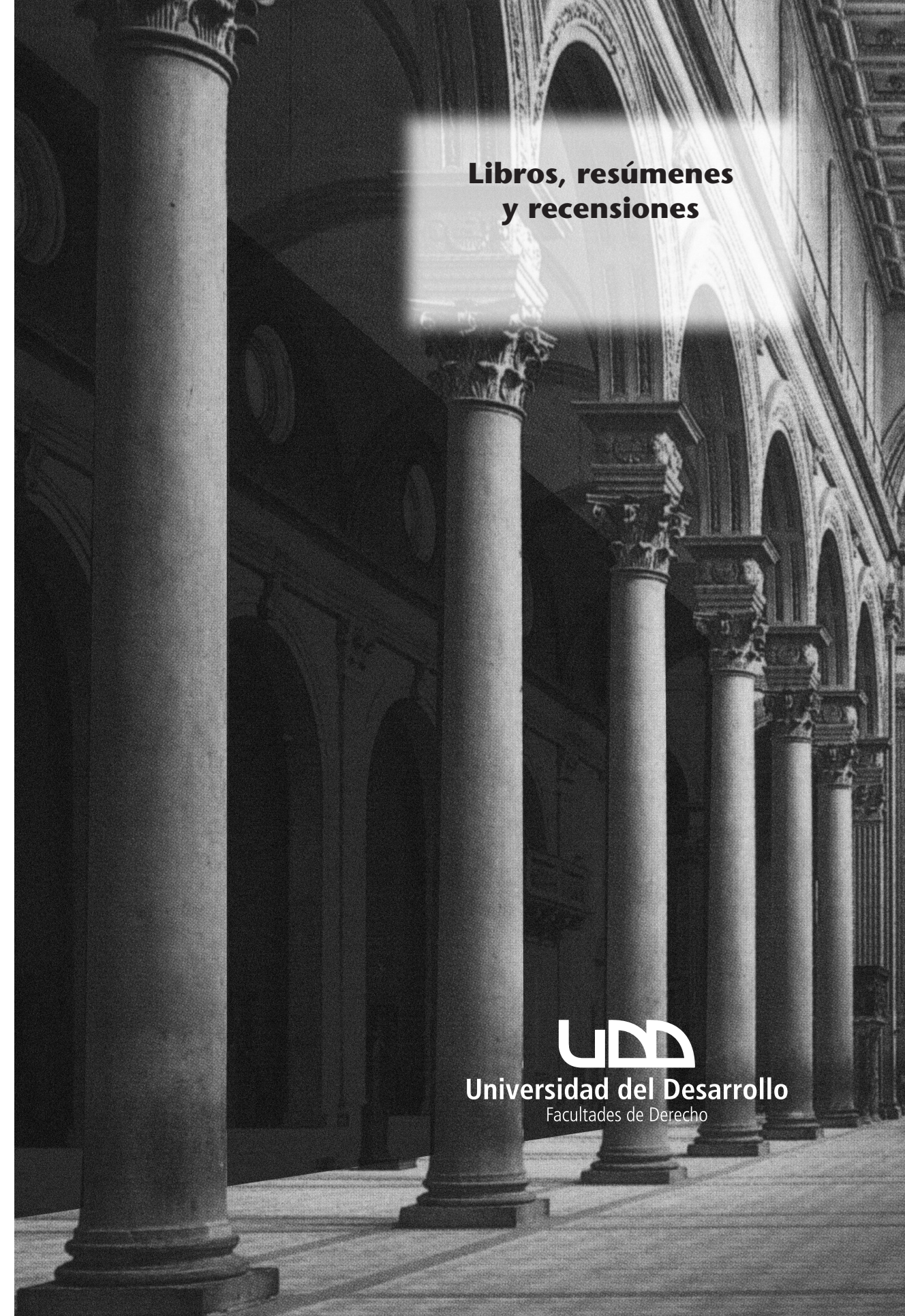
En este 2015, año de nuestro 25° aniversario, con orgullo por encabezar este proyecto académico que tanto queremos, a todos ustedes, queridos alumnos, y a los profesores miembros de la Facultad, les doy la más cordial bienvenida. Que Dios nos acompañe en este año de celebración y nos brinde las energías necesarias para alcanzar nuestras metas. Declaro inaugurado el año Académico 2015.

