

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XVIII, N° 35 – Enero 2017



Universidad del Desarrollo

Facultades de Derecho

Director

Gonzalo Rioseco M.

Secretario de Redacción

José A. Riquelme G.

Consejo Editorial

Hugo Rosende A.

Jorge Ogalde M.

Bruno Caprile B.

Ignacio Covarrubias C.

José Manuel Díaz de Valdés J.

Julio Alvear T.

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 la **Universidad del Desarrollo**

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

Impresión: Versión, Producciones Gráficas Limitada.

Índice de contenidos

• Presentación	5
 I. Tema Central: “Sobre la Reforma Laboral”	
• Nuevo sistema de negociación colectiva: Ley N° 20.940, grandes escollos interpretativos y desconexión normativa con algunos de los objetivos de la reforma legal (A.M. Díaz M.)	9
• Breves notas sobre la Ley N° 20.940 que moderniza el sistema de relaciones laborales (P. Fuenzalida M.)	57
• El modelo de negociación colectiva tras la reforma laboral 2016 (P. Iruera U.)	87
 II. Ensayos y estudios	
• La justicia civil (P. Rodríguez G.)	111
• Función de la legitimación <i>ad causam</i> en el sistema procesal civil (Pretexto: un caso de litisconsorcio necesario pasivo impropio) (M. Rojas S.)	127
• La legitimación pasiva para la constitución de una servidumbre en la ley de copropiedad inmobiliaria N° 19.537 (A. Romero S.)	175
• Algunas notas acerca de la culpa como elemento subjetivo de la responsabilidad civil contractual (F. Rabat C.)	183
• Sobre la revisión judicial de la discrecionalidad administrativa (C. Isensee R.)	213
• La ética en la profesión y en los negocios (H. Alvarez C.)	235
• Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo sostenible: Desafíos para Chile (R. Campusano D. - C. Romero C.)	247
• La teoría del abuso del derecho; <i>status quaestionis</i> (B. García M.)	275
 III. Análisis jurisprudencial	
• La relación abogado-cliente como mandato fiduciario: Un comentario desde la ética de la abogacía (I. Henríquez H.)	291
• Dos buenas noticias para los contribuyentes en materia de Derecho Tributario Infracional (M. A. Pontigo D.)	301
• Sobre el alcance del derecho a huelga: su procedencia fuera de un proceso de negociación colectiva (F. Ruay S.)	331

IV. Libros, resúmenes y reseñas

- **Presentación del libro *Elusión. Un acercamiento al abuso de la formas de Hugo Osorio Morales, Jaime González Orrico, Carla Vildósola Godoy y Vanesa Vidal Chavarría* (J. González O.)** 347
- ***La Reforma Laboral explicada y comentada de L. Lizama P.* (P. Fuenzalida M.)** 351
- ***Quince días en el desierto americano de Alexis Tocqueville*, (A.V. Cabrera P.)** 355
- **Índice *Revista de Derecho Público Iberoamericano, Universidad del Desarrollo, N° 9, octubre de 2016*** 359
- **Índice *Ius Publicum N°37/2016*** 361

Presentación

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo ha llevado adelante una reflexión seria y acuciosa sobre la llamada "Reforma Laboral" promovida por las autoridades del actual Gobierno.

Nuestra Revista *Actualidad Jurídica* continúa y renueva su compromiso por tratar, con la seriedad que la caracteriza, todos los temas jurídicos debatidos en nuestro país y el mundo. Y es fruto de la reflexión indicada el tema central del presente número, que examina al nuevo sistema de negociación colectiva laboral, el que altera esencialmente las bases de lo que han sido los procesos de negociación, desde la gran reforma al derecho colectivo del trabajo de inicios de la década de 1980.

Es sabido que desde la adopción de la legislación en vigencia, Chile ha pasado por casi cuatro décadas de gran estabilidad en las relaciones laborales, con un índice bajísimo de conflictividad y/o paralización de faenas vía huelga, lo que ha repercutido en una mayor productividad y en un mejoramiento notorio de las condiciones del trabajo. Sin embargo, en los últimos tiempos, fruto del apasionamiento y la polarización de la opinión pública, las relaciones entre trabajadores, sindicatos y empresas han experimentado una lamentable involución. Como consecuencia de este ambiente enrarecido surge el proyecto de nueva negociación colectiva, aprobado por Ley N° 20.940, que se ha dictado en medio de una agria disputa, que casi no ha dado espacios para un debate más sereno y menos cargado de prejuicios.

Las incógnitas y trampas generadas por la ambigüedad de muchas de las normas de la nueva legislación y la contradicción entre ellas mismas será fuente de amargos quebrantos para el mundo productivo, el empresariado y los propios trabajadores, con los consecuentes efectos en la economía nacional.

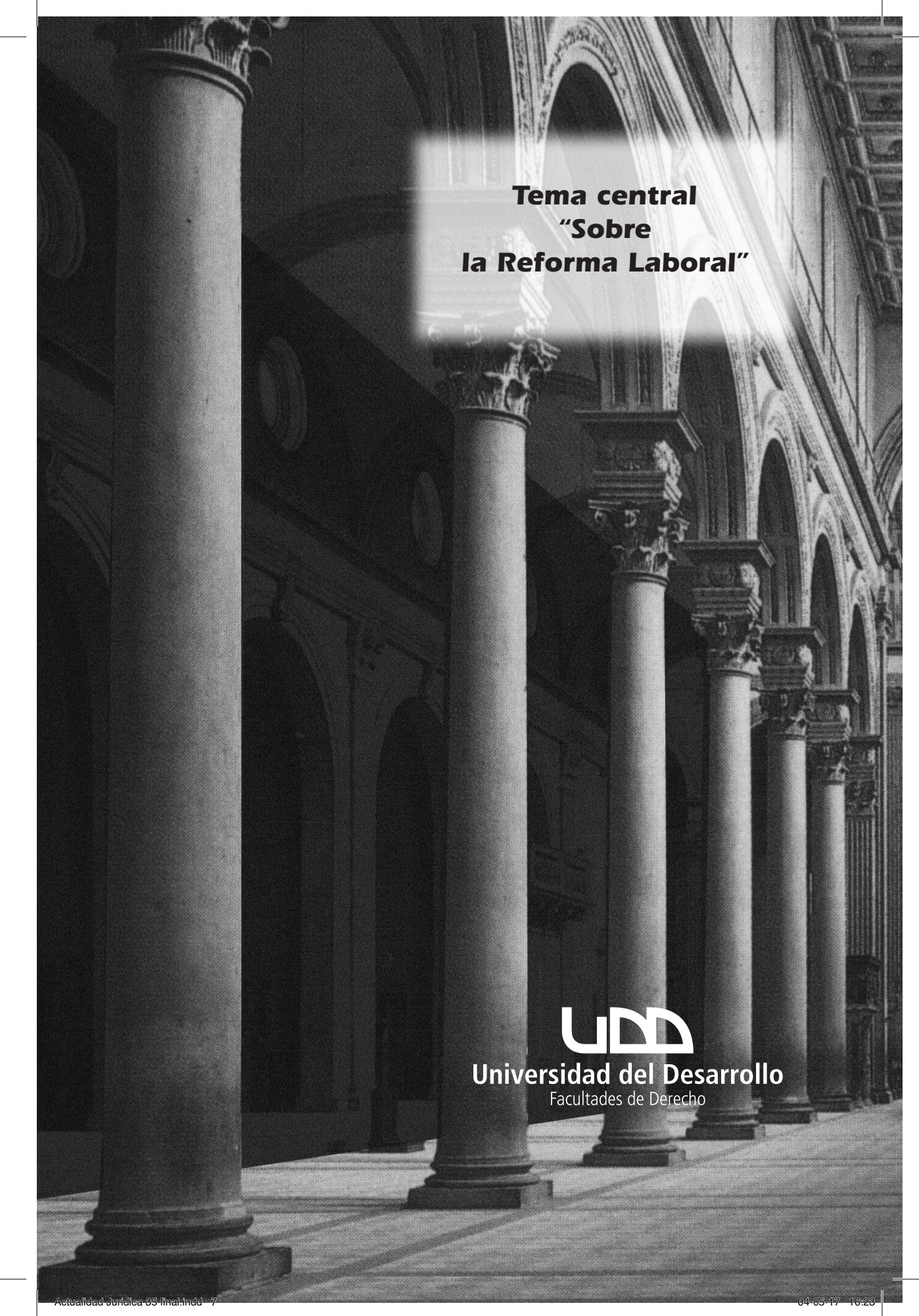
Por otra parte, el número que presentamos contiene interesantes reflexiones sobre la legitimación *Ad causam* en el procedimiento civil, la ley de copropiedad inmobiliaria, la culpa en la responsabilidad civil contractual. La actualidad de los temas comentados nos parece de gran utilidad para los lectores de nuestra publicación.

En la sección miscelánea se contienen sendos estudios sobre la revisión judicial de la discrecionalidad administrativa, la ética en la profesión y en los negocios, el estado de la cuestión sobre la teoría del abuso del derecho y una documentada

referencia a la agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, en relación con los desafíos que impone para Chile.

Para terminar, un breve comentario sobre el destino de la reforma legislativa que ha sido materia del Dossier principal de la presente edición de *Actualidad Jurídica*. La democracia contemporánea se fundamenta en las relaciones y acuerdos del pueblo soberano, que es el que debe determinar los propósitos y metas que servirán de guía a la acción estatal. Si bien es cierto que los pueblos pueden equivocarse, en el caso de la Reforma Laboral, todo indica que los costos que pagaremos como país, serán muy altos, lo que hace sugerir volver sobre esta legislación, dejando de lado los dogmas políticos de todos lados y mirar solo el bien de los chilenos y la paz y armonía social de nuestro país.

EL DIRECTOR



Tema central
“Sobre
la Reforma Laboral”



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Nuevo sistema de negociación colectiva: Ley N° 20.940, grandes escollos interpretativos y desconexión normativa con algunos de los objetivos de la reforma legal¹

ANA MARÍA DÍAZ MUÑOZ

Profesora de Derecho del Trabajo

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: En el contexto de la reciente publicación de la Ley 20.940, que “moderniza las relaciones laborales”, el presente trabajo incluye un análisis de algunas de sus modificaciones con el objetivo de examinar el alcance que ellas tendrán en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, principalmente, por la preocupación manifestada por diversos sectores en torno al nivel de judicialización que esta pudiere generar; adicionalmente, se intenta constatar qué tan efectivo será, bajo esta nueva legislación, alcanzar los objetivos enunciados en el mensaje con que el proyecto de ley se envió al Congreso Nacional.

* * *

A juicio de la autora, por el conocimiento de la legislación y el acercamiento práctico a estos procesos, el balance pareciera ser, finalmente, negativo en los dos aspectos antes citados, como se aprecia en cada uno de los temas que se revisan más adelante. Es probable que el nivel de conflictividad laboral aumente y que las empresas chilenas, la economía nacional y el país en su conjunto, sufran consecuencias negativas una vez que esta ley entre en vigencia en abril de 2017.

Hay temas en los que –a veces– es preferible equivocarse y, por el bien de los trabajadores chilenos y de las futuras generaciones, este es uno de los casos en que, luego de que hayan transcurrido algunos años de vigencia de la ley, sería preferible constatar que el análisis era equivocado.

Si bien el objetivo original de este trabajo era comentar las principales modificaciones surgidas de la reforma introducida por la Ley 20.940 al sistema de negociación colectiva en nuestro país, una vez iniciada la labor de análisis de las nuevas disposiciones, se prefirió desarrollar el texto bajo una perspectiva

¹ Al final del texto se incluyen abreviaturas de las expresiones más frecuentemente utilizadas.

distinta, en el entendido de que habiendo ya algunos documentos que hacen un paralelo entre la legislación aún vigente y aquella que entrará a regir en abril de 2017, pareciera más útil revisar otras cuestiones que se estiman relevantes y que surgen del análisis del texto legal antes citado.

Al examinar las innovaciones legales, se observa que tales disposiciones generan un incordio interpretativo que dará pábulo a mayores problemas que los estimados cuando recién se promulgó la ley; por otra parte, se observa también, la nula o escasa eficacia que tendrán los llamados pactos especiales sobre condiciones de trabajo (pactos de adaptabilidad laboral), como asimismo, la alta probabilidad de que surjan dificultades de los nuevos procedimientos especiales de negociación, los cuales –en la forma concebida– podrían atentar contra los objetivos perseguidos por la reforma. Esto revela que los objetivos planteados en el Mensaje del proyecto de ley, que tendían a transformar la negociación colectiva en un proceso efectivo de diálogo para avanzar en el diseño de condiciones de trabajo adecuadas para cada empresa y sus trabajadores, no representan una posibilidad efectiva de alcanzar los fines anunciados. Así, por ejemplo, si bien el Gobierno reconoció la exigencia de generar una normativa más adecuada a las circunstancias en que hoy las empresas deben competir y desarrollarse, este prefirió –no obstante lo que expresó en el Mensaje– no avanzar en definitiva en esa línea, con plena conciencia de que nuestra legislación, que debe regular la actividad de las empresas insertas en *“una economía abierta y competitiva”*, que requieren *“adaptarse a un entorno que impone desafíos crecientes en materia de productividad y competitividad”*, no proveerá *“las herramientas necesarias para adecuarse a los ciclos productivos”* que permitan a empleadores *“actuar “con oportunidad y eficacia”*².

Un análisis cuidadoso de las disposiciones contenidas en la Ley N° 20.940, publicada en el Diario Oficial de 8 de septiembre de 2016, con vigencia diferida al 1° de abril de 2017, permite constatar la magnitud de los problemas de interpretación que surgirán cuando sus normas comiencen a aplicarse. El texto publicado dará lugar a discusiones sobre el sentido y alcance de muchas de sus disposiciones, cuestión que, según afirman algunos, no será muy diferente a lo que sucede siempre que se dicta un nuevo texto legal; sin embargo, lo que se observa al estudiar la ley escapa a lo que habitualmente ocurre con las normas jurídicas, las cuales, normalmente, generan un cierto nivel de dudas interpretativas, cuestión que constituye el resultado usual del carácter de generalidad que tienen los preceptos legales y que, al aplicarse al caso concreto, requieren de mayores precisiones. No obstante, en el caso de la Ley 20.940 se presentan dificultades de comprensión de sus normas que surgen, no solo de una redacción poco precisa sino, lo que es más grave aún, de la desprolijidad resultante del hecho de que el Gobierno, luego del fallo del Tribunal Constitu-

² Expresiones en cursiva corresponden a parte del mensaje con que el proyecto de ley fue enviado por el Ejecutivo al Congreso.

cional que declaró inconstitucionales algunas de sus disposiciones, publicó el texto haciendo ajustes en él, sin observar la rigurosidad mínima que permitiera armonizar sus disposiciones para lograr una adecuada aplicación de las mismas por parte de los sujetos que deberán regirse por ellas.

Llama también la atención en este texto legal, el que algunos de los objetivos perseguidos con él, asociados a la facultad que se entregaba a las partes negociadoras para convenir en materias de su interés, flexibilizando la rígida normativa laboral existente en ciertas materias, apuntaban a avanzar en el sentido exigido por las características del entorno nacional e internacional en el que se desenvuelven hoy las empresas, lo que contribuiría a adecuar nuestro sistema de relaciones laborales a *“una economía abierta y competitiva que requiere que las empresas tengan capacidad de adaptarse a un entorno que impone desafíos crecientes en materia de productividad y competitividad”*. El Gobierno señaló también en el Mensaje del proyecto: *“Para enfrentar estos desafíos, las empresas deben contar con las herramientas necesarias para adecuarse a los ciclos productivos, actuando con oportunidad y eficacia. Estos ajustes no pueden sino emanar del entendimiento entre los trabajadores y las empresas, en un marco de diálogo y colaboración”*³. Se buscaba, por tanto, *“reconocer una amplia libertad y autonomía a las partes para negociar y establecer acuerdos sobre otras materias propias de la organización del trabajo, ... eliminando las restricciones que actualmente existen respecto de los temas que pueden ser objeto de la negociación colectiva, por lo que se propone facultar a las partes para negociar pactos sobre condiciones especiales de trabajo en las empresas en que exista una afiliación sindical relevante”*. En la materia, no obstante que el Gobierno pudo cumplir el objetivo recientemente citado porque contaba con los votos necesarios en el Congreso para aprobar las normas que apuntaban a dichos fines, luego del fallo del TC, el ejecutivo resolvió eliminar la mayoría de aquellas, tornando así en inalcanzables los objetivos asociados a ello, según se explicará en la parte correspondiente de este documento.

En el presente trabajo, se presentarán solo algunas de las modificaciones legales introducidas y los problemas de interpretación que sobre ellas se advierten, como también se compartirán algunas reflexiones acerca de la renuncia que, finalmente, hizo el Gobierno en relación a su intención de permitir negociar materias más amplias para contribuir a que las empresas pudieran desenvolverse oportuna y eficientemente, frente a los desafíos que una economía abierta y competitiva impone. No se incluyen en el estudio otras modificaciones igualmente importantes (trabajadores habilitados para negociar, derecho a información, huelga y otros) ya que, si se considera solo una de esas temáticas, la regulación de la huelga, ello importaría preparar un trabajo de mucho mayor extensión que lo que este artículo permite.

³ Mensaje del Proyecto de Ley 1055-362 enviado el 29.12.2014 por el Ejecutivo al Presidente de la Cámara de Diputados.

I. TIPOS DE NEGOCIACIÓN Y PARTES DE CADA PROCESO

De acuerdo a la nueva normativa, los tipos de negociación colectiva reconocidos en el C. del T. serán:

I. 1.- Negociación colectiva no reglada: Se sigue reconociendo en la nueva legislación este tipo de negociación como un proceso voluntario, que no se sujeta a determinadas normas de procedimiento y que puede iniciarse en cualquier momento, sin restricciones de ninguna especie, con el objeto de convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones por un tiempo determinado. El proceso mismo se rige, en todo, por la voluntad de las partes negociadoras (art. 314).

I. 2. Negociación colectiva reglada: Implica negociar de acuerdo un procedimiento previsto en la ley, sujeto a requisitos en cuanto a las partes que participan en él y a diversas reglas que exigen cumplir con trámites y plazos de orden legal y con el reconocimiento de ciertas prerrogativas, como el fuero y –en la generalidad de los casos– el derecho a recurrir a la huelga, para los trabajadores que intervienen en dichos procesos.

I. 3. Negociación colectiva especial para trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria, que se abordará al final de este trabajo.

El reconocimiento de solo estos tipos de negociación, significa que desaparece el procedimiento de negociación semirreglado del art. 314 bis del Código aún vigente, incorporado años atrás a nuestra legislación laboral para evitar negociaciones no regladas de grupos de trabajadores, exigiéndoles a ellos cumplir ciertas formalidades para cautelar que la voluntad expresada en los instrumentos colectivos suscritos en esos procesos de negociación, fuera el resultado de un procedimiento de negociación real y no de un mero contrato de adhesión.

Teniendo presente los procedimientos reconocidos en la ley, se hace necesario determinar quiénes pueden intervenir en cada uno de esos tipos de negociación, distinguiendo entre trabajadores y empleadores.

En cuanto a los trabajadores que pueden participar de los distintos tipos de negociación, se observa lo siguiente:

N.C. no reglada: Según el art. 314, puede negociar en esta forma “cualquier organización sindical”, por lo que podrán negociar en forma no reglada todas las organizaciones sindicales que agrupen a trabajadores dependientes (STE, STiE, STT), federaciones y confederaciones. Dado el tipo de negociación, esta

siempre exige acuerdo de las partes y, tratándose de las F y CF, el acuerdo para negociar debe ser previo al proceso. No se contempla en la ley como posible sujeto de estos procesos a los grupos de trabajadores, no obstante lo que al efecto señaló el fallo del TC; sobre ello se volverá más adelante.

N.C. reglada: Pueden negociar según las normas de este tipo de negociación los STE, pero, además:

a) Los STiE que agrupen exclusivamente a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas judicialmente como un solo empleador y⁴,

b) Los STiE que, agrupando a trabajadores de distintas empresas, reúnan en la empresa respectiva el quórum necesario para formar un sindicato. La negociación solo será obligatoria en las medianas y grandes empresas y voluntaria respecto de las micro y pequeñas empresas⁵. Esta vía de negociación será abordada especialmente, hacia el final de este trabajo.

N. C especial para trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria: Dada la naturaleza de este procedimiento, él es exclusivo para los trabajadores antes indicados los que normalmente estarán reunidos en un STT, y podrán negociar en forma no reglada, pero además, bajo las normas de este procedimiento especial, al cual aluden los arts. 365 y siguientes; este procedimiento se explicará más adelante.

Dado lo antes expuesto surge, ineludiblemente, la interrogante acerca de **cuál será el procedimiento que, a partir de la vigencia de la ley 20.940, deberán utilizar los grupos de trabajadores para negociar colectivamente.**

Según lo ya visto, la ley no los menciona como sujetos de la NC reglada; tampoco en la norma que contempla la NC no reglada y, además, eliminó el proceso semirreglado, creado especialmente para ellos cuando no se acogían al procedimiento reglado. ¿Debe entenderse, entonces, que no pueden negociar de ningún modo?

La eventual participación de grupos de trabajadores en procesos de negociación ha quedado en una situación absolutamente incierta. El art. 314 del C. del T. vigente, relativo a la negociación colectiva no reglada, no los contempla como sujetos activos de ese proceso de negociación, lo que fue el resultado de una

⁴ Modif. Ley 20.760, 2014.

⁵ La clasificación de las empresas en micro, pequeñas, medianas y grandes empresas se ha hecho en Chile, para efectos laborales, atendiendo al número de trabajadores que en ellas laboran: microempresas: 1 a 9 trabajadores; pequeña empresa: 10 a 49 trabajadores; mediana empresa: 50 a 199 trabajadores. Las que tienen 200 o más trabajadores, se entienden como grandes empresas.

modificación legal que incorporó para ellos un procedimiento de negociación colectiva semirreglado, que exige a los grupos negociadores el cumplimiento de ciertas formalidades mínimas, tendientes a garantizar que la voluntad que se expresa en esos acuerdos sea el resultado de un efectivo proceso de negociación y que no se esté frente a simples contratos de adhesión promovidos por algunos empleadores, con el objetivo de desincentivar negociaciones regladas evitando –con ello– asumir las consecuencias que pueden seguirse de ese tipo de procesos, fundamentalmente, la huelga, pero también por las restricciones que impone el fuero propio de la negociación y que limita en forma importante las facultades de administración del empleador durante un periodo de tiempo, a veces, relativamente prolongado.

El texto incluido en el proyecto de ley que reformula la materia, eliminó el procedimiento semirreglado, ya que dicho proyecto, ideado bajo la premisa de la titularidad sindical, solo permitía negociar a los grupos de trabajadores en empresas en que no existían sindicatos habilitados para ello. Este punto fue ampliamente debatido durante la tramitación legislativa del proyecto y generó un requerimiento ante el TC, resolviendo este que las normas que impiden negociar a los grupos negociadores son absolutamente inconstitucionales. No obstante ello, el proyecto no fue objeto de los ajustes necesarios en su redacción para dar cabal cumplimiento a lo resuelto por el órgano de justicia constitucional, no incluyendo a los grupos de trabajadores como sujetos activos de los diversos procedimientos de negociación colectiva que reconoce, generándose vacíos que serán causa de muchas dificultades de orden práctico.

En efecto, tratándose del procedimiento de negociación reglado, hay quienes opinan que los grupos negociadores no podrán negociar bajo ese procedimiento⁶ y esto, a pesar que el C. del T. mantiene la definición del contrato colectivo en el art. 6° como “aquel que se celebra por uno o más empleadores con una o más OS **o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente**, o con unos y otros, con el objeto de...”, por lo que esta norma asume que el contrato colectivo es un instrumento colectivo que puede ser suscrito también por un grupo de trabajadores. Por otra parte, el art. 320 al definir el instrumento colectivo sostiene que es la “convención celebrada entre empleadores y trabajadores con el objeto de...”, de lo que se infiere que los instrumentos colectivos, cualquiera sea la especie de estos, podrán ser suscritos no solo por OS sino también por grupos de trabajadores, ya que la ley no distingue al efecto.

Ahora bien, atendiendo a los categóricos y extensos argumentos fundantes del fallo dictado por el TC⁷, que declaró inconstitucional en su totalidad el

⁶ Entre otros, el prof. y abogado Francisco Tapia, que defendió la constitucionalidad del proyecto de ley ante el Trib. Constitucional.

⁷ Sentencia de 9/05/2016 Rol N° 3016(3026)-16-CPT.

primer capítulo de impugnación relativo a la titularidad sindical, los grupos de trabajadores debieran poder negociar en forma reglada y no reglada; sin embargo, y no obstante el fallo, considerando que el texto legal finalmente promulgado no introdujo cambios en las correspondientes disposiciones legales, en los hechos, la participación de grupos negociadores en un proceso reglado resultará fuertemente entorpecida, ya que los trabajadores que aspiren a negociar sin afiliarse a un sindicato deberán resolver múltiples problemas prácticos: ¿Quién representa al grupo negociador? ¿Cómo se puede censurar a la comisión negociadora de un grupo negociador si esta ley no consideró un proceso de censura para la comisión negociadora que no es directiva sindical? ¿Se requiere algún quórum para negociar por esa vía? La gran cantidad de interrogantes que surge de esta legislación, conduce a advertir que los grupos de trabajadores que deseen negociar colectivamente, en los hechos y luego de publicada la ley, han quedado en una situación muy desmedrada.

Efectivamente, con la legislación vigente pueden negociar en forma reglada y en forma semirreglada; con el proyecto redactado en la forma que llegó al TC, los grupos podían negociar colectivamente en forma reglada cuando en la empresa no existía un sindicato habilitado para negociar. Bajo la vigencia de la nueva ley, en cambio, los grupos de trabajadores que quieran negociar enfrentarán tantas dificultades de orden práctico que, probablemente, disminuirá su interés por participar en este tipo de procesos.

Es posible estimar que, por la vía de la aplicación analógica de las disposiciones referidas a las organizaciones sindicales, recurriendo al concepto de contrato colectivo contemplado en el art. 6° del C. del T., antes referido, y a las consideraciones del fallo del TC, deba aceptarse la participación de grupos negociadores en procesos de negociación colectiva reglada, pero ello obligará a recurrir a los Tribunales de Justicia para que estos resuelvan si las formas procedimentales adoptadas en sus negociaciones se ajustan o no a derecho y para resolver sobre la validez misma de la participación de los grupos en esos procesos. Cabe suponer que, enfrentados a tales inconvenientes, los trabajadores terminen afiliándose a un sindicato (alcanzándose así por esta vía el mismo resultado buscado por la titularidad sindical) o, en otros casos, los trabajadores renuentes a sindicalizarse, prefieran no negociar colectivamente en forma reglada.

Así, entonces, la ley generó un vacío difícil de llenar sin una modificación legal, pudiendo afirmarse que, con la estrategia adoptada por el Gobierno en orden a no modificar esencialmente el texto del proyecto luego del pronunciamiento del TC, se ha llegado a un resultado que hace casi imposible la negociación reglada de grupos de trabajadores, vulnerándose con ello el principio constitucional de la libertad sindical. En definitiva, la decisión de publicar la ley sin ajustar las normas al orden constitucional, puede interpretarse como una

estrategia gubernamental que apunta a alcanzar los objetivos que perseguía la titularidad sindical, no ya por la vía de normas explícitas en tal sentido, sino por la vía de omisiones normativas que hacen poco practicable la negociación colectiva reglada por parte de grupos negociadores.

Sin embargo, los trabajadores y empleadores podrán recurrir siempre al procedimiento de negociación no reglado, que actualmente no les está vedado expresamente y esto, aun cuando la ley al contemplarlo lo refiere solo a la participación de organizaciones sindicales. Si la parte trabajadora y la parte empleadora quieren negociar por esta vía, no se advierte razón jurídica alguna por la cual estén impedidos de hacerlo, siendo fundamental en la materia tener presente lo resuelto por el T.C. en este punto.

¿Qué pasa, en cambio, con los empleadores frente a los diversos tipos de negociación colectiva?

NC no reglada: En este caso, tratándose de una NC absolutamente voluntaria, la parte empleadora podrá ser uno o más empleadores, según las reglas que las propias partes acuerden y, probablemente, ello estará dado por la naturaleza de la OS que participe en nombre de los trabajadores (STiE, F, CF).

NC reglada: La parte empleadora en un proceso de NC reglado está constituida por la empresa en que laboran los trabajadores, pero, además, dos o más empresas están obligadas a negociar colectivamente bajo este tipo de procedimiento en la medida que esas empresas hayan sido reconocidas como un solo empleador, cuestión que no es consecuencia de aplicar las normas contempladas en la Ley 20.940, sino de la reforma del año 2014 (Ley 20.760).

El art. 303 que, en virtud de la técnica legislativa adoptada en esta ley está específicamente nominado "Partes", no explicita quiénes pueden participar en este tipo de proceso como parte empleadora, limitándose a señalar que, para determinar si dos o más empresas deben ser consideradas como un solo empleador para efectos de la NC, habrá que estarse a lo dispuesto en los inc. 4° y sgtes. del art. 3° del C. del T., norma que, producto de la modificación del año 2014, Ley 20.760, dispone: *"Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad determinada"*, añadiendo en los incisos siguientes: *"Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, **cuando tengan una dirección laboral común**, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común"*, agregando luego: *"La mera circunstancia de participación*

*en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior". La misma norma entrega a los Trib. del Trabajo la facultad de conocer las cuestiones suscitadas por la aplicación de estos incisos, señalando en el inc. final del art. 3° que "los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes; podrán, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con cada una de ellas. Los STiE que agrupen **exclusivamente** a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador podrán presentar proyectos de contrato colectivo, siendo obligatorio para el empleador negociar con dichos sindicatos".*

Finalmente, en virtud de lo previsto en el art. 507 del C. del T., la acción para requerir la declaración judicial de un solo empleador puede interponerse en cualquier momento, salvo durante la negociación colectiva; si el procedimiento judicial sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, los plazos y efectos del proceso de negociación deberán suspenderse mientras la acción se resuelve, entendiéndose para todos los efectos legales prorrogada la vigencia del instrumento colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, día en que se reanuda la negociación en la forma que determine el tribunal. Esta sentencia se aplicará respecto de todos los trabajadores de las empresas que son consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales.

NC especial para trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria: En este caso, la parte empleadora puede ser también una o más empresas, entregándose sí, a las empresas que hayan recibido el proyecto, la facultad de decidir si negocian en forma conjunta o separada (art. 368), como se verá cuando se analice este procedimiento.

II. CAMBIOS EN EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

En la materia se observan diferencias relevantes en los siguientes aspectos:

- 1.- En cuanto a la época para negociar colectivamente: antigüedad de la empresa y oportunidad para presentar proyectos de contrato colectivo.
- 2.- En cuanto al proyecto de contrato colectivo que se presenta.
- 3.- En lo que dice relación con la respuesta del empleador.
- 4.- En materia de impugnaciones y reclamaciones al proyecto y a la respuesta.

- 5.- En cuanto a los instrumentos colectivos y sus efectos.
- 6.- En cuanto a la huelga y sus efectos; por la extensión del tema, este no será abordado en este texto.
- 7.- Mecanismos alternativos de solución de conflictos, tampoco analizados en este trabajo.

II. 1. Época para negociar colectivamente en la empresa

En este aspecto, se harán observaciones sobre los dos siguientes tópicos:

- 1.a) Antigüedad de la empresa para negociar colectivamente.
- 1.b) Oportunidad para presentar el proyecto de contrato colectivo.

1.a) Antigüedad de la empresa para negociar colectivamente

En lo que se relaciona a este tema, resulta preciso referirse a los siguientes puntos:

- i) Para que pueda presentarse un proyecto de contrato colectivo es necesario que hayan transcurrido 18, 12 o 6 meses desde el inicio de las actividades de la empresa, según si esta es, respectivamente, micro o pequeña empresa, mediana empresa o, finalmente, gran empresa (art. 308). Así, según el tamaño de la empresa se exige una mayor o menor antigüedad de la misma para los efectos de permitir la negociación en ella, regla que ahora es más favorable para las empresas micro y pequeñas, ya que la antigüedad de 1 año exigida a la fecha se amplió para ellas a 18 meses; para las empresas de mediano tamaño el plazo fijado es el mismo hoy existente, pero se redujo a solo 6 meses para las grandes empresas.

La última regla indicada constituye una evidencia cierta de que el legislador no atribuye mayor importancia al carácter con que se diseñó el sistema de negociación hoy vigente, en orden a que él sea un proceso técnico e informado, ya que, al quedar sujeta la gran empresa a procesos de negociación a partir de solo 6 meses desde el inicio de sus actividades, el empleador no estará en condiciones de acreditar las razones que justifiquen sus planteamientos cuando no les es posible acceder a las aspiraciones de los trabajadores que negocian, las cuales, pudiendo ser legítimas, pueden resultar, como sucede en muchos casos, muy alejadas de la real situación económica de la empresa de que se trata. Lo anterior

resulta un contrasentido si se consideran las mayores exigencias que la ley hace en materia del derecho a información ya que, tratándose de grandes empresas, la principal información que la ley contempla como obligatoria de entregar no les será exigible (balance general, estados de resultados y otros), estando dichas empresas solo en condiciones de presentar, principalmente, información relativa a gastos en remuneraciones y costos de inversión, lo que dista mucho de anticipar eventuales resultados para los próximos años y, por tanto, de negociar en base a proyecciones fundadas de logros que sustenten las nuevas condiciones laborales y de remuneraciones que se intentan convenir.

- ii) **Período no apto para iniciar negociaciones (art. 332 inc. 2° y sgte.):** En la materia se constata también una diferencia relevante; en efecto, si bien la ley mantuvo esta facultad del empleador, restringió el uso de la misma ya que, actualmente, cuando en la empresa no existe contrato colectivo vigente, el empleador puede declarar **uno o más periodos** que, en su conjunto, no excedan de 60 días, como periodo no apto para iniciar una negociación (lo que se entiende como no apto para presentar proyectos de contrato); esto permite bloquear aquellos periodos que, por las características de la actividad productiva o de servicios, resultan más críticos para enfrentar durante ellos un proceso de esta naturaleza. La reforma, si bien mantiene esta facultad, solo permite fijar **un** periodo de hasta 60 días en el año durante el cual no será posible iniciar un proceso de negociación, disminuyendo la eficacia de esta facultad del empleador toda vez que ya no será posible separar el periodo total de 60 días en dos o más periodos, según las reales necesidades de la empresa.

Sí resulta adecuado, en cambio, que se haya eliminado la obligación de que esa declaración se haga en el mes de junio, ya que muchos empleadores no advertían que tenían este derecho sino hasta que se constituía un sindicato en la empresa y, dependiendo de la fecha de constitución del mismo, no podían –en ocasiones– utilizar dicha facultad, resultando involucrados en procesos de negociación, precisamente, en aquellos periodos en que la negociación afecta más las operaciones de la empresa.

- iii) Otra modificación que se observa en este aspecto surge de un cambio en la redacción de la parte final del último inciso del art. 332, que establece que la declaración a que se ha hecho referencia tiene una **vigencia de 12 meses**, por lo que bajo esta nueva legislación, si una vez hecha la declaración, no se realiza una negociación en el periodo anual siguiente, el empleador deberá ocuparse de renovar oportunamente la misma para que se alcancen los objetivos buscados con ella.

- iv) **Obligación de que todas las negociaciones se realicen en un mismo periodo:** Una nueva diferencia relevante entre la normativa vigente y el procedimiento según la reforma, es que la Ley 20.940 no contempló una norma como la contenida en el art. 315 inc. 4° que, salvo acuerdo de las partes, obliga a que todas las negociaciones al interior de una empresa tengan lugar en un mismo periodo. Esta regla es importante, particularmente en las empresas de mayor tamaño, que pueden tener más de un sindicato constituido en ellas y por tal razón, estar expuestas a participar en diversos procesos de negociación. Con la restricción más arriba indicada, se evita a dichas empresas, salvo que se cuente con su voluntad, estar sometidas en diversos periodos del año a este tipo de procesos, con eventuales paralizaciones de sus actividades productivas o de servicios y los consiguientes entorpecimientos que ello pueda generar para la adecuada marcha de la empresa. Al eliminarse esta limitación, bajo las nuevas normas estas empresas pueden resultar obligadas a asumir procesos de negociación en diversas oportunidades durante el año, con las dificultades que para sus operaciones es posible predecir.

1.b) Oportunidad para presentar el proyecto de contrato colectivo:

En este ámbito se observa otra gran diferencia: ya no es relevante saber si en la empresa existe o no contrato colectivo vigente; ahora pasará a importar –para estos efectos– **si la organización de trabajadores que negocia tiene o no instrumento colectivo vigente.**

El Código en su redacción previa a la reforma, para resolver cuando puede negociarse, atiende, en cambio, a la situación de la empresa, si en ella había o no contrato colectivo vigente, cuestión que armonizaba con la regla que promovía que todas las negociaciones debían realizarse en una misma época, salvo acuerdo de las partes. Como se ha dicho, al legislador de la última reforma no le parece relevante que la empresa deba negociar durante diversas épocas del año; lo que importa es si la organización que negocia tiene o no un instrumento colectivo vigente. Así,

- i) **Si el sindicato no tiene contrato colectivo vigente:** En esta situación, la organización que presenta el proyecto puede presentarlo en cualquier tiempo (art. 332) siempre que la empresa tenga la antigüedad mínima que indica la ley y, además, con la limitación de no poder presentarlo en el periodo que el empleador haya declarado como no apto para iniciar negociaciones (lo que solo pudo hacer si en la empresa no existe un instrumento colectivo vigente).

ii) Si el sindicato tiene instrumento colectivo vigente (art. 333):

En tal supuesto, la nueva regla es que el sindicato debe presentar el proyecto no antes de 60 días ni después de 45 días anteriores a la fecha de término de la vigencia de dicho instrumento.

Esta norma implica ampliar el periodo de negociación (bajo las normas vigentes, debía presentarse no antes de 45 días y no después de 40 días anteriores al término de la vigencia del contrato). Así, bajo el imperio de la nueva ley, el periodo de negociación se adelanta y se extiende en 15 días, lo que trae varias consecuencias:

- Se extiende el fuero de los trabajadores involucrados en la negociación, en esos mismos 15 días.
- Se restringe más la facultad de administración del empleador en lo que dice relación con la eventual necesidad de poner término a algún contrato de trabajo en épocas próximas a la futura negociación. Actualmente, él sabe que el proyecto puede presentarse en un periodo de 6 días (entre el día 45 y 40 anterior al término del contrato) y considerando esa fecha puede calcular cuando comienza el fuero de los trabajadores, si es que requiere poner término a algún contrato de trabajo. Bajo la nueva norma, en cambio, al empleador le resultará más difícil precisar la fecha en que comenzará el fuero previo a la negociación ya que el proyecto puede presentarse en un lapso mayor, 16 días y, por esa vía, habrá mayor incertidumbre acerca de cuándo comenzará dicho fuero, con las consiguientes restricciones en materia de administración de personal.
- Si los trabajadores presentan el proyecto de contrato colectivo antes de los 60 días, la presentación no es nula, ya que el mismo art. 333 dispone que en ese caso se entenderá, para todos los efectos legales, que el contrato fue presentado en el día 60. ¿Qué razón tuvo una norma de esta naturaleza? ¿Qué pasará si los sindicatos presentan sus proyectos de contrato con alguna o bastante antelación a la fecha en que debían presentarlo? Si bien es cierto ello no implica un aumento del periodo legal de fuero, no es inconcebible pensar que el uso de algunas atribuciones del empleador pueden quedar expuestas a posibles denuncias por prácticas antisindicales.

Por otra parte, si el sindicato no presenta el proyecto dentro del plazo o lo presenta tardíamente, el efecto es, en términos generales, el mismo que bajo la legislación actual: el contrato colectivo del sindicato correspondiente se extingue, pero sus cláusulas subsisten como parte de los contratos individuales

de los trabajadores afectos a él. En todo caso, como la reforma no atiende a si en la empresa existe o no contrato vigente sino a si el sindicato tiene o no un contrato vigente, como ese se habrá extinguido, el sindicato no tendrá que esperar que esté próxima la extinción de otro instrumento para presentar su proyecto ya que, simplemente, podrá presentarlo en cualquier tiempo que estime conveniente a sus intereses, pudiendo ser este un día muy próximo o no a la fecha en que debían presentarlo según su conveniencia. En ese escenario, si en la empresa no existe ningún otro contrato colectivo vigente, esta deberá estar alerta para fijar nuevamente un periodo no apto para iniciar negociaciones ya que, si no lo hace, se verá expuesta a que el nuevo proyecto se presente en aquel periodo en que la negociación pueda afectar más drásticamente la realización de los procesos productivos o de servicios que la empresa presta.

II. 2. El proyecto de contrato colectivo

Al igual que bajo las normas del C. del T. previo a la reforma, la negociación colectiva comienza con la presentación del proyecto de contrato colectivo al empleador, el cual debe contener, a lo menos (328):

- a) Las cláusulas que se proponen;
- b) La **duración ofrecida**: esta se reduce con respecto al máximo que admite la ley actual; en efecto, el contrato tendrá la misma duración mínima de 2 años, pero no podrá tener una duración superior a 3.
- c) La **comisión negociadora sindical**: si bien la CNS sigue siendo la o las directivas de la o las organizaciones sindicales respectivas, en el caso que la negociación involucre a más de un sindicato, la comisión no necesariamente estará constituida por las directivas de todas las asociaciones como sucede actualmente, ya que la ley previene que, en tal situación, la comisión estará integrada por los directores que se designen en el proyecto de contrato colectivo. Sin embargo, es posible pensar que, en los hechos, la composición de la CNS será igualmente numerosa en estos casos ya que, difícilmente, algunos de los dirigentes querrán mantenerse fuera de la mesa de negociación al ser este proceso una de las instancias más relevantes en que les corresponde participar.

Lamentablemente, no se ocupó la ley de resolver el problema que se presenta cuando la directiva sindical está constituida solo por un director (sindicatos con menos de 25 socios), cuestión que constituye un grave problema durante la negociación al desequilibrar la representación del sindicato frente a la del empleador, debilitando muchas veces su poder negociador, facilitando también las conductas de corrupción.

Si el Sindicato tiene participación femenina y en la CNS no hay ninguna trabajadora, se deberá integrar a una representante elegida por el o los sindicatos en conformidad a sus estatutos o, si éstos nada han previsto, deberá ser elegida por la asamblea⁸. Si la empresa en que se lleva adelante el proceso de negociación es una micro o pequeña empresa, esta trabajadora deberá sustituir a uno de los miembros que deberían integrar la comisión por derecho propio. Nada dice la ley sobre la forma en que operará dicha sustitución, de manera que si los estatutos de la organización no tienen prevista la forma de hacer ese reemplazo, habrá que imaginarse los problemas que se vivirán al interior de la organización para resolver cómo hacer la sustitución. La trabajadora que integre la CNS por efectos de estas normas tendrá fuero, el que se extenderá hasta los 90 días contados desde la suscripción del contrato o de la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado.

- d) El domicilio físico o electrónico de el o los sindicatos que presentan el proyecto, y
- e) La **nómina de socios de la organización**: en esta materia y en cuanto a la parte trabajadora, en general, hay también innovaciones trascendentes. Actualmente, la parte trabajadora en cada proceso está constituida por los trabajadores afiliados a una OS o los trabajadores organizados en un grupo negociador y que se incluyen en la nómina que se presenta junto al proyecto (sin perjuicio de los adherentes que pueden incorporarse al proceso dentro de cierto plazo, en aquellas negociaciones iniciadas en empresas que no tenían contrato colectivo vigente). Es en los trabajadores incluidos en esa nómina en quienes radican, en definitiva, los efectos del contrato colectivo. Esto trae como corolario que las cláusulas del contrato solo se aplican a dichos trabajadores o, por admitirlo así la ley, cumpliendo ciertas obligaciones se pueden aplicar a otros trabajadores a quienes el empleador decida, después de la suscripción del contrato colectivo, extenderles algunos o todos los beneficios acordados. Lo anterior posibilita al empleador determinar con exactitud cuál es el aumento de costos que significará para la empresa entregar determinados beneficios en la negociación.

La Ley 20.940 innova de manera radical en esto; por una parte, si bien señala que junto con el proyecto debe presentarse la nómina de los trabajadores socios de la organización sindical, esta nómina no constituye, sin embargo, la lista necesariamente definitiva de los trabajadores que negocian, toda vez que la ley permite que dentro de los 5 días siguientes a la presentación del proyecto

⁸ Esta norma debió tener el carácter de norma transitoria ya que el art. 231 tiene previsto que la directiva sindical debe tener participación de mujeres.

puedan afiliarse nuevos socios a la organización, quienes se incorporarán de pleno derecho al proceso (salvo que estén adscritos a otro contrato colectivo vigente). De esta afiliación el empleador debe ser informado dentro de los 2 días siguientes a su incorporación. Así, entonces, la nómina que se presenta junto al proyecto de contrato, complementada con los nombres de nuevos socios que se incorporen a la negociación en el plazo antes indicado, determinará quiénes serán parte en el proceso y, en dicha virtud, cuáles trabajadores podrán ejercer los derechos que en tal calidad les confiere la ley durante el mismo, por ej. gozar de fuero, votar sobre las propuestas que presente el empleador, ejercer el derecho a huelga, etcétera.

La nómina de socios presentada junto al proyecto, más la nómina que surja de la incorporación de nuevos socios que puedan afiliarse dentro de los 5 días siguientes a la presentación del proyecto, debiera permitir saber a quiénes alcanzarán los efectos del instrumento colectivo que, en definitiva, se suscriba; sin embargo, esto quedará sujeto al acuerdo sobre extensión de beneficios que las partes del instrumento colectivo puedan convenir durante la negociación. Adicionalmente, es posible que surjan otros problemas en relación a quién tiene la calidad de parte en los instrumentos que se suscriban, cuestión sobre la cual se harán los alcances correspondientes al abordar los efectos de los mismos.

II. 3. Respuesta del empleador

En la materia, los principales cambios se observan en los siguientes tópicos:

3.a) Plazo para responder:

El empleador debe responder el proyecto de contrato dentro de los 10 días siguientes a la presentación del mismo; esto significa que se reduce en un tercio el plazo de que disponía para contestar (antes 15 días), con la agravante que la nómina definitiva de quienes negocian solo la tendrá él con escasa anticipación al vencimiento del plazo para responder, ya que hasta 5 días después de presentado el proyecto, nuevos socios pueden incorporarse al sindicato y, por esa vía, pasar a ser partes de la negociación, cuestión de la que el empleador solo tendrá conocimiento 3 días antes del vencimiento del plazo para contestar, lo que dificulta la preparación de una respuesta responsablemente elaborada.

Ante la no respuesta oportuna se contempla sanción de multa y, además, se entiende aceptado el proyecto cuando llegado el día 20 no se contesta; manteniéndose, conceptualmente, las mismas sanciones vigentes, pero tratándose de la multa, su cuantía se independiza del monto de las remuneraciones de los trabajadores involucrados en el proceso y se fija según el tamaño de la empresa, de acuerdo a lo previsto en el art. 406 del C. del T.

3.b) Contenido de la respuesta:

En este ámbito, los requisitos de la respuesta deben analizarse desde dos ángulos diferentes:

3. b.1: Requisitos formales de la respuesta: Aunque la ley no lo dice expresamente, debe ser escrita; el empleador debe contestar todas las cláusulas propuestas por la CNS y, aunque ahora no se exige, debiera siempre formularse en forma de contrato porque esa es la única manera en que la respuesta pueda, sin dificultades, transformarse en el contrato si resulta que la respuesta se acepta o no hay nuevas ofertas del empleador y ella llega a transformarse en el contrato colectivo. La ley tampoco exige ahora que se justifiquen las propuestas sino que **faculta** al empleador para “*explicar los fundamentos y contenidos de su proposición, acompañando los antecedentes que la sustenten*” (art. 335 inc. 2°). Ya no existirá la obligación de entregar antecedentes junto con la respuesta porque todo lo relativo a esta materia está regulado y sujeto a plazos diferentes contemplados en el título correspondiente al derecho a información, art. 315 y ss. En la respuesta debe también designarse, al igual que antes, a los integrantes de la comisión negociadora de la empresa y a los asesores (hasta 3), debiendo señalarse una dirección de correo electrónico.