Que sea muy bueno para todos.

Muchas gracias.

Concepción, abril de 2015





**Libros, resúmenes  
y reseñas**



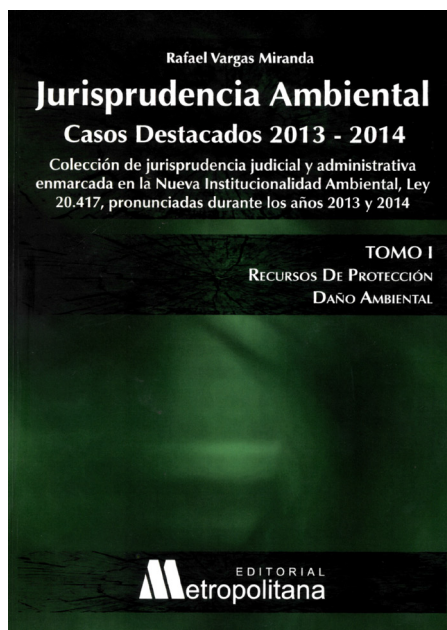
**Universidad del Desarrollo**  
Facultades de Derecho



## Alumnos de postgrado publican libros sobre temas de su especialidad

RAÚL F. CAMPUSANO DROGUETT  
Director de Postgrado  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Durante el primer semestre del año 2015, tres alumnos de nuestros programas de postgrado han publicado libros sobre aspectos estudiados en sus respectivos programas de especialización. Para la Facultad es motivo de alegría y satisfacción observar la forma en que nuestros alumnos y ex alumnos de postgrado participan y contribuyen tanto en el espacio profesional como en el académico en forma exitosa y contribuyendo a la teoría y práctica de las disciplinas de especialización que han cursado en nuestros programas de postgrado.



Rafael Vargas Miranda, alumno de Segundo Año del Magister en Derecho Ambiental, ha publicado el libro *Jurisprudencia Ambiental: Casos destacados 2013-2014*. Colección de Jurisprudencia Judicial y Administrativa enmarcada en la nueva institucionalidad ambiental, Ley 20.417, pronunciadas durante los

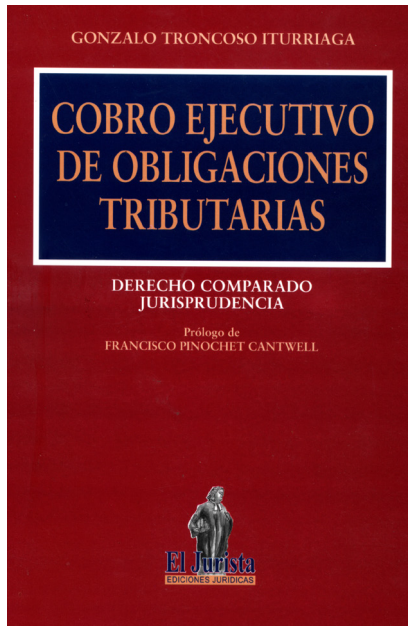
años 2013 y 2014. Primer tomo: Recursos de Protección y Daño Ambiental. Segundo tomo: Tribunal Constitucional, Tribunal Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente, Servicio de Evaluación Ambiental y Contraloría General de la República. El libro, de 1505 páginas, es publicado por la Editorial Metropolitana.

El autor ha señalado que el propósito que tuvo al con este proyecto, además de intentar reinsertarse en el Derecho Ambiental tras mi monografía "El Recurso de Protección Ambiental" (Editorial Metropolitana 2005, y 2007 segunda edición) fue dar a conocer cómo y en qué estado se encuentra la Nueva Institucionalidad Ambiental de la Ley N° 20.417. Lo anterior en el entendido que la jurisprudencia es el barómetro con el cual podemos medir el funcionamiento de las instituciones jurídicas. Desde la perspectiva de Vargas, era relevante canalizar la información existente, que, pese a ser gratuita hoy en Internet, es gracias a las publicaciones de este tipo que los abogados y otras personas interesadas pueden obtenerla de manera sistematizada. En tal sentido, los criterios para su sistematización fueron: acciones impetradas y tribunales que las conocieron. Así, el primer tomo contempla Recursos de Protección sea por consulta Indígena y Convenio 169, invalidación ambiental y otros temas propios de esta acción cautelar, además de sentencias de la Excma. Corte Suprema por daño ambiental. El segundo tomo contiene jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aquellas sentencias del Tribunal Ambiental existentes a principios de diciembre de 2014 haciéndose la salvedad que algunas de ellas no estaban ejecutoriadas, y finalmente un capítulo final dedicado de manera exclusiva a la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, el Servicio de Evaluación Ambiental, y la Superintendencia. Para el autor, los años analizados son especialmente interesantes debido a los importantes fallos que tuvieron lugar en el período, generando reflexiones y debates sobre diversos temas, entre los cuales cabe destacar: ¿Existe o no activismo judicial en materia ambiental? ¿Cómo debe entenderse la llamada "judicialización excesiva": un problema del sistema o un efecto del poder que entrega la información? ¿El Recurso de Protección ha sido objeto de desnaturalización y se ha usado en forma abusiva? El autor destaca también la creación de los Tribunales Ambientales como el tercer hito más importante de la historia ambiental (tras la Constitución y la Ley de Bases) y también observa que la jurisprudencia administrativa es importante, pero no ha tenido el lugar ni el reconocimiento que amerita.

Gonzalo Troncoso Iturriaga, alumno de Segundo Año del Magister en Derecho Tributario, ha publicado el libro *Cobro Ejecutivo de Obligaciones Tributarias. Derecho Comparado y Jurisprudencia*. El libro es publicado por la Editorial El Jurista, Ediciones Jurídicas.

El libro del profesor Troncoso busca subrayar la necesidad de cuestionar el actual proceso de cobro de obligaciones tributarias, ya que se evidencian tanto con la

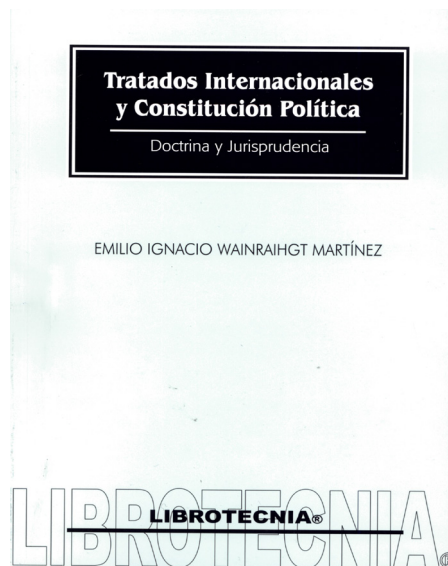
jurisprudencia nacional, legislación comparada y los vicios del procedimiento, las diversas situaciones a que se enfrenta el contribuyente que es ejecutado en el actual proceso de cobro. El libro es técnico y político a la vez, sirviendo tanto a quienes desean tramitar este tipo de procedimientos como a aquellos que desean reflexionar sobre los derechos de las personas frente al Estado.



El prólogo del libro está escrito por el profesor de derecho procesal Francisco Pinochet Cantwell, quien señala que el esfuerzo del profesor Troncoso Iturriaga, muy bien logrado, está encaminado a demostrar que cualquier conflicto que deba ser resuelto por los tribunales de justicia, ha de ser tramitado solo dentro de un proceso. De la misma forma, cualquier órgano que ejerza facultades jurisdiccionales debe realizarlas dentro de un proceso y no de un simple “procedimiento.” Como todos sabemos, un procedimiento es solo la forma en que están organizados los distintos actos procesales que constituyen el proceso, estos pueden variar. Sin embargo, la característica del proceso que debe tener todo procedimiento que resuelva una controversia, de estar envuelta entre los caracteres de un proceso, entendiendo que la función jurisdiccional es el poder-deber del Estado político moderno, emanado de su soberanía para dirimir, mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico, como se recuerda en uno de los fallos comentados por el autor.”

Emilio Ignacio Wainraihgt Martínez, alumno del Postítulo en Derecho Económico, ha publicado el libro *Tratados Internacionales y Constitución Política. Doctrina y Jurisprudencia*. El libro es publicado por la Editorial Librotecnia.