Se contempla sí, una nueva exigencia: producto de las modificaciones incorporadas en relación a los **servicios mínimos** que trabajadores en huelga puedan estar obligados a prestar mediante los equipos de emergencia que se nominen, la respuesta del empleador debe también proponer a la comisión negociadora sindical, los trabajadores afiliados al sindicato que conformarán los equipos de emergencia, siempre que, previamente, se haya acordado o establecido la obligación de los trabajadores de proporcionar tales servicios.

3. b.2: Requisito sustantivo de la respuesta: La principal modificación en este ámbito dice relación con la exigencia que se impone al empleador en orden a que la respuesta debe contener un **piso mínimo** asociado a las condiciones contractuales que los trabajadores tienen al momento de negociar.

Para determinar cuáles son las condiciones que debe reunir el piso mínimo de la respuesta se debe distinguir si existe o no contrato colectivo vigente. En este caso, el legislador no se ocupó de precisar si la referencia al contrato colectivo vigente está hecha a un contrato vigente en la empresa o a un contrato vigente del sindicato que negocia. Debiera entenderse que se refiere a la situación en que el sindicato tiene contrato vigente porque esa lógica armoniza mejor con la situación regulada por la norma.

Así, si existe instrumento colectivo vigente, el piso incluye mantener idénticas estipulaciones a las establecidas en dicho instrumento, actualizadas a la fecha de término de ese contrato. El piso no exige, sin embargo, mantener la reajustabilidad pactada, los incrementos reales pactados, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo ni los beneficios que se otorgan solo con motivo de la suscripción del contrato, por ej. bono de término de negociación. No se incluye tampoco en el piso el acuerdo de extensión de beneficios que se hubiere negociado en el contrato anterior.

En cambio, si no existe instrumento colectivo vigente, la ley señala en el art. 336 inc.f.: *“la respuesta constituirá el piso de la negociación”*, norma cuyo objetivo no resulta claro si se tiene presente que, a renglón seguido, agrega: *“La propuesta del empleador no podrá contener beneficios inferiores **a los que de manera regular y periódica haya otorgado a los trabajadores que represente el sindicato**”*. ¿El piso es, entonces, la respuesta, cualesquiera sean las condiciones ofrecidas o la respuesta solo cumplirá con el piso si ella contiene beneficios iguales o superiores a los que periódica y regularmente ha entregado la empresa a los socios del sindicato?

Otro problema de interpretación en esta materia será el que surge de precisar qué debe entenderse por *“**beneficios que de manera regular y periódica haya otorgado el empleador a los trabajadores**”*. ¿Si los beneficios existen en diversos contratos, pero son de monto diferente, serán aquellos mejores beneficios que algunos de los trabajadores perciben los que deberán reproducirse en el nuevo contrato? ¿y si los beneficios existen regularmente en unos contratos y en otros no, habrá que entender que la norma exige replicar en el piso, para todos los trabajadores, aquellos que solo existían en algunos contratos aunque los demás trabajadores no los hubiesen estado percibiendo o, definitivamente, habrá que reproducir en el contrato colectivo, para cada trabajador las normas particulares de su propio contrato? Nuevas interrogantes que quedarán sujetas a la interpretación administrativa o judicial que emane de resoluciones de la DT o de los tribunales de justicia, aumentando esto la poca certeza jurídica ya existente en relación con muchas normas de índole laboral.

Lo que se resuelva no solo importa en relación a eventuales multas que la DT pueda aplicar a la empresa si estima que no cumplió el empleador con la obligación de ofrecer el piso en la respuesta; lo que se resuelva tendrá impacto en cuestiones mucho más relevantes, como lo es el contenido del contrato colectivo que los trabajadores pueden exigir firmar al empleador, materia en la cual se dispone que deberá suscribirse un contrato colectivo sujeto a las estipulaciones del piso de la negociación (art. 342). ¿Qué estipulaciones deberá, entonces, contener ese instrumento?

En este aspecto, el legislador bien pudo haber resuelto el problema existente en la legislación actual, en cuanto el art. 369 aún vigente (relativo a lo que se ha llamado contrato colectivo forzado), no parece hacer aplicable esa institución en los casos de negociaciones en que no existe contrato colectivo vigente anterior (teniendo presente que el llamado contrato colectivo forzado hoy reconocido en la ley obedece en esencia a la misma naturaleza del contrato que deberá reproducir el piso). La DT interpretó esa norma sosteniendo que también se aplicaba esa institución cuando no había contrato colectivo vigente, resolviendo que las condiciones que debían pactarse en el contrato forzado eran las propias de los contratos individuales de los trabajadores que negociaban (interpretación errada a la luz de la redacción literal del inc. 2° del art. 369 que alude a “**nuevo** contrato colectivo vigente” lo que, por tanto, implicaba reconocer que debía existir un instrumento colectivo anterior), cuestión que resulta impracticable cuando se trata de suscribir un instrumento colectivo de trabajo, cuyo objetivo esencial es “establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones”. La nueva ley incurre en el mismo error que tenía esta institución en la legislación anterior y, haciéndose cargo de la interpretación errada de la DT, vincula el piso del contrato a condiciones propias de contratos individuales de trabajo, no obstante que se trata de regular una materia intrínsecamente vinculada a un contrato colectivo. ¿Qué contrato colectivo puede surgir de la reproducción en dicho instrumento de los beneficios que de manera regular y periódica ha otorgado el empleador a cada uno de los trabajadores que represente el sindicato? ¿Qué pasa si, como en muchos casos ocurre, esos beneficios son diferentes entre los distintos trabajadores? ¿Deberá suscribirse un contrato colectivo que contemple tantos regímenes diferentes de trabajo y de remuneraciones como condiciones distintas estén pactadas en los contratos individuales de trabajo? ¿Un contrato que se suscriba en esa forma es igualmente un contrato **colectivo** de trabajo? Obviamente, la norma debió haber contemplado la exigencia del piso solo cuando existe un contrato colectivo vigente o bien, si no existe, exigir contemplar en el piso solo aquellas condiciones que han tenido un carácter común para los trabajadores en la etapa previa a la negociación. Así, entonces, la forma de regular esta materia permite concebir contratos colectivos integrados por normas provenientes de condiciones individuales de trabajo y de remuneraciones, lo que desnaturaliza la esencia del instrumento correspondiente y altera el objetivo del proceso de negociación colectiva.

Debe señalarse que la exigencia del piso se justificó en el mensaje del proyecto por la premisa de que ello obliga a no partir de cero en cada negociación, situación que se presentaría porque un gran número de empleadores suele rechazar la casi totalidad de las pretensiones que los trabajadores plantean en el proyecto; no parece ser esta, sin embargo, la solución idónea para un escenario que, la mayoría de la veces, no obedece a un mero capricho de esos empleadores. En gran medida, la respuesta negativa inicial de los empleadores

es la consecuencia lógica de enfrentar negociaciones iniciadas con la postura del “tejo pasado”, en las cuales muchas veces se advierte una escasa consideración a los antecedentes económicos de la empresa o del ciclo económico en que sus operaciones se realizan, lo que obliga a los empleadores a provocar un “aterrizaje forzoso” de las pretensiones excesivas de quienes negocian.

Al exigir el piso en la respuesta (con una fórmula bastante desacertada que permite rebajarlo después, durante la negociación, si las condiciones económicas de la empresa así lo justifican), se está promoviendo una negociación poco responsable, que en sus inicios puede generar expectativas aun cuando luego ellas no puedan satisfacerse si la situación económica de la empresa así lo demanda. Es decir, esta fórmula contribuirá a enrarecer el clima de la negociación y a dificultar la posibilidad de arribar a acuerdos posteriores. Sobre el particular, la economista A. Repetto manifestó: *“El proyecto establece que la negociación colectiva se inicia con la mantención de las condiciones laborales actuales. Si bien en un periodo de bonanza económica del país y/o de la empresa esta mantención no representa un obstáculo, claramente lo es en un periodo de baja, que puede ser particular a una empresa, y que le impide buscar mecanismos que aseguren su viabilidad en el mediano plazo. Esta pretendida disposición será fuente de gran confrontación entre la empresa y sus trabajadores y puede ser letal para la microempresa, para las pymes”*⁹.

Por último, en este tema, el inc. f. del art. 337 dispone que si la respuesta empresarial no contiene las estipulaciones del piso de la negociación, “aquellas se entenderán incorporadas para todos los efectos legales”, como una forma de salvar el incumplimiento en que el empleador pueda incurrir a ese respecto.

II. 4. Impugnaciones y reclamaciones

En la materia, el legislador estableció un nuevo procedimiento para impugnar o reclamar del proyecto de contrato o de la respuesta, contemplando primero una instancia en sede administrativa, ante la Inspección del Trabajo, con la posibilidad de recurrir, finalmente, a los tribunales de justicia para la decisión del asunto. Así, se previene:

- 4.a) El empleador debe, en la respuesta y ante la IT, impugnar la nómina de trabajadores o quórum de la organización, según el caso, cuando a su respecto no se cumplan las disposiciones legales que regulan la materia o reclamar de otras ilegalidades del proyecto. Podrá impugnar,

⁹ Citada en artículo R. Lucero, Diario Financiero Online 06.07.2015

por tanto, la nómina de trabajadores si se incluyen trabajadores no habilitados para negociar (art. 305), o también si el STiE no reúne el número mínimo de trabajadores de la empresa correspondiente; podrá, también, y por ej. reclamar si el proyecto fue presentado en un periodo declarado no apto para iniciar negociaciones o bien porque este se presentó en una empresa que no tiene la antigüedad prevista en la ley, etc. Con la misma presentación debe acompañar los antecedentes que justifiquen la impugnación o reclamación.

- 4.b) Los trabajadores, a su turno, deben hacer la reclamación sobre los aspectos que le merezca la respuesta dentro de los 5 días siguientes a la recepción de la misma, acompañando también, los antecedentes que estimen necesarios.
- 4.c) Luego de esas presentaciones, la IT citará a las partes a una audiencia que deberá celebrarse dentro de los 5 días siguientes, audiencia a la cual las partes deben concurrir con los demás antecedentes pertinentes y la documentación que les haya sido requerida por la IT, entidad que en esa audiencia las instará a alcanzar un acuerdo.
- 4.d) Si no hubo acuerdo, la IT deberá resolver la materia dentro del plazo de 5 días de concluida la audiencia. Esta resolución deberá emanar de la DT si la impugnación o reclamación involucra a más de 1.000 trabajadores. Nada dice la norma acerca de la forma en que deberá resolver el órgano administrativo ya que se eliminó la norma que establecía que la IT podía ordenar la enmienda del proyecto o de la respuesta y apereibir a las partes en tal sentido.
- 4.e) En contra de la resolución que al efecto se dicte, puede interponerse ante el mismo Servicio y dentro de tercero día, un recurso de reposición, el que debe fallarse también en el plazo de 3 días; esa resolución es reclamable judicialmente dentro del plazo de 5 días, cuestión que se tramitará de acuerdo a las reglas del procedimiento monitorio.

Al igual que bajo la ley actual, estas reclamaciones o impugnaciones no suspenden el curso de la negociación colectiva (art. 340 g). Resulta, sin embargo, interesante destacar que el nuevo art. 401 del CT establece *“En los procedimientos judiciales a que dé lugar el ejercicio de las acciones previstas en este libro, el tribunal podrá, mediante resolución fundada, disponer la suspensión de la negociación colectiva en curso”*. Esta regla debiera interpretarse en el sentido que otras acciones judiciales derivadas de procedimientos distintos a los que estábamos analizando, esto es, diferentes al reclamo o impugnación relativo a la presentación del proyecto o de la respuesta, pueden generar una suspensión judicial del procedimiento, dada la redacción que al efecto establece la letra g) del artículo 340 citada al comienzo

de este párrafo. Cabe, sin embargo, la posibilidad de interpretar la norma en el sentido que la interposición de la impugnación o del reclamo no produce por sí sola la suspensión del procedimiento, pero que ello es sin perjuicio de la facultad que la ley entrega a los tribunales de justicia para ordenar tal suspensión cuando, finalmente, por efectos del recurso deducido en contra de la resolución de la IT en estos casos, deban conocer de la materia debatida. Así, surgirá aquí un nuevo problema de interpretación frente al cual habrá que estarse a lo que en definitiva se resuelva, caso a caso, por nuestros órganos jurisdiccionales.

Luego de la respuesta, las partes se reunirán las veces que estimen conveniente con el objeto de arribar a un acuerdo, pudiendo incluso modificar el piso de la negociación, **rebajándolo si las condiciones de la empresa así lo justifican** (art. 341 inc. f.). Agrega la ley que durante todo el periodo de negociación, incluso después de hecha efectiva la huelga, la comisión negociadora podrá exigir al empleador suscribir el contrato con las estipulaciones del piso (art. 342 inc. 2°). El empleador no podrá negarse a tal exigencia, **salvo en el caso del inc. final del art. 341**, norma relativa al acuerdo entre las partes para rebajar el piso cuando así lo aconsejen las circunstancias económicas de la empresa. ¿Cómo debe interpretarse la regla anterior? Esto es, ¿cuál es la exigencia que pone el legislador para que el empleador pueda negarse a suscribir el contrato con las cláusulas del piso: que las condiciones de la empresa así lo justifiquen o que, antes de esta exigencia de la CNS, haya existido un acuerdo con los trabajadores para rebajar el piso porque las condiciones de la empresa así lo justifican? Pareciera no ser posible exigir ese acuerdo previo, ya que durante la negociación no existen acuerdos vinculantes sino hasta que se suscriba el instrumento colectivo; ahora, si el empleador alega que las circunstancias económicas exigen bajar el piso, ¿ante quién acredita que eso es efectivo? ¿quién resolverá si se dan o no las condiciones que permiten bajar el piso? Otro problema de interpretación que exigirá, probablemente, recurrir a los tribunales de justicia para determinar el sentido y alcance de la norma.

II. 5. Nuevas atribuciones de la Inspección del Trabajo

Sin perjuicio de otras nuevas potestades de este órgano de la Administración, especialmente en relación con la huelga y sus efectos, a la Inspección del Trabajo se le reconocen también otras dos nuevas facultades:

- 5.a) **Brindar asistencia técnica para la negociación:** Tanto las micro, pequeñas empresas y las medianas empresas, en este último caso cuando negocian por primera vez, tienen la facultad de solicitar a este servicio una reunión para que se les brinde asistencia técnica que les permita ser informados acerca de las reglas de procedimiento, plazos en la negociación, etc. (art. 343). La asistencia a la reunión es obligatoria para ambas partes y ella puede contribuir a facilitar el proceso y,

probablemente, en los casos en que negocien micro o pequeños empresarios, dicha instancia resultará propicia para que tales empleadores, que muchas veces carecen de una adecuada asesoría en la materia, tomen conocimiento acerca de las particularidades del proceso y de la importancia de dar cumplimiento a las exigencias legales que él impone. Para los sindicatos, en cambio, puede tener menos importancia tal asesoría ya que, habitualmente, cuando ellos se involucran en un proceso de negociación es porque han tenido la asesoría de algún profesional, proporcionada, en muchos casos, por las organizaciones de grado superior en las que participan.

- 5.b) **Mediación voluntaria:** Sin perjuicio de la mediación obligatoria durante la huelga (que sustituye la gestión de buenos oficios de la legislación actual), el art. 344 incluye, una vez vencido el plazo de la respuesta y durante toda la negociación, la facultad de las partes para requerir, de común acuerdo, la mediación de la IT. Nada señala la norma acerca del procedimiento que este servicio público deberá seguir al respecto, por lo que habrá que entender que en esa gestión la IT intervendrá con similares facultades a las que la ley le otorga en materia de mediación obligatoria.

III. DE LOS INSTRUMENTOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y SUS EFECTOS

III. 1. Tipos de Instrumentos colectivos de trabajo

La ley 20.940 define a los instrumentos colectivos de trabajo en la siguiente forma: *“Es la convención celebrada entre empleadores y trabajadores con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, por un tiempo determinado, de conformidad a las reglas previstas en este libro”* (art. 320).

En tal virtud, estamos frente a un concepto genérico que incluye a los siguientes instrumentos:

- 1.a) Los contratos colectivos,** cuya definición sigue radicada en el art. 6 C. del T., texto que no fue modificado y que incluye a los grupos de trabajadores entre los intervinientes en los procesos de negociación que concluyen con instrumentos colectivos de esta naturaleza; la norma citada, luego de definir al contrato individual de trabajo precisa: *“Es colectivo el celebrado por uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de ...”*. Por la redacción de las

restantes disposiciones que incluye la nueva ley, no es posible concluir que este será el nombre del instrumento con que concluirán solamente las negociaciones colectivas regladas, ya que bien podría corresponder también al nombre de aquellos instrumentos colectivos que se suscriben producto de una negociación colectiva no reglada o voluntaria.

1.b. Convenios colectivos: Surgen de la negociación colectiva especial de trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria (arts. 366 y sgtes.). Debe precisarse que nada señala la nueva norma legal sobre la denominación de los instrumentos colectivos que surgen de una negociación no reglada, a los cuales el Código vigente denomina en su art. 314 bis c), convenios colectivos.

1.c. Laudo o fallo arbitral: Es el nombre que recibe el instrumento colectivo que surge del fallo dictado por el tribunal arbitral cuando este debe conocer y resolver procesos de negociación sujetos a arbitraje.

1.d. Acuerdos de grupo negociador: A ellos alude el art. 324 modificado, cuando regula la duración y vigencia de los instrumentos colectivos de trabajo. ¿A qué instrumentos alude el código en esa norma? ¿A los que se suscriban producto de una negociación no reglada realizada por un grupo de trabajadores? Podría pensarse que es así dada la referencia al grupo negociador en su propio nombre; sin embargo, ninguna norma del libro IV incluye a los grupos negociadores como sujetos activos de algún proceso de negociación, aludiendo siempre en los procesos que reconoce, solo a *“uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales...”*. También podría concluirse que, dado lo resuelto por el TC, como los grupos negociadores pueden participar de cualquier proceso de negociación y ya no existe para ellos un procedimiento especial que pueda terminar por este tipo de instrumento colectivo, el acuerdo de grupo negociador corresponde a una expresión que quedó por error en el texto legal y que, en los hechos, no existirán instrumentos colectivos con tal denominación.

En cualquier caso, es importante considerar que aun aquellos llamados “acuerdos de grupo negociador” tienen la calidad de instrumentos colectivos y, en tal carácter, a ellos les resultan aplicables todas las normas sobre efectos de los mismos puesto que, en parte alguna, se les excluye de dichas consecuencias.

III. 2. Menciones mínimas de los instrumentos colectivos de trabajo (art. 321)

Sin perjuicio de algunas particularidades del fallo arbitral, todos los instrumentos colectivos deben incluir las siguientes menciones mínimas:

2.a) Determinación precisa de las partes a quienes afecte: Lo normal es que las partes afectadas por el contrato colectivo son los trabajadores que integran la organización sindical que negocia o, eventualmente, el grupo negociador, y el o los empleadores que, a su vez, participan del proceso correspondiente. No obstante, y como antes se anunció, pueden surgir también dificultades interpretativas en esta materia, en cuanto a quiénes son los realmente afectados por el instrumento colectivo que se suscribe.

Aunque resulte asombroso, no es fácil hacer una definición clara de una materia tan esencial y determinante como esta. En efecto, bosquejado el proyecto de ley bajo la lógica de la titularidad sindical, que hace recaer en la OS que negocia la calidad de parte en el proceso y en sus resultados, nos encontramos luego con el reconocimiento explícito del TC¹⁰ en orden a que la parte negociadora son los trabajadores que participan del proceso, no el sindicato que negocia “en representación de los trabajadores”, lo que coincide con la forma de abordar esta materia en la legislación actualmente vigente. El texto legal publicado, sin embargo, solo se hizo cargo de las consideraciones del fallo del TC en forma parcial, lo que se aprecia al observar que no subsanó íntegramente la inconstitucionalidad que representaba la propuesta del ejecutivo, la que permitía radicar, de pleno derecho, los efectos del contrato colectivo no solo en quienes fueron parte de la negociación sino también en quienes se afilian a la organización sindical que negocia, una vez suscrito el instrumento respectivo.

La lectura de las disposiciones relativas a la materia, demuestra que la nueva normativa generará graves problemas de interpretación y de incerteza jurídica para trabajadores y empleadores. En efecto, luego del fallo del T.C. que declaró inconstitucional el inciso 1° del art. 323 que disponía: “*La afiliación sindical otorgará de pleno derecho a los nuevos socios los beneficios del instrumento colectivo suscrito por la organización sindical a la que se incorporen...*”, la norma fue suprimida del texto legal promulgado, lo que revelaría la voluntad del ejecutivo de adaptar el texto legal a las normas constitucionales pertinentes para evitar la vulneración de las mismas. Sin embargo, si bien se suprimió el inciso antes copiado (tornando en ininteligible el inciso que sí se mantuvo en el art. 322 publicado), no se hizo ajuste alguno al art. 310 redactado en los siguientes términos: “*los trabajadores se regirán por el instrumento colectivo suscrito entre su empleador y la organización sindical a que se encuentren afiliados mientras este se encuentre vigente, accediendo a los*

¹⁰ Considerando septuagésimo quinto sentencia TC. cit.

beneficios en él contemplados". El texto recién transcrito no exige, para que los trabajadores afiliados se beneficien con el instrumento colectivo, que ellos hayan sido parte en el proceso de negociación (sea por estar afiliados al sindicato al momento de presentarse el proyecto o por haberse afiliado en el plazo de 5 días posteriores a esa presentación) y, además, el uso de la voz "accediendo", equivalente a que ellos "llegarán" a beneficiarse o "alcanzarán" los beneficios del contrato, puede llevar a concluir que basta la afiliación, cualquiera sea el momento en que se realice, para que los trabajadores queden afectos al contrato colectivo suscrito por la organización a la cual se afilian.

Agrava la confusión la circunstancia de que el art. 323, junto con establecer que el trabajador podrá afiliarse y desafiliarse libremente de cualquier sindicato, agrega que no obstante el cambio de afiliación, el trabajador se mantendrá afecto al instrumento colectivo negociado por el sindicato al que pertenecía mientras aquel se encuentre vigente, cuestión razonable y que armoniza con los efectos normales de los contratos, pero que lleva a una conclusión diferente y compleja al observar que la disposición legal concluye en su inc. 2° con la siguiente oración: "*Al término de la vigencia del instrumento colectivo del sindicato a que estaba afiliado, **el trabajador pasará a estar afecto al instrumento colectivo del sindicato al que se hubiere afiliado, de existir este***", lo que vuelve sobre la idea de mantener aquella normativa inconstitucional que propugna que por la sola afiliación al sindicato, el trabajador afiliado pasa a ser sujeto de los derechos y obligaciones que surgen del instrumento colectivo suscrito.

Así las cosas, la lectura de estas disposiciones generará una incertidumbre tal que, probablemente, en la fecha próxima a la entrada en vigencia de la ley, podrán resolverse judicialmente los conflictos que surjan apegándose a lo resuelto en el fallo del TC e invocando una especie de derogación orgánica de las normas antes citadas, pero pasado el tiempo, es posible que tienda a promoverse una interpretación que reconozca como parte beneficiada con los instrumentos colectivos a todos los socios de la OS que suscribió el instrumento, sea que hayan o no participado del proceso de negociación¹¹. Una situación como esa, provocará un grado de incerteza máximo, ya que no será posible al empleador determinar en forma previa a la suscripción del contrato, cuál será el nivel de aumento de los costos que experimentará la empresa

¹¹ Basta ver lo que pasó bajo la vigencia del C. del T. actual en relación con la posibilidad o no de reemplazar a trabajadores en huelga con otros trabajadores de la misma empresa, para constatar que, sin necesidad de modificación legal alguna, en nuestro país vía simples interpretaciones administrativas y judiciales, la norma del art. 381 llegó a tener un sentido claramente diferente al literal y al que surgía de la historia de la misma ley.

producto exclusivo de la negociación. Esto confirma la idea de que el legislador no atribuye mayor relevancia a la calidad de la respuesta ya que en un escenario como el indicado, el empleador se verá, en muchas oportunidades, obligado a prepararla (como también sus ofertas posteriores) sin saber realmente a quiénes y a cuántos afectará el proceso, cuestión que debiera impulsarlo a la máxima cautela posible.

2.b) Las normas sobre remuneraciones, beneficios, condiciones de trabajo y demás estipulaciones que se hayan acordado, especificándolas detalladamente. Se eliminó la norma que establecía que el contrato no podía válidamente contener estipulaciones que hagan referencia a la existencia de otros beneficios o condiciones incluidos en contratos anteriores, sin entrar a especificarlos. Dicha disposición resultaba útil porque su adecuado cumplimiento implicaba una menor existencia de conflictos interpretativos acerca de las reales condiciones pactadas en el instrumento. La eliminación de la norma, por tanto, puede llevar en el tiempo a una menor rigurosidad en la forma de convenir los beneficios y, por esa vía, obligar a recurrir a los tribunales de justicia para que ellos resuelvan acerca del alcance de tales acuerdos. La recomendación es, por tanto, seguir especificando de la manera más detallada posible todas las estipulaciones, sin remitirse a otros beneficios incluidos en instrumentos anteriores.

2.c) El periodo de vigencia, reducido en la ley a un máximo de 3 años.

2.d) El acuerdo de extensión de beneficios o la referencia de no haberse alcanzado dicho acuerdo. En lo que toca a esta materia, la Ley 20.940 introdujo una trascendental modificación tendiente a reconocer mayores prerrogativas al sindicato que negocia en lo que se relaciona con los derechos y beneficios que surgen del instrumento colectivo suscrito, disminuyendo, a su turno, las facultades del empleador.

Hasta ahora, el empleador puede, por su sola voluntad, extender total o parcialmente los efectos del contrato colectivo suscrito a trabajadores que no fueron parte del proceso, con la obligación de descontar de las remuneraciones de aquellos el 75% de la cuota ordinaria sindical, obligación que nace desde que se realiza la extensión de beneficios y hasta el término de la vigencia del contrato colectivo (art. 346 C. del T.); el no descuento de dicho aporte al sindicato constituye una práctica desleal. Cifras provenientes de la DT demuestran que un alto porcentaje de los empleadores realiza tal extensión (68% de los mismos según última encuesta ENCLA), ya que ello contribuye a facilitar la gestión de personal y, a su vez, evita tratos desiguales entre trabajadores que realizan similares labores u ocupan cargos de igual naturaleza.

A partir de la vigencia de la nueva ley, sin embargo, el empleador ya no tendrá la facultad de decidir acerca de la extensión de uno o más de los beneficios incorporados al instrumento colectivo ya que ello solo podrá realizarse si así se acuerda entre las partes que suscribieron el referido instrumento. En razón de esta norma, art. 322, será la OS que negocia la que podrá acordar con el empleador la extensión de beneficios a trabajadores que no son socios del sindicato, extensión que podrá ser general o parcial en cuanto a los beneficios que se extienden y podrá ser para todos o parte de los trabajadores no afiliados. En este último caso, el inc. 2° del art. 322 previene que el acuerdo de extensión debe fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios. Acordada la extensión, los trabajadores que puedan verse alcanzados por los derechos que otorga el contrato, deben manifestar su voluntad de aceptarlos, obligándose a pagar todo o parte de la cuota ordinaria sindical de la OS que suscribió el instrumento en los términos acordados entre esa organización y el empleador. Si el empleador no descuenta el monto del aporte correspondiente, esa conducta constituye una práctica antisindical (art.289 h).

Es posible pensar que, producto de esta modificación, con el tiempo disminuirá el porcentaje de trabajadores no sindicalizados que se ven beneficiados por los efectos de instrumentos colectivos, lo que debería compensarse con el mayor número de trabajadores que opten por sindicalizarse para así recibir los beneficios que surgen de un proceso de negociación colectiva. De este resultado dependerá si se cumple o no uno de los objetivos de la reforma que apunta a ampliar la cobertura de la negociación colectiva, bajo el supuesto de que ello permitirá mejorar las condiciones de trabajo y de remuneraciones de los trabajadores del país.

En cambio, no será necesario suscribir este acuerdo entre el empleador y la OS, cuando el empleador decida aplicar a todos los trabajadores de la empresa, las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del IPC, pero para que ello sea procedente, la ley establece que el empleador debe haber contemplado dicho reajuste en su respuesta al proyecto de contrato colectivo. En esta parte, y atendiendo a que el art. 322 i.f. alude a la extensión que se realiza respecto de *"todos los trabajadores de la empresa"*, para evitar cualquier dificultad, será necesario que el empleador se ocupe de que tal reajuste se otorgue realmente a *"todos"* los trabajadores de la empresa.

Tal relevancia ha adquirido el acuerdo de extensión de beneficios, que el acuerdo alcanzado no solo pasa a constituir una cláusula mínima del instrumento colectivo que se suscriba, sino que, además, según lo previsto en el art. 321 N°4, el documento respectivo debe contemplar, a lo menos, entre otras menciones mínimas *"el acuerdo de extensión de beneficios o la referencia de no*

haberse alcanzado dicho acuerdo". Así, no basta consignar el acuerdo a que se ha llegado sino que, incluso en caso de no llegar a acuerdo, ese resultado negativo debe también expresarse.

El pacto deberá pronunciarse también sobre el monto del aporte que deberán hacer los trabajadores no socios que perciban los beneficios del instrumento, ya que la ley no mantuvo la exigencia de pagar el 75% de la cuota ordinaria sindical, sino que deja entregado a la CNS y al empleador la facultad de determinar el monto de dicho aporte. Dado lo señalado, el aporte podrá ser igual al 75% ahora existente, pero también podrá ser un porcentaje menor o mayor a ese. No debiera aceptarse, como ya se ha planteado por algunos, que se pretenda imponer un aporte mayor al monto total de la cuota ordinaria sindical, ya que la ley señala "todo o parte de la cuota" y todo, impone también un límite, la totalidad de la cosa, pero no más que eso.

Así, entonces, la cláusula correspondiente a la extensión deberá indicar:

- Si se alcanzó un acuerdo que permita al empleador extender los beneficios;
- Si el acuerdo permite realizar la extensión en forma total o parcial y esto, desde un doble punto de vista:
 - Total o parcial en cuanto a los beneficios que se extienden, y
 - Total o parcial en cuanto a los trabajadores que puede alcanzar la extensión y, si es parcial, debe incluir normas objetivas y generales que eviten que la extensión sea arbitraria.
- Monto del aporte que deberán realizar los no socios.

Luego de observar el nuevo ordenamiento generado en la materia, asoma como lógica la inquietud de saber qué pasará con las modificaciones contractuales que surjan de una negociación individual con trabajadores que no están sujetos al instrumento colectivo celebrado por una OS. A su respecto, existe el justificado temor de que ellas puedan calificarse como extensión de beneficios (si son iguales a los que se pactaron) o como práctica antisindical (si son mejores que los pactados). Sobre el punto, el art. 289 h) reformado señala: "*No constituye práctica antisindical el o los acuerdos individuales entre el trabajador y el empleador sobre remuneraciones o sus incrementos que se funden en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador*". Luego, si un empleador debe revisar la situación remuneracional de uno o más dependientes no sindicalizados, debe procurar estar en condiciones de acreditar el fundamento de los ajustes que haya podido hacer, para lo cual

será necesario generar un sistema de calificaciones que incorpore y registre aquellos elementos que hagan posible justificar y acreditar los fundamentos de los incrementos remuneracionales otorgados.

2.e) Puede contener la **constitución de una comisión bipartita que se encargue de velar por la implementación y seguimiento del cumplimiento de sus estipulaciones**, como también puede incluir un mecanismo de resolución de controversias. Pareciera conveniente incluir en los instrumentos que se suscriban una cláusula de tal naturaleza, especialmente una que incluya la comisión bipartita antes referida, ya que nada puede garantizar mejor la aplicación fiel de lo pactado que la voluntad de los propios contratantes, reduciéndose la posibilidad de tener que buscar una interpretación judicial sobre el alcance de las normas pactadas, con todos los inconvenientes que se derivan del hecho de entregar a un tercero ajeno a la relación laboral, el resolver sobre el alcance de lo pactado por empleador y trabajadores.

III. 3. Efectos de los instrumentos colectivos de trabajo

3.a. Relación del contrato colectivo con el contrato individual

Es preciso dejar consignado que para participar en un proceso de negociación colectiva es necesario que, previamente, cada uno de los trabajadores que negocia haya celebrado un contrato individual de trabajo con el empleador respectivo (sea que este contrato se haya escriturado o no, por el carácter consensual del mismo). Las estipulaciones de ese contrato individual de trabajo serán reemplazadas –en lo pertinente– por las estipulaciones del instrumento colectivo una vez suscrito este (art. 311).

No aclaró esta ley el alcance de tal disposición, respecto de la cual se habían ya presentado diferencias interpretativas: las cláusulas de los contratos individuales que dicen relación con beneficios que no son recogidos por el instrumento colectivo ¿en qué condición quedan? Hay quienes sostienen, como la DT, que esos beneficios subsisten luego de la celebración del contrato colectivo ya que el reemplazo es solo “en lo pertinente”, esto es, en relación con aquellos beneficios que fueron especialmente contemplados en el instrumento; sin embargo, cuando se negocia colectivamente, se genera un estatuto nuevo y distinto para los trabajadores que intervienen en el proceso y así lo había entendido el legislador antiguamente cuando señalaba que el reemplazo de las cláusulas era “**en su totalidad** y en lo pertinente”. Dado lo anterior, si la voluntad de las partes es que, producto de la negociación, se genere un nuevo estatuto de trabajo, ellas deben preocuparse de expresar en forma específica qué beneficios individuales son los que se derogan por la nueva regulación convencional (art. 311), ya que, de otro modo, podrá exigirse cumplir no solo

con los beneficios acordados colectivamente, sino además, con aquellos que, tácita o expresamente, estaban incorporados a los contratos individuales de cada dependiente antes de la suscripción del nuevo instrumento colectivo. En otro orden de ideas, la nueva normativa mantiene la regla que señala que el trabajador no puede estar afecto a más de un contrato colectivo de trabajo celebrado con el mismo empleador (art. 307).

3.b. La ultraactividad del contrato colectivo de trabajo (art. 325 C. del T.)

Con esta denominación se alude a la institución que determina que, en general, los efectos que tiene el instrumento colectivo de trabajo subsisten luego del término de su vigencia.

Como ya antes se indicó, la ley acortó el periodo de vigencia máxima de los instrumentos colectivos de trabajo, reduciendo esta de 4 a 3 años. Cuando el contrato pierde su vigencia por haber transcurrido el plazo acordado entre las partes y siempre que no se vuelva a negociar, surge la necesidad de resolver qué pasa con los efectos de ese instrumento colectivo cuya vigencia se extingue. La materia ha sido resuelta en la nueva ley en forma casi idéntica a como estaba en el C. del T. actual: *“Extinguido el contrato colectivo, sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores afectos, salvo las que se refieran a la reajustabilidad pactada tanto de las remuneraciones como de los demás beneficios convenidos en dinero, los incrementos reales pactados, así como los derechos y obligaciones que solo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo”*.

Dado el texto de la norma citada, la ultraactividad no difiere sustancialmente de lo que ya estaba reconocido en la ley, pero se precisa que, entre aquellos beneficios que no subsisten, además de los que ya estaban en el C. del T., se encuentran los relativos a incrementos reales de remuneraciones pactados y los pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

De lo dicho resulta que, no obstante que las disposiciones que definen la negociación colectiva y el contrato colectivo, aluden al establecimiento de condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones **“por un tiempo determinado”**, en la realidad ello no es exactamente así ya que, finalmente, las condiciones pactadas subsisten luego del término de la vigencia del contrato, según se observa al tener presente este efecto de la ultraactividad y, también, de lo previsto en relación al piso de la negociación. Ambas instituciones, la ultraactividad y el piso de la negociación, demuestran que la intención del legislador en la materia es que, luego de una negociación colectiva, en términos generales y salvo por las excepciones antes indicadas, los trabajadores afectos al instrumento suscrito no puedan volver, en cuanto a sus beneficios, a

las condiciones previas a tal negociación, de modo que sea que ellos negocien nuevamente e incluso, aun cuando no negocien, las condiciones alcanzadas se constituyan en una especie de estatuto inmanente para esos trabajadores, el que se verá incorporado de pleno derecho a sus contratos individuales o colectivos –según el caso–, con las salvedades indicadas.

3.c. Exigibilidad del contrato colectivo

En este tópico no se observan diferencias importantes entre la legislación vigente y la próxima a entrar en vigencia: las copias originales del contrato y sus copias auténticas autorizadas por la IT, respecto de las cláusulas que **contengan obligaciones líquidas y actualmente exigibles**, tendrán mérito ejecutivo, correspondiendo conocer de estas ejecuciones a los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional. La precisión hecha por esta norma al referirse a obligaciones líquidas y actualmente exigibles (art. 326), resulta absolutamente lógica ya que solo esas obligaciones pueden ser objeto de un procedimiento ejecutivo, pero no introduce novedades en la materia; por cierto, la referencia a los Tribunales de Cobranza corresponde, simplemente, a la actualización de la norma en orden a referirse a los tribunales que actualmente conocen de tales procedimientos.

III. 4. Modificación del instrumento colectivo

Una vez suscrito el contrato colectivo de trabajo, al igual que bajo la ley vigente, es posible modificar dicho instrumento, modificación que podrá efectuarse por vía de negociación individual o colectiva, según lo previene el inc. f. del art. 5° C. del T.

Tratándose de la **modificación vía negociación individual**, no se aprecian innovaciones producto de la reforma ya que sigue vigente la limitación que indica que *“las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del instrumento colectivo por el que esté regido”* (art. 311 inc. 1°). Lo anterior significa que, si bien un trabajador afecto a un contrato colectivo puede modificar las condiciones laborales que ese contrato fija a su respecto, su aceptación a tales cambios solo será eficaz en cuanto ellas importen para él una situación más beneficiosa, pero no así cuando producto de esa negociación disminuyan los beneficios que le corresponden en virtud del instrumento colectivo firmado. La solución prevista en la ley resulta absolutamente sensata porque, en caso contrario, por la vía de negociaciones individuales, el contrato colectivo podría perder toda su eficacia.

En cuanto a la **modificación del contrato colectivo vía negociación colectiva**, la Ley N° 20.940 sí incluyó una nueva regla en el inc. f. del art. 311

que, al efecto, prescribe: *“Las estipulaciones de un instrumento colectivo vigente solo podrán modificarse mediante acuerdo entre el empleador y la o las organizaciones sindicales que lo hubieren suscrito”*. Esta disposición genera un significativo cambio en la materia ya que, como el C. del T. vigente no contemplaba norma expresa sobre el particular, existían distintas interpretaciones acerca de cuál debía ser el procedimiento a utilizar para modificar un contrato colectivo de trabajo. Si bien, en los hechos, muchos contratos colectivos se modificaban vía instrumentos suscritos por el empleador y la directiva de la misma OS que había participado en la negociación, la jurisprudencia de nuestros tribunales y los dictámenes de la DT estaban contestes en afirmar que tales modificaciones eran inoponibles a los trabajadores socios de la organización que no habían conferido poder a la directiva para acordar tales cambios; lo anterior, porque la directiva sindical carecía de facultades para suscribir esos acuerdos y solo podía convenirlos dentro del proceso de negociación; terminado el mismo, sus facultades se extinguían a ese respecto. Esto era consecuencia de entender que la parte en el proceso de negociación no era la OS sindical sino los trabajadores que integraban dicha organización y, por tanto, los dirigentes solo tenían la calidad de representantes de aquellos para contratar a su respecto, dentro del proceso de negociación y hasta que este terminara con la firma del correspondiente contrato. Con la nueva ley, en cambio, es a la organización sindical, actuando a través de sus dirigentes, a quien la ley le atribuye la facultad de modificar las estipulaciones del contrato colectivo y ello, no obstante que el TC sostuvo, como ya se ha dicho, que la parte del contrato son los trabajadores, actuando por medio de sus representantes.

IV.- MATERIAS NEGOCIABLES

Si bien esta materia pudo ser abordada en los inicios de este texto, se ha preferido dejarla para esta parte del trabajo, ya que ella, a pesar de lo que se sostuvo por el Gobierno, no tiene modificaciones relevantes más allá de lo relativo a los pactos sobre condiciones especiales de trabajo, los cuales, de acuerdo a lo que se expresará, no merecen ser tratados al inicio de este texto porque, probablemente, una vez que la ley entre en vigencia se revelará que no tienen trascendencia alguna; sin embargo, es preciso referirse a ellos ya que constituyen un Título propio (Título vi) dentro del nuevo Libro IV que regula la Negociación Colectiva.

Antes de desarrollar este punto se consignará una importante regla que se incorpora a nuestra legislación y que si bien no tiene directa conexión con las materias negociables, fue incorporada precisamente en la norma que se denomina “Materias de la negociación”. El inciso final del art. 306, señala: *“La negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar direc-*

tamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga". La norma legal es importante porque implica un cambio relevante en cuanto a la forma en que se había venido resolviendo esta materia. Varios dictámenes de la DT habían resuelto, precisamente, lo contrario: *"la empresa principal no podría asumir, durante el tiempo que dure la interrupción de las labores, con sus propios recursos, directos o indirectos, las funciones que desarrollan los trabajadores dependientes de la empresa contratista que han decidido hacer uso del derecho de huelga, puesto que tal conducta constituiría una forma de reemplazo que afectaría gravemente el ejercicio de los derechos sindicales"*.¹² Si bien en este tema, varias sentencias fallaron en sentido diverso al sostenido por la DT, resulta destacable que la ley haya venido a hacerse cargo de este aspecto controvertido y que la solución otorgada vaya en el sentido que parece correcto.¹³

Volviendo al tema de las materias negociables, debe precisarse que, dentro de los grandes objetivos perseguidos por esta reforma, según se expresó en el Mensaje con que el gobierno envió el proyecto de ley al Congreso Nacional, estaba el de ampliar las materias negociables para *"permitir que los actores de la relación laboral puedan acordar todas las materias que son de interés común, imponiendo los límites necesarios para que dichos acuerdos no signifiquen vulneración o afectación de sus derechos fundamentales. En la medida que las partes posean una posición equivalente, la legislación debe posibilitar un marco de diálogo y entendimiento amplio, sin establecer obstáculos para el ejercicio de la voluntad colectiva"*.

En este ámbito, hay que recordar que la ley vigente establece que *"son materias de negociación colectiva todas aquellas que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo"*.

Las normas anteriores habían llevado a concluir que su redacción permitía negociar todas aquellas condiciones que benefician o afectan a los trabajadores que negocian, entendiendo que en ese escenario se incluyen como materias negociables los beneficios o condiciones sociales en que se realiza el trabajo y que no necesariamente tienen por objeto aumentar los beneficios netamente económicos que perciben los trabajadores, entendiéndose así que las partes tienen amplia libertad para pactar cláusulas de su interés, siempre que ello no importe negociar las materias que están excluidas por ley y, por cierto, siempre que ellas no signifiquen vulnerar derechos laborales irrenunciables. Bajo estas

¹² Véase, por ej. Ord. 3.403/59 de 28.7.2006 DT.

¹³ Considerar sí el límite legal establecido para el empleador en el art. 405 en cuanto constituye una práctica desleal de la empresa principal, contratar directa o indirectamente a los trabajadores en huelga de una empresa contratista o subcontratista.

normas, entonces, encontrábamos en muchos contratos colectivos, estipulaciones que reconocían beneficios sociales y familiares tales como la creación de servicios de bienestar, fondos de ayuda social, asistencia médica para trabajadores y sus familiares, instancias de capacitación, etc.; en tal sentido, la categoría de la empresa en cuanto a su mayor o menor tamaño o magnitud, era lo que, finalmente, determinaba la posibilidad de generar una gran diversidad de beneficios que no decían relación directa con las condiciones comunes de trabajo o de las remuneraciones.

¿Qué sucede luego de la reforma? ¿Cómo se cumple el objetivo perseguido por ella en orden a mejorar la calidad de la negociación colectiva a través de, entre otras medidas, ampliar las materias negociables?

El art. 306 consigna como materias excluidas de la negociación las mismas a que se refería el art. 306 anterior y en los mismos términos: *“no serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma”*.

Refiriéndose, en cambio, a las materias que sí son negociables, se explaya el legislador con una redacción bastante más detallada: *“Son materias de negociación colectiva aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieren a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo”*. Agrega luego, *“las negociaciones podrán incluir acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, el ejercicio de la corresponsabilidad parental, planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, entre otros”*. En los hechos, esta norma solo vino a ejemplificar las materias que siempre se habían entendido como negociables, reproduciéndose en ella beneficios que actualmente se encuentran ya en muchos contratos colectivos de trabajo. En tal sentido, no hay ampliación por esta vía de las materias susceptibles de negociarse colectivamente.

Las verdaderas modificaciones en este ámbito se encuentran en:

- a) Lo dispuesto en el inciso 3° del art. 306 que obliga a negociar los acuerdos de extensión de beneficios, los que hasta ahora pueden extenderse unilateralmente por el empleador y que, si bien importan una nueva materia que debe convenirse por quienes participan del proceso de negociación, en la práctica puede significar que menos trabajadores resulten beneficiados por condiciones pactadas colectivamente ya que,

estando en poder del sindicato decidir sobre la extensión, es posible esperar que las extensiones de beneficios se reduzcan drásticamente, porque ello será una herramienta poderosa para impulsar la afiliación a la organización. Habrá que analizar en el tiempo, si crece suficientemente el porcentaje de trabajadores sindicalizados como para que eso compense el número de trabajadores que dejarán de estar beneficiados con cláusulas pactadas colectivamente al no ser alcanzados por la extensión de beneficios.

- b) La otra modificación en cuanto a las materias negociables es la que dice relación con la posibilidad de negociar pactos sobre condiciones especiales de trabajo, lo que se tratará a continuación.

V. PACTOS SOBRE CONDICIONES ESPECIALES DE TRABAJO

Bajo el título correspondiente, en el proyecto de reforma se permitía, fruto del acuerdo entre las partes, flexibilizar normas legales especialmente rígidas en materia de sistemas excepcionales de jornada de trabajo y descansos; pactos de horas extraordinarias y pactos sobre tiempo de preparación para trabajar y jornada pasiva. Ello implicaba reconocer que las condiciones laborales en el mundo actual requieren adecuarse a exigencias diferentes que pueden, por ej. generar periodos muy intensivos de dedicación laboral compensados con varios días de descanso, facilitando ello la organización de la actividad productiva de la empresa pero, con el recíproco reconocimiento de beneficios para los trabajadores, quienes muchas veces prefieren trabajar jornadas más largas, pero disfrutar de periodos de descanso mayores.

Los pactos que en definitiva la ley mantuvo en el texto promulgado resultaron, sin embargo, exiguos en cuanto a las posibilidades reales de flexibilizar las normas sobre jornadas de trabajo y se restringieron solo a dos materias: **distribución de jornada de trabajo semanal y pactos para trabajadores con responsabilidades familiares** (arts. 374 y sgtes.).

V.1. Condiciones para celebración de los pactos:

- 1.a) Solo pueden suscribirlos organizaciones sindicales con el empleador.
- 1.b) La empresa debe tener una afiliación sindical igual o superior al 30% del total de sus trabajadores. ¿Qué objetivo persigue esta norma del art. 374 al exigir que, para suscribir estos pactos, sea necesario que la empresa tenga una afiliación superior al 30% del total de sus trabajadores? Esta exigencia tuvo una cierta lógica cuando estos pactos apuntaban a negociar mayores materias, respecto de las cuales podía asumirse

que, por el interés del empleador de avanzar en convenir reglas más flexibles, él mismo podría haberse interesado en aumentar los porcentajes de sindicalización en su empresa si ello traía como consecuencia flexibilizar las reglas relativas a la jornada de trabajo. Atendiendo a que, en definitiva y como se demuestra más adelante, los pactos quedaron reducidos a una expresión mínima, este requisito sobre porcentaje de afiliación, carecerá de relevancia.