El libro de Emilio Ignacio Wainrihgt es prologado por el profesor Humberto Nogueira, quien señala que concuerda con el autor en el “deficiente tratamiento constitucional del derecho internacional, aun con el texto de la reforma de 2005, en la medida que la normativa solo regula la incorporación de los tratados internacionales, permaneciendo muda frente a los principios imperativos de derecho internacional (*ius cogens*), como asimismo frente a l derecho consuetudinario internacional, los cuales solo han sido abordados por la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia y la Sala Penal de nuestra Corte Suprema, la que les ha dado una aplicación directa y una incorporación automática a nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años”.



El libro de Wainrihgt aborda un tema de gran relevancia y polémica en nuestro país, a saber la relación entre normas de tratados internacionales y normas constitucionales. Esta materia ha sido y sigue siendo objeto de acalorados debates y el libro es un muy buen medio de conocer parte importante de las argumentaciones que han tenido lugar entre nosotros. El autor ha hecho una investigación muy completa y seria sobre la materia.

Cada uno de estos tres libros es un aporte para la reflexión y la práctica del derecho en su área de especialización: el derecho ambiental, el derecho tributario y el derecho económico.



## **Sanciones Administrativas,** Varios autores, Editorial Thomson Reuters

NICOLÁS ENTEICHE ROSALES

Profesor de Derecho Administrativo

FACULTAD DE DERECHO,  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Un grupo de treinta y cinco profesores hemos colaborado, a través de nuestras ponencias y artículos, para que se publique el libro *Sanciones Administrativas*. La obra plasma las exposiciones realizadas en la X Jornada de Derecho Administrativo de la Asociación de Derecho Administrativo (ADA), la que recayó en “La potestad sancionadora de la Administración del Estado: Fundamentos, alcances y aplicaciones”.

**1.** El propósito de este libro es superar la falta de tratamiento dogmático en esta área del Derecho Público chileno. Lo anterior se entiende tras constatar que existen, a diferencia del Derecho Civil o Comercial, muy pocos trabajos que sistematicen al Derecho Administrativo Sancionador chileno. De hecho, solo a partir del año 2014 existe una obra nacional que aborda la temática de forma orgánica<sup>1</sup>.

La antedicha circunstancia, que no resultaría problemática en Derecho Privado, dada la codificación de las materias en la que éste recae, provoca serios problemas de comprensión para los intérpretes. Esto se explica dado que el Derecho Administrativo Sancionador chileno es una disciplina jurídica en la que concurren normas y reglas –leyes, decretos, y resoluciones– de la autoría de diversos órganos<sup>2</sup>, a más de las citadas fuentes jurídicas que han sido publicadas en diversos momentos de nuestra historia.

**2.** Así, la existencia de distintos regímenes paralelos tocantes al Derecho Administrativo Sancionador convierte a esta disciplina en una, en sí misma, inorgánica; lo que explica la necesidad de que los autores colaboren en la resolución de las *desavenencias* propias de esta rama del Derecho Público. Cuestión que

<sup>1</sup> Hasta el año 2014 no existían obras generales en la materia, contexto que finalizó con el trabajo de Eduardo Cordero, *Derecho Administrativo Sancionador: Bases y principios en el derecho chileno*, Editorial LegalPublishing, 2014.

<sup>2</sup> Basta recordar el –ya común– precepto, incorporado a múltiples leyes, que versa de acuerdo al siguiente enunciado: Las infracciones de esta ley, de sus reglamentos y de las instrucciones y órdenes serán sancionadas con...

se motiva, principalmente, en que no existe alguna ley de bases ni supletoria que regule sus aspectos medulares.

Se adiciona al anterior contexto el progresivo aumento de las competencias sancionadoras otorgadas a la Administración. De hecho, en los primeros meses de este año 2015 se han publicado –o bien están próximos a ver la luz–, tres cuerpos legales que suman atribuciones administrativas sancionadoras. Estas normas son la Ley N° 20.813 de 6.2.2015, que modifica la Ley de Control de Armas; el proyecto de ley –boletín N° 9566– iniciado con fecha 10.9.2014, que altera a la denominada Ley de Violencia en los Estadios, y el proyecto de ley –boletín N° 9891–, iniciado con fecha 28.1.2015, que modifica la Ley de Casinos de Juego.