- 1.c) Los pactos **deben suscribirse a través de una negociación directa y sin sujetarse a las normas de la negociación colectiva reglada.** (374 inc. 2°). No obstante lo imperativo de esta regla, el art. 306 inc. 3° los incluye como susceptibles de incluir en la NC, sin distinguir de qué tipo de negociación se trata, lo que lleva a preguntarse cuál fue el sentido de la norma que indica que ellos no se sujetan a las normas de la NC reglada. Nueva interrogante cuya respuesta quedará entregada también al criterio de los órganos administrativos y judiciales que deban intervenir en los conflictos que surjan al respecto; por otra parte, si se observa que, normalmente, los trabajadores sindicalizados negocian a través del procedimiento reglado, y ellos no pueden negociar esta materia a través de ese tipo de negociación, esto significaría que, para el efecto de acordar estos pactos, los trabajadores deberían realizar un procedimiento especial de negociación directa, exclusivo para celebrar estos pactos. Es evidente que la exigencia de una negociación directa adicional a la reglada solo entorpece la posibilidad de llegar a acuerdos en estas materias.
- 1.d) La aprobación de los trabajadores debe acordarse en la forma indicada en los estatutos y si nada dicen ellos, por mayoría absoluta, en asamblea realizada en presencia de un ministro de fe. Esta exigencia determina que la directiva sindical que representa a los trabajadores sindicalizados que participan de esta negociación directa no está, sin embargo, facultada para suscribir el acuerdo salvo que se cumplan las exigencias antes indicadas, lo que genera una nueva dificultad en el procedimiento correspondiente.
- 1.e) Los efectos de estos pactos solo alcanzan a los trabajadores representados por la OS que lo suscribió, resultando inoponibles para los trabajadores que así lo soliciten. Lo anterior demuestra que el pacto no tiene en este aspecto el mismo efecto que se reconoce a las demás estipulaciones de los instrumentos colectivos, porque en esta parte el instrumento colectivo ni siquiera afecta a todos los trabajadores socios del sindicato que negocia el pacto, ya que algunos de ellos pueden exigir ser excluidos de su aplicación, de lo que debe dejarse constancia en el mismo pacto.

- 1.f) Podrán aplicarse a otros trabajadores de la empresa, siempre que ellos así lo acepten, por escrito.
- 1.g) Su vigencia solo podrá ser por un periodo máximo de 3 años.
- 1.h) Deben registrarse en la IT, servicio que puede dejarlos sin efecto por no cumplir con las exigencias legales o si sus estipulaciones infringen gravemente el cumplimiento de normas de higiene y seguridad.

V. 2. Caracteres de cada uno de los pactos sobre condiciones especiales de trabajo:

2.1) Pactos sobre distribución de jornada de trabajo semanal (art. 375): permiten distribuir la jornada de trabajo semanal en 4 días, con un **límite diario de 12 horas de trabajo efectivo, incluyendo la jornada ordinaria, extraordinaria y los descansos**. Si la jornada diaria supera las 10 horas, debe acordarse una hora de descanso imputable a ella.

¿Qué es lo que permite este pacto? ¿Qué se quiso decir con “jornadas de trabajo **efectivo** de 12 horas, pero incluyendo la jornada extraordinaria y los descansos? ¿en esas jornadas cuáles serán horas extraordinarias? ¿por qué razón podría querer el empleador acortar la semana a 4 días si parte de las horas diarias comprendidas en la jornada pasará a pagarse con el recargo de horas extraordinarias, a pesar que es sabido que las últimas horas de una jornada prolongada son, habitualmente, de menor productividad? El tiempo deberá demostrar si estos pactos resultan o no atractivos para las partes y qué tanta flexibilidad puede alcanzarse con ellos.

2.2) Pactos para trabajadores con responsabilidades familiares (Art. 376): estos pactos permiten combinar tiempos de trabajo presencial en la empresa y trabajo fuera de ella. En todo caso, suscrito el pacto, es el trabajador el que debe solicitar por escrito la aplicación del mismo a su respecto, pudiendo el empleador aceptar o rechazar la solicitud. Si accede, deberá suscribirse un anexo al contrato individual de trabajo que consigne esta modalidad de trabajo.

En definitiva, el pacto se constituye en un marco general que requerirá un anexo específico para cada caso concreto, anexo que deberá consignar:

- a) El lugar o lugares alternativos a la empresa en que el trabajador prestará los servicios, pudiendo ser el hogar del trabajador u otro lugar convenido con el empleador.
- b) Las adecuaciones a la jornada de trabajo, si fuere necesario.

- c) Los sistemas de control y gestión que utilizará el empleador respecto de los servicios convenidos con el empleador, y
- d) El tiempo de duración del acuerdo.

No obstante esta última mención que debe llevar el anexo, se establece que el trabajador puede unilateralmente volver a las condiciones originalmente pactadas previo aviso escrito al empleador con una anticipación mínima de 30 días. ¿Qué empleador aceptará este pacto si, por ejemplo, para permitir a un trabajador cumplir con responsabilidades familiares, acepta que se cumpla parte de su jornada laboral en su propio hogar y, para esa jornada que se libera en la empresa, contrata a otro dependiente, al cual tendría que despedir o reubicar si el trabajador resuelve que es mejor volver al sistema de cumplimiento total de la jornada en su lugar de trabajo? La forma de contemplar el pacto no parece incentivar su suscripción.

Tratándose de este pacto, resulta curiosa una disposición que se inserta en el i.f. del art. 376, que dispone: *“Estos pactos podrán también ser convenidos para aplicarse a trabajadores jóvenes que cursen estudios regulares, mujeres, personas con discapacidad u otras categorías de trabajadores que definan de común acuerdo el empleador y la organización sindical”*. Es extraña la norma; podría estimarse correcta la referencia en ella a los trabajadores que son, a su vez, estudiantes y también, la referencia a personas con discapacidad ya que el pacto al cual la norma se refiere recibe por denominación *“Pactos para trabajadores con responsabilidades familiares”*, y, en tal sentido, pareciera ser que el sentido del inciso final antes transcrito, está en permitir celebrar el pacto aun cuando la causa que lo motiva no se encuentra en las razones familiares sino en una causa diferente: la calidad de estudiante del trabajador o la discapacidad del dependiente. Sin embargo, no queda clara la referencia a las mujeres en este inciso final dado que, naturalmente, este pacto podría ser útil para mujeres trabajadoras (si se hubiese legislado adecuadamente a su respecto), pero resulta absolutamente extraña la referencia a las mujeres como otra categoría de trabajadores a la cual haya que remitirse expresamente para que se entienda comprendida en una norma de carácter laboral.

Finalmente, revisadas todas las disposiciones anteriores concernientes a los pactos especiales de trabajo, se observa que si ellos se celebran, podrán –tal vez– beneficiar a algunos grupos de trabajadores y a algunas empresas, pero no constituyen un avance legislativo importante en orden a generar la flexibilidad que la actividad productiva y de servicios demanda en la actualidad. Estos pactos podrían haber introducido una innovación relevante a nuestra regulación laboral si ellos hubiesen permitido negociar sobre las demás materias que originalmente se contemplaban en el proyecto, pero que, producto del llamado “veto revancha” que el gobierno introdujo luego del fallo del TC, y

que implicó retirar del texto legal los demás pactos especiales que se permitía celebrar, vienen en traducirse solo en un germen de una política que, es de esperar, sea recogida en futuras modificaciones legales.

VI. Procedimientos especiales de negociación colectiva

En relación a estos procedimientos especiales de negociación, se incorporan dos nuevos procedimientos:

- 1.- N.C. del STiE y de los trabajadores afiliados a tales sindicatos, y**
- 2.- Negociación de trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria.**

VI. 1.- N.C. del STiE y de los trabajadores afiliados a tales sindicatos (art. 364):

Esta materia fue profusamente discutida durante la tramitación legislativa del proyecto, ya que ella incide en la posibilidad de reconocer o no el derecho a negociar colectivamente en un marco más amplio que el de la empresa en que laboran los dependientes, cuestión que constituye una pretensión largamente buscada por los sindicalistas de nuestro país, pero que, con la misma intensidad, ha sido ampliamente resistida por los empleadores de los más diversos sectores productivos y de los servicios.

La nueva ley reconoce el derecho a negociar bajo las normas del procedimiento reglado a los trabajadores afiliados a un STiE siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el STiE agrupe a trabajadores que se desempeñen en empresas del mismo rubro o actividad económica y,
- b) Que el STiE cuente en la empresa en la cual va a negociar, con un total de afiliados no inferior a los quórumos señalados en el art. 227 (la ley dice "respecto de los trabajadores que represente en esa empresa").

Dejando primeramente dicho que esta no es legalmente una negociación supraempresa, ya que no exige a dos o más empresas diferentes participar en un mismo proceso de negociación, es posible que este tipo de negociación sea el germen de aquellos conflictos que se pretenden evitar por quienes no están de acuerdo con la negociación por rama de actividad. Así se podrá apreciar en los párrafos siguientes.

El primer problema de interpretación que se plantea en esta materia es ¿qué debe entenderse por empresas del mismo **rubro o actividad económica? ¿Se refiere esto a la clasificación de actividades económicas que hace el SII?** En lo que toca a esta categorización, habrá que esperar que se resuelva si para que sea aplicable la facultad de los trabajadores de negociar a través del STiE basta que ese sindicato agrupe a trabajadores que laboran en empresas que quedan en una misma clasificación general de actividad económica, por ej. minería o si se requiere que estén dentro del mismo código de clasificación tributaria, por ej. extracción de arena y otros. Si esta norma se interpreta en el sentido de que basta que las empresas estén en la misma clasificación general y no en una misma clasificación detallada, surgirán dificultades importantes: ¿Qué consecuencias pueden derivarse para una empresa que tiene, por ej. 55 trabajadores cuando debe llevar adelante un proceso de negociación con una directiva sindical que es la misma encargada de llevar adelante otros procesos de negociación colectiva con empresas ya consolidadas con, por ej. 500 trabajadores o más y en que la única similitud que existe entre esos diversos empleadores es que sus actividades productivas o de servicios corresponden al mismo rubro o actividad económica general? Es sabido que en muchas de las negociaciones en que participan dirigentes/asesores que han sido partícipes activos en otros procesos de negociación, tienden a reproducir las mismas peticiones que se han presentado en empresas con niveles de desarrollo, de productividad y de resultados muy diferentes, lo que dificulta y demora el logro de acuerdos en las negociaciones. Así, si bien es cierto, esta no es una negociación interempresa o por rama, sí es un proceso que puede, ojalá no sea así, seguir la lógica de tales negociaciones. Claramente, la forma en que los dirigentes de los STiE dirijan estos procesos, determinará las consecuencias que este tipo de negociación podrá traer para las empresas, sus trabajadores y para la economía nacional en su conjunto.

Las normas aprobadas regularon la materia distinguiendo según el tamaño de la empresa; así, si se trata de una micro o pequeña empresa la negociación con el STiE es voluntaria, pudiendo el empleador aceptar o no esta negociación, lo que debe responder por escrito dentro del plazo de 10 días contados desde la presentación del proyecto; el mismo plazo corre para los efectos de responder el proyecto en caso de aceptar negociar en esta forma.

Si los trabajadores se afilian a este tipo de sindicato y el empleador de la pequeña o microempresa no acepta negociar con el STiE es un hecho que no genera mayores dificultades para los trabajadores ya que, si bien un trabajador no puede pertenecer a más de un sindicato en razón de un mismo empleo, en virtud de la nueva normativa puede, conservando su calidad de socio del STiE, negociar reglamentamente con su empleador, toda vez que la ley señala: *“entendiéndose para el solo efecto de este procedimiento, que constituyen un sindicato de empresa”*, necesitando para ello solo reunir el quórum correspondiente.

Por esta vía entonces, los trabajadores no necesitarán sindicalizarse en un STE para asegurar el derecho a negociar en forma reglada en la empresa en que laboran; les bastará con afiliarse al STiE para que, si el empleador, micro o pequeño empresario, se niega a negociar con esa organización, ellos puedan ejercer igualmente su derecho a negociar en la empresa como trabajadores “que –para estos efectos– serán considerados como un STE”.

Así, entonces, en la materia, la ley elude el principio que atribuye al derecho de sindicalización el carácter de único y que implica que un trabajador no puede pertenecer a más de un sindicato en virtud de un mismo empleo, ya que, por la vía de atribuir ficticiamente a socios de un STiE la calidad de socios de un STE, llega a obtener el objetivo que en los hechos persigue, esto es, impulsar un tipo de negociación cercana a la negociación por rama, y si ello no sucede por la negativa del empleador, el trabajador conserva su derecho a negociar a través de una organización que se entiende como STE, sin haber tenido que ejercer el derecho a optar entre uno u otro tipo de sindicato.

La situación antes descrita hará surgir otros problemas, similares a los que deberán enfrentar los grupos de trabajadores que quieran negociar colectivamente en forma reglada: si ellos pueden presentar un proyecto de contrato al empleador, ¿quiénes tendrán la calidad de comisión negociadora sindical en ese caso? No puede serlo la directiva del STiE, ya que la ley señala que “los trabajadores afiliados al STiE ... **se entiende** que constituyen un STE” y en estos últimos, los dirigentes solo pueden ser trabajadores de la empresa. Podría concluirse que los representará en el proceso el delegado sindical elegido en la empresa si hubo derecho a elegirlo o bien, el dirigente del STiE que trabaja en esa empresa; puede ser, pero ¿qué pasará si quienes los representan en la negociación conducen el proceso en oposición a los intereses de la mayoría de los trabajadores que negocian; tienen estos la facultad de censurarlos? Si se reconoce que pueden hacerlo, ¿bajo qué procedimiento podrían aprobar una moción de censura dado que la ley nueva eliminó el procedimiento de censura propio de la negociación colectiva? En definitiva, en el interés de avanzar en un proceso más cercano a la negociación por rama de actividad, se ha creado para los trabajadores de micro y pequeñas empresas una expectativa que, en la práctica, les generará diversos problemas ya que si ellos optan por afiliarse a un STiE pensando en intentar una negociación por medio de la representación que los dirigentes de ese sindicato puedan asumir a su respecto y, en definitiva, no lo consiguen porque el empleador no acepta tal negociación, esos trabajadores en la práctica se enfrentarán a dificultades mayores para negociar por sí mismos debiendo, en el mejor de los casos, desafiliarse del STiE y constituir un STE para enfrentar la negociación colectiva con su empleador.

Tratándose, en cambio, de las medianas y grandes empresas, el STiE podrá emplazar a la empresa a negociar en forma reglada y esas empresas estarán

obligadas a negociar, lo que implica abrir –solapadamente– el camino a la llamada negociación por rama de actividad; en efecto, quienes tendrán en estos procesos la representación de los trabajadores serán los mismos dirigentes que llevarán adelante las negociaciones de otros trabajadores en otras empresas del mismo sector productivo, aun cuando en ellas sus trabajadores estén expuestos a condiciones de trabajo muy disímiles, producto de la situación particular de cada una de ellas. Al respecto, la economista Andrea Repetto señaló mientras se tramitaba el proyecto: *“es importante tener en cuenta que la diversidad de empresas que producen en un mismo sector económico e, incluso, en una misma zona geográfica es enorme. Por ejemplo, los estudios basados en el Censo de Manufacturas del INE muestran que en un mismo mercado conviven empresas con diferencias de productividad de hasta el 600%. No podemos pedirles a esas empresas tan diversas que entreguen iguales beneficios colectivos”*¹⁴, lo que resulta coincidente con la preocupación antes planteada en orden a que no basta para establecer la obligatoriedad de la negociación con STiE el considerar que debe tratarse de empresas que desarrollen sus actividades en un mismo rubro o actividad económica.

La comisión negociadora en los procesos que se realicen en las medianas y grandes empresas se integrará por los directores del STiE y los delegados sindicales que trabajen en la empresa respectiva, sin perjuicio de los asesores de las partes. En lo demás se aplicarán las normas del procedimiento de negociación colectiva reglada.

VI. 2. Negociación de trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria (arts. 365 a 373)

Bajo la vigencia del C. del T. actual, los STT o eventuales pueden negociar colectivamente en forma voluntaria o no reglada, sin perjuicio del derecho de los ST agrícolas de temporada de presentar proyectos de contrato colectivo antes del inicio de la faena de temporada, presentación que no obliga al empleador a negociar sino solo a contestar si negociará o no con esa OS.

La Ley 20.940, junto con reconocer en el inc. 1° del art. 365 el derecho de los trabajadores indicados en este título a negociar en forma no reglada, contempla además, un proceso especial de negociación, semirreglado, para los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria.

El inc. 2° del art. 365 indica: *“Las empresas estarán obligadas a negociar conforme al procedimiento regulado en este Capítulo solo en el caso que **la obra o faena transitoria tenga una duración superior a doce meses**”*. ¿Debe entenderse que esta exigencia solo será aplicable cuando los trabajadores estén sujetos

¹⁴ Citada en artículo R. Lucero, Diario Financiero *Online* 06.07.2015.

a un contrato por obra o faena transitoria, pero no cuando los trabajadores tienen el carácter de eventuales (portuarios) o de temporada (agrícolas, de centros invernales o vacacionales), ya que la naturaleza de las empresas en que estos últimos trabajadores realizan sus actividades implica, normalmente, que la empresa sí tiene actividades de duración indefinida, no obstante que los contratos de quienes laboran en ellas son eventuales o de corta duración? Si bien, en principio, podría concluirse que esa exigencia es solo para ese tipo de contratos, ello no resulta tan claro desde que el art. 367 se refiere a "obra o faena transitoria" en un sentido genérico, que pareciera ser comprensivo de todas las faenas de corta duración.

En cualquier caso, la regla que indica que **la obra o faena transitoria debe tener una duración superior a doce meses** (art. 365), lleva a concluir que no es la duración particular de cada contrato lo que determina el derecho de los trabajadores a participar o no de este tipo de proceso de negociación, sino la duración total de la obra en la que aquellos laboran.

Un cambio relevante en la nueva normativa es que este novedoso procedimiento, según el art. 367, se inicia con la presentación del proyecto de contrato "una vez iniciada la obra o faena transitoria", lo que determina que aquel empresario que está empleando trabajadores para una labor transitoria o de corta duración, se encontrará con que durante el desarrollo de las mismas, se verá fuertemente conminado a otorgar los beneficios que se exijan, por el riesgo de no poder cumplir las labores en el periodo en que imperativamente ellas deben realizarse. Alguien podrá retrucar que se está generando un falso temor porque estos trabajadores no gozarán de fuero ni del derecho a la huelga, cuestión que, como se expresa más adelante, no constituye una garantía que vaya a permitir cumplir con las exigencias de prontitud que demandan este tipo de servicios.

Recibido el proyecto, la o las empresas están obligadas a contestar en el plazo de 5 días contados desde la presentación del mismo, pero a cada una de ellas corresponde decidir si negocian en forma conjunta o separada, comunicando esa decisión a la comisión negociadora sindical.

De acuerdo a la ley, en el procedimiento especial a que se hace referencia, no se concede a la parte trabajadora ni la prerrogativa del fuero ni la de votar la huelga y el instrumento colectivo que se suscriba producto de tal negociación será un convenio colectivo (art. 365 i.f.).

Las características tan especiales de este procedimiento resultan verdaderamente notables.

Cabe preguntarse, ¿cuál fue el sentido de contemplar un procedimiento de negociación colectiva que desarrollándose en forma simultánea al periodo en que

deben cumplirse las faenas para las cuales los trabajadores fueron contratados, no considera explícitamente el fuero y el derecho a votar y a hacer efectiva la huelga? ¿Será para que se estime que al no conceder dichas prerrogativas, ello garantizará el desarrollo normal de las actividades productivas o de servicios? Es posible que no ocurra así y la cuestión no es banal. Los efectos que de estas normas surgirán, quedarán determinados en el futuro por lo que los tribunales resuelvan en los casos particulares que se presenten. Así, por ejemplo ¿qué pasará si durante una negociación colectiva de este tipo, el empleador debe despedir a uno o más de los trabajadores involucrados en el proceso, el que, según la ley, no goza de fuero? No es aventurado pensar que el tema terminará debatiéndose en el ámbito de las conductas constitutivas de prácticas antisindicales o desleales. Pareciera una estrategia un tanto mañosa del legislador el contemplar un procedimiento sin fuero, cuando sabemos que, aplicando las normas sobre prácticas antisindicales o desleales, el empleador estará en una situación tanto o más restringida en cuanto al uso de sus facultades, que si se enfrentara a un fuero reconocido en la ley. En la práctica, frente a situaciones complejas, no podría ni siquiera solicitar el desafuero con una medida especial que le permita, fundadamente, conseguir la autorización para una separación provisional del trabajador de sus labores, debiendo derechamente exponerse a eventuales sanciones por prácticas desleales (si se considera el criterio con que ellas se juzgan normalmente por los órganos que intervienen en su investigación y sanción).

Por otra parte, ¿qué sucederá si las partes no llegan a acuerdo en el proceso y los trabajadores que no tienen derecho a votar la huelga, deciden igualmente paralizar sus actividades? ¿Podrá el empleador prescindir de esos trabajadores? ¿Qué resolverán los tribunales en tal circunstancia? ¿Qué consecuencias sobrevendrán para, por ej. las faenas agrícolas de temporada u otras muchas faenas similares en que las empresas normalmente contratan dependientes sujetos a este tipo de contratos de trabajo? Atendiendo a la forma en que se ha venido reconociendo, últimamente, el derecho a huelga por algunos de los tribunales del país al resolver sobre huelgas realizadas al margen de procesos de negociación colectiva, es posible temer que en los casos indicados, el afectado por estas paralizaciones ilegales será el empleador correspondiente y, por cierto, la economía y el desarrollo del país, materias en las cuales impactarán con fuerza las consecuencias anteriormente expuestas.

Así, entonces, ¿procedimiento “sin fuero y sin huelga”? Sospechosa forma de legislar.

En estos procesos no se contemplan normas que obliguen a sujetarse a otros plazos; si luego de las reuniones que las partes estimen pertinentes realizar no se arriba a un acuerdo, cualquiera de ellas podrá solicitar a la IT su mediación, órgano que dispone de amplias facultades para instarlas a lograr un acuerdo

dentro del plazo de 5 días hábiles, salvo prórroga de mutuo acuerdo por el tiempo que estimen pertinente. Es este un proceso de mediación obligatorio, pero que, por su naturaleza, no necesariamente terminará con un acuerdo y, de esa forma, es previsible que algunos de los sectores que resultarán involucrados en este tipo de negociación, sufrirán graves dificultades.

Otros grupos de trabajadores que podría pensarse utilizarán esta forma de negociar, como los trabajadores portuarios eventuales, probablemente no recurrirán a este procedimiento desde que ellos, hasta ahora y al amparo de organizaciones de hecho, han logrado negociar por vías diferentes y fuera del margen de la ley, de modo tal que esta nueva forma de negociar no representará para ellos un mecanismo eficiente de solución para sus demandas laborales. Es probable que el procedimiento termine siendo utilizado por algunas organizaciones menores de trabajadores, pero con las consecuencias negativas ya reseñadas.

El convenio colectivo que se celebre produce los mismos efectos que el contrato colectivo.

Los convenios pueden incluir pactos sobre condiciones especiales de trabajo en materias, tales como distribución de jornada semanal de trabajo y combinación de jornada presencial con jornada fuera de la empresa para trabajadores con responsabilidades familiares.

A través de las normas de procedimiento que se contemplan para este tipo de negociación colectiva, las OS pueden también celebrar convenios de provisión de puestos de trabajo.

Conclusiones

La nueva legislación, a juicio de la autora de este documento, está muy distante de cumplir algunos de los objetivos reseñados en el mensaje con que el proyecto de ley fue enviado por el Gobierno al Congreso Nacional. Es efectivo que algunas de sus normas son claramente positivas; así ocurre con aquellas que corrigieron algunos problemas de la anterior legislación en el ámbito sindical, *v.gr.* impidiendo la generación de fueros para dirigentes que no eran auténticamente tales, especialmente en relación a los STiE, como también procuran evitar la designación mañosa de delegados sindicales para el mismo fin antes indicado: generar fueros al amparo de las normas sindicales. También es positivo que se haya incorporado a dicho estatuto el principio de buena fe que debe gobernar la negociación y que hay normas nuevas relativas al trabajo en régimen de subcontratación que pueden contribuir a un mejor proceso de negociación. Sin embargo, a raíz de la imperfecta redacción de sus normas, acompañada del cercenamiento que se hizo a algunas de sus disposiciones

luego del fallo del Tribunal Constitucional, más la alta ideologización que se observa en el marco general en que este se inspira y la nula consideración de la realidad actual en la cual se desenvuelven trabajadores y empleadores, hace prever que la judicialización anunciada será una realidad concreta y mayor a la estimada; que los conflictos laborales tenderán a agudizarse y que, en ese escenario de incertidumbre, no se promoverá el diálogo necesario entre los actores de este proceso.

La normativa que regula, a su vez, la herramienta de la huelga, materia que no se analiza en este trabajo, es consistente con el espíritu que determina que en lugar de propender al diálogo y a un equilibrio real entre las partes, es posible imaginar efectos negativos en el ambiente laboral y productivo de nuestro país.

Todo lo anteriormente expuesto permite reproducir aquí, por estimarlas plenamente aplicables, las ideas del economista, periodista y filósofo francés Guy Sorman, pronunciadas a propósito de la reforma laboral discutida en Francia, sobre las cuales, luego de señalar que el gran error intelectual de ese debate, era que se discutía bajo la perspectiva de leyes que regían hace varias décadas atrás y para una economía fuertemente industrial que hoy no existe en la misma forma, exigen “explicarle a la gente que la economía ha cambiado totalmente..., proponiendo un nuevo modelo solidario en el que debe haber protección, pero no basada en el modelo industrial”.

Finalmente, son tantos y tan diversos los problemas de interpretación que surgen del nuevo articulado de las normas citadas, que solo cabe esperar que en el tiempo, los órganos encargados de su interpretación, orienten sus pronunciamientos en un sentido que contribuya a dirimir los conflictos laborales colectivos pensando en el verdadero bien común, el cual no solo incluye a los trabajadores que momentáneamente participan del conflicto sino, además, a aquellos trabajadores que aún no se incorporan a la fuerza laboral y, por cierto, a la totalidad de nuestro país.

Abreviaturas

C. del T: Código del Trabajo

CNS: Comisión negociadora sindical

DT.: Dirección del Trabajo

IT.: Inspección del Trabajo

NC: Negociación colectiva

OS: Organización sindical

STE: Sindicato de trabajadores de empresa

STiE: Sindicato de Trabajadores interempresa

STT: Sindicato de trabajadores transitorios

TC: Tribunal Constitucional

Breves notas sobre la Ley N° 20.940, que moderniza el sistema de relaciones laborales

PATRICIA FUENZALIDA MARTÍNEZ

Abogada

Juez Titular

SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO

Profesora del Departamento de Derecho del Trabajo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Magíster en Derecho del Trabajo

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

Máster Especialización Tutela de Derechos Fundamentales:

La Protección Jurisdiccional en Materia de Género y Menores

UNIVERSIDAD DE JAÉN

RESUMEN: El presente trabajo pretende aportar unas breves notas y comentarios sobre la Ley N° 20.940, que moderniza el sistema de relaciones laborales. El análisis se centrará en las principales modificaciones introducidas por la ley, recientemente publicada, al sistema actualmente en vigencia, destacando sus fortalezas y debilidades, especialmente, en relación a aquellas que puedan causar mayores dificultades, sea en su aplicación o en la determinación de su sentido y alcance. Dificultades que no serán menores, atendidas las importantes contradicciones existentes entre lo que la ley pretendió ser, de acuerdo a la Moción del Ejecutivo, que dio inicio a la tramitación del Proyecto, y lo que terminó siendo, luego de la discusión parlamentaria, su revisión por parte del Tribunal Constitucional y de las adecuaciones introducidas a través del veto presidencial.

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 08 de septiembre de 2016, se publicó finalmente la Ley 20.940, que moderniza el sistema de relaciones laborales, mediante la cual se puso término a la extensa y, a lo menos, poco exitosa tramitación iniciada con el proyecto iniciado por Moción Presidencial contenida en Mensaje N° 1055-362 del 29 de diciembre de 2014¹.

¹ Para una reseña de la historia de la ley ver: Lizama Portal, Luis, *La reforma laboral explicada y comentada*, Ediciones Luis Lizama Portal & Cía. Abogados, Chile, noviembre de 2016, pp. 13 y ss.

La Moción inicial buscaba incentivar con fuerza la negociación colectiva, en tanto instrumento para contribuir “... a la organización de los trabajadores y su expresión como grupos de interés en la formulación de propuestas destinadas al mejoramiento de las condiciones de empleo y de vida y a la redistribución del producto económico, haciendo posible la participación de aquellos que han colaborado en su generación” y “... promover la no discriminación y la igualdad, incluida la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, dado que integra al mundo del trabajo la garantía de los derechos fundamentales en el campo laboral para todo el colectivo, a efectos de lograr que más productividad redunde en una mayor equidad, promoviendo así más justicia social”², pero, no pretendía incentivar cualquier negociación colectiva, sino en particular aquella que se da entre empleadores y organización(es) sindicales, a quienes se reconocía como “organismos legítimos de representación de los intereses de los trabajadores”³. A ese fin apuntaba el contenido de la propuesta inicial, garantizando la titularidad sindical, de modo de transformar la negociación colectiva en un espacio de discusión principalmente entre empleador(es) y organización(es) sindicales, de modo que, salvo acuerdo entre las partes, fuesen solo sus miembros, actuales o futuros, quienes se beneficiaran del producto de la negociación colectiva, lo que debía tender a un aumento en los índices de afiliación sindical en el país. Además, se buscaba una mejora en la calidad de la propia negociación (y por lo tanto en su producto final), al modificar las normas sobre entrega de información previa al sindicato, imponer a ambas partes la exigencia de actuar siempre de buena fe y prohibir el reemplazo, sin perjuicio de perfeccionar la normativa sobre equipos de emergencia y servicios mínimos, entre otras novedades que contenía el proyecto.

Sin embargo, como da cuenta la prensa de la época, el proyecto no concitó apoyo, siendo públicamente criticado por distintos actores sociales, tales como, académicos, miembros de organizaciones de trabajadores y de empresarios, además de los propios parlamentarios, de oposición e incluso al interior del Gobierno, lo que llevó a que el texto finalmente aprobado por el Congreso Nacional, difiera bastante de aquel inicialmente sometido a su discusión. Más aún se distanció la actual ley del proyecto, tras su revisión por parte del Tribunal Constitucional, el que mediante sentencia de fecha 09 de mayo de 2016, dictada en causa ROL 3016-2016, acogió en su totalidad el capítulo de la impugnación referida a titularidad sindical y parcialmente en lo referido a la extensión de beneficios, por estimar que una serie de normas, introducidas por la ley en análisis, vulneraban derechos de los trabajadores individualmente considerados, tales como el derecho de cada trabajador a negociar colectivamente, sin necesidad de pertenecer a organización sindical alguna; el derecho

² Fundamentos de la Moción contenida en Mensaje N° 1055-362 del 29 de diciembre de 2014, disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9835-13.

³ *Ibíd.*

a asociarse, fuera del alero de la organización sindical; y el propio derecho a asociarse, o no hacerlo, a una organización sindical; estimando el Tribunal Constitucional que mediante las normas suprimidas se creaba una diferencia arbitraria entre las organizaciones sindicales y las agrupaciones de trabajadores no sindicalizados. Decisión que implicó la supresión de una serie de normas del proyecto, a lo que luego se sumaron las modificaciones derivadas del veto presidencial, ingresado a la tramitación del proyecto con fecha 07 de mayo de 2016, a fin de ajustar el proyecto a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, de manera de *“suprimir determinadas disposiciones para permitir que el sistema de relaciones laborales que se ofrezca a trabajadores y empleadores cumpla con los objetivos tenidos en cuenta por este Gobierno”*⁴.

Y es así que, un proyecto que tenía entre sus principales objetivos el establecer la libertad sindical, termina igualando, de manera casi absoluta, la negociación colectiva desarrollada por el sindicato o por grupos de trabajadores, así como los alcances y efectos de los convenios y contratos colectivos, cuya mención particular queda reemplazada en la mayor parte de los acápite de la ley por la expresión, inclusiva de ambos, *“instrumentos colectivos”*.

De esta clara contradicción entre lo que la Ley N° 20.940, quiso ser y lo que terminó siendo, se derivan, al menos, tres interesantes consecuencias no previstas por sus redactores. La primera de ellas es que la norma supone un cambio aún más radical al pretendido, entre la situación previa a su entrada en vigencia y la realidad que la norma creará, al legitimar de manera definitiva a los grupos negociadores, quienes, a partir de esta ley que buscaba tender a su desaparición, se alzan como actores importantes de la vida colectiva en la empresa, pasando a gozar de una serie de derechos y garantías con las que jamás habían contado en nuestra historia. La segunda consecuencia, se refiere a cómo una norma que nació buscando *“generar una cultura de diálogo y colaboración”*⁵, facilitando y flexibilizando el proceso de negociación colectiva, termina conteniendo una serie de trampas a este propósito, creando una importante cantidad de oportunidades de judicialización del conflicto, con la consecuente dilación en la tramitación de los instrumentos colectivos y la afectación a las relaciones futuras entre las partes. La tercera consecuencia que deriva del giro que dio el proyecto durante su tramitación, serán las graves dificultades que representará su interpretación, en especial, cuando se pretenda consultar la intención o el espíritu de la ley, ya que, en tal ejercicio, quedará entregado a la elección y criterio del interprete el buscar ese espíritu en el contenido de la Moción Presidencial, en las distintas etapas de la discusión del proyecto, o en las propias

⁴ Oficio N° 053-364 de 07 de mayo de 2016, que formula observaciones al proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo (Boletín n° 9835-13).

⁵ *Ibíd.*

consideraciones y razonamientos contenidos en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, siendo claro que cada uno de estos caminos llevará a sostener versiones muy distintas acerca del modo en que la ley debe ser correctamente interpretada. Además de los tres problemas ya señalados, podemos adelantar un cuarto, aunque este es más bien aparente, referido a lo que la ley no hizo, en particular, en materia de huelga, al no extenderla en el modo casi absoluto, en que diversas voces han sostenido debiera ampliarse nuestro concepto y ejercicio de la huelga, sin llegar en caso alguno a las declaraciones que se han contenido a este respecto en algunas sentencias judiciales recientes.

De acuerdo a lo previamente anunciado, en las páginas siguientes efectuaremos un breve comentario de la ley en forma íntegra, en el que dada su extensión y sin perjuicio que muchas de sus modificaciones pueden justificar un análisis en forma independiente, nos limitaremos a destacar las principales novedades introducidas por ella a nuestro sistema de relaciones laborales y negociación colectiva, las que agruparemos por temas, deteniéndonos en aquellas que puedan resultar más problemáticas o de mayor interés y omitiendo algunos que no representan mayor novedad o dificultad en su aplicación.

II. PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY

1. Modificaciones en materia de género

Una de las primeras cuestiones que aparecen al revisar la Ley 20.940 y que quizás no ha sido lo suficientemente destacada, es el avance que significa en la protección en materia de género, por dos vías o mecanismos diversos.

Por una parte, saliendo del contexto general de la ley, situado en el Derecho Colectivo del Trabajo, se modifica el artículo 2° del Código del Trabajo (en adelante CT), referido a los actos de discriminación y se introducen las categorías de "orientación sexual" e "identidad de género", cuestión que supone un avance notable, toda vez que desde la incorporación de dicho artículo 2° (en su texto original), el operador de la norma había debido realizar una interpretación absolutamente forzada e incorrecta de la categoría "sexo", para incluir en aquella todas las denuncias vinculadas a actos de discriminación basados en orientación sexual e identidad de género. Y, si bien es cierto que actualmente son más comunes las posturas que ven en el artículo 2° del CT un catálogo abierto, meramente ejemplar de criterios protegidos en materia de discriminación, el que debe ser interpretado a la luz de la norma consagrada en el artículo 19 N° 16 inciso tercero⁶, también parece necesario considerar

⁶ En ese sentido se pronuncian la sentencia que acoge el recurso de unificación de jurisprudencia y la sentencia de reemplazo, dictadas por la Excm. Corte Suprema, con fecha 05 de agosto de 2015, en

que atendido el estado actual del conocimiento científico y el reconocimiento normativo de diversas categorías de género, que van mucho más allá de las distinciones biológicas y que ya han sido reconocidas como materia de protección en otras legislaciones nacionales e internacionales sobre la materia, como son, por ejemplo, la Ley 20.609 de 24 de julio de 2012, que establece medidas contra la discriminación o la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia de 5 del junio de 2013 (no ratificada por nuestro país), el Código del Trabajo registraba una deuda en esta materia, no solo en materia de protección, sino que en especial en cuanto a reconocer la existencia, dignidad y el merecimiento de protección de todos aquellos trabajadores cuyas orientaciones sexuales o identidad de género se alejaren de los cánones más tradicionales⁷.

El segundo ámbito por el cual se introduce la variante “género” y esta vez, en particular, en relación al género femenino, es mediante la inclusión de diversas normas que consagran un mínimo necesario de participación femenina sea en las directivas de sindicatos de empresa, sindicatos interempresa, directorios de federaciones y confederaciones, así como también en las comisiones negociadoras. Establecimiento de mínimos de participación que –si consideramos que las mujeres son quienes más recargadas ven sus horas de trabajo por las tareas domésticas y de cuidado, quienes más expuestas se ven a retrasar su desarrollo profesional en pos del desarrollo familiar, debiendo ser, por tanto, las primeras interesadas en buscar fórmulas para solucionar esta situación de desventaja comparativa–, resulta absolutamente armónico con la incorporación, entre las materias de negociación colectiva, de los “*acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, el ejercicio de la corresponsabilidad parental, planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, mecanismos de solución de controversias, entre otros*”, todas incorporadas dentro de aquellas sobre las cuales es posible negociar colectivamente por el inciso segundo del nuevo artículo 306 del CT.

Es así que, a fin de aportar mayor diversidad a las discusiones que se den tanto en el seno del Directorio Sindical, como en el curso de la propia negociación colectiva, incorporando a sectores que en la práctica suelen verse subrepresentados, a fin de reflejar de mejor modo la estructura social que conforma

causa Rol Reforma Laboral 23.808-2014, caratulada “Sindicato Dos Central de Restaurantes Aramark con Sociedad Aramark Servicios Mineros y Remotos Ltda.”.

⁷ Acerca de la relevancia de incorporar estas materias expresamente en la normativa antidiscriminación, ver: Gauché Marchetti, Ximena, “Una mirada a la no discriminación por identidad de género y orientación sexual desde los desarrollos internacionales de *soft law*”, en *Justicia, género y sexualidad*, Editado por Red Alas y Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2012, pp. 113 a 133.

al colectivo de trabajadores y de dotar de una mejor representación a todos sus miembros, los nuevos artículos 231 inciso tercero, 272, 278 final, y 330 incisos tercero y siguientes, establecen mínimos de representación femenina dentro de los directorios de las organizaciones y en la comisión negociadora de los trabajadores⁸.

2. Constitución, disolución y directorio sindical

En materia de constitución de sindicatos, quizás los mayores cambios introducidos por la ley son aquellos que tienen por objeto evitar los problemas derivados de la desprolijidad de algunos ministros de fe, que en el pasado permitió la ocurrencia de prácticas que importaban un abuso del derecho y, en particular, de las prerrogativas asociadas a la libertad sindical, tales como la aparición de sindicatos sin mayor claridad respecto a la fecha y condiciones en que se habían constituido, algunos de los cuales no realizaban ninguna acción sindical, pero, que igualmente dotaban a sus miembros de fuero de constitución, para quienes concurrían en calidad de socios, o del fuero correspondiente a los directores y delegados sindicales, para quienes resultaban electos en tales cargos, provocándose aquel fenómeno que fue denominado por la doctrina y jurisprudencia conocido como “sindicato del día después”⁹, mediante el cual, comunicado que fuese un despido, se esgrimían fueros originados en sindicatos de los cuales ninguna noticia se había tenido, sea por su acción sindical, por el cobro de cuotas o por la información acerca de su constitución y elección de directorio.

Para terminar con las malas prácticas que permitieron dicha situación, el nuevo artículo 221 del CT, limita el catálogo de los ministros de fe ante los cuales se puede constituir el sindicato, actuación que ahora solo podrá realizarse ante los Inspectores del Trabajo, excluyendo a los notarios; y precisa que, en el caso de los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato interempresa, gozarán de fuero desde “*que se formule la solicitud reservada de ministro de fe para la asamblea constitutiva*”. Modificaciones que sin duda permitirán contar con información más confiable respecto a la efectiva constitución de los sindicatos en las fechas y condiciones que consten en las actas y documentos respectivos.

En cuanto al quórum de constitución, si bien en general se mantienen las exigencias de número y porcentaje de representación, tanto para empresas

⁸ Respecto a la necesidad y justificación de este tipo de medidas: Zúñiga Añazco, Yanira, “Democracia paritaria: de la teoría a la práctica”, en *Revista de Derecho (Valdivia)* [online], 2005, vol. 18, n. 2, pp. 131-154. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200006&lng=es&nrm=iso.

⁹ Fernández Toledo, Raúl, “La constitución de sindicatos con fines ilícitos y sus efectos jurídicos en el derecho del trabajo chileno”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 20, N° 2, 2014, pp. 157 – 208, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/246/215>.

que ya cuentan con alguna organización sindical como para las que no, si se modifica la situación de las empresas más pequeñas, de menos de 50 o menos trabajadores, señalando el nuevo artículo 227 inciso tercero del CT, que en tales empresas el sindicato podrá ser constituido por un mínimo de ocho, "*siempre que representen como mínimo el 50% del total de trabajadores*". Cabe preguntarse si aquello no supone una carga excesiva para estos sindicatos, cuya acción debe ser lo suficientemente eficaz como para captar el interés de la mayoría de los trabajadores, so pena de no poder constituirse o no poder mantenerse en el tiempo, cuestión que no ocurre con sindicatos de empresas de mayor tamaño, que no quedan sometidos a este nivel de exigencia, bastando con concitar un interés bastante menor, ya que en su caso se mantiene como mínimo veinticinco trabajadores que represente el 10% del total; así como también es dable preguntarse acerca de la justicia y finalidad de incorporar un requisito tan difícil de cumplir para la formación de sindicatos en este tipo de empresas, y si ello no supone un desincentivo a la constitución de sindicatos en la micro y pequeña empresa, además de una infracción a las garantías contenidas en el artículo 19 N° 2 inciso segundo de la Constitución Política, en cuanto a que la ley no podrá establecer diferencias arbitrarias, y 19 N° 26, en relación al artículo 19 N° 19, también ambos de la Constitución Política, por cuanto se incorporan requisitos tan relevantes al derecho a la sindicalización de este tipo de trabajadores que bien podría, por su intermedio, impedirse su libre ejercicio.

Por otra parte, respecto de los sindicatos interempresa, el nuevo artículo 229 del CT, mejora la relación existente entre número de delegados sindicales y cantidad de trabajadores de la empresa que participen del sindicato. Cuestión que, en este caso, aparece como una bien lograda y razonable distinción entre las herramientas que la ley entrega a aquel sindicato interempresa que mediante su actividad es capaz de captar un número importante de adherentes en una empresa, en relación a otro que no logra tal objetivo.

En relación al quórum en aquellas empresas sin sindicato vigente, se mantiene la posibilidad de completar el quórum exigido dentro del plazo de un año y la subsecuente caducidad para el caso de que ello no ocurra. Y, para tal evento, el artículo 243 del CT, repara una omisión existente, al incorporar expresamente como causal de pérdida de fuero la caducidad de la personalidad jurídica del sindicato, sea por no haber subsanado defectos de constitución o por no haber completado el fuero, evitando con ello la tramitación de solicitudes de desafuero innecesarias.

Y, en lo que respecta a su disolución, regulada siempre en los artículos 295 y ss. del CT, la principal modificación está en el artículo 297, al cual se ha intercalado un nuevo inciso segundo, que confiere legitimación activa al empleador, además de la ya prevista en favor de Dirección del Trabajo y los socios de la organización, para solicitar la disolución del sindicato por incumplimiento grave de las obligaciones que le impone la ley o por haber dejado de cumplir con

los requisitos necesarios para su constitución, cuestión que sigue entregada al conocimiento del Juez del Trabajo, en el mismo procedimiento monitorio.

Finalmente, en cuanto a las facultades del directorio y sus miembros, es interesante cómo en los artículos 249, 250, 274, 283 y en todos aquellos que aluden al tema, se modifica la expresión "permisos sindicales" por "horas de trabajo sindical", lo que por cierto tiene dos connotaciones que justifican a cabalidad el cambio en el modo de denominar a estas horas sindicales. La primera es que aquello no es un permiso, una gracia o concesión del empleador, sino un derecho del sindicato y sus asociados, y así queda claramente establecido con esta nueva nomenclatura; y la segunda, es que, permite relevar que al tratarse de un derecho que se justifica y debe ser ejercido en vistas al interés de los asociados, y no del propio director o delegado sindical, corresponde a tiempo que debe ser empleado efectivamente en el trabajo sindical y no en otras actividades personales del director o delegado.

3. Prácticas desleales y antisindicales

En este punto es interesante destacar cómo se eliminan las prácticas desleales del derecho colectivo en general, quedando limitada su existencia únicamente en el contexto de la negociación colectiva, profundizando el tratamiento diferenciado que el legislador nacional ha dado a ambos tipos de atentados a la libertad sindical¹⁰. En efecto, los nuevos artículos 289 y siguientes del CT, regulan solo las prácticas antisindicales del empleador, de los trabajadores y las organizaciones sindicales, eliminando en este Capítulo IX del Título I del Libro III del Código del Trabajo, cualquier mención a las prácticas desleales que, hasta la promulgación de la norma en cuestión, eran tratadas en aquel, conjuntamente con las prácticas antisindicales, y que hoy quedan limitadas a aquellas que se puedan producir durante la negociación colectiva.

Ya en materia de prácticas antisindicales, en particular en el artículo 289, que establece aquellas en que puede incurrir solo el empleador, la principal novedad es la precisión expresa al carácter meramente ejemplar de las conductas que a continuación se indican, el cambio en el modo en que se describe cada una de tales conductas y la incorporación de una nueva letra f), que establece como conducta constitutiva de práctica antisindical el "*Negarse a reincorporar en sus funciones a un dirigente sindical aforado, frente al requerimiento de un fiscalizador de la Inspección del Trabajo, salvo que el tribunal respectivo haya decretado la separación*

¹⁰ En contra de este tratamiento diferenciado, aunque por los distintos motivos que cada uno explicita, se pronuncian, entre otros: Toledo Corsi, César, *Tutela de la libertad sindical*, Ed. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 157 y ss.; y Caamaño Rojo, Eduardo, "La tutela jurisdiccional de la libertad sindical", en *Revista de Derecho (Valdivia)* [online], 2006, vol. 19, n. 1, pp. 77-104. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100004&lng=es&nrm=iso.

provisional del trabajador de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 174". Algo similar ocurre en el artículo 290, que establece aquellas prácticas antisindicales en que pueden incurrir tanto el empleador, como el trabajador y las organizaciones de trabajadores, en que también se modifica la descripción de las conductas, se precisa que su mención es únicamente por vía ejemplar, y se incorpora también una letra f) nueva, que agrega la conducta consistente en *"Ejercer los derechos sindicales o fueros que establece este Código de mala fe o con abuso del derecho"*. Esto último, en relación a una práctica que, como apuntáramos a propósito de los requisitos de constitución de los sindicatos, ya había sido detectada en ocasiones por los Tribunales del Trabajo, permitiendo limitar los efectos de tal abuso, normalmente en relación al trabajador que invocaba el supuesto fuero, pero, sin que la ley contemplare ninguna sanción que afectare al sindicato que había consentido en dar tal uso a los fueros y derechos sindicales.

Además, y sin perjuicio de lo previsto en relación al procedimiento de tutela laboral, el nuevo artículo 294 del CT, agrega, dentro de este capítulo referido a prácticas antisindicales, lo que también puede llevar a considerarlo como un ejemplo más de aquellas, que *"el despido o el término de la relación laboral de trabajadores no amparados por fuero laboral se realiza en represalia de su afiliación sindical, participación en actividades sindicales o negociación colectiva, el despido o el término de la relación laboral no producirá efecto alguno, aplicándose el artículo 489, con excepción de lo dispuesto en sus incisos tercero, cuarto y quinto"*. De este modo, si bien aún es posible considerar esta conducta como una práctica antisindical del empleador, sancionable con las multas señaladas en el artículo 292, el principal cambio está dado por las consecuencias de tal conducta respecto del trabajador afectado, quien ya no podrá perseguir las indemnizaciones derivadas del despido, eliminando con ello el incentivo económico de este tipo de denuncias, sino solo la reincorporación y las remuneraciones y demás prestaciones del período de separación, al incorporarse este caso como uno de aquellos despidos sancionados con la nulidad del acto, el que, según señala la norma *"no producirá efecto alguno"*.

Finalmente, en lo que respecta a materia de multas, se aumenta la cuantía máxima, pero, como es actualmente la lógica transversal de todo el Código del Trabajo en lo que respecta a sanciones económicas y en plena concordancia con lo dispuesto en sus artículos 505 bis y 506, distinguiendo tramos en relación al tamaño de la empresa y previendo su aumento en el caso de reincidencia.

4. Negociación Colectiva

a) Cuestiones generales

Esta materia es una de aquellas que ha sido objeto de los mayores cambios mediante la Ley 20.940, que sustituyó íntegramente el Libro IV del Código del

Trabajo, que ya no comienza con la conceptualización de la negociación colectiva, sino que establece ciertas definiciones previas, que serán de importancia al fijar el marco y contexto de todo el proceso, estableciendo, en el nuevo artículo 303 del CT, que: *“Las partes deben negociar de buena fe, cumpliendo con las obligaciones y plazos previstos en las disposiciones siguientes, sin poner obstáculos que limiten las opciones de entendimiento entre ambas”*, recogiendo de este modo un principio ampliamente aceptado por la doctrina y que, no obstante, nuestra legislación no consagraba expresamente¹¹.

Las expresiones contenidas en el citado artículo 303, son una de las pocas, de aquellas que llegaron a formar parte del texto final, que nos recuerdan la declaración contenida en la Moción Presidencial, en relación a contribuir a establecer una verdadera cultura del diálogo entre empresas y trabajadores. Cuestión que no queda limitada a una mera declaración de principios, sino que encuentra su correlato en los nuevos artículos 403 y 404, cuyas letras a) establecen como práctica desleal del empleador y de los trabajadores, organizaciones sindicales o de estos y el empleador, respectivamente, *“La ejecución durante el proceso de la negociación colectiva de acciones que impliquen una vulneración al principio de buena fe que afecte el normal desarrollo de la misma”*.

En cuanto a quiénes están impedidos de negociar colectivamente, no se innova de manera importante, salvo que se legitima también al sindicato, además de los propios trabajadores afectados, para poder reclamar en caso de estimar que no se cumplen los requisitos y condiciones para excluir a determinado trabajador de la negociación, cuestión que sigue siendo conocida por la Inspección del Trabajo, cuya resolución es reclamable ante los Tribunales del Trabajo, quienes conocerán de aquella a través del procedimiento monitorio. Además, se indica que las micro, pequeñas y medianas empresas podrán excusarse de negociar colectivamente con los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, lo que, a *contrario sensu*, entendemos supone su incorporación pura y simple a la negociación que se desarrolle en la gran empresa.

Respecto a las materias sobre las cuales puede versar la negociación, el inciso primero del nuevo artículo 306, consagra las materias tradicionales de negociación colectiva, esto es, aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo. Pero, los incisos segundo y siguientes de la norma, incorporan nuevas materias, tales como las referidas a la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, el ejercicio de la corresponsabilidad parental, planes de igualdad de oportunidades y equidad de

¹¹ Arese, César, *Derecho de la negociación colectiva*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 27 y ss.

género en la empresa, entre otras; los acuerdos de extensión del instrumento colectivo a otros trabajadores de la empresa sin afiliación sindical, cuestión que a fin de evitar conflictos posteriores, puede quedar resuelta desde el propio instrumento colectivo. Y, tal y como, ocurría en forma previa a esta reforma, se excluyen de la negociación colectiva las cuestiones referidas a potestades exclusivas del empleador, como es la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma¹².

Asimismo, aunque no dice relación propiamente con las materias de negociación colectiva, sino más bien con la continuidad del servicio prestado por la empresa a terceros, en particular, a la empresa mandante, el inciso final del artículo 306 del CT, declara expresamente que *“La negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar directamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga”*. Disposición interesante si consideramos que uno de los principales focos del debate en relación a esta ley estuvo marcado por la prohibición de reemplazo y la eficacia de la huelga, y si bien, tanto los clientes que adquieren los bienes y servicios ofrecidos por una empresa en huelga, como los mandantes que los contratan, son terceros ajenos a la relación laboral, quienes en consecuencia carecen de facultades para reemplazar propiamente a trabajadores en huelga, no por ello es menos cierto que su conducta, en orden a buscar un lugar alternativo para proveerse de tales servicios sí puede ser un factor relevante en el desarrollo de la huelga. En este caso, la posibilidad que tiene el mandante de contratar los servicios con terceros durante la huelga, será un elemento muy importante para determinar su inicio y desarrollo, ya que podrá disminuir de manera importante su eficacia si la paralización no afecta o pone en riesgo la continuidad del contrato celebrado entre su empleador y el mandante, pero, también tendrá el potencial de amplificar su eficacia, si la huelga supone para el empleador la posibilidad de perder un contrato que pueda ser fundamental incluso para la continuidad de la empresa.

Además, dentro de estas cuestiones generales, se mantiene la limitación de un contrato colectivo vigente por trabajador; en relación al plazo mínimo que debe transcurrir desde el inicio del funcionamiento de una empresa y su primera negociación colectiva, se modifica desde un mínimo único de un año a seis, doce o dieciocho meses, dependiendo del tamaño de la empresa; respecto del fuero de negociación colectiva, se agrega como sujetos de tal protección a los trabajadores que se incorporen al sindicato y, en consecuencia, a la negociación colectiva, durante su desarrollo, todo con la excepción ya con-

¹² Acerca del poder de dirección y las facultades del empleador, en general, ver: Mangarelli, Cristina, “Derechos del empleador a la organización y dirección de la empresa, y límites”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, N° 8, 2013, pp. 13-27.

sagrada en el artículo 309, en su texto anterior y en el reformado, respecto a los trabajadores sujetos a contratos a plazo fijo o por obra o faena; además, se precisan algunas cuestiones referidas a los efectos del instrumento colectivo en el contrato individual y la forma de modificar el instrumento vigente, señalando a este respecto el inciso final del artículo 311 del CT, que para ello se requerirá únicamente el acuerdo entre el empleador y la o las organizaciones sindicales que lo hubieren suscrito, eliminando las discusiones acerca de si era necesaria alguna formalidad o procedimiento más complejo para formalizar tal acuerdo.

b) Tipos de negociación

Un punto a destacar dentro de las cuestiones generales que contiene en su primer Título, este Libro IV, referido a la negociación colectiva, es la desaparición del procedimiento de negociación semirreglada que contenía el artículo 314 bis del CT, y que tanto la Moción Presidencial como diversas indicaciones remitidas por el Ejecutivo habían incorporado en el propuesto artículo 315.

De modo que hoy, todos los trabajadores que deseen negociar con su empleador, sea a través de una organización sindical o no, tienen solo dos opciones, sujetarse al procedimiento de negociación reglada, con todos los derechos y obligaciones que ello significa, o negociar de manera libre y directa en los términos que estimen más convenientes, sin sujeción a más obligación y sin más garantía que aquellas que las propias partes tengan a bien imponerse. Lo anterior, estimamos, no solo simplifica la determinación del tipo de negociación que se desarrollará y la forma que se dará, sino que, además, se aviene de mejor forma con la libertad y autonomía de los trabajadores que forman parte del colectivo, sea de naturaleza sindical o no; tratándose, la desaparición de esta figura, de una consecuencia directa de la supresión de las diferencias en la negociación desarrollada por sindicatos y por grupos de trabajadores no sindicalizados, a partir de la cual se hacía totalmente innecesaria esta figura intermedia entre uno y otro tipo de negociación colectiva.

Ahora bien, por cierto que al desaparecer la negociación semirreglada como mecanismo preferente de negociación para los grupos negociadores, los que a partir de la entrada en vigencia de la ley podrán negociar mediante el procedimiento reglado, previsto en los nuevos artículos 327 y siguientes, la primera pregunta que aparece de manera evidente es si acaso ¿los grupos negociadores que opten por ese tipo de negociación gozarán de los mismos derechos, garantías y prerrogativas que se consagran en favor del sindicato? Atendido lo razonado por el Tribunal Constitucional y las modificaciones que a partir de tales consideraciones se introdujeron en el texto final de la ley, la respuesta a esa pregunta debiera ser afirmativa, toda vez que sostener la tesis contraria, excluyendo al grupo negociador de la negociación colectiva reglada podría importar una vulneración a los mismos derechos fundamentales que el

Tribunal Constitucional estimó infringidos por las normas que consagraban la titularidad sindical.

A este respecto, cabe recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió las distintas impugnaciones de las cuales fuera objeto la ley en comento, establece en su considerando Trigésimo Sexto, que: *“el Proyecto no solo restringe radicalmente la esencia del derecho de afiliarse de manera siempre voluntaria por la vía de consagrar una incompatibilidad entre organizaciones sindicales y grupos negociadores, sino que también lo hace por la vía de una desproporcionada diferencia de trato en cuanto a los privilegios, tanto los que recibe un sindicato, mas no un grupo negociador (por ejemplo, la extensión automática de beneficios), como aquellos que tenía un grupo negociador y que deja de percibir (al reducirse sus posibilidades por la negociación semirreglada). Incluso más... el trato desigual se realiza suprimiendo una institución reconocida por la Constitución, como la huelga. En efecto, el procedimiento semirreglado impide (de modo absoluto) que los trabajadores agrupados (mas no sindicalizados) puedan negociar colectivamente contando con la posibilidad de utilizar dicho instrumento”*.

En tanto que los considerandos Trigésimo Octavo y siguientes, al resolver la infracción a la garantía contenida en el artículo 19 N° 2 inciso segundo de la Constitución Política, analizan aquellas normas contenidas en la ley que establecen distinciones entre sindicatos y grupos negociadores en materia de ejercicio del derecho a huelga y de otras prerrogativas y garantías que se asignan al primero en perjuicio de los segundos. Concluyendo el considerando Cuadragésimo Quinto que: *“no es razonable, ni menos indispensable, la utilización de criterios de diferenciación que, en sí mismos, transgredan derechos constitucionales o que, en cualquier caso, sean extremadamente gravosos, especialmente teniendo en consideración el objetivo buscado... En efecto, la coexistencia de sindicatos y grupos negociadores no constituye, en sí misma, un menoscabo a la actividad sindical. No permitirla, en cambio, constituye una medida extremadamente perjudicial para los grupos negociadores. Lo mismo ocurre con la denegación del derecho a huelga de los trabajadores no sindicalizados con ocasión de una negociación colectiva, cuando ello es posible”*.

A partir de tales razonamientos, parece bastante claro que el texto definitivo de la ley debiera permitir el ejercicio del derecho a huelga de parte de los trabajadores reunidos en colectivos distintos del sindicato, incorporando todas las garantías y prerrogativas que de tal derecho derivan. Lo anterior, sin perjuicio de anotar que más difícil de resolver será la situación referida al fuero de negociación colectiva, ya que si bien la sentencia antes citada parece razonar en sentido de estimar como arbitrarias, también, este tipo de distinciones y de considerar igualmente dignos de protección a los trabajadores que negocian sin organizarse en un sindicato, no debemos perder de vista que el fuero constituye una protección especial que la ley otorga a ciertos trabajadores, en atención

de las particulares situaciones en que se encuentran, limitando el derecho del empleador a ejercer las facultades otorgadas en los artículos 159 y siguientes, para poner término a la relación laboral, cuando se configuran las hipótesis en ellos previstas, institución que, desde ese punto de vista, debiera ser siempre interpretada de manera restrictiva. Asimismo, es probable que uno de los argumentos que se planteen en esta discusión sea el referido al tenor literal de la ley, por cuanto, aún después de dictarse la referida sentencia por parte del Tribunal Constitucional, el nuevo artículo 309 del CT, continúa definiendo el fuero de negociación colectiva en relación a *“los trabajadores afiliados a la organización sindical involucrada en una negociación colectiva reglada...”*, sin perjuicio que, cabe reiterar que, pese lo resuelto por el Tribunal Constitucional y las infracciones que estimó contenidas en la ley, esta sigue consagrando la negociación colectiva reglada como un procedimiento referido a los trabajadores sindicalizados y, en consecuencia, sus normas aluden a dichos trabajadores, omitiendo a los grupos negociadores, quienes, según se viene indicando, contarán con poderosos argumentos para requerir su participación en este procedimiento con todas las garantías y prerrogativas del caso.

c) Derecho a la información

Acá nuevamente vemos como la materia se ha regulado en función de garantizar el acceso del sindicato a información relevante que le permita elaborar un proyecto serio y razonable, considerando el real estado económico de la empresa. Sin embargo, como se indicara previamente, nuevamente en este punto es de suponer que en la práctica se formularán cuestionamientos respecto al derecho de los grupos de trabajadores no sindicalizados para acceder a la misma información, cuestionamientos cuya respuesta deberá necesariamente considerar que ya se ha establecido que *“no resulta procedente utilización de criterios de diferenciación que, en sí mismos, transgredan derechos constitucionales o que, en cualquier caso, sean extremadamente gravosos...”*, sin perjuicio que estos grupos también debieran quedar sometidos a las mismas obligaciones que el sindicato en lo que respecta al manejo de tal información.

Dicho lo anterior, en esta materia, que sin duda será objeto de diversos análisis en forma independiente y exhaustiva, es dable destacar la distinción que se hace entre la información que la empresa deberá poner periódicamente a disposición del sindicato y aquella que deberá entregar específicamente a efectos de preparar el inicio de la negociación colectiva, distinguiendo, además, en razón del tamaño de la empresa. Información que significará una mayor responsabilidad en el actuar del sindicato, no solo en cuanto al manejo de la información, sino también en relación a la razonabilidad de las peticiones que, con tales antecedentes, podrá razonablemente formular y el manejo de las expectativas de sus miembros. Asimismo, para el caso que la empresa se niegue a entregar la información pertinente, esta podrá ser requerida por intermedio

de la Inspección del Trabajo, y de no prosperar tampoco tal gestión, se prevé que la entrega de la información pueda ser reclamada judicialmente, a través del procedimiento monitorio.

d) Instrumentos colectivos y titularidad sindical

En este punto se retoma la igualdad entre el producto de la negociación desarrollada por un sindicato o un grupo negociador, reunidos ambos en la expresión "*instrumentos colectivos*", dotados todos de iguales requisitos y de iguales efectos en lo que respecta a los trabajadores cuyos contratos individuales son reemplazados por el contenido de tales instrumentos.

Dentro de este Título, también se regulan los denominados "*acuerdos de extensión*", mediante los cuales son las propias partes del instrumento colectivo los llamados a acordar la aplicación general o parcial de sus estipulaciones a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical, lo que sin duda constituye una oportunidad para evitar conflictos futuros. Disponiendo el artículo 322, en sus incisos segundos y siguientes que, en caso de haberse celebrado tal acuerdo, "*para acceder a los beneficios dichos trabajadores deberán aceptar la extensión y obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo*", añadiendo que el acuerdo "*deberá fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios a trabajadores sin afiliación sindical*", sin perjuicio de la posibilidad que se otorga al empleador para que, aún a falta de acuerdo, pueda "*aplicar a todos los trabajadores de la empresa las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, siempre que dicho reajuste se haya contemplado en su respuesta al proyecto de contrato colectivo*".

En términos similares a la situación de los trabajadores a quienes se hace extensivo el instrumento colectivo, se regula la de quienes se desafilien del sindicato luego de celebrado el contrato colectivo, para quienes este sigue vigente, manteniéndose también vigente la obligación de pago de la cuota sindical.

En materia de vigencia de los acuerdos, se aumenta el plazo mínimo y se disminuye su plazo máximo de vigencia, lo que podrá dotar a los acuerdos de mayor estabilidad, pero, compatibilizándola con la flexibilidad que deriva de la necesidad de revisión periódica. Siendo en este punto que encontramos una diferencia menor entre los convenios y los demás instrumentos colectivos, ya que, si bien para todos rige el máximo de tres años, en los primeros las partes podrán definir su duración, siempre respetando el límite señalado. Y para el evento que el instrumento se extinga sin pactarse otro posterior que lo reemplace, el artículo 325 del CT, regula su ultraactividad en los mismos términos

que lo hacía el artículo 348 previo a la reforma; manteniéndose asimismo la norma referida a su mérito ejecutivo.

e) Negociación colectiva reglada

Esta se encuentra regulada en los nuevos artículos 327 y siguientes, los que la establecen en relación a la negociación desplegada por el sindicato, sin perjuicio que hemos señalado previamente que aquello parece contradecir lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia que se pronunció sobre las impugnaciones efectuadas al proyecto de ley, de manera que la determinación acerca de la procedencia de aplicar esta negociación a los grupos de trabajadores no sindicalizados, será una de las dificultades más relevante y que más prontamente presentará la aplicación de este Título del Código del Trabajo.

Tal y como ocurría con la norma actualmente en vigencia, en este acápite se regula la oportunidad para presentar el proyecto colectivo, con la novedad de que el sindicato que no cuenta con instrumento colectivo anterior, lo puede hacer en cualquier oportunidad, sin que ello dependa de la existencia de otros instrumentos en la empresa, con la única limitación que la propia norma señala, referidas al plazo mínimo desde el inicio del funcionamiento de una empresa para poder negociar y al derecho del empleador de fijar un período de hasta sesenta días al año en que no se podrá iniciar la negociación, todo ello de acuerdo al nuevo artículo 332 del CT. Asimismo, en el caso de los sindicatos que ya cuentan con un instrumento colectivo vigente, se indica el período previo al término de su vigencia en que deberá presentarse, agregando, el nuevo artículo 333 del CT, que, si se presenta antes de ese plazo, igualmente se tendrá como presentado dentro de plazo. Norma que puede resultar de utilidad especialmente a aquellos sindicatos más pequeños o con poca experiencia en la materia a evitarse problemas derivados de errores en el cómputo de los plazos respectivos.

Se regula también la respuesta del empleador y se incorpora el concepto de "*piso de la negociación*", entendiéndose por tal, idénticas estipulaciones a las establecidas en el instrumento colectivo vigente, con los valores que corresponda pagar a la fecha de término del contrato, con las exclusiones que se indica; y en el caso de no existir instrumento anterior entre las partes, la respuesta del empleador constituirá el piso de la negociación, propuesta que no podrá contener beneficios inferiores a los que de manera regular y periódica haya otorgado a los trabajadores que represente el sindicato. Y, para el caso de la falta de contestación, se prevén las mismas consecuencias que antes de la reforma, en sentido de tenerse por aceptado el proyecto del sindicato (o el grupo negociador).

A continuación, se establece lo referido a impugnaciones y reclamaciones, las que al igual que en el procedimiento actualmente en vigencia, deberán ser

efectuadas ante la Inspección del Trabajo, quien resuelve previa audiencia de las partes, debiendo promover la búsqueda de soluciones colaborativas, y cuya decisión es susceptible de reposición, siendo esa resolución reclamable ante el Tribunal del Trabajo que, como ocurre en la actualidad, seguirá conociendo la situación a través de procedimiento monitorio. Respecto de esta posibilidad de judicialización, cabe anotar que como ocurre en la actualidad, dados los tiempos judiciales, aun tratándose de procedimientos concentrados como es el monitorio, es difícil que la decisión judicial pueda ser realmente útil respecto de un conflicto que deberá seguir su tránsito regular, dado que, en lo que respecta a este tipo de reclamaciones, se prevé expresamente que aquellas no suspenderán la negociación colectiva, lo que releva a la Inspección del Trabajo como el lugar primordial en que estas cuestiones deberán ser resueltas a fin de no entorpecer la propia negociación o no llegar a una solución definitiva cuando aquella ya haya concluido.

f) Período de negociación

En este nuevo Capítulo de la ley, se advierte la voluntad de dotar a la negociación de mayor flexibilidad, a fin de brindar un mayor espacio de autonomía a las partes, suprimiendo ciertas formalidades innecesarias y permitiendo que sean las propias partes quienes se reúnan y definan el curso de la negociación, permitiendo a la comisión negociadora sindical (¿y al grupo negociador?) aceptar el piso de la negociación en cualquier momento, incluso votada la huelga. Además, se garantiza a las partes que negocien en una micro y pequeña empresa, la posibilidad de requerir asistencia técnica a la Dirección del Trabajo, así como el derecho de las partes, independiente del tamaño de la empresa, a solicitar en cualquier momento, pero, de común acuerdo la mediación de la Dirección del Trabajo.

5. Derecho a huelga

a) Votación y desarrollo de la huelga

Por cierto que la primera cuestión a destacar es la denominación de la huelga como derecho propiamente tal, dejando atrás aquella ambivalencia que había rodeado a la legislación nacional respecto de la naturaleza de la huelga, en cuanto a si debía ser calificada como derecho o como un hecho de relevancia jurídica, en particular, a partir de la Constitución actualmente en vigencia¹³, aceptando la fuerza de los diversos argumentos que permitían calificar a la

¹³ A este respecto, ver: Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Tomo II, Ed. Universidad Católica de Chile, 2012, p. 471; e Irureta Uriarte, Pedro, "Constitución y orden público laboral. Un análisis del Art. 19 N° 16 de la constitución chilena", Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Chile, 2006, N° 9, pp. 188 a 197.

huelga como derecho, invocados por la doctrina¹⁴ y recogidos abiertamente por la jurisprudencia de los tribunales superiores¹⁵.

Luego, además de esta definición contemplada en el nombre del Capítulo, encontramos una serie de cuestiones previas de contenido programático, establecidas en el nuevo artículo 345, entre ellas, se indica que la huelga corresponde a un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores, lo que permite concluir, como hiciera en su oportunidad el Tribunal Constitucional, que es un derecho individual de evidente ejercicio colectivo, pero, no un derecho colectivo propiamente tal; asimismo, se declara desde ya que se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga, pero, que esta no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo.

En los artículos siguientes se regulan, de manera más flexible y sencilla que en la norma hoy en vigencia, el procedimiento de convocatoria y votación de la huelga, aumentando el plazo en que esta se deberá hacer efectiva desde el 3° al 5° día a partir de su aprobación, lo que otorga a las partes un plazo más extenso para intensificar sus tratativas a fin de evitar un resultado perjudicial para ambas, pudiendo igualmente solicitar las mediaciones que la ley actualmente en vigente también contemplaba en esta etapa previa a la huelga, bajo la denominación de “*buenos oficios*”. Para el caso de no existir acuerdo en orden a aprobar la huelga, la norma en análisis establece la posibilidad de suscribir dentro de 3° día un contrato colectivo con las estipulaciones del piso de la negociación y, transcurrido ese plazo, aún persiste la posibilidad de aceptar la última oferta del empleador.

¹⁴ Como ejemplo de esos argumentos podemos indicar los sostenidos por: Ermda, Oscar, *Apuntes sobre la huelga*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2° edición, abril de 1996, p. 17; Tapia Guerrero, Francisco, “El reconocimiento constitucional de la libertad sindical y el derecho a negociación colectiva”, en *Negociación colectiva en Chile: la debilidad de un derecho imprescindible*, Dirección del Trabajo, Chile, diciembre 2009, pp. 161 y 162; Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho colectivo del trabajo*, Ed. Lexis Nexis, Chile, 2002, pp. 70 y ss.; Arese, César, *Derechos Humanos Laborales: Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 575.

¹⁵ Así ocurre en el considerando quinto de la sentencia pronunciada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 23 de octubre de 2015, que acoge el recurso de nulidad interpuesto en contra la sentencia de instancia dictada en la causa RIT O-2405-2014, caratulada Actionline Chile S.A. con Yutronic, seguida ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, se sostiene que “*Que, actualmente la doctrina sostiene con unanimidad, que la huelga se trata de un derecho fundamental...*”; en el mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema en fallos tales como aquel de fecha 04 de diciembre de 2014, dictado en el ingreso ROL 3514-3014, que rechazó el recurso de unificación de jurisprudencia intentado en contra de la sentencia dictada de reemplazo, pronunciada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, en causa RIT S-51-2013, caratulada Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente con Comercial Promolinks S.A., que en el párrafo final de su considerando décimo tercero califica a la huelga de derecho, para agregar en su considerando vigésimo tercero que “*... debe dejarse en claro que la circunstancia de no existir en la carta fundamental una disposición explícitamente consagradoria del derecho a la huelga no quiere decir, como también se adelantó, que ella no garantice ese derecho, por cuanto al vedarlo de la manera que lo hace en el acápite 16° de su artículo 19 únicamente respecto de sectores o entes determinados, obviamente consagra una excepción que conlleva la regla general permisiva*”.

Respecto del reintegro individual se mantiene la prohibición general del empleador de ofrecer o aceptar la reincorporación individual de los trabajadores en huelga, salvo en las condiciones que la norma señala, incorporando dos modificaciones. La primera dice relación con la distinción, a efectos de tales requisitos y, principalmente, de la fecha a partir de la cual se puede ofrecer la incorporación, de acuerdo a si se trata de una micro o pequeña empresa, o a una gran y mediana empresa, pudiendo reincorporarse los trabajadores de las primeras a contar del 6° día desde iniciada la huelga y los trabajadores del segundo grupo de empresas desde el día 16°; la segunda modificación dice relación con los efectos del reintegro individual, el que no afecta a los demás trabajadores que se mantienen en la huelga, sin que la reincorporación de un determinado porcentaje de trabajadores provoque el efecto de poner término a aquella.

En cualquier caso, el artículo 358, reitera las amplias posibilidades que establece la ley para que las partes mantengan vigentes sus negociaciones, pudiendo suspender la huelga por el tiempo que estimen pertinente, así como también pueden reanudar las negociaciones sin sujeción a ninguna restricción o regla especial, y en caso de producirse acuerdo, se establece que la suscripción del contrato colectivo hará cesar de pleno derecho los efectos de la huelga.

b) Oportunidad del ejercicio del derecho

En este caso no hay mayor modificación respecto del texto actualmente en vigencia del Código del Trabajo. En efecto, en uno y otro caso, la huelga se ubica dentro del capítulo referido a la negociación colectiva, lo que nos permite concluir que nuestro sistema solo la ampara y protege en tal contexto, sin que ella sea procedente y goce de la misma protección legal, en cuanto a fuero y otras garantías, fuera de tal marco. Lo anterior, se explica por cuanto, si bien la huelga es un derecho fundamental, ello no obsta a que el legislador pueda regular su ejercicio a fin de no afectar innecesaria o indebidamente otros derechos, sea del empleador, de los trabajadores que no participan de la huelga o de terceros que hacen uso de los bienes o servicio que produce la empresa.

Es así que nuestro legislador solo ha regulado este derecho únicamente en el contexto antes señalado, como mecanismo para la búsqueda de mejores condiciones para los trabajadores, limitando de este modo el amparo legal a las huelgas que se produzcan en esas condiciones, situación que se ha mantenido inalterada antes y después de la reciente modificación operada sobre las normas colectivas del Código del Trabajo, lo que no hace sino ratificar la voluntad del legislador en este punto, ya que de haberse entendido que el derecho a huelga podía ejercerse legítimamente fuera de la negociación colectiva, esta era la oportunidad para haberlo declarado de manera expresa, sin que en este caso la falta de tal declaración pueda ser entendida como una

laguna a ser complementada o superada por el intérprete, lo que nos debe llevar necesariamente a desestimar la posibilidad de que, en nuestro sistema normativo actualmente en vigencia, sea jurídicamente procedente o legítima la huelga en otros momentos de la relación laboral distintos de la negociación colectiva, como modalidad atípicas de huelga.

Un análisis contrario a esta conclusión, que sí parece haber visto en este caso la existencia de un vacío legal susceptible de ser solucionado por la vía interpretativa, se sostiene en la sentencia que acoge recurso de nulidad, dictada con fecha 23 de octubre de 2015 por la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago en la causa RIT O-2405-2014, caratulada "Actionline Chile S.A. con Yutronic", seguida ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, cuyo párrafo tercero del considerando quinto señala: "*La sola circunstancia que la ley regule la huelga para un caso, en la negociación colectiva reglada, no puede llevarnos a sostener que fuera de ella se encuentre prohibida, pues lo que el legislador ha omitido regular o definir, no puede sostenerse que lo ha prohibido*". Sin embargo, en nuestra normativa nacional, la consagración constitucional y legal de la huelga dan cuenta de cómo aquella es regulada y definida a partir de la negociación colectiva¹⁶, siendo enmarcada, en particular, dentro del proceso de negociación colectiva reglada, en función del contrato colectivo, obedeciendo a un modelo contractual y privatista de la huelga, a la que solo entiende en ese proceso¹⁷⁻¹⁸.

Por lo demás, muchas de las normas que aluden a la huelga, tanto en la Constitución como en el Código del Trabajo, carecerían de sentido si se estimara que nuestra legislación permite o ampara la huelga fuera de la negociación colectiva, caso en que nos encontraríamos con la existencia de una serie de requisitos y limitaciones a la huelga durante la negociación colectiva, que no aplicarían en otros contextos de huelga, lo que nos llevaría al absurdo de que la eficacia y validez de la huelga durante la negociación colectiva quedaría vinculada al cumplimiento de tales requisitos, mientras que las restantes huelgas no deberían cumplir con más requisitos que aquellos que se fije la propia organización colectiva. Además, desde el punto de vista de la contraparte, esto es, el empleador, la huelga del modo regulado en nuestro Código del Trabajo, nunca puede producirse de manera intempestiva, permitiendo a ambas partes saber cuándo podrá producirse a fin de prepararse para esta eventualidad, en tanto que de aceptarse la huelga en otros momentos o condiciones, como hace la sentencia antes citada, la huelga se vuelve intempestiva, agravando

¹⁶ Irureta, op. cit., en nota 13, p. 185.

¹⁷ Tapia, op. cit. en nota 14, p. 75.

¹⁸ Rojas Miño, Irene, "La negociación colectiva en Chile: la legal y la general", en *La negociación colectiva en Chile*, Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Ed. Librotecnia, 2014, p. 124. También sostiene que "*la ley reconoce un pequeño espacio en que la huelga constituye un derecho y este es el que ejerce en una modalidad específica de negociación colectiva, que corresponda a la reglada y siempre que se cumplan los múltiples requisitos definidos*".

el conflicto entre el ejercicio de dicho derecho y el derecho de la empresa a desarrollar su actividad económica, así como el derecho a la libertad de trabajo de los restantes trabajadores de la empresa. En relación a este último punto, los profesores nacionales Thayer y Novoa, sostienen expresamente que la huelga no puede ser intempestiva¹⁹, objetivo que se logra a cabalidad cuando esta se produce en el marco de una negociación colectiva, en que las partes ya han podido poner en común sus posiciones y expectativas, y en que el empleador ya ha tenido la oportunidad de efectuar alguna oferta que pueda evitar el ejercicio de tal derecho²⁰, como corresponde a un derecho que, pese a ser tal, no puede sino ser considerado como una herramienta de *ultima ratio*, atendidas las consecuencias que produce para todos los involucrados en ella, directa o indirectamente.

En efecto, no por ser un derecho la huelga deja de tener un carácter excepcional dentro del sistema de relaciones laborales, apareciendo como un derecho de excepción, un remedio extremo, cuyo fundamento radica en el estado de necesidad de los trabajadores, ya que su ejercicio implica desconocer o negar otras libertades fundamentales²¹, cuestiones todas que parecen encontrarse dentro del sustrato de la ley en comento, de acuerdo al tratamiento que se hace de este derecho, limitándolo, según hemos sostenido a aquella huelga que se produce en la negociación colectiva y cuyos fines, en consecuencia, se relacionan directamente con las materias objeto de negociación y no con otras diversas. De manera que debemos concluir que el tratamiento que hace el legislador de la huelga, tanto en el texto actualmente en vigencia del Código del Trabajo, como en el modificado por la Ley 20.940, excluye aquellas huelgas cuyas motivaciones son distintas de las negociaciones tendientes a alcanzar aquel acuerdo que se materializará en un instrumento colectivo, sin que haya reconocimiento, regulación, ni protección expresa alguna, respecto de aquellas huelgas que puedan producirse para poner término a una negociación colectiva, para resolver conflictos de derechos entre empleadores y trabajadores, para obtener el cumplimiento de los acuerdos colectivos, para limitar las facultades de la administración, para resolver disputas entre sindicatos, por razones políticas o como forma de sensibilizar o crear conciencia en la opinión pública respecto de ciertas situaciones que afectan a los trabajadores²²;

¹⁹ Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio, *Manual de derecho del trabajo, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 5° edición, 2007, p. 177.

²⁰ Así también, el Comité de Libertad Sindical, en *La Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, disponible en: http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/WCMS_090634/lang--es/index.htm, en su en sus párrafos 552 y siguientes, ha estimado como admisible la obligación de dar aviso previo de la huelga al empleador.

²¹ Irureta, op. cit., en nota 13, p. 186.

²² Waas, Bernd, "Strike as a fundamental right of the workers and its risk of conflicting with other fundamental rights of the citizens", en *Presente y futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social*:

o entre aquellas de naturaleza laboral o contractual, de naturaleza sindical y las de otras motivaciones como políticas o de solidaridad²³. Limitaciones al ejercicio del derecho que, establecidas por parte del legislador, en caso alguno importan una infracción a los acuerdos internacionales adoptados por Chile, ya que el propio Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, establece en su artículo 8.1 d) "*El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país*", lo que permite que legislaciones, como la chilena, limiten su ejercicio a ciertos momentos específicos de conflicto laboral, en los cuales se estima que se justifica limitar otros derechos en favor de aquel, como ocurre durante la negociación colectiva.

c) Limitaciones al derecho a huelga

En este Capítulo, desarrollado en los nuevos artículos 359 y siguientes del CT, se regulan principalmente dos situaciones que ya se encontraban contenidas en la legislación en vigencia. Una de ellas es la referida a los servicios mínimos y los equipos de emergencia, que eventualmente podrán tener que proveer los trabajadores en huelga de darse los requisitos del caso, los que se establecen en los artículos 359 y siguientes, los que describen tales servicios mínimos y equipos de emergencia en términos muy similares al modo en que lo hacía el artículo 380; la segunda situación dice relación con la determinación de las empresas que no pueden negociar colectivamente.

Respecto a la primera institución, se dispone que "*la comisión negociadora sindical estará obligada a proveer el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios*". De manera que, en caso alguno los servicios mínimos tienen por objeto mantener el funcionamiento normal de la empresa o minimizar los efectos de la huelga, sino únicamente evitar perjuicios desproporcionados a terceros, como ocurre con los daños ambientales o sanitarios, o evitar la ocurrencia de situaciones que puedan impedir el funcionamiento futuro de la empresa. Hasta acá no hay mayor novedad respecto de la norma anterior.

La principal novedad en materia de servicios mínimos y equipos de emergencia, dice relación con la época en que aquellos deben calificarse, hasta la entrada

Documentos del XX congreso mundial de derecho del trabajo y de la seguridad social, Ed. Legal Publishing Chile, 2012, pp. 66 y ss.

²³ Arese, César, *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo: La huelga, sus modalidades, efectos y procedimientos*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 93.

en vigencia de la norma, el empleador los podía requerir durante la huelga, en tanto que, en el nuevo texto, se trata de una materia que deberá ser resuelta en forma previa al inicio de la negociación colectiva. Lo anterior supone que esta cuestión que hasta la fecha no había generado mayores conflictos, tendrá en el futuro la potencialidad de convertirse en una etapa de prenegociación en que las partes podrán medir sus fuerzas y fijar el tono en que se desarrollará la negociación colectiva, de manera que no es difícil imaginar que todas las empresas requerirán tales servicios y que algunas de ellas puedan iniciar complejos procedimientos administrativos, con el solo objeto de agotar a su contraparte, y sus recursos, aun antes siquiera de iniciar la negociación propiamente tal. La determinación de servicios mínimos antes del inicio de la negociación colectiva, que pudiera parecer una necesaria y razonable desde un punto de vista práctico, puede dar origen a una gran cantidad de procedimientos administrativos y judiciales, sin más objeto que forzar un acuerdo antes de llegar a la huelga.

En cuanto a la naturaleza de tales procedimientos, cabe anotar que el artículo 360, en caso de no prosperar el acuerdo entre las partes, entrega la resolución sobre el particular a la Dirección Regional del Trabajo, agregando que esta resolución *“solo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo”* y que podrá ser revisada en caso de cambiar las circunstancias. Sin embargo, por aplicación de la inexcusabilidad judicial y la garantía al debido proceso, cabe esperar que tales decisiones sean igualmente sometidas a la revisión judicial, pese a no encontrarse tal reclamo expresamente previsto en la ley.

A continuación, el nuevo artículo 362, establece cuáles serán las empresas en que no puede ejercerse el derecho a huelga, en términos bastante similares al actual artículo 384, en cuanto a los servicios que deben atender tales empresas o los efectos de su paralización, determinación concreta que sigue encomendada al Poder Ejecutivo, a través de los Ministerios de Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, pero, a diferencia del texto actualmente en vigencia, se establece una acción judicial para reclamar de dicha calificación, la que en este caso ha quedado entregada al conocimiento de la Corte de Apelaciones respectiva.

Como última cuestión dentro de este Capítulo se regula la reanudación de faenas, a fin de permitir que, de producirse una huelga o el cierre temporal de una empresa, que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, esto es, que efectivamente se causen aquellos daños que debieran haber sido suficientemente evitados mediante los servicios mínimos y equipos de emergencia, el Tribunal de Letras del Trabajo respectivo podrá decretar la reanudación de faenas a solicitud de parte, acción que puede ser ejercida por la o las empresas involucradas en la huelga, la Dirección del Trabajo o el o los sindicatos, y en caso de disponer

la reanudación de faenas, esta se hará en las mismas condiciones vigentes en el momento de presentar el proyecto de contrato colectivo.

c) Reglas especiales

En este punto encontramos principalmente las cuestiones referidas a la negociación de los trabajadores asociados a sindicatos interempresa, quienes podrán negociar tanto de conformidad al procedimiento reglado, aunque con algunas modificaciones, o de acuerdo al procedimiento no reglado, sin perjuicio que la negociación con el sindicato interempresa será voluntaria para los empleadores de la micro y pequeña empresa. Asimismo, se regula la negociación de los trabajadores eventuales o transitorios, quienes pueden someterse solo al procedimiento no reglado, quedando la empresa obligada a negociar solo en aquellas obras o faenas cuya duración sea superior a doce meses, quedando estos trabajadores excluidos del derecho a huelga y del fuero de negociación colectiva.

6. Pactos sobre condiciones especiales de trabajo

Este tipo de pactos, incorporados por primera vez en el nuevo Título VI del Libro IV del Código del Trabajo, corresponden a una nueva materia que se agrega dentro de aquellas que las partes pueden convenir conjuntamente, aunque fuera de la negociación colectiva, estableciendo con ello una nueva posibilidad de conversación directa y permanente entre empleadores y organizaciones sindicales, a fin de acordar cuestiones referidas, principalmente, a la distribución de jornada y el cumplimiento de obligaciones familiares, también en relación a la jornada de trabajo.

Los pactos podrán celebrarse en empresas que tengan una afiliación sindical igual o superior al 30%, pudiendo ser acordadas entre el empleador y la o las organizaciones sindicales, conjunta o separadamente; los pactos deberán ser objeto de negociación directa, sin sujeción a las normas de la negociación colectiva reglada, los que deberán ser aprobados del modo que establezca el estatuto de cada sindicato o por mayoría absoluta, en asamblea convocada al efecto y ante un ministro de fe; su duración máxima será de tres años y para hacerlo extensivos a trabajadores sin afiliación sindical, se requerirá su consentimiento expreso, manifestado por escrito.

Estos deben ser registrados por el empleador ante la Dirección del Trabajo, quien fiscalizará su cumplimiento y en caso de incumplimiento de los requisitos previstos en la ley o de estimarse que infringen gravemente normas de higiene y seguridad en el trabajo, podrá dejarlos sin efecto, decisión que será reclamable ante el Tribunal del Trabajo.

7. Prácticas desleales en la negociación colectiva

Estas se regulan en los nuevos artículos 403 y siguientes del CT, el que prevé sanciones para el empleador y los trabajadores u organizaciones sindicales que incurran en conductas tales como aquellas que se indican de modo ejemplar y que afecten el desarrollo de la negociación colectiva. Entre las conductas que pueden ser constitutivas de prácticas desleales se establece la ejecución, por una u otra parte y durante el proceso de la negociación colectiva, de acciones que impliquen una vulneración al principio de buena fe que afecte el normal desarrollo de la misma; además de establecer otras específicas para empleadores y trabajadores.

Respecto de los primeros, se incorporan conductas tales como no entregar la información que la ley obliga al empleador a exhibir al sindicato, reemplazar a los trabajadores en huelga, conducta que se eleva a las más graves infracciones en que puede incurrir el empleador durante la huelga. En relación a la prohibición de reemplazo, que es una de las principales novedades de la ley, que establece una prohibición en términos bastante absolutos, limitada solo por la facultad del empleador de proveerse por otros medios los servicios mínimos cuando el sindicato falte a su obligación de proveer los equipos de emergencia, una vez determinada su procedencia, y por la facultad de modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que tal conducta constituya una práctica desleal ni importe una infracción a la prohibición de reemplazo. Ello, con la sola precisión que tales adecuaciones, en caso alguno pueden incluir el cambio de establecimiento en que deben prestar servicios los trabajadores no involucrados en la huelga para reemplazar a los trabajadores que participan en ella, dado que tal cambio se consagra como una práctica desleal independiente.

En tanto que de parte de los trabajadores se sancionan, entre otras conductas, la divulgación de la información que la empresa se ha visto obligada a exhibir, el no proveer los equipos de emergencia, así como aquellas conductas que afecten la libertad de trabajo de los trabajadores que no forman parte de la huelga.

Además, pese a su carácter de tercero relativo en la relación laboral, se incorpora también a la empresa principal como sujeto activo de una práctica desleal en particular, la que se verificará cuando dicha empresa contratación directa o indirectamente a los trabajadores en huelga de una empresa contratista o subcontratista.

8.- Otras materias

Además de las cuestiones antes reseñada, la Ley 20.940, incorpora otras materias a su regulación tales como el arbitraje y mediación laboral, entre otras.

Asimismo, cabe anotar que la ley no solo modifica buena parte de los Libros III y IV del Código del Trabajo, sino que también dispone la creación de dos instituciones que debieran tender a favorecer la promoción del diálogo social y desarrollo de relaciones laborales colaborativas entre empleadores y trabajadores, cuales son el Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas, y el Consejo Superior Laboral, cada uno con los fines y características que se indican.

CONCLUSIONES

Iniciamos el presente comentario, anunciando cómo la Ley 20.940, producto de su peculiar proceso de tramitación, había nacido con tres interesantes características o consecuencias no previstas por sus redactores.

Afirmamos que la primera de ellas decía relación con el radical cambio que supone la igualdad que se ha generado entre los grupos negociadores, cuya legitimidad era materia de discusión antes de la promulgación de la ley, y los sindicatos. A este efecto revisamos cómo en parte de la ley se trata del mismo modo al producto de la negociación realizada por uno y otro colectivo, sin que ello importe diferencias relevantes en la práctica, y si bien la ley mantiene un texto que pareciera aludir a que la negociación colectiva sigue quedando reservada a los sindicatos, lo cierto es que la fuerza de los argumentos contenidos en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en relación a este proyecto de ley, nos lleva a sostener que una vez que inicie la vigencia de la norma, los grupos negociadores también podrán beneficiarse de las garantías y prerrogativas previstas para esta modalidad de negociación.

Como segunda consecuencia, señalamos que la norma contiene una serie de trampas que dificultarán su objetivo en orden a "*generar una cultura de diálogo y colaboración*". Pues bien, hemos visto cómo es que normas que tienen a facilitar y flexibilizar el proceso de negociación colectiva, se integran con otras que aumentan exponencialmente las posibilidades de conflicto, tales como aquellas referidas a los servicios mínimos y equipos de emergencia, y las diversas cuestiones frente a las cuales se ha previsto la posibilidad de intervención judicial, lo que podrá permitir la instrumentalización de estos conflictos con fines dilatorios u otros distintos que la efectiva resolución de una controversia precisa y puntal. Lo anterior, máxime si consideramos que el nuevo artículo 401 del Código del Trabajo, dispone expresamente que el Tribunal podrá disponer la suspensión de la negociación colectiva en curso.

Luego, indicamos que la norma presentará graves dificultades a quienes deban interpretar y aplicar buena parte de sus normas, en especial, cuando se pretenda consultar la intención o el espíritu de la ley. En relación a este punto, cabe recordar solo aquella clara contradicción existente entre los acápites de

la ley referidos a la negociación colectiva, que siguen hablando básicamente de sindicato como único interlocutor de la empresa, y lo decidido por el Tribunal Constitucional en materia de titularidad sindical. Contradicción que deja absolutamente vigentes y sometidas a la decisión jurisdiccional aquellas cuestiones referidas a la posibilidad del grupo negociador de invocar fueros, ejercer el derecho a huelga, y negociar de acuerdo al procedimiento reglado, entre otras, las que no han sido suficientemente solucionadas por la propia ley.

Por último, sostuvimos al inicio que, además de los tres problemas anteriores, existía un cuarto problema aparente, referido a lo que la ley no hizo en materia de huelga. Esta cuarta cuestión dice relación con la extensión que ciertos operadores han querido darle al ejercicio del derecho a huelga en nuestro sistema, excediendo con creces lo que la ley establecía hasta antes de la promulgación de la Ley 20.940, a lo que hoy podemos agregar que también se excede lo que esta ley, precedida de una intensa discusión parlamentaria, ha establecido como manifestación de la voluntad nacional.

En efecto, tanto el actual Libro IV del Código del Trabajo como aquel modificado por la Ley 20.940, establecen el derecho a huelga como un derecho que, en nuestro sistema normativo, solo puede ser legítimamente ejercido, y dotado de una serie de garantías y prerrogativas para los trabajadores involucrados en ella, en el marco de la negociación colectiva y no fuera de ella, sin que, atendida la discusión parlamentaria y social que ha precedido a la promulgación de la ley, pueda actualmente sostenerse de manera seria y razonable que la falta de mención a este derecho, fuera del ámbito de la negociación colectiva, corresponda a un vacío legal susceptible de ser solucionado por la vía interpretativa. Dicha conclusión, que ya parecía discutible en el texto actual de la ley, parece aún más carente de fundamento a partir de la normativa recientemente promulgada, la cual, teniendo la posibilidad de expandir la huelga a otros tipos de manifestaciones distintas de aquella que se produce durante la negociación colectiva o con fines ajenos a la propia negociación, no lo hizo, lo que no puede entenderse como una simple omisión o un vacío normativo, sino como una clara expresión de voluntad legislativa, en relación al modo en que este derecho ha sido conceptualizado en nuestra normativa nacional, vinculando y definiendo a este derecho a partir y en función de la negociación colectiva, en particular, dentro del proceso de negociación colectiva reglada.

Bibliografía

Arese, César: *Derecho de la negociación colectiva*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 27 y ss.

Derecho de los conflictos colectivos de trabajo: La huelga, sus modalidades, efectos y procedimientos, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 93.

Derechos Humanos Laborales: Teoría y práctica de un nuevo derecho del trabajo, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014.

Caamaño Rojo, Eduardo, "La tutela jurisdiccional de la libertad sindical", en *Revista de Derecho (Valdivia)* [online], 2006, vol.19, n.1, pp.77-104. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000100004&lng=es&nrm=iso.

Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Tomo II, Ed. Universidad Católica de Chile, 2012.

Ermida, Oscar, *Apuntes sobre la huelga*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2° edición, abril de 1996.

Fernández Toledo, Raúl, "La constitución de sindicatos con fines ilícitos y sus efectos jurídicos en el derecho del trabajo chileno", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 20, N° 2, 2014, pp. 157 – 208, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/246/215>.

Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho colectivo del trabajo*, Ed. Lexis Nexis, Chile, 2002.

Gauché Marchetti, Ximena, "Una mirada a la no discriminación por identidad de género y orientación sexual desde los desarrollos internacionales de *soft law*", en *Justicia, género y sexualidad*, Editado por Red Alas y Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2012, pp. 113 a 133.