**3.** El primer caso en que se aumentan las facultades sancionadoras administrativas corresponde a la reciente Ley N° 20.813, la cual modificó la “Ley N° 17.798, de Control de Armas y el Código Procesal Penal”. En lo pertinente, esta norma trasladó, en sus artículos 5° B; 9° A; 10, inciso final; 10 A, inciso tercero, y 11, desde los tribunales con competencia en lo penal hacia la Dirección General de Movilización Nacional, la potestad para reprimir, ahora, infracciones administrativas. De modo que, a partir de este año, cuestiones que eran conocidas por los tribunales de justicia hoy pasarán a ser de resorte de un órgano administrativo.

Por su parte, existe un proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.327, denominada Ley de Violencia en los Estadios. La eventual norma jurídica, al igual que la Ley anteriormente descrita, traslada potestades sancionatorias –ahora– desde los Juzgados de Policía Local hacia los Intendentes Regionales. Además crea nuevas facultades administrativas sancionadoras para aquellos representantes del Presidente de la República. Dentro de la misma senda se encuentra el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.995, el cual altera algunas conductas y las sanciones a que se verán expuestos los Casinos de Juego. Por lo anterior, suma y sigue la tendencia en razón de la cual se adicionan potestades represivas, dispersas en el ordenamiento jurídico.

**4.** En vista de la multiplicidad de normas sancionadoras, y su explosiva proliferación, es que se explica la necesidad de contar con un sustento doctrinal suficiente para que los tribunales, al conocer de las eventuales reclamaciones suscitadas al efecto, revisen la juridicidad de los castigos aplicados por la Administración.

Por lo anterior, el aporte de la obra en comentario es relevante. Los autores analizan diversos temas, los cuales fueron sistematizados por los coordinadores de la obra, Jaime Arancibia y Pablo Alarcón, en los siguientes títulos “Sanciones Administrativas y Estado de Derecho”, “Legalidad y Tipicidad de las Sanciones

Administrativas”, “Discrecionalidad y proporcionalidad de las sanciones administrativas”, “Procedimiento administrativo sancionador”, “Sanciones y contratación administrativa”, “Sanciones disciplinarias”, “Sanciones administrativas y penales”, y “Sanciones administrativas en ámbitos específicos”.

**5.** Frente a la imposibilidad de comentar todos los artículos, y ante la inconveniencia de escoger algunos sobre otros, solo cabe congratular la iniciativa de la Universidad de los Andes y de la Editorial Thomson Reuters. Estimamos que, de cara al escenario normativo recién reseñado, es imperativo que la doctrina avance mediante publicaciones científicas referidas a nuestro ordenamiento jurídico.

Es a través de tal medio que podrán enriquecerse las múltiples, y en ocasiones básicas, controversias que aún no tienen un adecuado tratamiento. Y es lo que la obra colectiva se encarga de realizar, cuando se abordan temáticas tales como la definición de las sanciones administrativas, la precisión de los principios que se aplican a las penas administrativas, y la omisión de una ley que detalle algún procedimiento sancionador de carácter general y supletorio. Restan, eso sí, otras preguntas, de igual o mayor entidad, que deberán ser respondidas por los autores. Así, por ejemplo, estimamos necesario que se intente definir el significado de la expresión “con matices”, utilizada por el Tribunal Constitucional chileno para hacer aplicables los principios del Derecho Penal Constitucional al Derecho Administrativo Sancionador; o bien, en cuanto a la prescripción de la sanción administrativa, que se aborde la relación entre una omisión o incumplimiento de un deber o requisito por un particular, de cara a la aplicación de la prescripción extintiva.



## **Manual de Legislación Previsional** de Gabriela Lanata Fuenzalida, Segunda Edición, Enero 2015, Ed. Thomson Reuters, 652 pp.

**PATRICIA FUENZALIDA MARTÍNEZ**

Abogada

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Jueza Titular

**SEGUNDO JUZGADO DEL TRABAJO DE SANTIAGO**

La obra en comento corresponde a la segunda edición del *Manual de Legislación Previsional* que la autora publicara en mayo de 2001, sin embargo, atendidos los importantes cambios que se han producido en la materia y el mayor detalle con que son analizados en esta ocasión, este Manual bien puede ser catalogado de una obra nueva, con alcances que se alejan de aquella primera versión publicada hace ya catorce años.