Irureta Uriarte, Pedro, "Constitución y orden público laboral. Un análisis del Art. 19 N° 16 de la constitución chilena", Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Chile, 2006, N° 9.

Lizama Portal, Luis, *La reforma laboral explicada y comentada*, Ediciones Luis Lizama Portal & Cía. Abogados, Chile, noviembre de 2016.

Mangarelli, Cristina, "Derechos del empleador a la organización y dirección de la empresa, y límites", en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, N° 8, 2013, pp. 13-27.

Rojas Miño, Irene, "La negociación colectiva en Chile: la legal y la general", en *La negociación colectiva en Chile*, Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Ed. Librotecnia, 2014.

Tapia Guerrero, Francisco, "El reconocimiento constitucional de la libertad sindical y el derecho a negociación colectiva", en *Negociación colectiva en Chile: la debilidad de un derecho imprescindible*, Dirección del Trabajo, Chile, diciembre 2009.

Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio, *Manual de derecho del trabajo*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 5° edición, 2007.

Toledo Corsi, César, *Tutela de la libertad sindical*, Ed. Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Thomson Reuters, Santiago, 2013.

Waas, Bernd, "Strike as a fundamental right of the workers and its risk of conflicting with other fundamental rights of the citizens", en *Presente y futuro del derecho del trabajo y de la*

seguridad social: Documentos del XX congreso mundial de derecho del trabajo y de la seguridad social, Ed. Legal Publishing Chile, 2012.

Zúñiga Añazco, Yanira, "Democracia paritaria: de la teoría a la práctica", en *Revista de Derecho (Valdivia)* [online], 2005, vol. 18, n. 2, pp. 131-154. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200006&lng=es&nrm=iso.

El modelo de negociación colectiva tras la reforma laboral de 2016

PEDRO IRURETA URIARTE

Profesor titular de Derecho del Trabajo

UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

Licenciado en Derecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Superando una visión meramente monista, el ordenamiento jurídico chileno ha estructurado la negociación colectiva dentro de un pluralismo metodológico que valida la intervención de los actores sociales en la creación de fuentes autónomas. En ese contexto, la negociación colectiva se incorpora como una fuente primaria del Derecho y con capacidad para dictar normas de manera autónoma y complementaria a las fuentes estatales. En ese contexto, el instrumento colectivo que se deriva de la negociación, presenta características especiales que lo terminan configurando como una fuente particular y especialísima¹.

Este rol que el ordenamiento le asigna a la negociación colectiva, se inserta dentro de un modelo más amplio de relaciones laborales en el cual cohabitan figuras propias del derecho individual y colectivo. En ese modelo, la negociación colectiva se expresa a través de un conjunto idóneo de reglas de acción y organización cuya finalidad es una resolución eficaz de los conflictos colectivos. Este diseño normativo, no es cerrado ni completo. Más aun, podría decirse que se trata de una regulación flexible donde eventualmente podrían existir distintos modelos de negociación. Un criterio distinto, anularía la eficacia de la negociación colectiva, la cual por esencia debe adaptarse a los cambios naturales que experimenta la figura de la empresa y de las relaciones laborales.

Estas reglas de regulación, que en nuestro país han involucrado tanto a la Constitución como a la propia actividad legislativa, se mantuvieron relativamente estables durante las últimas décadas. En efecto, y superando distintas reformas normativas, el modelo de negociación colectiva logró afincarse en una lógica más bien contractual, y propia de una realidad unitaria de la empresa².

¹ Cfr., Persiani, Mattia, *Diritto Sindicale*. Wolters Kluwer-Cedam, décimo sexta edición, Padua 2016, p. 103.

² Cfr., por todos, Macchiavello Contreras, Guido, *Derecho Colectivo del Trabajo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1989, pp. 410 y ss.

La reforma laboral introducida por la Ley N° 20.940 (D. O. 08 de septiembre de 2016) pretendió, al menos inicialmente, superar esta visión y avanzar hacia una idea de negociación en la cual se fortalecieran los tres pilares más propios de la libertad sindical: la sindicalización, la negociación colectiva y el derecho a una huelga efectiva. El diagnóstico preliminar que tenía el proyecto presentado por el Ejecutivo en la Cámara de Diputados³, partía de la base que los niveles de negociación y sindicalización existentes en el país eran extremadamente bajos y que, por tanto, se requería de una institucionalidad que permitiera procesar el conflicto laboral a través de mecanismos pacíficos de resolución de controversias. En esta lógica, la ampliación de la cobertura y de la calidad de la negociación colectiva permitiría mejorar los mecanismos de distribución primaria de los frutos del proceso productivo, fortaleciendo de paso la calidad y participación de las organizaciones sindicales.

A pesar de estos objetivos iniciales, lo cierto es que una revisión rápida de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.940 debiera llevar a concluir que se trata de una iniciativa que mezcla normas nuevas y antiguas, sin que se pueda concluir de manera muy tajante que el modelo de negociación experimentó cambios tan estructurales que se está en presencia de un procedimiento radicalmente distinto al que se venía utilizando hasta ahora. Por cierto, dentro de ese modelo han existido cambios relevantes, pero no de un nivel tan esencial que pudiese llevar a sostener que la Ley N° 20.940 instaló una figura completamente inédita dentro del ordenamiento jurídico chileno. Quizás, la mayor interrogante que genera la reforma se vincula al modo en que el sistema de relaciones laborales será capaz de resolver los vacíos generados en el propio entramado legal sobre todo después de los cambios que se produjeron a partir del fallo del Tribunal Constitucional.

I. Los principales cambios introducidos por la Ley N° 20.940

Como se ha dicho hasta ahora, la reforma introducida por la Ley N° 20.940 generó una serie de modificaciones dentro de un modelo relativamente similar de negociación colectiva. Ciertamente, esos cambios apuntaron a cuestiones bastantes sensibles en lo que respecta a las reglas tradicionalmente ocupadas; pero mantuvieron la lógica de que la negociación colectiva debía verificarse principalmente en el ámbito de la empresa, y que se trata de un derecho de los trabajadores y no solo de las organizaciones sindicales. Desde esta perspectiva, el proyecto repite varias normas que ya se encontraban en la antigua legislación, y propone nuevas fórmulas destinadas a armonizar los derechos que históricamente venía reclamando el mundo sindical con las lógicas de una

³ Proyecto de ley, iniciado en mensaje, que moderniza el sistema de relaciones laborales introduciendo modificaciones al Código del Trabajo (Boletín N° 9835-13).

negociación centrada en la empresa como unidad negocial⁴. Dentro de los cambios más llamativos, destacan entre otros la ampliación de la cobertura de los trabajadores que negocia colectivamente, la instauración de un piso mínimo de negociación, los alcances de la negociación colectiva en el caso de los grupos espontáneos de trabajadores, la extensión de beneficios, la prohibición de reemplazo durante la huelga, la nueva configuración de los servicios mínimos y la negociación colectiva del sindicato interempresa.

1. La ampliación de la cobertura de los trabajadores que negocia colectivamente

El proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, partía de un dato inicial. El porcentaje de trabajadores que negocia colectivamente en Chile, era demasiado bajo. Si se le comparaba con otros países latinoamericanos, o incluso con los países de la OCDE, la conclusión era que Chile tenía problemas de participación laboral en este tipo de procedimientos⁵. Ante esta realidad, la reforma laboral impulsada por el Gobierno eliminó una serie de restricciones que les impedían a algunos trabajadores el poder involucrarse en una negociación colectiva (aun cuando el sindicato al cual pertenecían, sí podía hacerlo). Por ejemplo, en el Código del Trabajo anterior a la reforma no podían negociar colectivamente aquellos trabajadores que habían sido contratados exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria, o de temporada; tampoco lo podían hacer los altos directivos que estuviesen dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores; o los dependientes que de acuerdo con la organización interna de la empresa, ejercieran dentro de ella un cargo superior de mando e inspección (siempre que hubiesen estado dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización). En algunos de estos casos, el legislador partía de la base que los trabajadores ocupaban una posición organizacional al interior de la empresa en cuya virtud no se justificaba su participación en calidad de contraparte dentro del proceso negociador. Eran básicamente niveles jerárquicos, con facultades de fiscalización y supervigilancia. Asimismo, había otras exclusiones que se consagraron legalmente bajo el criterio de que el vínculo del trabajador era no permanente y, por tanto, dicha temporalidad explicaba la exclusión del trabajador dentro de la nómina⁶.

⁴ Cfr., Caamaño Rojo, Eduardo, "Crítica a las ideas fundantes del actual modelo normativo de negociación colectiva en Chile y a su reforma". Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), N° XLVI, primer semestre (2016), p. 396

⁵ Cfr., ENCLA 2014. *Informe de Resultados. Octava Encuesta Laboral*. Dirección del Trabajo (2015), pp. 181 y ss.

⁶ Cfr., Thayer Arteaga, William, y Novoa Fuenzalida, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1987, p. 436.

Pues bien, la reforma eliminó la mayor parte de estas restricciones dejando solo una prohibición general que afecta esencialmente a aquellos trabajadores que tengan facultades expresas de representación y administración dentro de la empresa (como es el caso de los gerentes y subgerentes). De esta manera, la iniciativa legal intenta mejorar los niveles de cobertura que, de acuerdo al propio Mensaje del Poder Ejecutivo, se situaban en el 8,1% de la población dependiente que negociaba bajo el procedimiento reglado.

2. La estructura de los derechos de información

Un segundo cambio relevante que experimentó la normativa sobre negociación colectiva se refiere a los denominados derechos de información. En la versión antigua del Código, la norma central en materia de entrega de antecedentes por parte del empleador se encontraba establecida en el inciso penúltimo del artículo 315 del Código del Trabajo. Dicha norma indicaba que para *“el empleador será obligatorio entregar, a lo menos, los balances de los dos años inmediatamente anteriores (...); la información financiera necesaria para la confección del proyecto referida a los meses del año en ejercicio y los costos globales de mano de obra del mismo periodo. Asimismo, el empleador entregará la información pertinente que incida en la política futura de inversiones de la empresa, siempre que no sea considerada por aquél como confidencial”*.

En virtud de lo anterior, el empleador se encontraba obligado a suministrar básicamente los balances de los dos años anteriores al vencimiento del contrato colectivo vigente, la información financiera para la confección del proyecto referida a los meses del año en ejercicio y los costos globales de la mano de obra del mismo período. De igual modo, la ley exigía que el empleador entregara información pertinente que incidiera en la política futura de inversiones de la empresa (y que no tenían la calidad de confidencial), así como la información financiera referida a los meses del año en ejercicio y los costos globales de mano de obra de este mismo período.

La práctica laboral dejó al descubierto una serie de problemas interpretativos, en lo que respecta a esta temática. Constantemente, las organizaciones sindicales más representativas criticaban la no entrega de información referida a los montos remuneracionales de sus asociados, o la falta de instancias formales de diálogo en la cual los trabajadores fueran informados sobre la marcha regular de la empresa.

Para resolver en parte estas objeciones, la Ley N° 20.940 distinguió entre la información periódica que debe recibir el sindicato, de aquella información necesaria para el desarrollo de la negociación colectiva. En el primer caso, el legislador dispuso la obligación del empleador en orden a entregar a la organización sindical el balance general, los estados financieros o estados financieros

auditados, y la información de carácter público que la empresa deba poner a disposición de la Superintendencia de Valores y Seguros. A partir de ahora, la información periódica deberá entregarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que esté disponible. De este modo, se resolvía uno de los objetivos que el proyecto se había trazado en orden a que existieran mecanismos concretos que favorecieran el diálogo al interior de la empresa procesando el conflicto laboral en instancias anteriores a la propia negociación. La circunstancia de que el sindicato esté permanentemente informado, permitirá ciertamente que ambas partes se acerquen al proceso de negociación con antecedentes relevantes tanto para adecuar las expectativas como para discutir en base a elementos ya asumidos.

Adicionalmente, la reforma laboral dispuso que el empleador debe entregarle al sindicato el valor actualizado de beneficios que forman parte del contrato colectivo vigente, la planilla actualizada de remuneraciones de los trabajadores afectos a la negociación y costos globales de la mano de obra (número de trabajadores totales de la empresa), así como las políticas de inversión futura. Esta información necesaria para llevar adelante el proceso de negociación deberá ser entregada, de acuerdo con el nuevo marco legal, dentro de los 90 días previos al vencimiento del contrato colectivo vigente o en cualquier momento, en el caso de que no exista este. Se trata de una normativa, en muchos aspectos, similar a la contenida en el antiguo artículo 315 del Código del Trabajo, y que centra la entrega de la información en el tiempo propio de una negociación colectiva.

Con todo, lo más novedoso probablemente es la obligación que pesa sobre el empleador en orden a entregar información relativa a la remuneración de los afiliados y de otros cargos dentro de la empresa. De acuerdo al nuevo entramado normativo, durante la negociación colectiva el sindicato estará habilitado para solicitarle al empleador información sobre el monto remuneracional de sus afiliados (siempre y cuando exista autorización para ello en los respectivos Estatutos). También podrá solicitar información sobre el monto de las remuneraciones que se paguen a distintos cargos de la empresa indicados en el Reglamento Interno. Esto permite superar las limitaciones que, fundadas en el derecho a la vida privada, existían para acceder a información que antes de la reforma el empleador estaba impedido de comunicar hacia el exterior.

3. El piso mínimo de la negociación colectiva

La normativa existente en el Código del Trabajo, anterior a la reforma, no contenía ningún precepto legal que obligara a que la respuesta del empleador estuviese ajustada al piso mínimo de la última negociación colectiva. La única referencia similar podía encontrarse en el artículo 369 del Código, en relación con la renovación del contrato colectivo. Dicha renovación podía exigirse

obligatoriamente por la directiva sindical en cualquier etapa de la negociación colectiva, de modo tal que la comisión negociadora podía imponer forzosa-mente la suscripción de un nuevo contrato colectivo con iguales estipulaciones a las contenidas en el respectivo contrato vigente al momento de presentarse el proyecto. Por cierto, el empleador no podía negarse a esta exigencia y el nuevo contrato debía tener un plazo de duración de 18 meses, contados desde que la comisión negociadora le comunicaba su decisión, por escrito, al empleador. La única limitación que contemplaba el antiguo artículo 369 era que la renovación no podía incluir las estipulaciones relativas a reajustabilidad tanto de las remuneraciones como de los demás beneficios pactados en dinero. Como se puede apreciar, se trataba de una renovación total, no parcial, y la cual no tenía otro alcance "que el de simplemente repetir o reiterar el marco contractual vigente a la época de presentación del proyecto"⁷. Asimismo, la expresión "*iguales estipulaciones*" que empleaba el inciso segundo del artículo 369 del Código del Trabajo, implicaba que en el nuevo contrato debían contemplarse *cláusulas de la misma naturaleza, cantidad o calidad* en relación a las contenidas en el instrumento colectivo anterior.

Aun cuando figuras de renovación han sido mantenidas en la reciente normativa, de todas maneras la Ley N° 20.940 dispuso de un nuevo mecanismo, destinado a respetar el piso mínimo de la negociación anterior. Para estos efectos, la reforma exige que la respuesta inicial del empleador no sea inferior a la última negociación colectiva celebrada con el sindicato⁸; dejando claramente establecido que no forman parte de este piso mínimo la reajustabilidad de los salarios por IPC, el incremento real de salarios pactado en el contrato vigente, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo y bonos de término de conflicto.

⁷ Vid. sentencia de la Corte Suprema de 22 de agosto de 2000. En Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo xcvi, sección tercera (2000), pp. 157 y ss.

⁸ El nuevo artículo 336 dispone, en su inciso primero, que en "el caso de existir instrumento colectivo vigente, se entenderá por piso de la negociación idénticas estipulaciones a las establecidas en el instrumento colectivo vigente, con los valores que corresponda pagar a la fecha de término del contrato. Se entenderán excluidos del piso de la negociación la reajustabilidad pactada, los incrementos reales pactados, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo y los beneficios que se otorgan sólo por motivo de la firma del instrumento colectivo (...). En el caso de no existir instrumento colectivo vigente, la respuesta del empleador constituirá el piso de la negociación. La propuesta del empleador no podrá contener beneficios inferiores a los que de manera regular y periódica haya otorgado a los trabajadores que represente el sindicato". Esta última expresión ("*regular y periódica*") obligará necesariamente a una calificación caso a caso muy similar a la que se ocupa a raíz de la doctrina de las *cláusulas tácitas*. La figura de las cláusulas tácitas ha sido una creación de la jurisprudencia en cuya virtud el empleador realiza un acto de manera permanente y bajo la creencia de que se encuentra jurídicamente obligado a realizar la conducta en cuestión. Por ello, no es lo mismo *cláusula tácita* (considerada como un tipo de costumbre laboral), que *simples usos*, pues en este último caso falta el convencimiento interno del empleador en el sentido de creer que se encuentra obligado a ejecutar la conducta. En la figura de los *usos* lo que existen son meras conductas de hecho, simples hábitos o prácticas socio profesionales que no crean Derecho y cuya máxima significación jurídica es la de servir de medios probatorios. Sobre el particular, vid. además, Alonso Olea, Manuel, Casas Baamonde, María Emilia, *Derecho del Trabajo*. Civitas/Thomson Reuters, vigésimo sexta edición, Madrid 2009, p. 994.

Lo anterior implica que la negociación colectiva anterior es concebida como base de la negociación siguiente, estableciéndose al efecto una figura ascendente en el tiempo en lo que respecta a la entrega de beneficios y más cercana a un modelo dinámico de negociación⁹. Nada de lo expuesto impide, por cierto, que el piso de negociación sea objeto de un nuevo acuerdo¹⁰, pero ello forma parte de las tratativas directas que las partes deben llevar adelante.

4. La titularidad sindical

Uno de los temas más controversiales del proyecto de reforma laboral, se centró en la determinación del sujeto habilitado para llevar a cabo la negociación colectiva en representación de los trabajadores. La idea inicial del proyecto, y así fue aprobado por el Congreso, era que en aquellas empresas en que existiese sindicato sólo la organización sindical estable tendría la titularidad para negociar colectivamente. De esta manera, los artículos 303 y 315 despachados por el Congreso disponían que los trabajadores tendrían derecho a negociar colectivamente con su empleador a través de la o las organizaciones sindicales que los representen; y en todas aquellas empresas en que no existiese organización sindical con derecho a negociar, podrían hacerlo los grupos de trabajadores unidos para ese efecto. Una norma de esta naturaleza permitiría, de acuerdo a los redactores del proyecto, alcanzar un mayor nivel de adhesión sindical y fortalecer de paso a entidades más representativas y permanentes.

Como se sabe, el Tribunal Constitucional eliminó la titularidad sindical. Según lo dispuso la STCo. de 09 de mayo de 2016¹¹, la libertad sindical consagrada en la Constitución supone libertad y voluntariedad para su ejercicio, y la misma consta de dos etapas: en el inicio, voluntariedad individual para agruparse en torno a un sindicato; y después del acto fundacional, autonomía para el desarrollo de la actividad sindical. De esta manera, vinculando el derecho de fundar sindicato con el mismo derecho de asociación, el Tribunal concluyó que el hecho “de que no exista reconocimiento expreso de agrupaciones de trabajadores no significa que se encuentren constitucionalmente proscritas”. Y agregó: “es cierto que una asociación que cuente con personalidad jurídica normalmente reflejará una mayor voluntad de permanencia en el tiempo que una que no se encuentre organizada de esa manera. Pero, dicho tipo de formalidad jurídica no constituye un requisito exigido por la Constitución”¹².

⁹ Cfr., Monereo Perez, José Luis, y Moreno Vida, María Nieves, directores, *El sistema de negociación colectiva en España*. Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona 2013, p. 68

¹⁰ Vid., el inciso segundo del artículo 341 de la Ley N° 20.940: “Las partes podrán negociar todas las materias comprendidas en el proyecto y la respuesta, como aquellas que de común acuerdo definan, incluyendo modificaciones al piso de la negociación”.

¹¹ Rol N° 3016-2016 (3026 CPT Acumulados). En www.tribunalconstitucional.cl

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional (STCo) de 09 de mayo de 2016, considerando 29, pp. 61 y 62. En www.tribunalconstitucional.cl

Por tanto, concluyó el Tribunal, si el trabajador quisiese ejercer su derecho a no afiliarse a un sindicato, verá limitado radicalmente su derecho a negociar colectivamente, vulnerando la esencia de ambas garantías¹³.

Los problemas interpretativos, con todo, quedaron abiertos tras la sentencia del Tribunal. Lo que ocurre es que en el diseño del Código del Trabajo anterior a la reforma, los trabajadores no agrupados en un sindicato podían celebrar convenios colectivos con un empleador sin sujetarse a las normas procesales que regulaban el contrato colectivo. Esta negociación daba origen a los derechos, prerrogativas y obligaciones que el Código del Trabajo establecía para la negociación colectiva reglada, y su inicio no podía tener su origen en el empleador, sino exclusivamente en los trabajadores organizados para tal efecto. Adicionalmente, existían normas que regulaban su tramitación. Por ejemplo, debía tratarse de grupos de ocho o más trabajadores; los trabajadores debían ser representados por una comisión negociadora (de no menos de tres integrantes ni más de cinco), elegida por los involucrados en votación secreta celebrada ante un Inspector del Trabajo; el empleador estaba obligado a dar respuesta a la presentación hecha por los trabajadores dentro del plazo de 15 días; y la aprobación de la propuesta final del empleador debía ser prestada por los trabajadores involucrados en votación secreta celebrada ante un Inspector del Trabajo.

Pues bien, ninguna de estas normas pervive en la legislación introducida por la Ley N° 20.940. Y de esta manera, la negociación colectiva que eventualmente pueden llevar a cabo los grupos espontáneos de trabajadores no tiene marco regulatorio para su ejercicio. Dicho de otra manera, la reforma laboral publicada en el Diario Oficial solo reglamenta la negociación colectiva de los sindicatos, pero nada dice con respecto a la que pueden llevar a cabo los grupos no sindicalizados de trabajadores. Lo anterior tiene una implicancia práctica evidente, si se considera que durante los últimos años cerca del 20% de las negociaciones colectivas se han ejecutado a través de grupos espontáneos de trabajadores¹⁴. Entonces, la pregunta que deberá resolver la jurisprudencia es de qué manera pueden ejercer su derecho a negociar colectivamente los trabajadores no sindicalizados toda vez que la legislación actual no consagra una norma como aquella que se establecía en el derogado artículo 314 bis del Código del Trabajo.

¹³ STCo. de 09 de mayo de 2016, considerando 35, p. 65. Y agrega en su numeral 36, p. 66: "Que el proyecto no solo restringe radicalmente la esencia del derecho de afiliarse de manera siempre voluntaria por la vía de consagrar una incompatibilidad entre organizaciones sindicales y grupos negociadores, sino que también lo hace por la vía de una desproporcionada diferencia de trato en cuanto a los privilegios, tanto los que recibe un sindicato, más no un grupo negociador (por ejemplo, la extensión automática de beneficios), como aquellos que tenía un grupo negociador y que deja de percibir (...)".

¹⁴ Vid. ENCLA 2014, cit., pp. 190 y 191.

Por último, habrá que reconocer que en la propia Ley N° 20.940 sobrevivieron algunos preceptos que reconocían implícitamente la titularidad sindical. Así ocurre, por ejemplo, con la negociación colectiva de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria. Este tipo de negociación, obligatoria para aquella obra o faena transitoria que tenga una duración superior a doce meses, se pone en la hipótesis que el proyecto sólo puede ser presentado por una organización sindical. En efecto, el artículo 365 es perentorio en señalar que los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria, *solo podrán negociar colectivamente* conforme a lo dispuesto en el artículo 314 o a las disposiciones previstas en el Capítulo II del Título V. Pero resulta que, en ambos casos, el legislador hace referencia a negociaciones colectivas iniciadas por organizaciones sindicales¹⁵. Habrá que ver el modo en que la jurisprudencia aplica esta normativa, sobre todo teniendo presente la doctrina que sobre esta materia instauró la STCo. de 09 de mayo de 2016.

5. La extensión de los beneficios

En el Código del Trabajo anterior a la reforma introducida por la Ley N° 20.940, la figura de extensión de beneficios constituía un derecho amplio y exclusivo del empleador. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico le reconocía a este último una facultad bastante discrecional para decidir a qué trabajadores les hacía extensivos los beneficios y cuál o cuáles estipulaciones decidía extender. Más aún, se había resuelto por la jurisprudencia administrativa que *"no existe impedimento legal para que el empleador extienda beneficios de un contrato colectivo a trabajadores que no fueron parte del mismo haciendo excepción de una estipulación sobre gratificación garantizada, en cuyo caso subsistiría la estipulación sobre este beneficio del contrato individual, de inferior monto"*¹⁶.

En este orden de ideas, para que existiese una extensión de beneficios debía haberse celebrado un instrumento colectivo entre la empresa y una organización sindical perteneciente a dicha entidad. Con posterioridad a dicho acto, el empleador tenía derecho a extender los beneficios pactados a todos aquellos trabajadores de la empresa que no participaron en la respectiva negociación colectiva¹⁷. La extensión, por último, provocaba la necesidad de que los trabajadores favorecidos aportasen el 75% de la cuota sindical de aquella organización que obtuvo el beneficio.

¹⁵ Por una parte, el nuevo artículo 314 regula la negociación "entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales". Y por otra, el artículo 366, 367 y 368 parten de la base que la negociación es iniciada por un sindicato. Como el artículo 365 es perentorio en declarar que los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria, "solo podrán negociar colectivamente conforme a lo dispuesto en el artículo 314 o a las disposiciones previstas en este Capítulo", entonces en la práctica el legislador dejó subsistente un caso de titularidad sindical.

¹⁶ Dictamen N° 5403/372, de 26 de diciembre de 2000, de la Dirección del Trabajo.

¹⁷ Cfr., Macchiavello Contreras, cit., p. 421.

Para aplicar la figura del antiguo artículo 346 del Código del Trabajo, los sujetos beneficiados debían “*ocupar cargos o desempeñar funciones similares*”. Esta expresión se refería fundamentalmente a aquellos trabajadores que ocupaban cargos iguales o parecidos o ejercieran funciones semejantes o análogas a las de aquellos dependientes cubiertos por el instrumento colectivo cuyos beneficios hiciera extensivo el empleador. Se trataba, por lo tanto, de trabajadores que, no habiendo sido parte en un contrato colectivo negociado por el sindicato, el empleador les hacía extensivos los beneficios del instrumento colectivo, y que por ocupar cargos iguales o parecidos o por ejercer funciones semejantes o análogas a las de los trabajadores comprendidos en el instrumento, estaban obligados a efectuar el aporte sindical correspondiente¹⁸.

La posibilidad que otorgaba el derogado artículo 346 implicaba, en la práctica, que cerca del 70% de las empresas utilizara discrecionalmente esta figura. Más aún, según indican las encuestas especializadas, un alto porcentaje de los trabajadores no incorporados a una organización sindical expresaban como justificación de su no afiliación el hecho que los empleadores igual les otorgarían los beneficios obtenidos en una negociación colectiva en la cual no habían participado¹⁹. Por tanto, el sistema evidentemente no favorecía la afiliación sindical, ya que los trabajadores terminaban recibiendo la mayor parte de las veces la totalidad de los beneficios alcanzados en una negociación colectiva²⁰. Además, según se encargó de recalcar la dogmática nacional, el convenio o contrato extendido ocupaba el espacio de la autonomía colectiva, “*impidiendo que un trabajador cubierto por un instrumento colectivo pueda, con posterioridad, participar en una negociación colectiva*”²¹.

Atendido lo anterior, la reforma laboral estructuró la extensión de beneficios como una figura que solo procede en virtud de un acuerdo entre sindicato y empleador²². En caso que este último haga extensión de beneficios sin

¹⁸ Cfr., Dictamen N° 4750/209, de 21 de agosto de 1992, de la Dirección del Trabajo.

¹⁹ Vid. ENCLA 2014, cit., p. 195. Según lo señalado en dicha encuesta, en la mediana empresa el nivel de extensión fue del 71%, y en la gran empresa del 68,4%. Y en el mismo instrumento, se agrega en p. 196: “La principal razón que proporcionan los empleadores que extendieron beneficios del instrumento colectivo vigente, reside en ‘mantener un buen clima laboral no discriminando entre trabajadores en lo que respecta a sus remuneraciones’ (68,8% del total de las empresas), en tanto que muy atrás la razón que le sigue es que ‘así fue acordado con el sindicato o grupo que negoció el instrumento’ (14,4%)”. La figura de la extensión no es completamente inusual en el Derecho comparado. Países como Austria, Canadá, España, EE.UU., Francia, o Reino Unido, por mencionar algunos, también la permiten, aun cuando las hipótesis de la extensión varían de acuerdo a cada ordenamiento.

²⁰ Cfr., a raíz de esta discusión, GARCIA VIÑA, Jordi, *Derecho Sindical*. Juruá, segunda edición, Lisboa 2013, pp. 263 y ss.

²¹ Vid., Rojas Miño, Irene, “Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral”. *Ius et Praxis* Año 13 N° 2 (2007), p. 214.

²² De hecho, una de las cláusulas mínimas de todo instrumento colectivo es precisamente el “acuerdo de extensión de beneficios o la referencia de no haberse alcanzado dicho acuerdo” (artículo 321).

autorización del sindicato, entonces se incurre en una práctica antisindical. Sobre el particular, el nuevo artículo 322 del Código del Trabajo señala que las *“partes de un instrumento colectivo podrán acordar la aplicación general o parcial de sus estipulaciones a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical. En el caso antes señalado, para acceder a los beneficios dichos trabajadores deberán aceptar la extensión y obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo. El acuerdo de extensión (...) deberá fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios a trabajadores sin afiliación sindical. Sin perjuicio de lo anterior, el empleador podrá aplicar a todos los trabajadores de la empresa las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, siempre que dicho reajuste se haya contemplado en su respuesta al proyecto de contrato colectivo”*.

Como se puede apreciar, la extensión requiere, como requisito esencial, que los trabajadores beneficiados no se encuentren afectos a ningún instrumento colectivo²³, y que el uso de esta herramienta haya sido acordado especialmente entre empleador y sindicato. Por tanto, la reforma no obsta forzosamente por una eficacia limitada, pero tampoco existe *a priori* una eficacia general o *erga omnes*²⁴. Se requiere de un acuerdo especial, exigible para cada proceso negociador, y que ciertamente estimulará la afiliación sindical futura. De todas formas, el legislador mantuvo excluido del acuerdo de extensión el otorgamiento de cláusulas de reajuste, en el entendido de que se trata de un beneficio aplicable a todos los trabajadores de la empresa independientemente de si participaron o no en una negociación colectiva.

6. La prohibición de reemplazo durante la huelga

En materia de reemplazo de trabajadores, el proyecto de reforma laboral partía de un diagnóstico y de una pretensión inicial: la huelga en el Derecho chileno no constituye una verdadera medida de presión y en la práctica no produce una paralización efectiva de las tareas. Fundado en esta realidad, el proyecto impulsó una serie de cambios a objeto de asegurar que la huelga realmente provocara una presión sobre el empleador evitando, de esta manera, la alter-

²³ Cfr., Valdés Dal-Re, Fernando, director, *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid 2008, p. 1333.

²⁴ Sobre el particular, vid. por todos Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del Trabajo*. Tecnos, vigésima novena edición, Madrid 2008, p. 162. Y agrega: “En la opción entre convenio de eficacia limitada y de eficacia general pugnan concepciones contrapuestas: defender el convenio de efectos limitados significa, jurídicamente, atenerse a un concepto estricto de representación voluntaria, mientras que pronunciarse en favor del convenio de eficacia general implica aceptar una noción amplia de representación (representación de intereses más que de voluntades)”.

nativa del reemplazo de trabajadores. Si la huelga es un derecho fundamental, entonces lo lógico era asegurar una paralización efectiva de labores²⁵.

Como se sabe, en la anterior normativa del Código del Trabajo, el legislador permitía el reemplazo de trabajadores cuando se cumpliesen básicamente dos requisitos: que la última oferta del empleador fuese habilitante (en los términos que lo señalaba el pretérito artículo 381), y que la última oferta ofreciese un bono de reemplazo de 4 UF por cada trabajador contratado como reemplazante. Los efectos de esa oferta, permitían que el empleador contratase trabajadores reemplazantes a partir del primer día de haberse hecho efectiva la huelga; y los trabajadores podían optar por reintegrarse individualmente a sus labores a partir del 15° día de haberse hecho efectiva la huelga. En rigor, esta posibilidad de reemplazar trabajadores durante la huelga no era completamente extraña si se le comparaba con otros sistemas normativos. Por ejemplo, países como EE.UU., Canadá, Alemania o Reino Unido, permiten el reemplazo en determinadas condiciones cuestión que de alguna manera justificaba el resguardo de la competitividad y continuidad operativa de la empresa.

Con todo, la evaluación que de esta normativa hacía el proyecto, era sustancialmente negativa. Incluso, la jurisprudencia de la Corte Suprema venía declarando en el último tiempo que la prohibición de reemplazo establecida en el antiguo artículo 381 del Código del Trabajo comprendía no solo la contratación de nuevos trabajadores, sino también el reemplazo interno con otros de la propia empresa²⁶. En razón de lo anterior, la reforma legal planteada partía de la tesis

²⁵ En el plano doctrinal, vid. por todos Fernández Prol, Francisca, *La huelga en los servicios esenciales de la comunidad*. Consejo Económico Social, Madrid 2005, p. 27; y González de la Aleja, Ramón, *La titularidad del derecho de huelga*. Comares, Granada 1999, p. 43. La configuración de la huelga como un derecho fundamental, ha sido ratificada a mayor abundamiento por la propia jurisprudencia. Vid., por ejemplo, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de octubre de 2015 (N° de Ingreso Corte 1144-2015). En www.poderjudicial.cl: "En el caso *sub lite* los dirigentes demandados incurrieron en movilizaciones que trajeron como consecuencia, una paralización del servicio prestado por parte de la empresa a uno de sus clientes. La sola circunstancia que la ley regule la huelga para un caso, en la negociación colectiva reglada, no puede llevarnos a sostener que fuera de ella se encuentre prohibida, pues lo que el legislador ha omitido regular o definir, no puede sostenerse que lo ha prohibido. (...). Reconociendo que la huelga es un derecho fundamental de la persona, el único límite que explícitamente la Constitución contempla cuando lo reconoce, es que no se trate de funcionarios del Estado ni de las Municipalidades, o de personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. De lo expuesto, se puede establecer que el límite a este derecho fundamental, está dado únicamente cuando se afecten servicios destinados a satisfacer derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos, tales como la vida, la salud y la satisfacción de necesidades básicas de la persona, lo que como toda limitación o restricción de derechos fundamentales, debe regularse por ley, sin afectar el derecho en su esencia, lo que no acontece en este caso, o por lo menos, no fue un hecho asentado en la causa que la empresa demandante tenga tales finalidades".

²⁶ Vid., sentencia de la Corte Suprema de 29 de enero de 2015 (N° de Ingreso Corte 10.444-2014). En www.poderjudicial.cl: "Además, ningún sentido tiene el derecho a la huelga, reconocido en favor de los trabajadores, si el empleador, en cualquier situación, puede realizar el reemplazo y continuar con

que la huelga es un derecho de los trabajadores, y para que se ejerza como tal debe ser efectiva. En esta perspectiva, si se aceptara el reemplazo tanto interno como externo, en el fondo se estaría vaciando de contenido el derecho y se relativizaría un instrumento de última *ratio* que históricamente han ejercido los trabajadores.

En este orden de ideas, y desechando la posibilidad de que la figura del reemplazo de trabajadores en huelga solo fuese aplicada en el caso de nuevas contrataciones (cuestión que habría permitido el reemplazo interno), o bien que el reemplazo absoluto se aplicara durante un tiempo acotado (por ejemplo, la primera semana de paralización), la reforma introducida por la Ley N° 20.940 optó por configurar a la huelga como *“un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores”*, agregando un inciso escueto pero claro: *“Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga”*²⁷.

Con todo, la nueva reglamentación de la huelga ha dejado una serie de aristas que lo más probable es que tendrán que zanjarse jurisprudencialmente. En primer lugar, y por si alguien tuviese alguna duda, el nuevo artículo 345 se encarga de resaltar que la *“huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo”*. Este inciso se ve reforzado, además, por la norma del artículo 403, letra d) del Código, el cual considera como práctica desleal del empleador el *“reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga”*; pero que sin embargo agrega lo siguiente: *“El empleador, en el ejercicio de sus facultades legales, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que constituya práctica desleal ni importe una infracción a la prohibición de reemplazo”*. Durante la discusión parlamentaria, algunos vieron en el juego de estas normas una especie de reemplazo interno encubierto, que le permitiría al empleador seguir funcionando con el personal no huelguista. Y otros, en cambio, asociaron estas expresiones al ejercicio habitual de las funciones contractualmente pactadas. Sea como sea, la ambigüedad de la norma es evidente; y lo cierto es que las *adecuaciones necesarias* (como expresión del poder de dirección regular del empleador) y el ejercicio de la libertad de trabajo, igual

el funcionamiento de la empresa, sin mayores tropiezos, pues ello importa atentar contra la eficacia de la huelga, lo que resulta inadmisibles dentro del contexto de la reglamentación de dicha situación, pues, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 380 del Código del Trabajo, en el caso de producirse la huelga en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador está obligado a proporcionar personal de emergencia, cuyo no ha sido el caso”. En sentido similar, vid. sentencias de la Corte Suprema de 12 de mayo de 2015 (N° de Ingreso Corte 15.293-2014); y de 01 de junio de 2016 (N° de Ingreso Corte 14.306-2016). En www.poderjudicial.cl

²⁷ Cfr. artículo 345 del Código del Trabajo.

podrían invocarse en caso de no haberse consagrado una norma de esta naturaleza. Por ello, lo más probable es que la dinámica jurisprudencial tendrá que resolver como se concilia la prohibición de reemplazo, claramente establecida en el inciso segundo del artículo 345, con las referencias del artículo 403.

En segundo término, la regulación de los servicios mínimos dejó abierta una alternativa acotada de reemplazo en caso de no provisionarse, por parte del sindicato, el personal idóneo destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios²⁸. Este eventual incumplimiento permite que el empleador pueda adoptar medidas necesarias para atender los servicios mínimos, pudiendo al efecto contratar personal para el desempeño de estos servicios. Una lectura preliminar del artículo del artículo 359 parece indicar que la facultad de “contratación de estos servicios” (tal como lo redacta el Código) se refiere a personal externo ya que con respecto al personal interno no habría una contratación nueva propiamente tal. Con todo, el propio legislador se encargó de limitar esta alternativa al señalar que “las medidas adoptadas por el empleador no podrán involucrar a un número superior de trabajadores del equipo de emergencia que no hayan sido proveídos por el sindicato, salvo que la Inspección del Trabajo autorice fundadamente un número distinto”.

7. La nueva configuración de los servicios mínimos

En la construcción jurídica de la huelga, existen dos figuras que se diferencian al momento de evaluar el ejercicio del derecho. Uno de ellos es el concepto de servicios esenciales, que se encuentra regulado en el artículo 362 del nuevo texto legal y que básicamente se refiere a aquellas empresas o servicios que por su especial naturaleza o por su carácter estratégico los trabajadores no pueden ejercer el derecho de huelga durante la negociación colectiva. Los servicios esenciales se conectan, por tanto, con el requerimiento de continuidad de la actividad empresarial toda vez que su paralización, a juicio del legislador, implica afectar bienes de importancia relevante para la sociedad. En ese esquema, y aceptando que no se trata de un derecho absoluto, el ordenamiento jurídico prohíbe la huelga a objeto de asegurar el funcionamiento del servicio²⁹. Desde luego, la expresión *servicios esenciales* trae aparejada una alta dosis de indeter-

²⁸ Cfr. artículo 359 del Código del Trabajo.

²⁹ Cfr., por todos, Palomeque López, Manuel Carlos, “El derecho constitucional de huelga y su regulación en España”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense N° 17 (1993), pp. 51 y ss.

minación, cuestión que le otorga a este concepto una evidente elasticidad³⁰. La falta de un concepto específico, sin embargo, deja en evidencia que el legislador optó por una noción abierta, indeterminada o de cláusula general (pero en caso alguno predeterminada), dejando entregada su valoración a los órganos competentes. Con ello se buscó ampliar el uso de esta figura en casos que tradicionalmente no se utilizaban, pero que atendido el carácter, la naturaleza o la configuración de la empresa exigían una mirada más flexible de los contornos de este derecho. De este modo, la esencialidad del servicio permite conectar el concepto con actividades de interés vital, aún cuando no tengan el carácter de inaplazables o ininterrumpibles³¹.

Un segundo término, no obstante, se relaciona con la idea jurídica de *servicios mínimos*. Ellos tienen por objeto mantener la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel óptimo de rendimiento. Por cierto, y a pesar de la confusión lingüística que experimentaba el antiguo artículo 380 del Código, estos servicios no son lo mismo que los *servicios esenciales* y su consagración en el nuevo texto laboral no tiene por objeto el que la empresa siga en funciones regulares. Como señala un autor, las garantías para el mantenimiento de los servicios mínimos no pretenden preservar la organización del servicio en sí misma considerada; *“lo que se busca es evitar que su interrupción anule el ejercicio de los derechos fundamentales (...). El objeto de la tutela constitucional no son, por tanto, las actividades que cubren necesidades vitales para la incolumidad de la sociedad; lo son los derechos fundamentales y los bienes jurídicos protegidos por la Constitución en la medida en que su ejercicio requiera el mantenimiento de unos servicios que, por lo mismo, cumplen una clara función instrumental, pues sirven de apoyo o sustrato material para ejercitar el derecho o disfrutar el bien”*³².

En la antigua legislación laboral, en caso de producirse una huelga en una empresa o predio, o en un establecimiento cuya paralización provocara un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador estaba obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pudiese causar dicho daño. En esta perspectiva, el empleador solo podía exigir personal de emergencia desde el instante mismo en que se acordara la huelga; sin perjuicio, por cierto, que los trabajadores y el empleador acordaran

³⁰ Cfr., Valdes Dal-Re, Fernando, “El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”. En *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Volumen II. Ministerio de Justicia, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1993, p. 957.

³¹ Cfr., Baylos Grau, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Tecnos, segunda edición, Madrid 1988, p. 102.

³² Vid. Valdes Dal-Re, “El derecho de huelga”, cit., p. 957. Vid., también, Persiani, cit., p. 166.

convencionalmente, y en cualquier momento del proceso de negociación colectiva, la implementación de medidas complementarias a las legales³³. De este modo, ante un requerimiento escrito del empleador, la comisión negociadora de los trabajadores debía indicar dentro de las veinticuatro horas siguientes qué personas compondrían el equipo de emergencia. “Si así no lo hiciera, indicaba el antiguo artículo 380, el empleador podrá reclamar a la Inspección del Trabajo a fin de que se pronuncie sobre la obligación de los trabajadores de proporcionar dicho equipo”.

La reforma laboral mantuvo la teleología que subyace en la figura de los servicios mínimos, pero avanzó en una reglamentación que se armonizara de mejor forma con los criterios generales que al efecto ha dictado la OIT. Con esta finalidad, circunscribió a los *servicios mínimos* dentro de una lógica de protección del derecho de huelga en su esencia. Es decir, el ejercicio de esta herramienta se ha formulado como un mecanismo para proteger una serie de bienes jurídicos que la propia Ley N° 20.940 se encarga de delimitar; pero sin que ello pueda entenderse como un menoscabo al contenido esencial del derecho de huelga y a la efectividad de la misma.

Aceptado lo anterior, en el actual entramado normativo la comisión negociadora sindical está obligada a proveer el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios (considerando al efecto, el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena). Se trata de una obligación legal, que no atiende tanto al resultado de las labores realizadas sino que a la provisión de personal idóneo (tanto en su número como en su calificación técnica o profesional) para la protección de bienes jurídicos relevantes; y que le permite al propio sindicato garantizar las secuelas de la huelga³⁴.

Desde esta perspectiva, el personal destinado por el sindicato a atender los servicios mínimos se conformará con trabajadores involucrados en el proceso de negociación. Es decir, se trata de trabajadores que participan en la negociación colectiva pero que son destinados por su comisión negociadora a prestar servicios relevantes durante el transcurso de la huelga (y solo por el tiempo necesario y para los fines que fueron determinados). De hecho, sus integrantes deben percibir remuneraciones del empleador por el tiempo trabajado.

³³ Cfr., por todos Dictamen N° 918/61, de la Dirección del Trabajo, de 23 de febrero de 1998.

³⁴ Cfr., García Viña, cit., p. 432.

Toda la regulación que la nueva ley hace de los servicios mínimos, parte de la hipótesis de que la calificación de estos servicios, así como el número y las competencias profesionales o técnicas de los trabajadores que deberán conformar los equipos de emergencia, debe estar resuelta antes del inicio de la negociación. Eso explica, en parte, la obligación que la nueva normativa le asigna al empleador en orden a proponer por escrito a todos los sindicatos existentes en la empresa, con una anticipación de, a lo menos, ciento ochenta días al vencimiento del instrumento colectivo vigente, su propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia para la empresa. Más aún, habiéndose formulado el requerimiento por parte del empleador, tampoco se podrá iniciar la negociación colectiva en tanto no estén calificados los servicios mínimos y los equipos de emergencia.

Por último, cabe destacar que la Ley N° 20.940 opta por un control administrativo de esta temática. En efecto, cualquier discrepancia sobre la figura de los servicios mínimos, o sobre la cantidad e idoneidad del personal de emergencia, sólo puede ser resuelta en el ámbito de la Dirección del Trabajo, omitiéndose teóricamente revisiones posteriores por parte de los tribunales laborales. Con todo, la pretensión destinada a evitar revisiones judiciales difícilmente podrá prosperar. Como es sabido, el artículo 420, letra e), del Código del Trabajo, dispone que: *“Serán de competencia de los Juzgados de Letras de Trabajo: e) Las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social”*. Y dicho texto no distingue jerarquías de autoridades administrativas ni el tenor de la resolución materia del reclamo. Un criterio distinto, dejaría en la indefensión a los sujetos afectados con la resolución y vulneraría las normas del debido proceso. Este es el criterio que, por lo demás, ha seguido la jurisprudencia para casos similares³⁵ y en el propio derecho comparado³⁶.

8. La negociación colectiva del sindicato interempresa

El entramado normativo vigente en Chile desde hace algunas décadas, ha reconocido el derecho a negociar colectivamente en el ámbito propio de la empresa. De esta manera, el conflicto colectivo se circunscribe a una unidad organizacional (en los términos que lo define el artículo 3° del Código). El proyecto de ley enviado en su momento por el Poder Ejecutivo, no varió este diseño; pero durante la tramitación parlamentaria, se esgrimieron una serie de visiones según las cuales la negociación colectiva debía ampliarse a sectores

³⁵ Cfr., por todas, sentencia de la CORTE SUPREMA de 27 de junio de 2012 (N° de Ingreso Corte 3272-2012). En www.poderjudicial.cl

³⁶ Cfr. Garate Castro, Javier, *Derecho de huelga*. Bomarzo, Albacete 2013, p. 75; y Sala Franco, Tomás, y Albiol Montesinos, Ignacio, *Derecho Sindical*. Tirant Lo Blanch, cuarta edición, Valencia 1994, p. 492.

de producción. La negociación por rama de actividad no es inusual en otros ordenamientos comparados a nivel latinoamericano (*v. gr.*, Argentina o Brasil), pero también existen experiencias de negociación por unidad de empresa en países como EE.UU. o Japón. Con todo, habrá que reconocer que esta es una antigua discusión en nuestro país; y cada vez que se ha planteado la alternativa de regular una negociación por rama de actividad (al menos durante los últimos veinticinco años), se ha concluido que lo más conveniente es una negociación por empresa a objeto de asegurar una relación más armónica entre empleo, salarios y productividad.

La reforma laboral, en principio, mantuvo los criterios en orden a que la negociación colectiva debía verificarse en el ámbito de una empresa (y no en el sector de producción). Sin embargo, durante la discusión del proyecto se terminó aprobando la negociación colectiva obligatoria y vinculante del sindicato interempresa. Este tipo de sindicato, como es sabido, agrupa a trabajadores de dos o más empleadores distintos, y la legislación anterior a la reforma solo permitía una negociación de esta naturaleza en tanto cuanto existiera acuerdo voluntario previo entre empleadores y sindicato³⁷.

Pues bien, la reforma fue un poco más allá. Estableció la negociación colectiva obligatoria y vinculante de los sindicatos interempresa conforme al procedimiento de negociación colectiva reglada o no reglada del artículo 314³⁸; y la validó en la medida que el sindicato interempresa agrupara a trabajadores que se desempeñen en organizaciones *del mismo rubro o actividad económica*.

El Tribunal Constitucional, conociendo de esta norma, reafirmó inicialmente la tesis de que el ordenamiento jurídico chileno no permite “una negociación colectiva con trabajadores de otra empresa”. Pero, al mismo tiempo, concluyó que la actual norma del artículo 364 solo permite la negociación con el empleador correspondiente. De esta manera, agregó el Tribunal, “no se trata, (...), de una negociación por ramas o por actividad económica. Es una negociación en la empresa, solo que con un sindicato interempresa”³⁹. De esta manera, si bien es

³⁷ El derogado artículo 334 del Código, establecía que “dos o más sindicatos de distintas empresas, un sindicato interempresa, o una federación o confederación, podrán presentar proyectos de contrato colectivo de trabajo, en representación de sus afiliados y de los trabajadores que adhieran a él, a los empleadores respectivos”. Este mismo artículo, configuraba esta negociación de manera voluntaria, y no forzosa, exigiéndose un acuerdo previo y escrito de las partes ante ministro de fe. Además, se trataba de un procedimiento que solo procedía con organizaciones sindicales, y no con grupos espontáneos de trabajadores, debiendo presentarse el proyecto en forma conjunta a todos los empleadores que habían suscrito el acuerdo.

³⁸ La obligatoriedad de esta negociación sólo es aplicable a la mediana o gran empresa. En el caso de la pequeña o microempresa, “será voluntario o facultativo negociar con el sindicato interempresa” (artículo 364, inciso cuarto).

³⁹ Y la misma STCo. de 09 de mayo de 2016, agrega en sus numerales 11 y 12 (p. 177): “Es cierto que el sindicato interempresa agrupa a trabajadores de dos o más empleadores distintos. Pero la ley se encarga de que siga siendo la negociación en el ámbito de la empresa en que laboran los trabajado-

cierto que la negociación interempresa amplía los efectos de la negociación, en la práctica su diseño negociador sigue anclado al ámbito de la unidad negocial.

II. Conclusiones

Las principales conclusiones que se pueden extraer del presente artículo, a partir de las reflexiones formuladas en las páginas anteriores, son las siguientes:

1. La reforma laboral introducida por la Ley N° 20.940, de 2016, mantuvo en términos generales la estructura y diseño de la negociación colectiva imperante en Chile. Es decir, el esqueleto general sobre el cual se ha construido esta figura durante las últimas décadas mantiene aspectos nucleares que no fueron eliminados por el legislador (*v. gr.*, la mantención del conflicto colectivo en el ámbito de la empresa, y la coexistencia de sindicatos y grupos de trabajadores como sujetos habilitados para negociar).

2. Sin perjuicio de lo anterior, habrá que reconocer que el nuevo texto legal sí modificó aspectos tradicionalmente significativos de este modelo de negociación. Por ejemplo, se instala la prohibición de reemplazo de trabajadores durante la huelga (tanto interno como externo), se elimina la facultad unilateral del empleador para extender los beneficios del instrumento colectivo, se establece la negociación colectiva obligatoria del sindicato interempresa en la mediana y gran empresa, y se admitió que las organizaciones sindicales accedieran a información relevante en lo que respecta al monto remuneracional que el empleador paga a sus afiliados, así como innominadamente el monto remuneracional asignados a los diversos cargos o funciones. Estos cambios, si bien no alteran el modelo general sí modifican reglas de usual aplicación en las últimas décadas y que ciertamente obligará a readecuar los modos de negociar al interior de las empresas.

3. Uno de los déficit que plantea el proyecto, se refiere a los vacíos que se han generado a partir de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional. Si efectivamente, los sindicatos deben negociar en igualdad de condiciones que los grupos espontáneos de trabajadores, entonces ello obligará a redefinir el

res que pertenecen a ese sindicato. Para ese efecto, establece ciertos resguardos. Por de pronto, que haya cierta representatividad de los trabajadores del sindicato interempresa que van a negociar en esa empresa. También, que la comisión negociadora solo la pueden integrar trabajadores de la empresa en que se negocia. Y, finalmente, el sindicato debe agrupar a trabajadores que se desempeñen en empresas del mismo rubro o actividad económica. No se trata, en consecuencia, de cualquier sindicato interempresa; 12° Que lo que hace el proyecto es que la negociación colectiva se lleva a cabo con un sindicato especial, en el caso que exista. La negociación no se vuelve interempresa porque se negocia con un sindicato interempresa. El empleador sigue negociando con sus trabajadores, en su empresa, en base a su realidad. El contrato que resulte de la negociación colectiva no vincula a otros trabajadores que los de su empresa”.

alcance de algunas normas y resolver los silencios que la reforma presenta en este ámbito. Si se lee con detención la Ley N° 20.940, podrá observarse que hay artículos que quedan incompletos o bien se generan ausencias normativas indispensables que tendrán que ser resueltas por la vía legal o jurisprudencial.

4. Toda legislación laboral requiere niveles significativos de consenso técnico y político. Ese consenso permite que los actores sociales involucrados en la dinámica laboral puedan sentirse representados con un marco regulatorio mínimo. Todo indica que la reciente reforma en el diseño de la negociación colectiva no ha alcanzado los acuerdos básicos indispensables que permitan concluir que el sistema de relaciones laborales en Chile goza de estabilidad social. Probablemente, existirán nuevos esfuerzos de reforma que obliguen a resolver cuál es el modelo de negociación colectiva más idóneo de acuerdo a la idiosincrasia nacional.

Bibliografía

Alonso Olea, Manuel, Casas Baamonde, María Emilia, *Derecho del Trabajo*. Civitas/Thomson Reuters, vigésimo sexta edición, Madrid 2009.

Baylos Grau, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Tecnos, segunda edición, Madrid 1988.

Caamaño Rojo, Eduardo, "Crítica a las ideas fundantes del actual modelo normativo de negociación colectiva en Chile y a su reforma". *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), N° XLVI, primer semestre (2016).

ENCLA 2014. *Informe de Resultados. Octava Encuesta Laboral*. Dirección del Trabajo (2015).

Fernández Prol, Francisca, *La huelga en los servicios esenciales de la comunidad*. Consejo Económico Social, Madrid 2005.

Gárate Castro, Javier, *Derecho de huelga*. Bomarzo, Albacete 2013.

García Viña, Jordi, *Derecho Sindical*. Juruá, segunda edición, Lisboa 2013.

González de la Aleja, Ramón, *La titularidad del derecho de huelga*. Comares, Granada 1999.

Macchiavello Contreras, Guido, *Derecho Colectivo del Trabajo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1989.

Monereo Pérez, José Luis, y Moreno Vida, María Nieves, directores, *El sistema de negociación colectiva en España*. Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona 2013.

Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del Trabajo*. Tecnos, vigésima novena edición, Madrid 2008.

Palomeque López, Manuel Carlos, "El derecho constitucional de huelga y su regulación en España". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* N° 17 (1993).

Persiani, Mattia, *Diritto Sindicale*. Wolters Kluwer-Cedam, décimo sexta edición, Padua 2016.
Rojas Miño, Irene, "Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral". *Ius et Praxis* Año 13 N° 2 (2007).

Sala Franco, Tomás, y Albiol Montesinos, Ignacio, *Derecho Sindical*. Tirant Lo Blanch, cuarta edición, Valencia 1994.

Thayer Arteaga, William, y Novoa Fuenzalida, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1987.

Valdés Dal-Re, Fernando, director, *Manual jurídico de negociación colectiva*. La Ley, Madrid 2008.

Valdés Dal-Re, Fernando, "El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad". En *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Volumen II. Ministerio de Justicia, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1993.



Ensayos y estudios



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

La justicia civil

PABLO RODRÍGUEZ GREZ

Abogado

RESUMEN: En este trabajo se analiza la actividad jurisdiccional, observando que los jueces eluden la aplicación de la ley, sobreponiendo en sus sentencias el sentido de justicia (equidad) por encima del mandato legislativo. Así las cosas, el sistema normativo sirve, entonces, otros propósitos: vestir formalmente las sentencias, adaptando la aplicación de la ley a lo resuelto con antelación. De este modo, el juez invierte el orden en que debe proceder, siguiendo los dictados de su conciencia en lugar de aplicar el contenido de la ley. Para demostrar lo anterior se examinan los pasos teóricos que debe dar el Juez para establecer la solución que dispone la ley. Asimismo, se describe el “abuso judicial”, el retardo de la justicia civil, sus causas y posibles remedios, volviendo al tema de la independencia, cuestión que sigue gravitando poderosamente en el funcionamiento del sistema judicial. Una vez más, queda de manifiesto la necesidad de encarar las debilidades de la judicatura civil y la urgente necesidad de innovar en esta materia.

* * *

I. ¿Qué hacen los jueces?

La respuesta usual a esta interrogante sería tan simple como decir, por ejemplo, que ellos, los jueces, “aplican la ley” para resolver un conflicto intersubjetivo de relevancia jurídica. Esta afirmación envuelve, sin embargo, un trasfondo importante. Lo que se quiere significar es otra cosa: quiénes en verdad resuelven los “conflictos sociales” son los legisladores al elaborar las leyes u oponerse a una cierta reglamentación. En efecto, la solución del caso *sub lite* –sometido a la decisión judicial– está dado en la ley y, por lo tanto, la actividad del juez consiste en aplicarla, tarea que denominamos “interpretación” y que abre un capítulo muy controvertido en las ciencias jurídicas. Sin adentrarse en esta materia, digamos sí que cualquiera que sea la doctrina o procedimiento de interpretación por el cual optemos, lo que busca y cree encontrar el juez es el mandato legislativo que le indicará la respuesta (resolución) que debe darse a los litigantes en la respectiva controversia. Digamos, además, que puede el legislador negarse a reglamentar una materia y dicha determinación importa una forma indirecta de normativizar la conducta social, porque ello explicita

la voluntad de dejar que aquella quede sometida a los principios generales que informan la situación. Recuérdese que para Kelsen no existen las “lagunas legales”, ya que ellas no son más que aspiraciones ideológicas que contrastan el derecho que existe con el que se quiere que exista¹.

Sobre este último punto, creemos nosotros que se ha dado poca trascendencia al silencio del legislador, puesto que esta omisión reconduce al problema de las “lagunas legales” que, a juicio nuestro, es una manifestación de la voluntad legislativa². Si el conflicto sometido a la potestad jurisdiccional, no está resuelto en la ley, el juez será llamado a investigar cuál habría sido el contenido de la norma en el evento hipotético de que el legislador se hubiere abocado a ello. En este contexto tiene sentido invocar la analogía, sobre la base de la coherencia que suponemos en las reflexiones y determinaciones del legislador. No cabe discusión sobre el hecho de que el sistema normativo no admite contradicciones y si estas se presentan, es el mismo sistema el llamado a corregirlas (contradicción y antinomia). Aquí puede descubrirse cómo entronca la “analogía” con los “principios generales de derecho” (segundo elemento para la integración de las lagunas legales), por cuanto estos últimos son obtenidos inductivamente del sistema normativo como un todo. Dicho de otro modo, son los “principios generales de derecho” los que permiten descubrir y aplicar la analogía, pasando de la abstracción a la concreción. Más claro aún, los “principios generales de derecho” son, a juicio nuestro, una manifestación, todavía más abstracta de la analogía, porque concentran en su manifestación la tendencia de una parte del sistema jurídico³. La manera de establecer y precisar los “principios gene-

¹ A este respecto Han Kelsen dice: “Un papel peculiar se reserva a la interpretación al llenar las ‘lagunas de la ley’. Sin embargo, urge advertir que no existen ‘lagunas’ auténticas en el sentido de que no fuese posible decidir un litigio con arreglo a las normas vigentes porque no se pudiese aplicar la ley por falta de un precepto que hiciese referencia al caso. Todo litigio consiste en el hecho de que una parte hace valer su pretensión jurídica contra la otra; y la decisión afirmativa o negativa depende del hecho de que la ley, es decir, la norma válida aplicable al caso, contenga o no el deber jurídico afirmado. Puesto que no hay una tercera posibilidad, siempre es posible una decisión ‘sobre la base’ de la ley, es decir, al ‘aplicar la norma legal’. También en el caso de declararse que no ha lugar a la pretensión planteada, se aplica el orden jurídico en vigor. Pues desde el momento que éste obliga a los hombres a una conducta determinada, les garantiza la libertad allí donde no les prescribe una obligación”. Hans Kelsen. “La Teoría Pura del Derecho”. Editorial Gernika. México. Año 1993. Pág. 72.

² A este respecto conviene recordar la situación que se ha planteado sobre cuestiones como el reajuste que deben cobrar las ISAPRES, materia que debe resolverse por medio de una ley que no se ha dictado, a pesar de las demandas del Tribunal Constitucional (que recomendó regular esta situación), y los miles de recursos interpuestos por los afiliados. A tal extremo se ha llegado en este orden de cosas, que dichas entidades han debido pagar miles de millones de pesos por concepto de costas judiciales (al punto de arriesgar su solvencia futura), sin que se visualice una solución a corto plazo. No faltan quienes afirman que esta política omisiva obedece al propósito de terminar con el sistema de salud privada.

³ Particularmente interesante nos resulta el planteamiento de Enrique Alcalde Rodríguez, quien propone una clasificación de los principios generales de derecho: “En el sentido que comentamos y con el riesgo que supone todo intento de categorizar conceptos, pensamos que es factible reconocer al menos dos clases de principios generales de derecho. Primeramente, nos hallamos con aquellos –los más relevantes y trascendentes– que directa o indirectamente emanan de la propia naturaleza humana (expresada aquí en el *derecho natural*), por lo cual su validez y obligatoriedad se nos impone como una realidad que no depende nuestra mera voluntad; y, en segundo lugar, con otros que siguiendo la terminología

rales de derecho”, obliga en la práctica a ejecutar de una función inductiva al intérprete, forzado a extraer del sistema los lineamientos comunes que quedan depositados en la normativa objetiva. Se trata, entonces, de descubrir qué tendencias y propósitos inspiran continuamente a los poderes colegisladores y se reproducen en las diversas manifestaciones del derecho legislado.

Finalmente, la “equidad natural”, definida como un “sentido intuitivo de justicia, aplicado a un hecho concreto, al margen del ordenamiento jurídico”, cierra los recursos de que dispone el Juez para sobreponerse al silencio formal del legislador. Acerca de este punto se ha reflexionado poco. Como quiera que se considere este recurso, deberá reconocerse que está condicionado, en medida trascendental, por el propio sistema normativo, lo cual ocurre por el hecho de que los grandes principios que inspiran su existencia se “internalizan” en el imperado y definen sus preferencias. No es extraño, por lo mismo, que el alcance y contenido de la “equidad natural” no difiera entre una y otra persona. No cabe duda que el derecho cumple un cometido pedagógico y que cuerpos legales, como nuestro Código Civil, han contribuido poderosamente a la formación cívica de los chilenos, mucho más allá de lo que regularmente se admite. De aquí que la equidad esté íntimamente condicionada por la legislación vigente –en especial cuando ella se mantiene vigente a través del tiempo– lo cual ocurre con mayor fuerza en el ámbito de nuestra profesión.

Así las cosas, forzoso resulta concluir que el “silencio legislativo” es una forma de regulación negativa de la conducta social, pero regulación, a fin de cuentas, puesto que se extrae del sistema normativo la solución que debe darse al conflicto de que conoce el Juez.

A lo señalado puede agregarse uno de los principios rectores en materia interpretativa, aún con todos los reparos que se formulan en este momento: “*en el campo del derecho público es legítimo hacer solo aquello ordenado o expresamente permitido en la ley; en tanto en el campo del derecho privado todo aquello que no esté expresamente prohibido*”. El debilitamiento de este principio es consecuencia de la dificultad que ha provocado determinar la naturaleza en muchas normas referidas a escenarios jurídicos que comparten caracteres propios del derecho público y del derecho privado. A medida que se han ido desarrollando diversas ramas del derecho, se ha hecho más difícil clasificar, con cierto rigor científico, cuando una norma puede encuadrarse en el marco del derecho público y cuando en el marco del derecho privado⁴.

de *Esser*, podríamos denominar ‘institucionales’, cuyo fundamento descansa en la propia estructura de las diversas instituciones jurídicas, recibiendo por ende, de ellas mismas, la necesidad de respetar su observancia.” Enrique Alcalde Rodríguez. “Los principios generales de derecho”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Año 2003, Pág. 58.

⁴ Entre los muchos criterios de distinción, que prácticamente cruzan la historia del derecho, se ha formulado la “teoría sobre la naturaleza de la relación”. En ella se distinguen las llamadas “relaciones de

Volviendo al tema que nos ocupa, el Juez, enfrentado al conflicto promovido ante él, en el marco de su competencia y sujeto al principio de “inexcusabilidad”, lo que le obliga a resolver (haya o no ley que disponga la decisión que debe adoptar), dispondrá de todo un instrumental normativo y de la “legislación negativa” (silencio de la ley), pudiendo de ese modo extraer, como se explicó, una solución⁵.

II. Pasos teóricos en el desarrollo del conflicto

Cabe preguntarse qué debe hacer el Juez en ejercicio de su función y cómo debe abordar la solución del caso que se somete a su consideración. Fijaremos en los párrafos siguientes los deberes que le asisten, haciendo hincapié en el hecho que de ello depende el buen funcionamiento del sistema.

Primero, establecerá, aplicando las leyes reguladoras de la prueba, los hechos de la causa, debiendo fijarlos uno a uno, respetando el valor probatorio que asigne la ley a cada medio probatorio o haciendo uso de sus atribuciones y facultades (“sana crítica”).

Segundo, seleccionará aquellas disposiciones legales atinentes al caso, tanto las que puedan referirse directamente a él, como aquellas que tienen conexión (analogía).

Tercero, para aclarar el contenido preciso de las normas, por nítido que pueda parecernos, empleará los criterios que le proporcionan los elementos de interpretación (literal, lógico, histórico y sistemático). Prevalece en la legislación chilena el elemento literal a la luz de previsto en el artículo 19 del Código Civil: “*Cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu*”. Los cuatro elementos mencionados tienen por finalidad

coordinación” y “relaciones de subordinación”. En las primeras ambas partes se hallan situadas en el mismo nivel y sujetas al derecho común. En las segundas una de las partes está ubicada jurídicamente por encima de la otra. Las relaciones de coordinación están regidas por normas de derecho privado, salvo que se trate de aquellas reguladas por el Derecho Internacional Público (en las cuales los Estados y los organismos internacionales actúan como tales). Las relaciones de subordinación están regidas por normas de derecho público, debiendo entenderse que actúa el Estado como tal. Para determinar esta última condición debe atenderse al hecho que la relación jurídica esté regulada por una ley especial, caso en el cual prevalece esta última legislación por encima del derecho común. Así, por vías de ejemplo, si la relación se encuadra en la Ley N°18.695 (orgánica constitucional de Municipalidades), nos hallaremos ante una relación jurídica regida por el derecho público.

⁵ Debemos recordar sobre esta materia el libro de Donald Dworkin “Los derechos en serio”. Plantea allí los llamados “casos difíciles”, que son, precisamente, aquellos en que no hay norma que permita resolver el conflicto. Como queda en evidencia, según lo manifestado precedentemente, entre nosotros dichos casos no existen, porque el juez está dotado de los instrumentos que le permiten integrar una “laguna legal”. Es acertado sostener, entonces, que la ley tiene lagunas, pero no el derecho porque el sistema sale en auxilio del intérprete.

descubrir (destapar) el significado de la norma, cualquiera que sea el nivel de claridad que podamos atribuirle. Atenderá el intérprete, por lo mismo, preferentemente al elemento "literal" y si este no soluciona el problema y subsiste la oscuridad del texto del precepto, recurrirá a cualquiera de los otros elementos o a todos ellos, según disponga⁶.

Cuarto, determinado el sentido de la norma o normas que, a juicio del intérprete corresponda aplicar, elaborará una "regla" (individual), sobre la base de las disposiciones legales escogidas y fundará en ellas su construcción. En esta tarea va implícita la solución que debe darse al conflicto que se trata de juzgar.

Quinto, en el evento de que no encuentre las normas indicadas (laguna legal), invocará los "principios generales de derecho" en los que fundará la construcción de la "regla", o los principios de equidad con arreglo a los cuales pronunciará su decisión.

Del procedimiento descrito se deduce que la "regla" (sentencia judicial en este caso), se desprenderá de un mandato legal (general y abstracto), el cual ha sido singularizado por el intérprete, respetando los elementos normativos extraídos de la ley y completado en ejercicio de las atribuciones que le son propias. Sobre esta materia Hans Kelsen, en la Teoría Pura del Derecho, es particularmente elocuente:

"Precisa establecer si es dado o no in concreto un hecho que la norma general ha determinado in abstracto, y para este caso concreto precisa realizar un acto concreto de coacción, es decir, precisa, en primer término, disponerlo y, después, realizarlo, aplicando las determinaciones abstractas de la norma general. Esto es lo que hace la sentencia judicial, que es una función de la jurisdicción o 'poder judicial'. Esta función no tiene, en modo alguno, carácter meramente declarativo –como lo da a entender su etimología: 'iuris dictio', 'declarar el derecho', y como lo sostiene la teoría en algunas ocasiones–; el tribunal hace más que declarar o constatar el Derecho ya contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el

⁶ En esta materia nos remitimos a la "Teoría de la Interpretación." (Pablo Rodríguez G. Editorial Jurídica de Chile. Año 2004. Reimpresión de la segunda edición). A nuestro juicio, la interpretación, en general, es un mecanismo destinado a aplicar la norma jurídica, en el cual se distingue una "interpretación formal" y una "interpretación sustancial". Mediante la primera, se determina con precisión el significado del mandato normativo; mediante la segunda, se elabora un "regla" o mandato particular y concreto (sentencia judicial), sobre la base de la o las normas aplicables (previamente seleccionadas por el intérprete). La interpretación formal está regulada en la ley (Párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil); la interpretación sustancial es de libre creación del intérprete, pero debiendo siempre hallarse fundada en las normas aplicables (la sentencia vale porque así lo determina la ley). De lo anterior extraemos que el intérprete (el juez en este caso), es un creador de derecho, pero siempre en el limitado campo que le corresponde (cerrar el marco incompleto que ofrece el legislador en los casos sobre los cuales se pronuncia).

sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como dos hechos –condición y consecuencia– van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias de los tribunales de justicia. Por esta razón la sentencia judicial es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general a lo individual; solo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, solo la errónea identificación del Derecho con la ley, pueden oscurecer una idea tan evidente”⁷. Siguiendo el pensamiento de Kelsen, debemos destacar el hecho de que el contenido de la “regla” (sentencia) está dado, en parte, por el contenido de la norma (ley), cuyos elementos se transfieren a aquélla, lo cual determina su validez jurídica. “Pero esta determinación no es nunca completa. La norma de la grada superior no puede vincular exhaustivamente el acto que la ejecuta. Siempre tiene que quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación: de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material, la norma de la grada superior tiene siempre el carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar”⁸. De lo dicho se deduce que la facultad del intérprete para crear derecho existe, pero está limitada, debiendo respetar los elementos normativos que son los que dan validez a su creación.

De la concatenación lógica de las etapas antes descritas, se sigue que ellas deben cumplirse rigurosamente en el orden preestablecido. Esta exigencia es condición sine qua non para dar a la “regla” (sentencia) elaborada validez jurídica. En consecuencia, como puede constatarse, el conflicto no se resuelve de acuerdo a las preferencias y concepciones íntimas del magistrado (o de quien ejerza una potestad regulatoria), sino conforme lo señalado y previsto en la norma jurídica, aplicada por medio del procedimiento interpretativo ya comentado.

Como se ha adelantado en otros trabajos, el “drama” del juez, cuando discrepa del contenido de la norma, tiene sus raíces en la frustración de que aquello que resuelve puede contrariar su conciencia y sus ideales, a pesar de lo cual él debe ser fiel al compromiso de aplicar la ley, por errado y doloroso que resulte. Si el juez optara por prescindir del mandato normativo proveniente del legislador y obrara sin fronteras a su leal y saber y entender, se destruiría todo el sistema jurídico, al desconocerse el principio de separación de poderes del Estado y, por ende, lesionarse la potestad legislativa, confiriendo a los jueces facultades que el sistema no les reconoce. Ciertamente los jueces no son “prisioneros de las leyes”, como más de alguien lo ha planteado, pero tampoco libres creadores de derecho sin sujeción ninguna al ordenamiento jurídico.

⁷ Hans Kelsen. “La Teoría Pura del Derecho”. Editorial Gernika. Año 1993. Pág. 57.

⁸ Hans Kelsen. Obra citada. Pág.64.

Pero, volviendo a las etapas que, a nuestro juicio, debe recorrer el juez al encarar su tarea creadora, cabe preguntarse: ¿es esto lo que efectivamente hacen nuestros jueces? ¿se ciñen al procedimiento descrito con el rigor indicado? ¿aplican lealmente la ley como está previsto?

Me temo que la respuesta, a cada una de estas interrogantes, sea negativa. Cualquier análisis que se intente, llevará a la conclusión que nuestros jueces **han invertido el orden en que se ejecutan las cinco etapas mencionadas**, incorporando a su decisión un elemento que, en la mayor parte de los casos, debería estar ausente de su tarea jurisdiccional o influir indirectamente (como elemento de interpretación formal).

Enfrentado a la decisión del asunto controvertido, el Juez hace un **análisis de equidad**, cuestión que, por cierto, depende, única y exclusivamente, de sus convicciones más íntimas. De esa manera, opta por la posición sustentada por una u otra parte, arguyendo que obra conforme el mérito general del proceso (como lo exige la ley). Ya adoptada la decisión, procede a justificarla, valiéndose para estos efectos del sistema normativo. En otros términos, el intérprete acomoda el mandato legal de manera que sirva para vestir su decisión y presentarla como si fuera fruto solo de las normas que estima aplicables. No es extraño que, bajo este proceder, se llegue a artilugios interpretativos difíciles de justificar, y a sentencias contradictorias respecto de materias largamente debatidas. Si nos fuera posible indagar en la conciencia de los jueces, tengo la certeza de que todos ellos entienden ser “justos” más allá de su deber de lealtad con lo que disponen las leyes. De la manera indicada, se enfrenta, en cierta medida, el sentido de justicia con la lealtad al mandato de la ley, cuestión que en todo caso queda debidamente disfrazada.

Lo manifestado reviste una enorme importancia porque, en cierta medida, debilita las virtudes del sistema y transforma el rol que corresponde a los jueces en él.

El mayor daño que provoca esta anomalía radica en la falta de certeza jurídica, la cual solo puede alcanzarse en la medida que se aplique la ley siguiendo el procedimiento antes descrito. Lo indicado queda de manifiesto en la medida que, como consecuencia de lo denunciado, nadie puede asegurar razonablemente el destino final de un litigio. Si el sistema jurídico hace imposible prever razonablemente un cierto resultado en un proceso judicial, ello debilita la confianza que requieren los imperados para organizar y desarrollar sus actividades. La seguridad jurídica, vale decir, la firme convicción de que todos nuestros actos están regulados por el Derecho y que sus normas se cumplirán, sea espontánea o coercitivamente, constituye el aporte más valioso de la ciencia jurídica a la organización de la sociedad. La anormalidad que denunciemos, atenta contra este valor que, al decir de los filósofos del derecho, es el único propiamente

jurídico, puesto que solo puede darse en el ámbito de un sistema normativo (Estado de Derecho)⁹. De más está advertir que abiertas las compuertas que permiten al Juez inclinarse por una u otra posición en razón de sus convicciones personales, se introduce con ello el “activismo político”, desfigurándose absolutamente el ordenamiento jurídico. No es fácil, sin embargo, precisar si el “activismo político” es consecuencia de no respetarse las fases de aplicación de la ley antes analizadas, o si es este el que desata el efecto que comentamos.

No faltará quien se pregunte cómo no se ha reaccionado ante un fenómeno de esta importancia que, como lo destacábamos, desvirtúa el sistema en sus bases más profundas. La respuesta incluye varios factores. Desde luego, la apariencia formal que adopta la decisión jurisdiccional, se presenta como si estuviera fundada efectivamente en las normas que se invocan, lo cual induce a pensar que para resolver no se han considerado otros elementos que no sean los normativos extraídos de las leyes que se dicen aplicadas. En el evento que lo decidido contravenga la jurisprudencia, ello no incide ni en el contenido de la resolución ni en las facultades propias del fallador (independencia interna). Pero, quizás si lo más importante sea la sensación generalizada de que la “sentencia pronunciada es justa” y, por lo mismo, pocos se detienen a examinar sus fundamentos que, por lo demás, atendido su carácter técnico, queda reservada para el juicio de los abogados. Tan evidente es lo que manifestamos, que ha sido la propia Corte Suprema la que ha instado a los jueces a expresarse con una terminología que no impida la comprensión del hombre medio.

De ser efectivo lo que examinamos en este artículo, el sistema jurídico, en cierta medida, se vería burlado, principalmente por afectación de la certeza jurídica. Entre las virtudes del “Estado de Derecho”, no puede dejarse de ponderar que los efectos de los actos ejecutados por los imperados son previsibles, vale decir, susceptibles de anticiparse razonablemente por un hombre medio. Quien vive al alero del derecho sabe, con antelación, qué consecuencias se seguirán de sus actos, de qué manera compromete su responsabilidad, de qué derechos es titular y de qué medios dispone para hacerlos valer. En otras palabras, estará en situación de controlar dichos efectos (producirlos o cancelarlos). Es este,

⁹ Conviene dejar constancia que no es esta nuestra posición sobre los valores propiamente jurídicos. La idea de que existe un solo valor jurídico (la seguridad jurídica) corresponde al profesor Jorge Millas. Nosotros estimamos que puede constatarse la existencia de otro valor jurídico, tan importante como el anterior. Se trata de la “normativización coercitiva de la conducta social”. El fundamento de esta concepción radica en que el derecho supone que todas las conductas sociales están reguladas por el ordenamiento jurídico, sea por efecto de una prescripción directa o indirecta, y su incumplimiento es sancionado coercitivamente. Así las cosas, el sistema jurídico se asienta en la admisión colectiva de que toda conducta social está regida por una norma que se cumplirá espontánea o coercitivamente. Hemos tratado esta materia en “El Derecho como creación colectiva” (Ediciones Jurídicas. Universidad del Desarrollo. Año 1999), “Estructura Funcional del Derecho” (Ediciones Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo. Año 2001) y “Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del Derecho” (Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo, Año 2006).

muy probablemente, el mayor perjuicio que desencadenará la alteración del proceso de aplicación de la ley descrito en las páginas anteriores.

No es extraño, entonces, que los abogados no profundicen en sus defensas los aspectos jurídicos del conflicto, y pongan mayor acento en situaciones de hecho que sirven para inclinar las simpatías del tribunal en uno u otro sentido. Lo que advertimos se evidencia con mayor nitidez en el área penal.

III. El abuso judicial

La misión fundamental de los abogados no consiste solo en comparecer ante los tribunales de justicia en defensa de los derechos que se le confían, como lo dispone el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales. Antes que ello, debe esmerarse en procurar un entendimiento que zanje de común acuerdo el conflicto suscitado. En materia civil la *"última ratio"* debería ser el requerimiento al tribunal. De aquí la importancia que cobran cada día las técnicas de mediación que culminan con un convenio que sustituye el costo material y moral que implica un juicio, cualquiera que sea su naturaleza. Hay que tener en consideración que la apertura de un proceso judicial, sea civil o penal, implica siempre un daño para la sociedad y los intervinientes. Lo anterior, sumado al hecho que, por lo general, el conflicto surge de interpretaciones encontradas, hace evidente la conveniencia de instar por un entendimiento razonable y equilibrado. La llamada "justicia de los acuerdos" es una corriente que se abre paso con fuerza a fin de evitar litigios inútiles de alto costo para las partes y perjuicio para la sociedad toda.

Ocurre, sin embargo, que suele emplearse la libertad de ocurrir ante los tribunales de justicia en demanda de una cierta pretensión, no para obtener una respuesta jurisdiccional, sino para generar una presión indebida y obtener aquello que no corresponde o más de lo que corresponde. En cierto tipo de conflictos (de libre competencia, ambientales, sobre servicios públicos, etc.), se usa y abusa de este recurso, a fin de intimidar a la parte contraria e imponerle condiciones que en otro contexto serían ilusorias. Son numerosos los casos en que una empresa o una persona natural, para intervenir en un negocio, no puede hallarse afectada por una acción judicial. En tal supuesto, quien es arrastrado a los tribunales queda "en manos" de su contraparte premunido de armas desiguales¹⁰.

¹⁰ Lo que anotamos se hace todavía más evidente en el campo penal. Frecuentemente, quien detenta una pretensión civil, prefiere invocar la comisión de un supuesto delito, lo cual, por cierto, coloca la contraparte en situación desmedrada atendida la naturaleza de la acusación. Así, por vía de ejemplo, el mandatario es acusado de apropiación indebida, el comodatario de usurpación, el socio de defraudación. De aquí nuestra insistencia en el sentido de facultar al juez para declarar la inadmisibilidad de una demanda civil.

Este tipo de situaciones se da preferentemente ante grandes inversiones (generadoras de energía eléctrica, proyectos mineros, inmobiliarios, industriales, etc.), invocándose, por lo general, la lesión a las normas medioambientales. Es frecuente observar que a propósito de la “judicialización” de un conflicto, se organizan “movimientos” paralelos, que le dan una cierta legitimidad social a las cuestiones planteadas. De este modo, se obtiene un respaldo público que hace verosímil y justo lo demandado, todo lo cual no implica desconocer legítimas aspiraciones que merecen respeto y consideración. Precisamente de estas últimas se aprovechan aquellas. Tampoco podría nadie desentenderse de los espacios que ha conquistado en la conciencia pública todo lo concerniente al derecho ambiental. Cada día se incorporan nuevas exigencias fruto de la preocupación que despierta esta temática en todos los sectores de la comunidad. ¿Cómo encarar esta realidad? ¿Cómo evitar este abuso que se sirve de la jurisdicción para obtener un provecho indebido?

Reducido el problema al ámbito judicial, existen varios medios que bien empleados pueden poner fin o, al menos, atenuar estos abusos: así, por ejemplo, las costas judiciales, la indemnización de perjuicios, el examen previo de admisibilidad de las demandas y recursos que se deduzcan, la caución anticipada, la solidaridad entre cliente y abogado para los efectos del pago de costas y los daños. Ninguno de ellos se ha incorporado a la tradición de nuestra judicatura, razón por la cual no resultará fácil su utilización.

Sobre las costas judiciales, remedio clásico para sancionar a quienes litigan sin fundamento plausible o son vencidos totalmente, se presenta un inconveniente difícil de remover: los jueces no han logrado armonizar la realidad con sus determinaciones. La fijación de costas no refleja, en la mayor parte de los casos, los gastos en que incurre el litigante, sino, muchas veces, una parte ínfima de éstos. De allí que, a pesar de haber tenido éxito en el litigio promovido infundadamente, no consigue el afectado ser resarcido en su integridad. A lo señalado hay que agregar que los daños que causa un litigio malicioso o irresponsablemente intentado, no solo se reflejan en los costos directos (costas procesales y personales), sino que en daños reflejos o derivados. ¿Cómo recuperar los daños del negocio que no se hizo o que se hizo en condiciones desmejoradas por efecto del juicio? ¿Cómo evitar que la imagen de una persona sufra un detrimento de importancia si el juicio lo coloca en situación desdolorosa? Las costas, ciertamente, ni siquiera se aproximan a dar una solución efectiva y real.

La indemnización de perjuicios, se presente como otro medio idóneo para los fines que se proponen. Esta solución tiene dos inconvenientes graves: por una parte, los jueces suelen sostener la tesis de que un juicio no da lugar sino al pago de las costas judiciales y no a otras prestaciones resarcitorias, por cuanto ello atentaría contra el derecho de recurrir a los tribunales en procura de expectativas que –aun infundadas– son expresión del ejercicio de una garantía

constitucional; por otra parte, concluido un juicio, iniciar otro respecto de los efectos del anterior, no parece ser una receta muy atractiva para el dañado. De aquí que no sea este medio utilizado en el mundo judicial, sino excepcionalmente.

Otra medida, por la cual nos inclinamos decididamente, consiste en modificar las normas procesales para introducir un control de admisibilidad, a requerimiento del afectado, respecto de las acciones temerarias e infundadas que se intenten. Este procedimiento tendría la ventaja de atajar las demandas abusivas y solucionar en tiempo breve las consecuencias dañosas que se reclaman. No se trata de crear una nueva instancia, sino solo de incorporar un procedimiento expedito y rápido para resolver situaciones excepcionales (demandas temerarias, infundadas, dolosamente planificadas para obtener beneficios indebidos o un provecho que no corresponde a quien lo demanda). También esta medida ofrece resistencia porque se teme que dicho procedimiento no sea más que nuevos recursos dilatorios para retardar la acción de la justicia.

Habida consideración del hecho de que tras un exceso como el analizado, aparecerá invariablemente la dirección de un abogado, debería volverse a instaurar lo que existió hasta hace algunos años, la obligación solidaria del abogado con su cliente. Esta medida servirá para disuadir a quienes proyectan un aprovechamiento ilícito. Todavía más, responsabilidad solidaria debería extenderse, en casos calificados, a todos los daños que se provoquen, no solo a los costos del juicio.

Finalmente, es posible exigir, en determinados casos y a petición del directamente afectado, caucionar los daños que puedan causarse cuando se advierta una grave inconsistencia en la acción ejercida o se vislumbre que ella sirve para la consecución de objetivos indebidos. Como es obvio, todas las medidas enunciadas pueden combinarse de manera de hacer más efectivo este procedimiento.

Lo cierto e indesmentible es que debe buscarse y ponerse en funcionamiento algún recurso para evitar el abuso judicial, el cual parece haberse incrementado en el último tiempo con un perverso exhibicionismo que sirve para advertir la efectividad de esta maligna receta.

No creo que puedan nuestros legisladores mantenerse indiferentes ante esta realidad que afecta por igual a todos quienes intervienen en proyectos o inversiones de importancia. No es exagerado decir que tan pronto se comunica la intención de iniciar un emprendimiento de envergadura, casi automáticamente, surge la oposición de vecinos, competidores, organizaciones no gubernativas, etc., que se empeñan en hacerlo fracasar. Esto, como se dijo, se da de preferencia en el área ambiental e industrial, frenándose iniciativas provechosas. Incluso más, hay áreas como la ecológica, en que se movilizan organismos internacionales

especializados en alertar a los grupos afines para la realización de campañas destinadas a paralizar inversiones y proyectos de desarrollo.

IV. Retardo de la justicia civil

Uno de los problemas que más pesa a la hora de calificar la eficiencia de la justicia civil, es el retardo con que se tramitan los procesos, se dictan las sentencias y se hacen cumplir. Se ha dicho y con razón, que la justicia, para tener el carácter de tal, debe ser oportuna. Cuando ella demora demasiado no pasa de ser un remedo de justicia que no satisface a quienes legítimamente la demandan.

Cabe preguntarse: ¿Sobre quién recae la responsabilidad de un hecho de esta naturaleza? La respuesta compromete un sinnúmero de factores que concurren en su producción.

En primer lugar, debe advertirse el exceso de trabajo que pesa sobre los jueces. El ingreso anual supera el millón ochocientos mil causas civiles. Es cierto que de ellas solo un porcentaje menor se tramitan íntegramente, la mayor parte de las causas “quedan en el camino”, sea porque se abandonan, las partes se avienen, no se notifican, etc. Pero, por alto que sea el porcentaje en que se rebaje la carga laboral de los tribunales, el número de causas a que es llamado un juez (especialmente en las grandes ciudades), es enorme frente a la capacidad normal de un tribunal. Dictar una sentencia implica un estudio, a veces profundo, de cuestiones complejas, que exigen reflexión, estudio y conocimiento de la jurisprudencia. De aquí que no pueda exigirse, como ocurre a menudo, buenas y oportunas sentencias. Piénsese solo en el hecho de que en el Gran Santiago funcionan 30 juzgados civiles. Por otra parte, no existe un examen de admisibilidad inicial, razón por la cual, si una persona deduce una demanda reclamando la propiedad del Palacio de Gobierno, el juez está obligado a tramitarla, incluso, a dictar sentencia de término.

En segundo lugar, no cabe duda de que coadyuva a la “parsimonia judicial” el llamado “principio de pasividad” que impera en materia civil, debiendo el juez, a través del tiempo, ir acumulando antecedentes que solo vendrá a evaluar al momento de pronunciar su sentencia, no antes. Algunos intentos por romper esta inercia (como ocurre con el trámite de conciliación, que en su oportunidad se estimó como un avance efectivo y que ha terminado en el más rotundo fracaso), no han permitido dar a los juicios civiles mayor celeridad.

En tercer lugar, debemos remitirnos a las normas procesales, vigentes desde hace muchos años con escasas innovaciones, que en el día de hoy no satisfacen las necesidades económicas y sociales que debe resolver la jurisdicción. Para demostrarlo, basta un ejemplo. El llamado juicio sumario –regulado en los ar-

títulos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil— concebido para las acciones que requieren de una tramitación rápida para ser eficaces, demoran tanto o más que un juicio de lato conocimiento. No existe un procedimiento expedito que impida un retraso indebido y perjudicial para aquellos que con urgencia ponen en movimiento la actividad jurisdiccional¹¹.

En cuarto lugar, el curso que debe seguir el fallador (exposición de los hechos, acciones y defensas sostenidas por las partes, consideraciones de hecho y de derecho que sirvan para justificar la decisión, y resolución de la cuestión debatida), no se cumple a cabalidad y, parte de esta tarea, se delega en funcionarios inferiores. De esta manera, la sentencia no siempre representa el análisis coherente previsto y querido por el legislador. No admite discusión la circunstancia de que una mala sentencia abre camino a los recursos judiciales, muchos de los cuales aumentan considerablemente el tiempo de tramitación.

En quinto lugar, los abogados utilizan torcidamente, en muchos casos, los vacíos procesales para extender indebidamente el curso de los procesos civiles. En lugar de asumir la posición que les corresponde, esto es, de colaboradores de la justicia, abusan de los recursos y los plazos para retardar la tramitación y mejorar la posición de sus representados. Nos remitimos a lo aseverado precedentemente, en orden a que es esencial buscar una solución para evitar el abuso procesal, reiterando que se trata de una materia delicada porque compromete el ejercicio de los derechos fundamentales.

Solo comprendiendo esta realidad es posible medir la importancia que nosotros asignamos al “examen de competencia para el ejercicio de la actividad jurisdiccional”, lo cual evitaría que puedan participar en el funcionamiento de la potestad jurisdiccional quienes no cumplen las exigencias mínimas para su desempeño. No es esta la problemática que nos ocupa, pero no debe ella dejarse de mencionar.

En suma, es cada día más urgente ocuparse del retraso de la justicia, especificando los factores que concurren en este fenómeno y abordándolos con soluciones creativas y, sobre todo, prácticas.

V. Independencia Judicial

Para cerrar estas apretadas reflexiones, no puede faltar una referencia sobre la independencia de los jueces. De poco sirven las encuestas realizadas a

¹¹ No podemos dejar de mencionar el hecho de que algunos abogados recurren, muchas veces infructuosamente, a procedimientos excepcionales concebidos para otros fines. Así, por ejemplo, se acomoda la situación para deducir un recurso de protección o de amparo económico, eludiendo, de este modo, los procedimientos que corresponden.

quienes han tenido una experiencia en el ámbito judicial. Como se ha dicho muchas veces, en el ejercicio de la jurisdicción hay vencedores y vencidos y, como es natural, los primeros alabarán a la judicatura, en tanto que los otros la menospreciarán. Lo que señalamos queda de manifiesto frente a la actitud de la parte vencida, la cual, por lo general, atribuye su derrota, no a la justicia o falta fundamentos de su causa, sino a la existencia de factores ocultos (amistad, influencia, afinidades religiosas o políticas, simpatías personales, etc.) que condicionan la decisión.

Es frecuente escuchar que la balanza de justicia se inclina siempre en favor de los “ricos” y los “poderosos”, sin concretar una aseveración de esta gravedad. Sostenemos que los jueces en Chile son honestos y honrados y que se hallan al margen de cualquier sombra de duda a este respecto. Más aún, la Corte Suprema ha sido implacable cada vez que un juez o un auxiliar de la administración de justicia ha incurrido en una falta que comprometa el ejercicio de sus funciones, asumiendo en plenitud sus facultades disciplinarias y apartando del Poder Judicial al infractor.

En el plano institucional lo que sí preocupa y puede ser considerado como un factor altamente negativo, es la intervención de los otros poderes del Estado en la designación y ascenso de nuestros magistrados. Como es sabido los jueces de primera instancia, los ministros de las cortes de apelaciones y los de la Corte Suprema son designados por el Presidente de la República. Es cierto que ello ocurre a proposición de los tribunales (terna o quina), y tratándose de los miembros del Tribunal Supremo, además, con aprobación de los 2/3 de los senadores en ejercicio. Pero las facultades de los poderes Ejecutivo y Legislativo –de génesis y naturaleza política– en la designación de los jueces, sin duda afecta la prescindencia política de los magistrados y enturbia la imparcialidad que se exige a nuestros magistrados. Quienes admiten la intervención de los poderes de naturaleza política (Legislativo y Ejecutivo), en la designación de los jueces, arguyen que la legitimidad para el ejercicio de la función pública solo puede provenir de la voluntad popular que se expresa en elecciones periódicas. Limitan, de esta manera, lo que la propia Constitución expresa en su artículo 5, según el cual el ejercicio de la soberanía se **“realiza por el pueblo través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece”**. Por consiguiente, la potestad puede hallarse fundada tanto en el poder electoral como en el mandato normativo y en ambos casos su ejercicio es igualmente legítimo.

Tampoco es dable ignorar que en la práctica todos los organismos políticos intentan influir en el Poder Judicial y en los tribunales especiales (cada día más importantes y numerosos), sin que se pueda advertir en qué medida lo consiguen. Lo que anotamos se ha visto incrementado por dos hechos. Desde luego, el contencioso administrativo que, a partir del año 1989, ha quedado en

manos del Poder Judicial (artículo 38 de la Carta Constitucional), lo cual implica la revisión de actos administrativos y el establecimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuestiones tradicionalmente ajenas a la judicatura ordinaria. Asimismo, es un hecho que la misma autoridad con frecuencia traspasa a los tribunales de justicia conflictos y controversias de raíz políticas, como una manera de eludir su responsabilidad en conflictos de esta índole.

Quienes consideramos la independencia judicial como una exigencia esencial en el marco de un “Estado de Derecho” (sin apellido), no podemos menos que proclamar nuestros deseos más fervientes de que se encuentre una fórmula que excluya toda injerencia de la política en el ejercicio de la judicatura. Lamentablemente esta posición no es compartida por algunas agrupaciones de jueces que postulan, incluso, la existencia de organismos ajenos a la judicatura llamados a designar y promover a quienes forman parte de la carrera judicial. La experiencia comparada revela que todas las naciones que han intentado esta solución, han fracasado rotundamente y terminado por transformar a los tribunales en parte del botín político.

Muchas otras observaciones podrían agregarse a la hora de hacer un juzgamiento objetivo del funcionamiento de nuestros tribunales civiles, pero lo que no puede ignorarse es la falta de interés de los legisladores sobre el tema. Pasan, una a una, las legislaturas, sin que se aprueben proyectos tan necesarios como el relativo a los “abogados integrantes” o la modernización del Código de Procedimiento Civil, no obstante existir proyectos que aliviarían considerablemente las debilidades y defectos de nuestro ordenamiento.¹²

El presente trabajo debe considerarse como complemento del artículo “Actuales Desafíos del Derecho”, publicado en esta misma revista, en el cual se analizan diez reformas urgentes que no pueden mantenerse congeladas sin grave daño para nuestra juridicidad¹³.