Desde el año 2001 a la fecha, la Seguridad Social ha sido objeto de atención de los distintos gobiernos nacionales, quienes han promovido una serie de proyectos de ley mediante los cuales se han introducido profundas modificaciones, tanto en la Institucionalidad Pública en materia previsional y de salud, como en la protección que el sistema otorga prácticamente a la totalidad de los riesgos abordados por la obra. Por mencionar sólo algunas de estas modificaciones, podemos decir que en materia de salud pública se dictó la Ley N° 19.966 y toda la normativa complementaria al sistema de Garantías en Salud; en materia de salud privada, se han producido sucesivas modificaciones a la Ley de ISAPRES N° 18.933; respecto al desempleo, se creó el sistema de seguro de cesantía, regulado por la Ley N° 19.728; y en materia previsional, encontramos la Ley N° 20.255, que por la intensidad de los cambios que produjo, por sí sola, justificaba y hacía absolutamente necesaria la revisión de todas aquellas obras que pretendían describir y analizar nuestra legislación previsional.

Todos estos cambios legislativos son incorporados en esta nueva edición del nuevo texto de la profesora Lanata, el que tal como ocurría con la edición anterior, puede ser dividido en dos partes, general y especial. En este esquema, la parte general estaría compuesta por los Capítulos Primero y Segundo, referidos a los antecedentes doctrinarios y aspectos generales de la seguridad social, los que describen una serie de aspectos que por su naturaleza no son alcanzados por las reformas legales, tales como los conceptos de Seguridad Social, sus fines, principios, historia y otros. En tanto que desde el Capítulo Tercero podemos

ubicar la parte especial, ocupada del análisis de cada uno de los distintos riesgos que son amparados por nuestro sistema de Seguridad Social, incluyendo previsión, salud profesional y común, maternidad y desempleo.

En lo que respecta a la parte general, los cambios operados en la obra son menores. Se mantienen buena parte de los títulos originales y párrafos completos son transcritos desde el texto original, del mismo modo, se advierte la remisión constante al esquema y postulados propuestos por el profesor Patricio Novoa en su *Derecho de Seguridad Social* (1977), homenaje ineludible a quien ha llevado al análisis sobre la materia en nuestro país a su punto más alto. Sin embargo, en esta ocasión se hace más patente la voz de la propia autora, las modificaciones y adiciones efectuadas en estos capítulos aportan principalmente al alejarlos de las citas y referencias a otros autores, y acercarnos más a las ideas y principios defendidos por la autora, quien ya desde esta primera parte asume una posición que podríamos calificar de conservadora, por cuanto la tónica general del libro es la defensa del actual sistema de Seguridad Social, en particular de una serie de aspectos de aquel que hoy son objeto de crítica y cuestionamiento por parte de distintos sectores, como ha quedado de manifiesto, por ejemplo, a propósito del Trabajo de la *Comisión Bravo*.

Lo anterior se advierte, por ejemplo, al comparar los argumentos que ofrece la autora en defensa de la subsidiariedad, como principio general de la Seguridad Social, respecto de su naturaleza contributiva del mismo, o de la existencia de topes o máximos imponentes –cuya existencia era criticada por otros autores, como el mismo Patricio Novoa, quien los consideraba regresivos y contrarios al principio de solidaridad–, asimismo hay un análisis abiertamente favorable al funcionamiento actual del sistema de pensiones, sosteniendo que las razones que explicarían el bajo monto de las pensiones no estarían dadas por el modo en que se realizan las inversiones en el sistema, sino por otros factores tales como las bajas remuneraciones, evasión de los empleadores o baja densidad en las cotizaciones.

Mayores son las modificaciones introducidas a la parte especial del manual, siendo aquellas las que permiten calificarlo de una obra nueva y distinta respecto de su versión anterior. En ella no sólo se incorporan todas las modificaciones legales operadas desde la publicación de la primera edición, lo que importa que ya no sea posible repetir los nombres de muchos apartados o su extensión, sino que, además, pese al marcado carácter descriptivo de esta parte del texto, mejora el detalle con se estudian los distintos aspectos relevantes de la protección a cada riesgo, lo mismo que el nivel del análisis, tanto respecto de estos nuevos aspectos como de aquellos que ya habían sido tratados en la primera edición, en la que varios pasajes se limitaban a transcribir la norma, mientras que en la presente obra el texto legal se integra de mejor modo con otras normas legales, con elementos históricos o económicos, por ejemplo, aportando argumentos

que permiten construir con mayor claridad la propia visión de la autora acerca de la Seguridad Social y la protección que esta debe otorgar.

Finalmente, cabe destacar que esta segunda edición del manual es publicada en homenaje a los 150 años de la carrera de Derecho de la Universidad de Concepción, según la propia autora advierte, lo que refuerza la idea de que nos encontramos frente a una obra destinada, principalmente, a facilitar el estudio universitario de la Seguridad Social y, desde ese punto de vista, cumple a cabalidad su propósito. Se trata de una obra que marca un notable avance respecto de su predecesora y que, a diferencia de aquella, bien puede ser empleada como texto base de cursos de pregrado o de estudios iniciales de Seguridad Social, ya que en sus más de seiscientas páginas, cubre de manera bastante exhaustiva las principales cuestiones relevantes en la materia, tanto es sus aspectos generales, como en los referidos a los distintos riesgos en particular, sin perjuicio que de su lectura es posible extraer diversas preguntas que ameritan ser contestadas en forma separada, mediante otros estudios que apunten a un examen más profundo y menos exhaustivo de las diversas instituciones que conforman nuestro sistema de Seguridad Social.



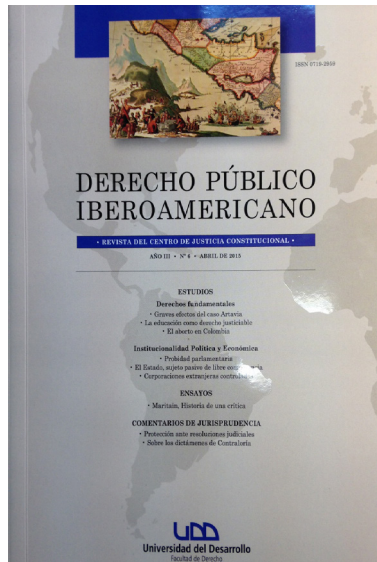


# Índice

## Revista Derecho Público Iberoamericano

### Facultad de Derecho UDD

#### N° 6 - Abril de 2015



## ESTUDIOS

### Derechos fundamentales

Max Silva Abbott: *El caso Artavia-Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico y posibles efectos regionales*

Juan Andrés González Tugás: *¿Es el derecho a la educación un derecho justiciable?*

Juan David Gómez Rubio: *La legalización (de facto) del aborto en Colombia*

### Institucionalidad política y económica

Miguel Ángel Fernández González: *El principio constitucional de probidad parlamentaria*

María Fernanda Juppet Ewing: *El Estado como sujeto pasivo en materia de libre competencia*

Matías Cristóbal Pascuali Tello: *Corporaciones extranjeras controladas*

## **ENSAYOS**

Miguel Ayuso Torres: *Maritain, ideólogo de la Democracia Cristiana. Historia de una crítica*

## **COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

Eduardo Soto Kloss: *Protección ante resoluciones judiciales: afirmación de un principio, pero lleno de excepciones. Caso "Parque Eólico"*

Eduardo Soto Kloss: *Acerca de los dictámenes de Contraloría: un error supremo es un supremo error. Análisis Sentencia de Protección*

## **RECENSIONES**

J.G. Boher: *Au spectacle des droits de l'homme*, de Valentine Zuber

Juan Cayón: *Contro la dittatura del presente*, de Gustavo Zagrebelsky

Eduardo Romero: *A History of Christendom*, de Warren H. Carroll

# Índice

## Revista Ius Publicum N°34/marzo de 2015

### Escuela de Derecho

### Universidad Santo Tomás

#### Estudios

ANITA GARVENS NÚÑEZ: *Los fundamentos de la ética de Guillermo de Ockham*

JERÓNIMO MOLINA CANO: *Casi cien años de "España invertida"*

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN: *Chile ¿Presencia de la ideología?*

CARLOS A. CASANOVA: *Derecho de asociación y derecho de libertad de conciencia, de enseñanza y de emitir opinión: una estrategia retórica adecuada para su armonización*

EDUARDO SOTO KLOSS: *La nulidad de derecho público según la Corte Suprema hoy: de su tergiversación a su destrucción*

CRISTIAN LETELIER AGUILAR: *Breve análisis de la Ley N° 20.609, o "Ley Zamudio". Algunos aspectos de interés*

JUAN GUILLERMO ABARCA MONTERO: *La invalidación administrativa en materia ambiental*