¹² La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo presentó, en el mes de junio de 2013, un proyecto completo de modificación del Código de Procedimiento Civil, que no implica mayores costos y que aceleraría considerablemente el ejercicio de jurisdicción. Salvo la comparecencia a una Comisión de la Cámara de Diputados, que permitió, en líneas muy generales, explicar los alcances del proyecto, nada se ha avanzado sobre la materia. Atendida la actual situación, no parece posible abocarse a este problema.

¹³ “Actuales Desafíos del Derecho”. Revista *Actualidad Jurídica*. N°34. Julio 2016. Pág. 61 y ss.

Función de la legitimación *ad causam* en el sistema procesal civil (Pretexto: un caso de litisconsorcio necesario pasivo impropio)

MARIO ROJAS SEPÚLVEDA

Abogado UDEC

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: La comprensión de la función de la legitimación *ad causam* en el sistema procesal civil exige tener en cuenta los institutos de acción procesal abstracta, y concreta, que operan de modo paralelo y complementario en el proceso jurisdiccional. En su modalidad propia, la carga de afirmación –al menos implícita– de concurrencia de legitimación *ad causam*, activa y pasiva, es presupuesto del proceso. La verificación de su realidad, en cambio, constituye presupuesto de la sentencia de fondo favorable. En su modalidad sustitutiva, la aseveración de concurrencia de legitimación *ad causam* propia en el sujeto sustituido, es presupuesto del proceso, y la comprobación de su existencia es presupuesto del fallo que acoge la acción; mientras que la concurrencia de legitimación *ad causam* sustitutiva –en el sujeto sustituto– es presupuesto del proceso. Estos principios no se alteran en hipótesis de litis consorcio necesario impropio. La omisión de emplazamiento de un litis consorte necesario no conlleva nulidad procesal, sino sentencia de fondo de rechazo de la acción concreta instaurada; lo que no obsta a que el defecto pueda reclamarse por vía de excepción dilatoria de corrección procesal. La sentencia de fondo pronunciada en ausencia de un litis consorte necesario es *inutiliter datur* (inoponible al interesado omitido). Estos principios pueden modificarse por reglas legales expresas, que existen en ordenamientos extranjeros, y no se hallan en el Código de Procedimiento Civil chileno.

* * *

1. Pretexto casuístico

María Abaroa, titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, demandó al Fisco, este propietario de un predio, para la constitución de servidumbre de acueducto sobre un área en que se halla un canal, que dijo abandonado, de nombre “Yalquincha”, y la regulación de la indemnización. Después de la citación a oír sentencia, compareció la “Comunidad de Aguas Canal Yalquincha” (en adelante: la Comunidad), como tercero independiente, sosteniendo

que tenía derechos sobre el canal, que no estaría abandonado, y, entendiendo que habría debido ser emplazada en el proceso para poder hacer valer su posición jurídica, pidió la declaración de invalidez de lo obrado. La sentencia de primera instancia desestimó la nulidad procesal, añadió que la Comunidad carecería de legitimación pasiva, porque la servidumbre solicitada tendría un trazado diferente, y, en cuanto al fondo, acogió la acción, declaró constituida la servidumbre y reguló la indemnización¹. La Comunidad apeló. La sentencia de segundo grado concluyó que *“no puede haber duda alguna sobre el evidente interés que la Comunidad de Aguas Canal Yalquincha tiene en el resultado de la presente acción y, por lo mismo, debe concluirse que está legitimada para intervenir en estos autos”*, en atención a que lo pedido es la constitución de una servidumbre de acueducto sobre un canal que pertenece a la Comunidad. Sin embargo, en vez de limitarse a revocar el fallo y desestimar la demanda, por exclusiva razón de falta de completitud de la legitimación pasiva *ad causam* (omisión de emplazamiento de la Comunidad), lo revocó y rechazó la acción, en atención a que la demanda incide en un canal de la Comunidad y que no está abandonado. La demandante recurrió de casación en la forma y en el fondo².

La resolución de mayoría de la Tercera Sala de la Corte Suprema razonó así: **(i)** la acción de la demandante, del modo en que la planteó, incurrió en defecto de falta de completitud de la legitimación pasiva *ad causam*, puesto que el beneficio jurídico pretendido, en la situación concreta, implicaba la condición de legítimo contradictor de la Comunidad cuyo emplazamiento fue omitido, para que esta pudiera defender su posición jurídica; y, **(ii)** la legitimación pasiva constituiría una cuestión de procesabilidad que determinaría la invalidez de la relación procesal en este supuesto de litis consorcio necesario impropio, entendimiento que sería coherente con la garantía constitucional del debido proceso. De oficio, ejerciendo la facultad del art. 84 inciso final del CPC, anuló lo obrado, reponiendo la causa al estado de emplazar al litis consorte preterido³.

La disidencia⁴, compartiendo la reflexión **(i)**, discrepó respecto del razonamiento **(ii)**, porque el defecto de legitimación pasiva *ad causam* no es presupuesto del proceso, sino de la sentencia de fondo favorable a la acción ejercida. Fue de parecer de casar de oficio el fallo de alzada, por concurrencia del vicio de carecer de las consideraciones exigibles en torno a este particular⁵, que habría debido examinar oficiosamente⁶, en términos que, de contenerlas, habría

¹ 30 de agosto de 2013, Rol N° 5.241/12, 2° Juzgado Civil de Antofagasta.

² 5 de agosto de 2014, Rol N° 873/2013, Corte de Apelaciones de Antofagasta, ministros Clavería y Franulic (redactor) e integrante señor Orellana.

³ 2 de abril de 2015, Rol N° 26.704/14, mayoría formada por los ministros Carreño, Pierry, Aránguiz (redactor) y SANDOVAL.

⁴ Ministra EGNEM.

⁵ Art 768 N° 5 en relación con el art. 170 N° 4 del CPC:

⁶ Como se apuntará en el texto *infra* (19), los presupuestos de fondo de la sentencia favorable a la pretensión deben ser examinados de oficio por el juez.

rechazado la demanda sobre la exclusiva base de defecto de falta de completitud de la legitimación pasiva *ad causam*, sin ingresar al examen de las demás condiciones de fondo de admisión de la acción.

¿Lleva la razón la mayoría o la disidente? Responder esta interrogante exige examinar los elementos del sistema procesal civil, su coherente integración funcional, y los deslindes técnicos de aquellos. Empero, reconocemos desde el principio que el estudio del fallo aludido no forma aquí más que un pretexto para emprender una actualizada y comprensiva revisión de ciertos aspectos importantes de la teoría general del proceso.

1.bis.- ¿Utilidad del enfoque de este trabajo a partir de la exposición de conceptos dogmáticos de la teoría general del proceso?

Nuestro objetivo es aportar a la fluidez y corrección de la labor práctica de abogados y jueces, a quienes puede servir contar con un texto que –basado en las enseñanzas de los doctrinadores y remitiendo a las obras más importantes– sirva de guía para determinar en qué casos puede pronunciarse una sentencia de fondo, y en cuáles se impone la abstención o un fallo de absolución de instancia que no dictamina acerca de *lefond* (presupuestos procesales); la distinción entre vicios que originan una cosa juzgada meramente aparente y defectos que se sanan por la *summa* preclusión; superada la valla formal, qué exigencias de fondo deben reunirse para que se dictamine favorablemente al actor, cómo y respecto de qué data deben apreciarse (presupuestos de la sentencia de fondo favorable); a qué tipo de reacción del demandado corresponde la negación de estos presupuestos de fondo y cuál es su tratamiento procesal; qué intensidad de autoridad de cosa juzgada produce la sentencia de rechazo por inconcurrencia de presupuestos de fondo; de qué contenidos se compone el concepto contemporáneo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y cómo se relaciona con el clásico debate suscitado por el instituto de la acción procesal; cuál es la finalidad verdadera del proceso jurisdiccional (cosa juzgada) y cómo interaccionan con ella el derecho material a la tutela judicial justa, así como la posibilidad de la sentencia injusta; cómo se compatibiliza la operación paralela, en el proceso, de la relación procesal originada por el ejercicio de la acción procesal abstracta, y de la relación o situación material que es objeto del litigio, a la que apunta la acción procesal concreta, y cómo interactúan coherentemente entre sí; en este contexto sistemático, qué es la legitimación *ad causam* y cuál es su función en el sistema procesal, en sus diferentes modalidades (propia o sustitutiva, y, dentro de la propia, normal u ordinaria y anormal o extraordinaria), lo que exige responder qué tipo de presupuesto es (procesal o de fondo); y, finalmente –en torno al pretexto casuístico declarado– con qué modalidad de legitimación *ad causam* se relaciona el instituto de litis consorcio necesario impropio y cuál es su adecuado tratamiento procesal.

El objetivo es, así, práctico. Una correcta praxis exige el dominio de institutos dogmáticos esenciales. La finalidad de estos consiste en servir a aquella. La lectura del trabajo, además, demostrará las consecuencias perjudiciales de nuestros programas de enseñanza procesal, que transmiten contenidos cuantitativamente excesivos en torno a las ritualidades, y escasa formación conceptual y sistemática, con todavía menor énfasis en la aplicación práctica de los institutos jurídicos. Una experiencia académica y profesional que ya es extensa nos evidencia que no es posible operar correctamente las ritualidades en la praxis si no se comprende la teoría general del proceso. Una transformación de los programas de instrucción, en esta orientación, nos parece esencial. El abogado que comprende el sistema procesal puede entender los procedimientos. A la inversa, es ejercicio inútil.

Finalmente, excepción hecha de nuestro entendimiento acerca de la imprescindible compatibilidad de los institutos de acción procesal abstracta y acción procesal concreta, este trabajo no contiene ideas novedosas, sino que, al contrario, se sustenta en las enseñanzas de los procesalistas más autorizados entre los exponentes clásicos y contemporáneos de la disciplina.

2. La acción procesal

La acción procesal es el motor que –con la aspiración concreta de lograr en definitiva el acogimiento de un específico *petitum* incidente en una relación o situación jurídica material– pone en marcha el proceso, instrumento, este, que permite que el sistema jurisdiccional, en el acto de juicio, voluntad y adjudicación que se contiene en la sentencia: **(i)** dirima el conflicto que originó el ejercicio de la acción, sea ésta de cognición, ejecutiva o cautelar; o, **(ii)** aun en ausencia de contienda, ejecute la intervención de carácter constitutivo que es –por excepción– imprescindible para crear o alterar ciertos estados jurídicos que la ley determina⁷.

3. Eficacia de la acción procesal, en perspectivas abstracta y concreta

Ahora bien: **(i)** la acción procesal será eficaz, en perspectiva abstracta, en la medida que resulte apta para conducir a una sentencia de fondo, esto es, que

⁷ Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Librería El Foro, 1996, de la segunda edición en italiano, Volumen I, pág. 154. Son consideraciones de seguridad jurídica las que, en ciertos casos, determinan al legislador a reservar al juez el poder de intervenir en una relación jurídica (Goldschmidt, James, *Teoría General del Proceso*, redacción en español realizada por el autor con la colaboración de Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, 1936, pág. 27).

dirima el objeto litigioso⁸, en sentido favorable o desfavorable al actor⁹; objetivo que será logrado en la medida en que el tribunal verifique, *ex ante* respecto del juzgamiento sustancial, que se reúnen los presupuestos del proceso¹⁰ o de la posibilidad de una sentencia sobre el fondo¹¹ o del examen del mérito¹²; en tanto que, en cambio: **(ii)** la acción procesal será eficaz en su perspectiva concreta, si es apta para producir un dictamen de acogimiento del específico *petitum* formulado por el demandante respecto de la cuestión material planteada; finalidad que se obtendrá si el tribunal, *in tempore iudicium*, verifica la concurrencia de los presupuestos de la sentencia favorable al actor¹³ o condiciones de la acción¹⁴ o requisitos constitutivos de la acción¹⁵ o requisitos de la tutela jurídica¹⁶ o elementos axiológicos de la pretensión¹⁷; porque, como dice pulcramente Calamandrei: “*este derecho, que trata de obtener una determinada providencia favorable, encuentra su satisfacción en el pronunciamiento de esta providencia y en ella se agota y extingue*”¹⁸; o, como también expresa correctamente Redenti, la acción procesal se extingue “*por satisfacción*”¹⁹.

4. Perspectiva abstracta de la acción, en relación con los presupuestos del proceso (o de la posibilidad de una sentencia de fondo), y perspectiva concreta de la acción, en conexión con los presupuestos de la sentencia de fondo favorable

De esta comprensión diferenciada surge que **(i)** al ponderar acerca de la concurrencia de los presupuestos del proceso o de la posibilidad de una sentencia

⁸ En términos del art. 158 inc. 2° del CPC: que se pronuncie “*resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio*”.

⁹ Claramente lo expresa Calamandrei, cuando refiere que el derecho de acción *en sentido abstracto* tiene por objeto –y por ende se agota con– “*una providencia que declare si el reclamante tiene o no razón*” porque el derecho de acción, en esta perspectiva, corresponde “*también a quien no tiene razón, como derecho a obtener una providencia del juez que le declare que no tiene razón*” (Instituciones, Volumen I, pág. 248).

¹⁰ Bulow, Oscar, La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales, traducción de Miguel Rosas, Editorial Ejea, 1964, edición original de 1868, pág. 5. También: Chiovenda, Giuseppe, Principios de Derecho Procesal Civil, traducción de José Casais y Santaló, Editorial Reus, 1922, tercera edición italiana, Tomo I, pág. 111.

¹¹ Goldschmidt, Teoría, 1936, pág. 19.

¹² Redenti, Enrico, citado por Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 258).

¹³ Couture, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, 1990, reimpresión de la tercera edición, N° 72, página 108.

¹⁴ Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, traducción de Eusebio Gómez Orbaneja y Rafael Greco, Valetta Ediciones, 2005, Tomo I, pág. 80. Sigue esta terminología, entre nosotros, Casarino, Mario, Manual de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, 2005, Tomo III, pág. 59.

¹⁵ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 257.

¹⁶ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Prieto Castro, Editorial Labor, 1936, de la segunda edición alemana, Tomo I, pág. 97.

¹⁷ Quintero, Beatriz, Y Prieto, Eugenio, Teoría, págs. 493/493.

¹⁸ Instituciones, Volumen I, pág. 257.

¹⁹ Citado por Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 257, nota 16.

(favorable o desfavorable) de fondo, el juez razona en función de la perspectiva abstracta de la acción procesal, y, por lo mismo, sin ponderar el mérito; en tanto que **(ii)** al evaluar la presencia de los presupuestos de la sentencia favorable al actor, el juez reflexiona en torno a la perspectiva concreta de la acción procesal, en mira a su objetivo específico de acogimiento de un específico *petitum*, y, por ello, debe valorar el *meritus causae* con referencia a los contenidos reales de la relación material que juzga.

Si el tribunal, al ponderar en perspectiva abstracta –*ex ante* al juzgamiento– tiene por inconcurrentes los presupuestos del proceso, no podrá pronunciar ninguna sentencia de fondo, de manera que habrá de limitarse a anular lo obrado y reponer el proceso al estado de reparar el vicio detectado, si es susceptible de corrección, o a dictar un fallo absolutorio de la instancia o del proceso, sin pronunciarse acerca del fondo debatido²⁰, un fallo puramente procesal de improcedibilidad, *absolutio ab instantia* y *salvis iuribus*, de manera que el tribunal no ponderará la cuestión material debatida, no verificará la concurrencia real, en el caso concreto, de los presupuestos de la sentencia favorable al actor.

En cambio, verificados que sean, como concurrentes, los indispensables presupuestos del proceso, el juez es inexcusablemente obligado a pronunciar sentencia acerca del fondo; y el fallo acogerá el *petitum* en la medida en que, al juzgar, establezca la presencia real de los presupuestos de la sentencia favorable al actor, así como lo rechazará, en el evento opuesto.

Lo que debe comprenderse esencialmente es esto: las perspectivas abstracta y concreta de la acción procesal constituyen dos instituciones jurídicas distintas, compatibles, y de una consideración diferenciada en el proceso jurisdiccional que es lógicamente imprescindible porque como dice Gierke: de la circunstancia que también quien carezca de razón puede promover un proceso “no se puede deducir, como hacen muchos, la completa independencia del derecho a la tutela jurídica respecto del derecho, ya que este derecho público frente al Estado se acuerda solo al objeto de tutelar derechos efectivos”²¹.

5. Enunciación anticipada de conclusiones en torno a *legitimatío ad processum* y *legitimatío ad causam*

Los conceptos anunciados *supra* (3/4), que serán fundados *infra* (8/18), son de ineludible comprensión precedente al examen de la cuestión de la *legitimatío*

²⁰ Gandulfo R., Eduardo, Presupuestos Procesales y Su Decaimiento en los Juicios Personalísimos, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, 2011, pág. 286.

²¹ Gierke, Otto, citado por Chioyenda, La Acción en el Sistema de los Derechos, en Ensayos de Derecho Procesal Civil, traducción de Santiago Sentís Melendo de la edición italiana de 1930 y 1931, Editorial EJE, 1949, volumen I, pág. 90, nota 42.

en el sistema procesal civil²², puesto que, como se desarrollará en su lugar (17 y 26/31):

A.- Es presupuesto del proceso la legitimación *ad processum* (parte existente y procesalmente capaz), que constituye “una condición necesaria tanto para poder tener razón, como para lo contrario”²³. Su inconcurrencia, constatada *in limine litis*, impone la nulidad de lo obrado, o la *absolutio ab instantia, salvis iuribus*. Verificada *ex post processum*, únicamente tratándose de vicios que no puedan entenderse saneados por la *summa* preclusión derivada de la autoridad de cosa juzgada, conlleva igualmente la declaración de ineficacia de lo actuado²⁴.

B.- La afirmación, en la demanda, explícita o implícita, de concurrencia de legitimación *ad causam* propia, activa o pasiva, normal o anormal²⁵, y –en caso de invocación de legitimación *ad causam* sustitutiva, activa o pasiva– la aseveración por el sujeto sustituto, en la demanda, de presencia de legitimación *ad causam* propia, normal o anormal, en el sujeto sustituido, es un presupuesto del proceso²⁶. Es absurdo –y por lo mismo inconciliable con la garantía del debido proceso– sostener que pueda desarrollarse un proceso en que la titularidad activa y pasiva del derecho de gestionar el interés debatido no venga al menos implícitamente afirmado en la demanda. La omisión se rige por las reglas de los presupuestos procesales. Puede ser señalada *ex officio* en cualquier estado y grado de la causa²⁷.

²² La importancia del concepto de acción en relación con la cuestión de la legitimación ha sido recientemente enfatizada por Juan Sánchez, Ricardo, *La Legitimación en el Proceso Civil*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2014, págs. 25 y ss., y, con referencia a la doctrina del profesor De la Oliva, ver especialmente: pág. 74.

²³ Chiovenda, *Principios*, Tomo I, pág. 115.

²⁴ Por ejemplo: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss. El presente trabajo no tiene por objeto profundizar en el concepto de *legitimatío ad processum* y por ello no desarrolla la interesante cuestión de cuáles casos quedan saneados por la cosa juzgada y cuáles no.

²⁵ En cuanto a la definición de las modalidades propia (normal o anormal) y sustitutiva de la legitimación *ad causam*, y de las nociones de sujetos sustituto y sustituido, véase en el texto *infra* (26/31).

²⁶ En este sentido –en términos prácticos– la aseveración que basta para la tramitación de la demanda: Cordón Moreno, citado por Montero, Montero Aroca, Juan, *De La Legitimación en el Proceso Civil*, Editorial Bosch, 2007, pág. 76.

²⁷ Véase, en esta orientación, aun para un caso menos claro, la afirmación de Satta, Salvatore, respecto de la intuición de la casación italiana (*Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Fernando De la Rúa, Editorial EJE, 1971, séptima edición en italiano, 1967, Tomo I, pág. 87). **Excursus:** El presente trabajo se dirige a abogados, jueces y estudiantes de derecho, es decir, a humanistas. Por esto, no eludo la tentación de advertir que Salvatore Satta no solo fue un magnífico y nada pacífico jurista (sus contenciones con Francisco Carnelutti, que le llamó “artista del derecho”, son memorables), sino que escribió una de las obras literarias más importantes del siglo XX: “*Il giorno del giudizio*” (El Día del Juicio, Editorial Anagrama, primera edición, 1983, segunda edición, 2010). La obra se inspira en la infancia del jurista en Nuoro, una ciudad de Cerdeña, y está presidida por la figura de su padre, que fue abogado. George Steiner, uno de los intelectuales contemporáneos más reconocidos, en 1987, escribió en *The New Yorker*: “Ningún recordador excepto Walter Benjamin transmite de manera más conmovedora que Salvatore Satta (obsérvese el augurio de su nombre de pila) el derecho de los derrotados, de los ridículos y de los aparentemente insignificantes a ser recordados de manera precisa” (George Steiner en *The New Yorker*, edición e introducción de Robert Boyer, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2009, pág. 119).

C.- La legitimación *ad causam* propia, normal o anormal, tanto activa como pasiva, es decir, el derecho de gestionar, en el proceso, la relación o situación material controvertida, incluida la hipótesis de litisconsorcio necesario, propio o impropio, es un presupuesto de fondo de la sentencia favorable al actor. La verificación de su ausencia en el momento del juzgamiento, en apreciación del *meritus causae*, obliga a sentencia de rechazo del *petitum*. Este fallo desestimatorio, si bien es material, produce autoridad de cosa juzgada en sentido débil (porque no implica propiamente un pronunciamiento acerca del objeto litigioso)²⁸. Y,

D.- La concurrencia real de legitimación *ad causam* sustitutiva, activa o pasiva, únicamente en lo que concierne a la verificación de la calidad del sujeto sustituto, constituye un presupuesto del proceso²⁹, que sigue la suerte de estos. Sin embargo, después de verificada positivamente la calidad del sujeto sustituto, el juez deberá examinar otro aspecto, que constituye presupuesto de la sentencia de fondo favorable al actor, sujeto al tratamiento de estos: la legitimación *ad causam* propia, activa o pasiva, normal o anormal, del sujeto sustituido.

6. Sustento sistemático de las conclusiones enunciadas anticipadamente

Las precedentes conclusiones en torno a legitimación *ad processum* y *ad causam*, que –para claridad expositiva– hemos anunciado desde el principio del presente trabajo, hallan sustento sistemático en esta base conceptual: **(i)** las ponderaciones puramente procesales, que no implican valorar el fondo del objeto litigioso, se relacionan con la perspectiva abstracta de la acción ejercida, es decir, con la posibilidad de pronunciamiento de un fallo de fondo cualquiera, favorable o desfavorable, comprendiendo esta categoría: **(i.a)** la legitimación *ad processum*; **(i.b)** la simple afirmación, en la demanda, explícita o implícita, de concurrencia de legitimación *ad causam* propia, activa y pasiva; **(i.c)** tratándose de legitimación *ad causam* sustitutiva: la verificación de la calidad real de sujeto sustituto; y, **(i.d)** también tratándose de legitimación *ad causam* sustitutiva: la aseveración, en la demanda, explícita o implícita, de concurrencia de legitimación *ad causam* propia en el sujeto legitimado sustituido; en tanto que, al contrario: **(ii)** las valoraciones judiciales que implican ponderar el fondo del asunto material controvertido, se conectan con la perspectiva concreta de la acción instaurada, esto es, con la viabilidad de un fallo de fondo favorable, categoría que comprende: **(ii.a)** la concurrencia real de legitimación *ad cau-*

²⁸ Chiovenda, Principios, Tomo I, pág. 117: “Si (el fallo) niega la acción por defecto de calidad, no niega que el actor pueda volver a deducir la demanda, respecto del mismo derecho, a base de un nuevo hecho que le de la calidad”.

²⁹ Chiovenda, Principios, Tomo I, pág. 116. No seguimos en esta parte a Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 116.

sam propia, activa y pasiva; y, **(ii.b)** tratándose de legitimación *ad causam* sustitutiva, la concurrencia real de legitimación *ad causam* propia, activa y/o pasiva según corresponda, en el sujeto sustituido.

7. Enunciación anticipada de conclusión en torno a la cuestión de legitimatio *ad causam* en caso de litisconsorcio necesario pasivo impropio

Por las razones precedentemente sintetizadas, como se explica en este apartado, y también *infra* (**29 y 33**), es nuestra opinión que no lleva razón la sentencia de mayoría de la Tercera Sala de la Corte Suprema³⁰ que, en un caso correctamente calificado como de litis consorcio necesario, impropio y pasivo, y de falta de completitud de la legitimación *ad causam* propia y pasiva, sostuvo que la omisión de emplazamiento de uno de los legítimos contradictores entrañaría una cuestión de procesabilidad (presupuesto procesal) supuestamente determinante de invalidez de la relación procesal.

La tesis de mayoría –aunque no lo hace constar– sigue el pensamiento de autorizados doctrinadores nacionales³¹, con quienes discrepamos respetuosamente, y en precedentes jurisprudenciales extranjeros italianos modernos, brasileños y españoles, pero es de advertir que estos han de ser considerados cuidadosamente, porque razonan sobre la base de sus propias normativas procesales, que contienen reglas positivas que modifican el tratamiento natural y lógico que es planteado por la doctrina clásica (**véase: nota 35**).

El voto disidente³² porta la solución correcta porque establece que el defecto de legitimación pasiva *ad causam* no es presupuesto del proceso, sino de la sentencia favorable a la acción ejercida; la normativa nacional no contempla, por ahora, normas modificativas de las soluciones que son naturales en teoría general del proceso.

En efecto, la conclusión en el sentido que en la situación de hecho específica el *petitum* de la demandante –constitución de derecho real de servidumbre de acueducto– implicaba no solo la necesidad de emplazar al propietario del predio sirviente, sino también a la Comunidad a que pertenecía el “Canal Yalquincha”, de manera que el conflicto intersubjetivo múltiple quedare resuelto en sentencia única, pronunciada en proceso seguido con todos los litis

³⁰ Ministros Carreño, Pierry, Aránguiz (redactor) y Sandoval.

³¹ Probablemente sobre la base del pensamiento de muy autorizados doctrinadores: Romero, Alejandro, Curso de Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica de Chile, 2006, Tomo I, N° 7.2, pág. 123, y N° 6, 2°, en relación con nota 319, que menciona un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, inédito, de 30 de septiembre de 1997, redactado por el abogado integrante Raúl Tavolari.

³² Ministra Egnem.

consortes, evidentemente que exigió examinar y resolver en perspectiva del fondo del asunto, esto es, de la acción en sentido concreto, puesto que no pudo arribarse a esa conclusión examinando cuestiones puramente abstractas y desconectadas de *lefond*³³.

Por consiguiente, la exacta solución –en el ordenamiento procesal positivo chileno– consistía en un fallo que desestimare la demanda por inconcurrencia de uno de los presupuestos de la sentencia favorable (falta de completitud de la *legitimación pasiva*).

Como por lo demás lo expresa el propio fallo de mayoría, invocando la regla del art. 3° del Código Civil, una eventual decisión de fondo, dictada en omisión de emplazamiento de la Comunidad, habría sido inoponible a ésta, precisamente por no haber sido convocada al proceso. Habría cobrado aplicación la calificación del jurista romano Paulo, rescatada y ampliada por Chiovenda: el fallo habría sido *inutiliter datur*³⁴. Y esto, por *contraddittorio non integro*³⁵. La Comunidad habría estado protegida por la inoponibilidad, así como por el derivado instituto de oposición de tercero prevista en el art. 234 de nuestro CPC. Por lo mismo, la alusión a cosa juzgada para sustentar la tesis de nulidad procesal, “*carece de sentido*”³⁶.

8. Visión diferenciada del concepto de acción procesal

Es sabido que desde el siglo XIX los autores vienen debatiendo acerca de la naturaleza de la acción procesal. La tesis, originada en un planteamiento inicial de

³³ “Las cuestiones sobre las condiciones de la acción llámanse cuestiones de fondo ‘de mérito’ (*mérita causae*) frente a las cuestiones sobre los presupuestos procesales” (Chiovenda, Giuseppe, Principios, Tomo I, pág. 118).

³⁴ Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, volumen III, págs. 310/312.

³⁵ Chiovenda y Fabrini, citados por Cruz E Tuggi, José Rogerio, Límites Subjetivos de la Eficacia de la Sentencia y de la Cosa Juzgada Civil, traducción de Renzo Cavani Brain, Editorial Communitas, 2015, págs. 267/268. A la conclusión del texto, que critica la solución de mayoría, sosteniendo a la disidencia, se arriba con el dato positivo del texto procesal chileno, en que el litis consorcio necesario impropio carece de un tratamiento legislativo que conduzca a conclusión diversa, de modo que el autor no ve sustento para alterar la concepción tradicional que fluye de la lógica jurídica impecable de Chiovenda. Distinto es el caso, por ejemplo, en Brasil, cuyo art. 47 del CPC de 1973 reza: “*Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.*” Con esta regla legal precisa, la jurisprudencia brasileña ha concluido que, detectada la omisión de emplazamiento de un litis consorte necesario durante el proceso, se impone declarar de oficio la nulidad procesal, en tanto que, constatado el vicio *ex post processum*, rige la solución clásica: *inutiliter datur* por *contraddittorio non integro*. Similar es el caso de Italia después del Código de 1941 (Cruz E Tuggi, José Rogerio, Límites Subjetivos, pág. 264, nota 320). En otros términos: solo una norma legal expresa, que en Chile no existe, podría alterar los conceptos propios del sistema procesal civil que surge de los conceptos esenciales de la disciplina. Para las reglas especiales del Derecho Francés: Sánchez, La Legitimación, pág. 230. Acerca del tema conceptual, aplicable al Derecho Chileno, que carece de reglas especiales: Chiovenda, Principios, Tomo I, pág. 180.

³⁶ Montero, De La Legitimación, pág. 225.

Degenkolb³⁷ y predominante entre los especialistas³⁸ es aquella que la concibe como **(i)** la facultad abstracta de obrar ante la jurisdicción para la dilucidación del conflicto, por medio de una sentencia que lo dirima, favorable o desfavorablemente al demandante. Compite todavía arduamente con la doctrina que la comprende como **(ii)** el poder jurídico de poner en movimiento lo necesario para la realización del derecho objetivo, en requerimiento, concreto, de una sentencia favorable al actor, basada en lo esencial en la tesis de derecho a la tutela jurídica formulada por Wach³⁹.

Sin embargo, la lectura acuciosa de las opiniones de los doctrinadores demuestra que las tesis abstracta y concreta refieren, en rigor, a conceptos diferentes y compatibles, de distintas funcionalidades en el sistema jurisdiccional, a los que históricamente –no obstante la distinción– se ha asignado igual denominación; la problemática se limita, por ende, a que la utilización de un mismo vocablo (“acción”) para definir institutos distintos origina confusión; pero no es correcto preferir –como Calamandrei todavía creía que era obligado a hacerlo⁴⁰– entre uno y otro concepto.

9. Consecuencia de la visión diferenciada en materia de presupuestos (del proceso o de la sentencia de fondo, y de la sentencia de fondo favorable)

Esta consideración diferenciadora es esencial en mira a un correcto entendimiento del sistema procesal.

La acción procesal como facultad abstracta de obrar, sustentada contemporáneamente tanto en el derecho constitucional como en la disciplina procesal, se conecta con aquellos que Bulow llamó “presupuestos procesales”⁴¹, concepto que Chiovenda denominó del mismo modo⁴², y, también, “condiciones de existencia de la relación procesal”⁴³, que Goldschmidt, basado en un acucioso estudio de los orígenes romanos, llamó “presupuestos de una sentencia sobre el fondo”⁴⁴, es decir, de la posibilidad del juez de pronunciar una sentencia acerca

³⁷ Chiovenda, Instituciones, Tomo I, pág. 45.

³⁸ Nieva Fenoll, Jordi, Imprecisiones Privatistas de la Ciencia Jurisdiccional, en Realismo Jurídico y Experiencia Procesal, Manuel Serra Domínguez (Liber Amicorum), Editorial Atelier, 2009, pág. 811.

³⁹ Chiovenda, Instituciones, Tomo I, págs. 46 y ss. En similar orientación: Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 243 y ss.

⁴⁰ Instituciones, Volumen I, pág. 256.

⁴¹ La Teoría, pág. 5.

⁴² Principios, Tomo I, pág. 111.

⁴³ Principios, Tomo I, pág. 114.

⁴⁴ El Proceso como Situación Jurídica, traducción de Jacobo López, en Derecho, Derecho Penal y Proceso, Editorial Marcial Pons, 2015, pág. 102, edición original de 1925. También, en Teoría General del Proceso, pág. 19.

del fondo del proceso, y que Redenti denominó "*presupuestos del examen del mérito*"⁴⁵, con pedagógica claridad, puesto que se caracterizan porque su verificación no involucra una valoración concreta del fondo del asunto debatido.

En cambio, la variable de la acción procesal concreta, esto es, como formulación de una pretensión material puntual y definida por un específico *petitum*, para que sea acogido en la sentencia, se relaciona con los llamados presupuestos de la sentencia favorable al actor⁴⁶, que otros profesores denominan condiciones de la acción⁴⁷, requisitos constitutivos de la acción⁴⁸ o requisitos de la tutela jurídica⁴⁹, cuya verificación de concurrencia exige la ponderación –concreta– del mérito de la causa.

10. La visión diferenciada está admitida en la doctrina (clásica y contemporánea) y en la jurisprudencia

La diferencia entre una y otra institución, denominadas no obstante con iguales vocablos ("*acción procesal*"), a la vez que su compatibilidad conceptual, fluye claramente de las enseñanzas de los procesalistas más destacados.

Chiovenda, famoso defensor de la tesis *concreta*, admite no obstante la existencia de la institución del "*llamado derecho abstracto de obrar, entendiendo por tal la simple posibilidad de obrar en juicio, independientemente de un resultado favorable*", que considera correspondiente a una "*facultad jurídica*" de existencia incuestionable porque "*no hay duda de que todo ciudadano tenga la posibilidad jurídica y también material de obrar en juicio*"⁵⁰; cuestión diferente, agrega, es que "***esta mera posibilidad no es lo que consideramos como acción cuando decimos: 'Ticio tiene acción', porque con esto queremos indicar el derecho de Ticio de obtener un resultado favorable en el proceso***"⁵¹.

En similar orientación, Goldschmidt, quien, pese a que sostiene, como concepto de acción procesal, una versión matizada de la tesis *concreta* de Wach⁵², no deja de admitir que la acción propiamente procesal es un concepto de derecho público que se corresponde con la exigencia abstracta del ciudadano en orden a que el Estado administre justicia, afirmando que la demanda es el acto externo que hace nacer la obligación estatal de administrar justicia⁵³.

⁴⁵ Citado por Calamandrei, *Instituciones*, Volumen I, pág. 258.

⁴⁶ Couture, *Fundamentos*, N° 72, página 108.

⁴⁷ Chiovenda, *Instituciones*, Tomo I, pág. 80. Sigue esta terminología, entre nosotros, Casarino, *Manual*, sexta edición, 2005, Tomo III, pág. 59.

⁴⁸ Calamandrei, *Instituciones*, Volumen I, pág. 257.

⁴⁹ Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, pág. 97.

⁵⁰ *Instituciones*, Tomo I, págs. 45/46.

⁵¹ *Instituciones*, Tomo I, págs. 45/46.

⁵² *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, págs. 96 y ss.

⁵³ *Teoría*, pág. 30, nota 11.

No se opone a ello, sino que es diferente, su aseveración en el sentido que la demanda pide una sentencia de contenido determinado y no solamente la administración abstracta de justicia, de manera que aquella contiene una específica pretensión, concepto este que fuera generado por Windscheid⁵⁴ con ocasión de la famosa polémica alemana del siglo XIX.

En la praxis, la lectura de las sentencias, demuestra que los magistrados tienen *in mens* una y otra institución, aun incurriendo normalmente en oscuridad expositiva. A guisa de ejemplo puede mencionarse un fallo de casación de la Corte Suprema de 3 de octubre de 2006⁵⁵, que en pocas líneas alude a ambos conceptos, diferenciándolos:

“La acción, en el orden de los principios, es un derecho subjetivo autónomo dirigido a obtener una determinada resolución jurisdiccional, favorable a la petición del reclamante. Con esta mira, cabe distinguir las condiciones para el ejercicio de la acción y aquellas requeridas para obtener una sentencia favorable. La ausencia de alguna de las condiciones de fondo, determinará el rechazo de la demanda en la sentencia; pero, entretanto, la acción se habrá ejercitado y producido sus efectos dentro del proceso”.

La base de la reflexión del máximo tribunal (*“derecho subjetivo autónomo dirigido a obtener una determinada resolución jurisdiccional, favorable a la petición del reclamante”*), así como su corolario (*“condiciones... requeridas para obtener una sentencia favorable”*), refieren a la acción procesal concreta.

Pero el razonamiento transcrito también alude implícitamente a la acción procesal abstracta, al expresar que, aun en evento de sentencia de rechazo de la pretensión enarbolada, *“la acción se habrá ejercitado y producido sus efectos dentro del proceso”*, puesto que un fallo (de fondo) habrá sido dictado, por haber concurrido *“las condiciones para el ejercicio de la acción”* (presupuestos procesales); alusión que queda todavía más clara si se tiene en cuenta que el fallo, a renglón seguido, menciona *“los elementos de la acción”* (presupuestos procesales), que *“son indispensables”* porque *“la sentencia parte del supuesto de una relación procesal válida”*.

Incluso autores contemporáneos que ponen en duda la utilidad de la discusión acerca del concepto de que venimos tratando, como Nieva⁵⁶, no pueden dejar de demostrar, con sus propias palabras, dichas de paso, la diferenciación de las instituciones, así como su relevancia; en efecto, cuando el doctrinador expresa

⁵⁴ Quintero y Prieto, Teoría General del Derecho Procesal, Editorial Temis, 2008, cuarta edición, págs. 307 y ss. Noción que Windscheid dejó escrita en el art. 194 del Código Civil Alemán que hasta hoy refiere al *“derecho de exigir de otro una acción u omisión”*.

⁵⁵ Primera Sala, Rol N° 5.557/2004, ministros Rodríguez, Muñoz y Herreros, e integrantes Herrera (redactor) y Carrasco. En igual sentido, Primera Sala, 30 de diciembre de 2013, Rol N° 9.538/2012, ministros Segura, Araya y Silva, ministra Maggi e integrante Halpern (redactora).

⁵⁶ Imprecisiones, pág. 810.

que “ningún autor se hubiere atrevido a negar que un ciudadano tenga derecho a la celebración de un proceso”, alude al derecho de ejercer la acción procesal abstracta, es decir, a la facultad de instar por el desarrollo de un proceso que culmine en una sentencia, independientemente de cual sea su resultado, facultad cuyo ejercicio eficaz (pronunciamiento de una sentencia sobre el fondo) requiere de la concurrencia de presupuestos procesales; en tanto que al agregar inmediatamente que “ninguno hubiese afirmado jamás que con la mera presentación de la demanda el demandante forzosamente debía tener razón”, alude tácitamente a la acción procesal concreta, cuyo acogimiento exige la verificación judicial de concurrencia de los presupuestos de la sentencia favorable a la pretensión.

Pues bien, **la claridad de la diferenciación de instituciones y conceptos (acción procesal abstracta en relación con presupuestos del proceso o de la posibilidad de dictar una sentencia acerca del fondo, por un lado, y acción procesal concreta en conexión con presupuestos de la sentencia favorable a la pretensión, por el otro) es imprescindible para un exacto análisis de la legitimación en el proceso civil.** Por ejemplo, como podrá comprenderse ampliamente al final de este trabajo, en la falta de advertencia en torno a la complementariedad de los institutos se halla la causa de las injustificadas críticas que dirige Devis Echandía a las doctrinas de Chiovenda y Calamandrei en torno a la *legitimatío ad causam*⁵⁷.

11. Derecho de acción procesal abstracta (comprensión contemporánea)

La comprensión abstracta de la acción se edifica sobre la base de la independencia y distinción radical del derecho subjetivo, o interés jurídico, constitutivos del objeto litigioso (*res in iudicium deducta*), definidos por el derecho material, respecto del puro derecho procesal de obrar, para la actuación jurisdiccional, en un proceso, y la obtención de una sentencia (cualquiera) sobre el fondo.

Así, para Carnelutti⁵⁸, la acción es un derecho autónomo, subjetivo, de carácter procesal, que surge después del conflicto y antes del proceso, que tiene por objeto que se instruya un proceso que logre la composición de la *litis*, por medio de una sentencia, sea ella favorable o desfavorable al actor; el derecho de acción se ejerce en contra del Estado, como sujeto pasivo, puesto que a éste corresponde satisfacerlo por medio de un proceso jurisdiccional, que, en la sentencia, componga la *litis*; es atributo de la personalidad, y por ello, pertenece a toda persona, sin excepción, independientemente de los derechos materiales que alegue en el proceso.

⁵⁷ Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Editorial Temis, segunda edición, 2009, págs. 305/310.

⁵⁸ Citado por Quintero y Prieto, Teoría, pág. 316.

La visión contemporánea de la facultad de accionar, como un derecho fundamental, a la tutela jurisdiccional⁵⁹, lo entiende contenedor de cuatro aspectos esenciales:

- (a)** el derecho de acceder a un proceso, o derecho de acceso a la jurisdicción⁶⁰, que, conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, se halla implícito en *"la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos"*, asegurada a toda persona por el art. 19 N° 3 de la CPR⁶¹;
- (b)** el derecho a que el ejercicio de la acción origine un debido proceso⁶², asegurado a toda persona por el art. 19 N° 3 de la CPR, que cautela el derecho al juez natural, la legalidad del procedimiento, y la justicia y racionalidad de éste;
- (c)** el derecho de obtener una decisión de fondo, favorable o desfavorable, y fundada en criterios jurídicos materiales razonables⁶³, acerca de la controversia sometida al proceso, aspecto que asegura la regla de inexcusabilidad del art. 76 de la CPR, en relación con el principio de juridicidad contenidos en sus arts. 6° y 7°; y,
- (d)** el derecho a hacer efectiva la sentencia de condena, o a la ejecución⁶⁴, aspecto que asegura el art. 76 de la CPR, en relación con su art 19 N° 3 (*"protección en el ejercicio de los derechos"*).

En consecuencia, la comprensión *abstracta* de la acción ha evolucionado, con provecho, para culminar configurándola como un derecho fundamental, constitucionalmente asegurado y dotado de un núcleo o contenido esencial preciso⁶⁵.

Es en este sentido, abstracto, que la facultad de accionar procesalmente es el derecho fundamental, asegurado constitucionalmente a toda persona, que consiste en la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional para que este, por medio de un proceso justo y racional, inexcusablemente, en una sentencia

⁵⁹ González Pérez, Jesús, *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Editorial Civitas, tercera edición, 2001, págs. 40 y ss. Puede verse con provecho, también: Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, novena edición, 2009, págs. 41/45.

⁶⁰ González, *El Derecho a la Tutela*, págs. 61 y ss.

⁶¹ *"En efecto, si este asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos la que luego concreta en mecanismos tales como el derecho a la defensa, al juez natural, al debido proceso y a los demás que contienen los tres incisos finales del precepto constitucional en análisis, resulta obvio que el derecho de acceder al órgano jurisdiccional es un presupuesto necesario de todos ellos"* (sentencia de 3 de enero de 2008, Rol 792/07/INA).

⁶² *El Derecho a la Tutela*, págs. 163 y ss.

⁶³ *El Derecho a la Tutela*, págs. 268 y ss.

⁶⁴ *El Derecho a la Tutela*, págs. 337 y ss.

⁶⁵ En Chile, acerca de garantía y protección del contenido esencial de las garantías constitucionales: art. 19 N° 26 CPR.

fundada en derecho, dotada de autoridad de cosa juzgada, emita decisión de fondo que dirima la pretensión instaurada, pudiendo el fallo resultar favorable o desfavorable al actor, siendo, en el primer caso y si el dictamen es de condena, susceptible de ejecución.

12. Derecho de acción procesal abstracta y presupuestos del proceso (o de la posibilidad de la sentencia de fondo)

Es en relación con este contexto, abstracto, radicalmente diferenciado respecto de las particularidades concretas de la cuestión material debatida, que desde antiguo ha habido preocupación por determinar cuáles son los presupuestos procesales, o de una sentencia sobre el fondo, o del examen del mérito, o condiciones de existencia de la relación procesal, es decir, las condiciones mínimas, que han de cumplirse en todo caso y necesariamente, para que el juez pueda pronunciar una sentencia de fondo sobre el *meritus causae*, sea esta favorable o desfavorable al actor, o, como dice Calamandrei: “los requisitos indispensables a fin de que el juez pueda entrar a examinar el mérito de la demanda”⁶⁶.

Las investigaciones históricas demuestran que, en el Derecho Romano, entre estos presupuestos se hallaban ciertas condiciones formales, cuya omisión originaba una sentencia inválida: la potestad jurisdiccional del magistrado, la personalidad de las partes y la capacidad procesal; en torno a ellos advierte Goldschmidt que “ante un defecto que conduciría a la nulidad de la sentencia, y ciertamente de toda sentencia, el iudex suspendía el procedimiento sin sentencia”⁶⁷.

Bien por estas razones históricas, bien en virtud del más complejo (y discutible⁶⁸) razonamiento de Bulow acerca de la supuesta existencia de una relación jurídico procesal, que requeriría de ciertas bases mínimas, lo cierto es que los sistemas jurisdiccionales suponen la concurrencia de determinadas condiciones, cuyo defecto impide “el surgir del proceso”⁶⁹, y que, a partir del autor precitado, vienen denominándose mayoritariamente como “presupuestos procesales”, cuya concurrencia debe apreciarse de oficio⁷⁰.

En un entendimiento contemporáneo, que ha llegado a ser bastante más amplio, los presupuestos procesales son definidos por ROMERO como “aquellas circunstancias formales, establecidas por la ley procesal, que deben concurrir en el

⁶⁶ Instituciones, Volumen I, pág. 258.

⁶⁷ El Proceso, pág. 102.

⁶⁸ Tesis severamente refutada por Goldschmidt (síntesis en Teoría, págs. 16 y ss.).

⁶⁹ Bulow, La teoría, pág. 5.

⁷⁰ Bulow, La teoría, pág. 5.

proceso para que sea posible la resolución sobre el fondo del asunto sometido a la consideración judicial, las cuales deben, además, observarse de oficio"⁷¹.

Estos presupuestos son antecedentes necesarios, esto es, condiciones que deben concurrir *ex ante* al juzgamiento sustantivo, para que **(i)** el proceso tenga existencia jurídica, de manera que el fallo genere una cosa juzgada real y no puramente aparente; y, **(ii)** la subsecuente sentencia que se pronuncie acerca del fondo, favorable o desfavorablemente respecto de la acción concreta ejercida por el actor, cuente además con validez formal.

Estos presupuestos procesales deben concurrir con antelación a la sentencia del juez, quien es obligado, antes de juzgar el fondo, a controlar de oficio su presencia⁷²; en defecto, el magistrado no podrá dictar sentencia respecto del fondo, no podrá acoger la pretensión, ni rechazarla, sino que habrá de anular lo obrado, o bien emitir un fallo (meramente procesal) de rechazo de la demanda, pero por *absolución de instancia*, en que se abstendrá de pronunciarse acerca de *lefond*, por improcedibilidad, y *salvis iuribus*⁷³, es decir, dejando a salvo el derecho de las partes de iniciar un nuevo proceso en forma.

13. Presupuestos (de existencia y validez) del proceso

Profundizando en la noción, es importante advertir la diferenciada alusión de Couture a la "*existencia jurídica*" del proceso, y a su "*validez formal*"⁷⁴. Una y otra constituyen presupuestos procesales. Pero, al menos para una parte de la doctrina⁷⁵, son distintos. Algunos de los presupuestos que analizamos serían de existencia del proceso, en el sentido que no son sanables⁷⁶ y originan una

⁷¹ Curso De Derecho Procesal Civil, Editorial Legal Publishing Thomson Reuters, 2014, Tomo II, pág. 6.