ENRIQUE DÍAZ BRAVO, ALVARO ENRIQUE PÉREZ ORELLANA: *Criterios interpretativos recientes en la jurisprudencia administrativa sobre el pago de partidas en contratos de obra pública*

#### Crónica

*Reflexiones tomistas:* MARÍA ESTHER GÓMEZ DE PEDRO, MAURICIO ECHEVERRÍA GÁLVEZ. *Reflexiones éticas:* MAX SILVA ABBOTT, ROSARIO CORVALÁN ASPIAZU, P. SANTIAGO GONZÁLEZ, NATALIA LÓEZ MORATALLA, MANUEL DE LA PRADA. *Reflexiones fuertes:* GONZALO ROJAS SÁNCHEZ, P. RAÚL HASBÚN, HERMÓGENES PÉREZ DE ARCE, ENRIQUE SUBERCASEAUX.

## Documentos

MAGISTERIO DEL PAPA FRANCISCO: *Discurso a los dirigentes, empleados y operadores de la emisora italiana TV2000, Aula Pablo VI (Lunes 15 de diciembre de 2014). Discurso a los participantes en el Congreso Conmemorativo de la Asociación de Médicos Católicos Italianos con motivo del 70° aniversario de su fundación, Aula Pablo VI (Sábado 15 de noviembre de 2014). Discurso a los participantes en el Coloquio Internacional sobre la Complementariedad del Hombre y la Mujer, organizado por la Congregación para la Doctrina de la Fe, Aula del Sínodo (Lunes 17 de noviembre de 2014). Discurso presentación de las felicitaciones navideñas de la curia romana. Sala Clementina (Lunes 22 de diciembre de 2014). Discurso al Parlamento Europeo, Estrasburgo, Francia (Martes 25 de noviembre de 2014). Discurso al Consejo de Europa, Estrasburgo, Francia (Martes 25 de noviembre de 2014). Mensaje con ocasión de la XXIII Jornada Mundial del Enfermo 2015. Mensaje para la celebración de la XLVIII Jornada Mundial de la Paz (1 de enero de 2015).*

MARÍA VICTORIA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La alegría del Evangelio. Claves del Mensaje del Papa Francisco en la Evangelii gaudium.*

BRUNO MORENO: *San Pío X y el modernismo de hoy.*

PATRICIO ACEVEDO: *Sobre la religión en la esfera pública. Infocat: Líderes de 39 países alertan sobre ataques continuos contra la familia y piden a la ONU que la proteja.*

## Actualidades

SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE “DESPENALIZACIÓN” DEL ABORTO EN CHILE  
MONS. JUAN IGNACIO GONZÁLEZ: *El aborto: “Una discusión madura, informada y propositiva”*

MONS. JUAN IGNACIO GONZÁLEZ E.: *Francisco y el aborto: “Pensad”*

PORTALUZ: *Leyes de exterminio: el aborto es un genocidio*

PABLO URQUÍZAR M.: 2014: *La improvisación del aborto*

CREDO CHILE: *El sigilo del aborto*

ALEJANDRO NAVAS GARCÍA: *La tentación de decidir la muerte de otro*

PORTALUZ: *Cientos de médicos chilenos rechazan el aborto y emplazan a presidenta Bachelet en video viral: NadieSobra*

AICA: *Amenazan expropiar la Universidad Católica por oponerse al aborto*

*INFOCAT: Bachelet afirma que Chile es un país maduro para legalizar el asesinato de los no nacidos*

JOSÉ ANTONIO GUZMÁN C.: *El aborto: otra mirada*

A 25 AÑOS DE LA CAÍDA DEL MURO DE LA VERGÜENZA (1989)

JOAQUÍN FERMANDOIS: *El fin del Muro*

ADOLFO IBÁÑEZ SANTA MARÍA: *Muro*

JUAN MANUEL DE PRADA: *El muro y el anillo*

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN: *El día de la libertad en perspectiva*

DAVID GALLAGHER: *El Muro de Berlín y el comunismo ruso*

BENEDICTO XVI: *El Papa y la caída del Muro*

## **Jurisprudencia, reseñas 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

<b>SUSCRIPCION*</b>	<b>1 AÑO (2 Revistas)</b>	<b>2 AÑOS (4 Revistas)</b>
<b>Nacional</b>	\$ 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