⁷² Por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema que se examina en el texto (1) expresa, al iniciar la consideración primera: "*Que como cuestión previa a toda otra reflexión esta Corte Suprema debe revisar, en la situación en estudio, la regularidad formal de lo actuado con anterioridad a la dictación de la sentencia definitiva...*". Se trata de una manifestación del principio de juridicidad previsto en los arts. 6° y 7° de la CPR. El juez no puede dictar sentencia de fondo sobre la base de un contexto precedente en que se adviertan faltas –trascendentes– a las formas previstas por la ley procesal, salvo que éstas, como se razona en el texto, sean susceptibles de convalidación y se hallen convalidadas. Evidentemente que el control oficioso, que podrá ejercerse sobre la base del art. 84 inc. final del CPC, se limitará a los que en el texto se denominan presupuestos de existencia del proceso, y, entre los de validez, a aquellos que miren al orden público procesal (Salas, Julio, Los Incidentes, Editorial Jurídica de Chile, 1994, quinta edición actualizada, pág. 121).

⁷³ Devis Echandía, Nociones, pág. 374.

⁷⁴ Fundamentos, N° 67, pág. 103.

⁷⁵ Mandrioll, Crisanto, citado por ROMERO, Revista Chilena de Derecho, vol. 28, n° 4, pág. 783. La misma distinción es sostenida entre nosotros por Pereira, Hugo, La Cosa Juzgada en el Proceso Civil, Editorial Conosur, 1997, págs. 125 y ss.

⁷⁶ Pereira, La Cosa Juzgada, pág. 127 y ss. Devis Echandía, Nociones, págs. 821 y ss., y López, Marcelo, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, procesales y administrativos, Editorial B de F, segunda edición, 2015, págs. 282 y ss.

cosa juzgada que es meramente aparente⁷⁷; en tanto que otros serían de simple validez, puesto que son susceptibles de saneamiento, bien en virtud de mecanismos de convalidación que pueden haber ocurrido durante el procedimiento, bien tras la cosa juzgada en su operación como instrumento de saneamiento definitivo (*summa* preclusión⁷⁸).

Así las cosas, el juez, de oficio, en el instante inmediatamente anterior al examen del fondo del asunto, deberá examinar si *nihil obstat*⁷⁹, es decir, si concurren las condiciones de existencia, y validez, del proceso; la validez podrá darse, ora por haberse generado los actos procesales con sujeción a la ley formal, sin vicio, ora por haber intervenido –durante el proceso– la convalidación (arts. 83 inc. 2°, 84 inc. 3° y 85 inc. 2°, del CPC), instrumento que no puede operar respecto de la “incompetencia absoluta” (art. 83 inc. 2° del CPC), de las “circunstancias esenciales para la ritualidad o marcha del juicio” (arts. 84 inc. 3° y 85 inc. 2° del CPC), y de los “trámites esenciales” (art. 768 N° 9 del CPC en relación con sus arts. 795, 796 y 800).

Si tales condiciones no están presentes, el magistrado, sobre la base de lo dispuesto en el art. 84 inc. final del CPC, tratándose de cuestiones de orden público⁸⁰, deberá anular lo obrado y adoptar las conductas adecuadas para resolver el defecto, en la medida en que ello sea posible en el caso concreto, en tanto que, de no serlo, anulará lo obrado y declarará la imposibilidad de dictar sentencia acerca del fondo, archivando los autos, o bien pronunciará fallo procesal de improcedibilidad, esto es, *absolutio ab instantia* y *salvis iuri-bus*.

Si el vicio es puesto de relieve *ex post processum*, todo dependerá de si se trata de una cuestión de las que la doctrina precedentemente invocada (Couture, Pereira, Mandrioli) califica como de existencia, o de validez, del proceso; en el primer caso, tras constatarse la inexistencia procesal, deberá declararse la nulidad de lo obrado como instrumento para la operación de aquélla⁸¹; y, en el segundo, la verificación será inocua, porque habrá operado la cosa juzgada como mecanismo de *summa* preclusión⁸².

⁷⁷ Pereira, La Cosa Juzgada, pág. 127 y ss. Por ejemplo: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 94, sección primera, pág. 6, y Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss.

⁷⁸ Couture, Fundamentos, N° 121, pág. 198.

⁷⁹ Redenti, citado por Devis Echandía, Nociones, pág. 373. Respecto de la materia procesal penal, puede examinarse el concepto de “presupuestos sentenciales” en Rojas Sepúlveda, Mario, La Sentencia Definitiva en el Código Procesal Penal, en Revista Actualidad Jurídica de la UDD, 2002, N° 6, págs. 229 y ss.

⁸⁰ SALAS, Los Incidentes, Editorial Jurídica de Chile, 1994, quinta edición actualizada, pág. 121. La noción de “orden público” es contingente, en el sentido que es variable en el tiempo la calificación de lo que se halle dentro de él, y concreta, en cuanto la trascendencia del vicio para el proceso específico debe ser apreciada en cada caso por el juez.

⁸¹ Por ejemplo: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss.

⁸² “Concluido el proceso, se entiende que la cosa juzgada subsana todos aquellos vicios de la relación procesal que en su momento pudieron ser materia de declaración de nulidad” (Romero, Revista Chilena

14. Clasificación conceptual de los presupuestos del proceso (o de la posibilidad de la sentencia de fondo)

Devis Echandía⁸³ clasifica así los *presupuestos procesales*: **(a)** previos al proceso, que se subdividen en: **(a.uno)** ejercicio válido de la acción procesal, dado por condiciones mínimas para que la pretensión pueda ser oída: cualidad de órgano jurisdiccional, legitimación *ad processum* o capacidad procesal del demandante, representación judicial en su caso, patrocinio y representación procesal, y acción no caducada (en el caso excepcional que conforme a la ley la acción caduque y no prescriba); **(a.dos)** condiciones mínimas del acto procesal de demanda: deducción de la acción ante juez dotado de competencia absoluta, capacidad procesal del demandado, representación judicial –al menos aparente o provisional, más tarde podrá decidirse si es real– del demandado, requisitos de la demanda definidos como mínimos por la ley (art. 256 del CPC); y, **(b)** del procedimiento: emplazamiento del demandado mediante la notificación legal de la demanda, cumplimiento de la tramitación establecida por la ley procesal y validez de lo obrado previamente⁸⁴, inconcurrencia de causales de implicancia del juez.

La cuestión de dirimir acerca de cuáles sean, entre las enunciadas, condiciones de existencia del proceso, y cuáles, de simple validez, es ardua y no resulta –en este limitado texto– de abordaje posible, siendo no obstante útil recordar, a título meramente ejemplar, para comprensión del tema, que la praxis jurisprudencial ha considerado presupuestos de existencia las cuestiones relativas a la jurisdicción del juzgador⁸⁵ y a la legitimación *ad processum* o capacidad procesal⁸⁶.

15. Profundización en torno a los presupuestos del proceso (o de la posibilidad de la sentencia de fondo)

Reconduciendo para mayores detalles a la síntesis que se contiene en un trabajo de Gandulfo⁸⁷, no puede dejar de hacerse alusión aquí a la evolución evidenciada por la tesis de los presupuestos procesales, en lo concerniente a

de Derecho, vol. 28, N° 4, pág. 783). También, Corte Suprema, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 52, sección primera, págs. 362 y ss.

⁸³ Nociones, pág. 375.

⁸⁴ Aunque resulte majadera, no está de más hacer otra vez la advertencia de limitación al orden público (Salas, Los Incidentes, Editorial Jurídica de Chile, 1994, quinta edición actualizada, pág. 121), y a lo dicho en el texto sobre convalidación.

⁸⁵ Hoyos, Francisco, Temas Fundamentales de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, pág. 65. También: Corte Suprema, Rol N° 166/2006.

⁸⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss.

⁸⁷ Presupuestos, págs. 281/299.

tres aspectos que es relevante comprender, aunque no podamos abordarlos con exhaustividad.

15.bis. Negación de la tesis de los presupuestos del proceso y afirmación de la doctrina de los presupuestos de posibilidad de la sentencia de fondo

Es bien sabido que el instituto fue concebido por Bulow en la famosa obra que publicó en Alemania en 1868⁸⁸, quien refirió los presupuestos del proceso a condiciones de existencia de éste, esto es, a elementos cuyo defecto impide “el surgir del proceso”⁸⁹.

Un primer desarrollo posterior proviene de Goldschmidt, que apuntó que en rigor no se está en presencia de requisitos de existencia del proceso jurisdiccional, sino de condiciones exigibles para que una sentencia acerca del fondo pueda ser pronunciada, aseveración que se demuestra por la circunstancia que la sola constatación de inconcurrencia de los presupuestos supone ella misma, tanto cierta actividad procesal, como una declaración judicial, aunque sea de naturaleza puramente procesal, pero esta habrá sido pronunciada en un proceso, de suerte que resultaría lógicamente contradictorio aseverar la inexistencia de este⁹⁰.

La anotación del procesalista judeo alemán puede ser correcta en un sentido e incorrecta en otro. Lo primero, si entendemos al proceso jurisdiccional como una institución que puede culminar sin una sentencia acerca del fondo que dirima el conflicto con autoridad de cosa juzgada, bastando con que haya tenido lugar un “proceso sobre el proceso”. Y lo segundo, si lo concebimos como un instituto que mantiene su naturaleza sólo en la medida que termine con una sentencia de término acerca del fondo. El análisis no puede ser agotado aquí. El espacio permite dejar dicho, únicamente, que, si se tiene presente que, como se dirá *infra* (16), el propio Goldschmidt sostiene que la “finalidad del proceso” es, precisamente, el logro de la cosa juzgada, no es fácil, en ese contexto, admitir la existencia de un proceso (propiamente tal) que no termina con una sentencia de término acerca del fondo, observación que parece apuntar a la corrección del planteamiento de Bulow.

15.ter. Ampliación de los presupuestos

Un segundo desarrollo proviene de lo que *supra* (12) se aseveró en el sentido que el juez, *ex ante* al juzgamiento, debe constatar *ex officio* la presencia de

⁸⁸ La Teoría.

⁸⁹ La Teoría, pág. 5.

⁹⁰ Goldschmidt, Teoría, págs. 18 y 19.

unos presupuestos que contemporáneamente son más amplios que los –que impiden el “*surgir del proceso*”– formulados originalmente por Bulow, como fluye claramente de la simple lectura de la clasificación de Devis Echandía recordada *supra* (14), en comparación con la enunciada por el jurista alemán⁹¹. Por ejemplo, la corrección y validez del procedimiento que se desarrolla durante el proceso evidentemente que es una cuestión que excede al puro surgir del proceso.

15. quater.- Posibilidad de saneamiento del vicio en los presupuestos (visión garantística):

Y un *tercer desarrollo*, más reciente, de la mayor relevancia conceptual y práctica, se conecta con la también recordada clasificación que distingue las condiciones de existencia del proceso respecto de aquellas de simple validez.

Esta diferenciación surge, de manera un tanto dispersa, de las enseñanzas de ciertos autores, algunos recordados *supra* (Couture, Pereira, Mandrioli), extranjeros y nacionales.

Pero debe tenerse presente que, desde la perspectiva de la posibilidad del juez de ingresar a examinar el fondo de lo debatido para sentenciar, lo cierto es que no hay diferencia sustantiva entre unas y otras, puesto que tanto la inconcurrencia de las llamadas condiciones de existencia, como de las denominadas de validez, se oponen a la posibilidad de la sentencia de fondo acerca del *meritus causae*: el magistrado, en una y otra situación, debe abstenerse, porque no se ha superado el estándar de *nihil obstat*, y anular lo obrado o dictar fallo de improcedibilidad.

Si esto es así, como no cabe duda que lo es: ¿por qué doctrina y jurisprudencia suelen distinguir, a propósito de los presupuestos del proceso, entre unas y otras? La causa parece estar en que la médula de la problemática incide en la posibilidad –o imposibilidad– del saneamiento del defecto por la *summa* preclusión que emana de la autoridad de cosa juzgada⁹². En efecto, el intrínquilis –notado ya por Bulow⁹³– se torna patente cuando el defecto es detectado *ex post processum*: ¿puede tenerse el vicio por saneado en razón de cosa juzgada, o habrá de anularse lo obrado? Es a este fin que la doctrina ha recurrido a desarrollos doctrinarios privatistas, bien conocidos desde el siglo XIX, acerca de existencia y validez jurídica, y, en este decurso intelectual, es que –empleando categorías intelectuales conocidas en que podía hallarse solución– se ha sostenido que si el defecto es de un presupuesto de existencia del proceso, es insanable por la

⁹¹ Ver Bulow, La Teoría, pág. 5.

⁹² Pereira, La Cosa Juzgada, págs. 127/130.

⁹³ Ver Bulow, La Teoría, pág. 9.

cosa juzgada y la habrá solo aparente, en tanto que, a la inversa, si es de simple validez, se ha saneado por ella y la cosa juzgada será real.

Hay que dejar dicho aquí que esta doctrina tal vez experimente nuevos desarrollos en el porvenir. Porque, en la era del *constitucionalismo*, parece más convincente otro entendimiento, avizorado por Couture⁹⁴, e ínsito en ciertos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁵, en el sentido que la incógnita acerca de si el defecto de un presupuesto procesal se sana por la cosa juzgada, o no, es cuestión que debiera resolverse en consideración a parámetros normativos, más que ontológicos, desde la perspectiva del derecho fundamental a los más básicos entre los requerimientos de un debido proceso jurisdiccional⁹⁶.

La cosa juzgada, ha dicho Carnelutti⁹⁷, y, entre nosotros, ha recordado Salas⁹⁸, no importa el cumplimiento del objeto ideal o metafísico del proceso, sino que, en rigor, es como la muerte, que no implica el cumplimiento del objeto de la vida: en algún momento todo debe terminar. Pero: ¿en qué casos el necesario término del proceso ha de imponerse sobre la garantía del debido proceso? Parece que pudiera responderse que únicamente si, durante el procedimiento, se han observado, al menos, los más básicos –esenciales– entre los requerimientos de un debido proceso jurisdiccional.

Este entendimiento, que permitiría abandonar la –un tanto oscura– distinción entre presupuestos de existencia y de simple validez del proceso, puede hallar sustento especial en Chile, en que el art. 5° de la CPR deja siempre a salvo, como lo acaba de recordar un importante fallo de mayoría de la Corte Suprema⁹⁹, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de la persona humana, sobre los que no pueden imponerse unas manifestaciones –legales o judiciales– que se edifican sobre la base del ejercicio de la soberanía, limitada por el precepto constitucional aludido.

Este camino ha sido seguido positivamente en España, con la reforma introducida por la LO 6/2007, de 24 de mayo, al art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰⁰.

⁹⁴ Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, en Estudios de Derecho Procesal Civil, Editorial Puntotex, 2010, Volumen I, págs. 5 y ss.

⁹⁵ Caso “Barrios Altos”, 14 de marzo de 2001.

⁹⁶ Entendido este concepto en el sentido amplio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, desarrollado *supra*, en el texto (17).

⁹⁷ Las Miserias del Proceso Penal, Editorial Ejea, 1959, pág. 107.

⁹⁸ Tres Instituciones Procesales y una Ausente en el Ámbito Constitucional Chileno, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 174, julio/diciembre 1983, pág. 20.

⁹⁹ Rol N° 35.236/2016, mayoría formada por los ministros señores Muñoz y Aránguiz e integrante señor Lagos.

¹⁰⁰ Ver, por ejemplo: Ortells, Derecho Procesal Civil, págs. 582/586.

16. La finalidad (posible) del proceso jurisdiccional, satisfacción del derecho de acción abstracta y (eventual) insatisfacción y novación del derecho de acción concreta

Siempre en conexión con la comprensión abstracta de la acción, en cuanto a la institución relacionada del proceso jurisdiccional, que aquella origina, debe recordarse que la finalidad de éste es, en coherencia, abstracta. Esa finalidad es, en rigor, la terminación del conflicto, que se alcanza por la fuerza vinculativa de la cosa juzgada. Podría concebirse, claro está, un concepto metafísico o ideal del proceso, y solo de ese modo podría pensarse que el proceso es el medio para concretar el derecho objetivo, uno que culmine siempre por una sentencia pronunciada en conformidad a derecho. Pero el proceso no necesariamente actúa así. En la realidad de los diseños normativos, dice Goldschmidt¹⁰¹, el proceso es un procedimiento cuyo fin es la constitución de la cosa juzgada, es decir, del efecto de que la pretensión del actor valga en el porvenir ante los tribunales como jurídicamente fundada o no fundada: lo que fue concedido por sentencia firme no puede impugnarse ya, y lo que fue denegado por sentencia firme no puede hacerse valer de nuevo. La sentencia tiene por objeto dirimir el conflicto en el seno de la sociedad. No establece una verdad bíblica que haya de ser tenida por tal. La colectividad no exige a sus miembros tenerla como tal.

El fin ideal o metafísico del proceso se refuta por cada sentencia que no concuerda con el derecho material; y, agrega Goldschmidt, expresando una idea cuyo rigor científico Calamandrei confesó haber comprendido solo tardíamente¹⁰², la falta más grave que puede cometerse en la construcción jurídica es la de construir una institución no según su sentido real, sino según su fin ideal¹⁰³. La sentencia tiene la eficacia de un negocio jurídico, en el sentido que puede alterar las relaciones jurídicas materiales, porque en cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga, o del error judicial; **el pleito, al igual que la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde**; en rigor: la incertidumbre es consustancial a las relaciones procesales, puesto que la sentencia judicial nunca puede preverse con seguridad, de suerte que en la concepción procesal, la sentencia injusta es también un fenómeno que han de tener en cuenta desde el principio los ligámenes procesales.

¹⁰¹ Teoría, págs. 33 y ss.

¹⁰² Un Maestro de Liberalismo Procesal, en Recuerdos de Juristas, traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial EJE, 1959, págs. 166/167.

¹⁰³ Goldschmidt, Teoría, pág. 35.

Incluso la sentencia injusta, la que es dada en contrariedad al derecho objetivo que rige la relación concreta debatida y por causa de ello desconoce el derecho material y no le otorga tutela, en la medida en que alcance el *status* de cosa juzgada, satisface la finalidad –propia del proceso– del proceso jurisdiccional, tal como este es empíricamente diseñado por los ordenamientos normativos reales.

Pues bien, es por estas razones que el proceso jurisdiccional solo realiza y agota el derecho de acción en sentido abstracto. Para su concreción basta “una providencia que declare si el reclamante tiene o no razón”¹⁰⁴. Pero lo cierto es que podrá ser esta una sentencia injusta, es decir, un fallo disconforme con el derecho. También este produce cosa juzgada. El conflicto queda igualmente dirimido y la finalidad real del proceso –según su diseño normativo– estará cumplida. Esta consideración debe ser comprendida, y asumida, por el jurista. Los sistemas jurisdiccionales no tienen la posibilidad –real– de asegurar un fallo conforme a derecho. Lo que queda perfectamente claro con la dura regla positiva¹⁰⁵ que determina que ni siquiera la declaración ulterior de responsabilidad del juez por autoría del delito criminal de prevaricación –por ejemplo: por haber fallado a sabiendas en contra de una ley expresa¹⁰⁶– debilita la cosa juzgada emanada de la sentencia firme.

El derecho de acción procesal en sentido abstracto estará, pese a la disconformidad a derecho de la sentencia, realizado y agotado. La comprensión de este concepto permite entender la exactitud de la antigua y sabia frase de Goldschmidt: “acaso la falta cardinal de la relación jurídico procesal consista en que es puramente abstracta, es decir, que en ella se echa de menos toda conexión con el objeto del proceso, que es, por lo regular, el derecho subjetivo material protegido por la acción”¹⁰⁷.

Pero es claro que la sentencia injusta no satisface el *derecho de acción* en sentido concreto, que sólo se realiza y agota con una sentencia conforme a derecho. Como enseña Calamandrei: “este derecho, que trata de obtener una determinada providencia favorable, encuentra su satisfacción en el pronunciamiento de esta providencia y en ella se agota y extingue”¹⁰⁸. Por consiguiente: como la finalidad –real con arreglo al diseño constitucional y procesal– del proceso jurisdiccional no es la de otorgamiento a todo evento de la tutela jurídica que es debida, es decir, la satisfacción a todo evento del derecho a la tutela jurídica concebido por Wach¹⁰⁹, hay que concluir que el *derecho de acción* en sentido concreto

¹⁰⁴ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 248.

¹⁰⁵ En Chile: art. 331 del COT.

¹⁰⁶ En Chile: art. 223 N° 1 del CP.

¹⁰⁷ Teoría, pág. 24.

¹⁰⁸ Instituciones, Volumen I, pág. 257 (léase la nota 16, que alude al concepto de Redenti: “la extinción de la acción por satisfacción”).

¹⁰⁹ “El derecho subjetivo público procesal de la parte, titular, según el derecho material, frente al Estado, a que le dé protección jurídica, mediante una sentencia favorable, que en caso de ser condenatoria lleve aparejada ejecución” (Goldschmidt, Teoría, pág. 24).

puede no encontrar, jamás, realización o agotamiento. Si no es satisfecho en el proceso, este derecho, que en rigor presenta carácter "*justicial material*"¹¹⁰, queda *novado*, en supuestos restringidos de sentencias injustas¹¹¹, por las normas que rigen la responsabilidad criminal y civil de los magistrados¹¹².

17. Los presupuestos del proceso (o de la posibilidad de la sentencia de fondo), entre ellos la *legitimatio ad processum*, conciernen únicamente al desarrollo del derecho de acción abstracta y no se relacionan con la *res in iudicium deducta*

En conclusión, es por los motivos que venimos reseñando, acerca de necesaria abstracción del proceso respecto de la específica concreción de contenido de la cuestión material debatida, por los que la doctrina es precisa en el sentido que la noción de presupuestos procesales (o de la posibilidad de una sentencia sobre el fondo), es decir, las condiciones mínimas, que han de cumplirse en todo caso y necesariamente, para que el juez pueda pronunciar una sentencia sobre el *meritus causae*, favorable o desfavorable al actor, que han de concurrir *ex ante* respecto del acto de juzgamiento, **no pueden conectarse con particularidades concretas de esa relación material que es objeto litigioso, sino únicamente con las garantías –abstractas– del proceso.**

Así, por ejemplo, la legitimación *ad processum*, o capacidad procesal, que determina "*quién puede solicitar válidamente la tutela jurídica a los órganos jurisdiccionales, y quién puede ser compelido a través del proceso*"¹¹³, en tanto tiene la naturaleza de una calidad abstracta, que permite al actor acceder a la jurisdicción, y sujeta a esta al demandado, es decir, **precisamente porque se pondera independientemente del examen de la cuestión sustancial debatida**, constituye un presupuesto procesal, o presupuesto de una sentencia sobre el fondo. Además, según ha determinado la jurisprudencia, es presupuesto de existencia del proceso¹¹⁴. La concurrencia de este presupuesto procesal debe ser controlada de oficio por el juez, quien, en defecto, podrá anular lo obrado, en ejercicio de la función que le asigna el art. 84 inc. final del CPC, incluso *ex post processum*¹¹⁵.

¹¹⁰ Véase Goldschmidt, Teoría, págs. 25/32. Las reglas de *derecho justicial material* corresponden a una categoría desarrollada ampliamente por el procesalista judeo alemán. Es igualmente admitida, con otra terminología, por Calamandrei (Instituciones, Volumen I, págs. 371 y ss.).

¹¹¹ En Chile: art. 13 del COT.

¹¹² En Chile: arts. 324 a 331 del COT en relación con los arts. 223 a 230 del CP y 2314 y ss. del CC.

¹¹³ Romero, Curso, Tomo II, pág. 273.

¹¹⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss.

¹¹⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 97, sección segunda, págs. 16 y ss.

18. El derecho de acción concreta y sus presupuestos de eficacia (presupuestos de la sentencia favorable)

Pero, como recuerda Chiovenda¹¹⁶, no es la “mera posibilidad” que involucra la acción procesal, en perspectiva *abstracta*, “lo que consideramos como acción cuando decimos: ‘Ticio tiene acción’, porque con esto queremos indicar el derecho de Ticio de obtener un resultado favorable en el proceso”; esto es, el derecho a la tutela jurídica, establecido por Wach¹¹⁷.

Es en esta perspectiva, concreta, que importan los llamados presupuestos de la sentencia de fondo favorable al actor¹¹⁸, condiciones (de admisión) de la acción¹¹⁹, requisitos constitutivos de la acción¹²⁰, requisitos de la tutela jurídica¹²¹, o elementos axiológicos de la pretensión¹²², que son aquellos “*indispensables a fin de que el juez pueda acoger la demanda y pronunciar una providencia de mérito favorable al solicitante*”¹²³, cuya verificación exige la valoración –concreta– del *meritus causae*, esto es, del fondo de la causa.

19. Apreciación oficiosa de los presupuestos de la sentencia favorable

No hay duda que la concurrencia de estos presupuestos debe ser revisada *de oficio* por el juez del fondo, también llamado del mérito, porque, como enseña con precisión Calamandrei: “*a fin de que el órgano judicial pueda acoger la demanda del reclamante, y con ello satisfacer el derecho de acción que este ejercita, es preciso que ese órgano se convenza de que tal derecho existe concretamente; y para convencerse de ello es necesario que verifique la existencia en concreto de estos requisitos constitutivos de la acción; existencia que constituye lo que nuestra ley llama el mérito de la demanda, que el juez debe valorar para establecer su fundamento y para establecer, por consiguiente, si la misma merece ser acogida*”¹²⁴.

¹¹⁶ Instituciones, Tomo I, págs. 45/46.

¹¹⁷ “El derecho subjetivo público procesal de la parte, titular, según el derecho material, frente al Estado, a que le dé protección jurídica, mediante una sentencia favorable, que en caso de ser condenatoria lleve aparejada ejecución” (Goldschmidt, Teoría, pág. 24).

¹¹⁸ Couture, Fundamentos, N° 72, página 108.

¹¹⁹ Chiovenda, Instituciones, Tomo I, pág. 80. Sigue esta terminología, entre nosotros, Casarino, Manual, Tomo III, pág. 59.

¹²⁰ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 257.

¹²¹ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 97.

¹²² Quintero y Prieto, Teoría, págs. 493/493.

¹²³ Calamandrei, Instituciones, Tomo I, pág. 258.

¹²⁴ Instituciones, Tomo I, págs. 257/8. Antes: Chiovenda, Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, volumen III, pág. 303.

20. Data de existencia de los presupuestos de la sentencia favorable

Una cuestión que merece apunte por su importancia práctica, aunque no pueda ser examinada en detalle, es la de determinar respecto de qué data debe el juez verificar la concurrencia de los presupuestos de la sentencia de fondo favorable. Chioventa opina que *"basta, por regla general, que existan en el momento de la sentencia"*¹²⁵. Para Satta, en cambio: *"esto es un error evidente, porque la acción surge de un hecho que ha producido determinados efectos jurídicos, y si estos efectos se han producido, como justamente se postula, es al momento de la proposición de la acción que es preciso mirar, no al de la sentencia"*¹²⁶.

21. Enunciación doctrinaria de los presupuestos de la sentencia favorable

Goldschmidt sostiene que estos presupuestos son: **(i)** estado de hecho acreditado, correspondiente con la pretensión material invocada, susceptible de protección jurídica en conformidad con la norma aplicable¹²⁷; esta enunciación del requisito incluye tanto la exigencia de congruencia del fallo, como las cuestiones de hecho y de derecho, distinción esta que –recuerda Radbruch– caracteriza el pensamiento romano al menos desde el procedimiento formulario¹²⁸, aunque actualmente se dude, como apunta Larenz, incluso acerca de su posibilidad conceptual¹²⁹; en cualquier caso, su verificación se realiza por medio del bien conocido método silogístico¹³⁰; **(ii) legitimación en la causa (ad causam) del demandante (activa) y del demandado (pasiva)**¹³¹, debiendo advertirse que el profesor judeo alemán considera que incluso la legitimación sustitutiva es requisito de tutela jurídica (cuestión de fondo) y no presupuesto procesal (cuestión de forma)¹³²; y, **(iii)** necesidad o interés objetivo de tutela judicial¹³³.

¹²⁵ Instituciones, Tomo I, pág. 82.

¹²⁶ Manual, Tomo I, pág. 129 (menciona en apoyo de su planteamiento, que parece correcto, un fallo de la casación italiana de 9 de junio de 1960).

¹²⁷ Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 97.

¹²⁸ Introducción a la Filosofía del Derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica, traducción de Wenceslao Roces, undécima reimposición de la primera edición en español, 1951, de la primera edición alemana de 1948, pág. 65.

¹²⁹ Metodología de la Ciencia del Derecho, traducción de Marcelino Rodríguez de la cuarta edición alemana de 1980, Editorial Ariel, 1994, pág. 304.

¹³⁰ Una explicación pedagógica puede hallarse en Larenz, Metodología, págs. 265/271. Otra, en Calamandrei, Génesis Lógica de la Sentencia, en Estudios sobre el Proceso Civil, traducción de Santiago Sentís Melendo de las ediciones italianas de 1930/1939, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, págs. 369 y ss.

¹³¹ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, págs. 115/116.

¹³² Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 116. En el mismo sentido: Hellwig, citado por Chioventa, Principios, Tomo I, pág. 116.

¹³³ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, págs. 97/98.

Chiovenda, por su parte, plantea que estas condiciones son por regla general¹³⁴: **(i)** norma jurídica que garantice al actor el bien jurídico pretendido¹³⁵ en relación con la acreditación del hecho correspondiente¹³⁶ (existencia de derecho¹³⁷); **(ii) calidad o legitimación para obrar o *legitimatío ad causam***¹³⁸, es decir, la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley (legitimación activa), y de la persona del demandado con la persona obligada (legitimación pasiva)¹³⁹, debiendo precisarse que el académico italiano la fórmula de este modo, referido a la legitimación propia, porque estima que la legitimación sustitutiva es presupuesto procesal (cuestión de forma) y no condición de la acción (cuestión de fondo)¹⁴⁰; y, **(iii)** interés en conseguir el bien jurídico pretendido a través de los órganos jurisdiccionales¹⁴¹.

Calamandrei –seguido explícitamente por Vécovi¹⁴²– sostiene que estos requisitos son: **(i)** relación de coincidencia entre el hecho específico real y el hecho normativo de la que surja el derecho invocado o acción esgrimida¹⁴³; **(ii) legitimación para obrar o para contradecir**, esto es: “*legitimatío ad causam*, llamada también cualidad o investidura para obrar o para contradecir”¹⁴⁴; y, **(iii)** interés procesal en obrar¹⁴⁵.

En cuanto a la doctrina francesa, interesa mencionar que, para el clásico autor del siglo xx que es Motulsky, el término de **cualidad** refiere a la determinación de “*la persona habilitada por el ordenamiento jurídico para instar el efecto de la regla de Derecho provocando la intervención de la jurisdicción*”, refiriendo la cuestión a la existencia de la acción (por supuesto que en sentido concreto)¹⁴⁶.

Entre nosotros, Casarino, que sigue rigurosa y sintéticamente a Alsina¹⁴⁷, manifiesta que las condiciones de admisión de la acción son “*aquellos elementos o requisitos que deben concurrir a fin de que la acción sea acogida en definitiva*”¹⁴⁸: **(i)** “*derecho a la acción implica invocar un hecho ante el juez y, además, que tal hecho esté realmente protegido por la norma legal que nos hemos encargado de invocar*”¹⁴⁹; **(ii)** “**cualidad**

¹³⁴ Las formula pensando esencialmente en los requisitos generales de una sentencia de condena (Principios, Tomo I, pág. 114).

¹³⁵ Principios, Tomo I, págs. 114 y 117.

¹³⁶ Principios, Tomo I, pág. 176.

¹³⁷ Principios, Tomo I, pág. 175.

¹³⁸ Principios, Tomo I, pág. 178.

¹³⁹ Principios, Tomo I, pág. 114.

¹⁴⁰ Principios, Tomo I, pág. 116, y Tomo II, págs. 27 y ss.

¹⁴¹ Principios, Tomo I, pág. 114.

¹⁴² Teoría, pág. 82.

¹⁴³ Instituciones, Volumen I, págs. 259/261.

¹⁴⁴ Instituciones, Volumen I, pág. 261.

¹⁴⁵ Instituciones, Volumen I, págs. 268/269.

¹⁴⁶ Citado por Sánchez, La Legitimación, pág. 31.

¹⁴⁷ Derecho Procesal, Volumen I, págs. 383/398.

¹⁴⁸ Manual, Tomo III, pág. 59.

¹⁴⁹ Manual, Tomo III, págs. 59/60.

en la acción significa que ella debe ser ejercida por el titular del derecho y en contra de la persona obligada¹⁵⁰; y, **(iii)** “interés en la acción”, que concurrirá “cuando en realidad la protección jurisdiccional pretendida es el único medio adecuado para la salvaguardia del derecho”¹⁵¹.

Un aporte significativo ha formulado Devis Echandía al agregar entre los presupuestos del fallo de fondo favorable: **(i)** la enunciación suficientemente completa, en la demanda, de los hechos que sirven de *causa petendi* al *petitum*, “ya que su falta trae el fracaso en la sentencia, aun cuando (el litigante) tenga el derecho y haya pedido bien y probado, porque el juez debe basar su decisión en los hechos de la demanda y la contestación”¹⁵², es decir, el magistrado debe fallar *secundum allegata*, exigencia que la doctrina autorizada limita “a los hechos fundamentales del proceso”¹⁵³; y, **(ii)** “la petición adecuada al derecho que se tenga, porque se puede tener el derecho y haberlo probado, pero, por haber pedido cosa distinta, darse el caso que se obtenga sentencia desfavorable”¹⁵⁴.

En la doctrina de Serra, adecuada para evitar la indefensión de la contraparte, habría que agregar, por último, la exigencia de un planteamiento suficientemente desarrollado de la *causa petendi*, esto es, del “fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”¹⁵⁵.

El juez, está dicho, es vinculado por los hechos alegados por las partes, e, igualmente, por las peticiones formuladas por ellas. En cambio, es libre para elegir y aplicar la norma: *da mihi factum, daba tibu jus*. Empero, como también

¹⁵⁰ Manual, Tomo III, pág. 60.

¹⁵¹ Manual, Tomo III, pág. 60.

¹⁵² Nociones, pág. 383. Véase, también, Serra, Manuel, *Incongruencia Civil y Penal*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, 1969, págs. 400/403, y Damaska, Mirjan, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, traducción de Andrea Morales Vidal, Editorial Jurídica de Chile, 2000, págs. 193/197. En Chile, el fallo que acoge la pretensión sobre la base de hechos no alegados incurre en el vicio denominado legalmente como *ultra petita* por extensión “a puntos no sometidos a la decisión del tribunal” (art. 768 N° 4 del CPC), sometimiento que se exige sea *expreso* (art. 160). En rigor, el vicio, por el motivo expresado en el texto, es una forma de *extra petita*. En nuestra jurisprudencia se planteó un debate importante acerca de la materia examinada en el texto. La Tercera Sala de la Corte Suprema, en su integración de principios del principio del siglo XXI, estimaba que para dilucidar si concurre el motivo de nulidad aludido ha de examinarse únicamente el petitorio de la demanda, comparándolo con la parte resolutive de la sentencia, de modo que el exceso en los hechos probados y considerados en la *ratio decidendi* del fallo, respecto de los hechos alegados en la demanda, no implicaría nulidad (por ejemplo: Corte Suprema, Roles N°s 3.580/2002, 4.159/2002, 4.962/2002 y 1.585/2003). En contra, incluso en la misma época, se pronunciaban las Salas Primera y Segunda del máximo tribunal (por ejemplo, Corte Suprema, Roles N°s 922/2003, 916/2003 y 980/2003). También en contra, respecto de causa de pedir de excepción: Corte Suprema, Rol N° 3.462/2002. Actualmente, la controversia parece superada en el último sentido (por ejemplo: Corte Suprema, Rol N° 1.595/2008).

¹⁵³ Serra, *Incongruencia*, pág. 401. Véanse matices igualmente importantes en Alsina, Hugo, *Derecho Procesal*, Editorial EDIAR, 1963, Tomo I, págs. 386/387.

¹⁵⁴ Nociones, pág. 383. En Chile, el fallo que concede cosa distinta de la pedida, o más de lo pedido, padece del vicio denominado legalmente como *ultra petita* (art. 768 N° 4 del CPC), aunque en rigor, en el primer caso, se trata de un supuesto de *extra petita*.

¹⁵⁵ Art. 177 del CPC.

proclamaba Guasp¹⁵⁶, este último principio no alcanza a la *causa petendi*: si se demanda el pago de una suma de dinero a título de precio de una compraventa, el actor puede equivocar la cita de la norma legal justificante, que puede ser corregida por el tribunal, pero el demandado no puede ser condenado a título de restitución de lo percibido a título de mutuo.

La exposición de la causa de pedir, esto es, el fundamento de la tutela jurídica que se requiere, el porqué del requerimiento de derecho, debe satisfacer unas condiciones mínimas que la hagan comprensible. La jurisprudencia chilena ha tenido ocasión de desestimar diversas acciones por carencia de este requisito¹⁵⁷.

El deslinde exacto de la exigencia, sin embargo, no es absolutamente claro.

En doctrina comparada, Taruffo y Hazard opinan que los jueces del derecho europeo continental contarían con libertad para operar incluso sobre el fundamento de la pretensión, es decir, en la causa de pedir, mientras que ello es imposible en el sistema del *common law*¹⁵⁸.

Esta última visión, que impide que el juez altere el fundamento del pretensor, es la aplicada en Chile en una sentencia de la Corte Suprema de 4 de octubre de 1935¹⁵⁹ (el juez puede utilizar los razonamientos que crea conducentes pero "*siempre que no alteren las acciones y excepciones que se han opuesto en el juicio*") y preferida por la doctrina que ha examinado con mayor detalle el principio *juria novit curia* ("*lo importante es que cuando se acoge una acción o excepción el juez respete aquello que la determina, esto es, la causa de pedir o condición jurídica de las mismas*"¹⁶⁰).

Y esta misma tesis restrictiva, del tipo del *common law*, es la que inspiró a la contemporánea Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, conforme a cuyos arts. 218 y 456, si bien el juez "*resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*" procederá en todo caso "*sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer*", de manera que la doctrina determina que el magistrado no puede "*otorgar al objeto del proceso la perspectiva jurídica que considere más adecuada*"¹⁶¹.

¹⁵⁶ Citado por Serra, *Incongruencia*, pág. 404.

¹⁵⁷ Para un ejemplo: sentencia de 7 de noviembre de 2016, Corte de Apelaciones de Concepción, consideraciones quinta y sexta, Rol N° 1.608/2015 (por transparencia el autor deja constancia que cita un caso en que patrocina a la parte que obtuvo en el fallo).

¹⁵⁸ Taruffo, Michele, y Hazard, Geoffrey, *La Justicia Civil en los Estados Unidos*, traducción de Fernando Gascón de la edición italiana de 1993, Editorial Thomson Aranzadi, 2006, pág. 101.

¹⁵⁹ Citado en sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 20 de marzo de 2015, Rol N° 1.599/2013, consideración quinta del fallo de casación en la forma.

¹⁶⁰ Hunter, Iván, *Juria Novit Curia en la Jurisprudencia Chilena*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Volumen xxiii, N° 2, diciembre 2010, págs. 197/221.

¹⁶¹ De la Oliva, Andrés, y Gascón, Fernando, en prólogo a Taruffo, y Hazard, *La Justicia Civil en los EE.UU.*, pág. 14.

22. Enunciación jurisprudencial de los presupuestos de la sentencia favorable

La Corte Suprema, en sentencia de casación de 3 de octubre de 2006¹⁶², ha establecido que *“para que el actor triunfe en su demanda, se requieren las siguientes condiciones: uno) derecho, o sea una norma de la ley que garantice al actor el bien que pretende; dos) **calidad, o sea la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley**; y, tres) interés, de conseguir el bien mediante la intervención del órgano público”*.

En cuanto al primer requisito, el máximo tribunal agregó que *“corresponde al juez determinar en la sentencia si la situación concreta que la demanda plantea está amparada por una norma legal, sea en forma expresa o implícita”*, lo que *“supone una operación lógica en la que se establecerá: si existe una norma abstracta que contemple la situación jurídica; si el hecho que el actor invoca corresponde a la categoría de los que esa norma considera; y si la existencia del hecho está justificada”*; en cuanto a la segunda exigencia, que *“**la calidad de la acción dice relación con que esta debe ser intentada por el titular del derecho y contra la persona obligada, es decir, las partes en la relación jurídica sustancial**”*, y que *“**llámase legitimatio ad causam, la demostración de la existencia de la calidad invocada, que es activa cuando se refiere al actor y pasiva cuando al demandado**”*, en términos tales que *“correspondiendo al actor la prueba de las condiciones de su acción, a él incumbe demostrar su calidad de titular del derecho”*, y que *“**la falta de calidad, sea porque no existe identidad entre la persona del actor y aquella a quien la acción está concedida, o entre la persona del demandado y aquella contra la cual se concede, determina la procedencia de la defensa por falta de legitimidad, que debe ser opuesta al contestar la demanda y apreciada en la sentencia definitiva**”*; concluyendo al respecto que *“**la legitimación de la calidad de obrar no es un requisito para el ejercicio de la acción, sino para su admisión en la sentencia**”*, y que *“**si de la prueba no resulta la legitimación activa o pasiva, la sentencia rechazará la demanda, no porque ésta haya sido mal deducida, sino porque la acción no corresponde al actor o contra el demandado**”*; y, en cuanto al tercer requisito, que *“para intentar una acción, así como para contradecirla, es necesario tener interés, porque solo con esa condición se pone en juego la actividad jurisdiccional”*, lo que *“no impide que en ciertos casos se permita el ejercicio de la acción, aun cuando aparentemente no se descubra un interés inmediato”*, porque *“el interés consiste únicamente en que, sin la intervención del órgano público, el actor sufriría un perjuicio”*, asunto cuya determinación *“constituye una situación de hecho”*.

¹⁶² Primera Sala, Rol N° 5.557/2004, ministros Rodríguez A., Muñoz y Herreros, e integrantes Herrera (redactor) y Carrasco.

23. La sentencia de rechazo por falta de presupuestos favorables (entre ellos la *legitimatío ad causam propria*) y la intensidad de la cosa juzgada

Añade Chiovenda que la sentencia que rechaza la demanda por defecto de cualquiera de las que llama condiciones de admisión de la acción, entre ellas la concurrencia de *legitimatío ad causam propria*¹⁶³, “es favorable al demandado, le reconoce un bien y produce la cosa juzgada”¹⁶⁴, pero “en diferente grado” porque “**si niega la acción por falta de calidad, no niega que el actor pueda volver a deducir la demanda, respecto del mismo derecho, a base de un nuevo hecho que le dé la calidad**”¹⁶⁵; si la rechaza “por defecto de interés, no niega que la acción pueda nacer después respecto al mismo derecho ya deducido en pleito y a base de un nuevo interés”¹⁶⁶; en tanto que, en cambio, si la desestima por inexistencia de derecho “la absolución del demandado es completa y definitiva; es el máximo favor que puede corresponder al demandado; en este caso el actor no podrá obrar más, sino probando que la voluntad de ley, que no existía antes, ha surgido en razón de un hecho nuevo”¹⁶⁷.

23.bis. La reacción del demandado que esgrime la inconcurrencia de un presupuesto de la sentencia favorable al actor (como la ausencia de *legitimatío ad causam propria*): ¿constituye excepción o mera alegación?

La comprensión de esta materia exige el recuerdo de conceptos básicos de Derecho Romano. En términos probablemente simplificadores, puede decirse aquí que la fórmula, dada por el magistrado al juez, era una instrucción escrita de acceder a la *intentio (petitum)*, para el evento de acreditarse, ante este, la *demonstratio*, esto es, el hecho que constituye el fundamento de la litis (*causa petendi*), o de rechazarla, y absolver al demandado, si no se le acredita (*si non paret, absolvito*)¹⁶⁸.

Así las cosas, el concepto moderno de presupuestos de la sentencia favorable se corresponde con el entendimiento romano (del periodo formulario) de procedencia del acogimiento de la *intentio (petitum)* en caso de acreditación de la *demonstratio (causa petendi)*.

¹⁶³ Véase por ejemplo Alsina, Derecho Procesal, Volumen I, pág. 388.

¹⁶⁴ Principios, Tomo I, pág. 117.

¹⁶⁵ Principios, Tomo I, pág. 117. Véase también acerca de este tema (con referencia a cosa juzgada formal en este supuesto): Arellano García, Carlos, Teoría General del Proceso, reimpresión de la decimotava edición, 2012, pág. 196.

¹⁶⁶ Principios, Tomo I, pág. 117.

¹⁶⁷ Principios, Tomo I, pág. 118.

¹⁶⁸ Scialoja, Vittorio, Procedimiento Civil Romano, traducción de Santiago Sentís Melendo y de Marino Ayerra de la edición italiana de 1936, Editorial EJE, 1954, págs. 157/161.

En cambio, el concepto de *exceptio* concierne a otra parte de la fórmula, que puede o no estar presente en función del modo de reacción del demandado, en que el magistrado instruye al juez en el sentido que, pese a habersele acreditado la *demonstratio* y de proceder, en principio, que acoja la *intentio* en lo resolutivo (*condemnatio*), absuelva y rechace la acción (*omni modo summo veris*)¹⁶⁹ si se le acredita cierto otro fundamento excluyente de la condena.

En consecuencia, la *exceptio* involucra la alegación de un fundamento agregado, diferente del esgrimido por el actor en sustento de su *petitum*, impeditivo, modificativo o extintivo, del derecho ejercido por el demandante, excluyente de su acogimiento¹⁷⁰.

Así entendido, la reacción del demandado que se limita a esgrimir la inconcurrencia de un presupuesto de la sentencia favorable al actor (como la ausencia de *legitimatio ad causam*), en la medida en que no involucra la alegación de un fundamento añadido y distinto del fundamento invocado por el actor, en términos estrictos, es una pura defensa negativa (*actore non probante, reus est absolvendus*), o alegación, y no constituye –dice Mattirolò– propiamente excepción¹⁷¹; en lenguaje de Chiovenda, se trata de una “*simple defensa anulatoria de la acción*”¹⁷².

¹⁶⁹ Scialoja, Procedimiento Civil Romano, págs. 167/175.

¹⁷⁰ El concepto doctrinario de excepción “*perentoria*”, también originado en Roma, es asumido en el CPC, que lo utiliza en el art. 711, y es aplicado por la jurisprudencia. Sobre la base de del art. 303 N° 6 del CPC, en relación con el art. 1600 inc. final del CC, en coherencia con la dogmática, puede decirse que son excepciones perentorias aquellas que: **(i)** enervan (debilitan hasta destruir) la fuerza jurídica de la pretensión, justificando la petición de rechazo de ésta (por ejemplo: Vescovi, Enrique, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, segunda edición, 2006, pág. 78); y, **(ii)** se basan en la alegación de hechos sustanciales que son nuevos en el sentido que son diferentes de los esgrimidos por el actor, e impiden el nacimiento del derecho ejercido por este, o lo modifican, o lo extinguen, obstaculizando en todo caso el acogimiento de la acción procesal concreta ejercida por el demandante. En términos coherentes con los orígenes romanistas: concurriendo los presupuestos de la sentencia de fondo favorable a la acción instaurada, ésta será en principio acogida por el juez, “*excepto que*” o “*salvo que*” (Scialoja, Procedimiento Civil Romano, pág. 167) el demandado la enerve, es decir, quite la fuerza de la pretensión, por medio de una “*excepción perentoria*”, o sea, a través de la oposición de un hecho sustancial diferente que –en conformidad con el ordenamiento jurídico– impida el nacimiento del derecho objeto de la pretensión, o lo modifique, o lo extinga, demostrando la improcedencia de la pretensión. Las excepciones perentorias son, en consecuencia, impeditivas (impiden el nacimiento del derecho pretendido en juicio: como la excepción de contrato no cumplido, prevista en el art. 1552 del CC), modificativas (modifican el derecho pretendido en juicio: como el otorgamiento de un plazo que modifique la oportunidad de exigibilidad de la obligación, arts. 1494 y 1496 del CC), o extintivas (extinguen el derecho pretendido en juicio: como el pago de la obligación, o la prescripción de ésta, art. 1567 del CC). Como se trata de la cara opuesta de la acción procesal concreta, constituyen en realidad una pretensión procesal inversa. Así, las “*excepciones perentorias*” tienen también elementos objetivos: **(i)** el “*petitum*”, que es el beneficio jurídico concreto que pide quien se excepciona: el rechazo de la pretensión contenida en la demanda (art. 303 N° 4 del CPC); y, **(ii)** la “*causa petendi*”, que es el fundamento o la razón de la excepción (art. 304 N° 3 del CPC), esto es, el hecho jurídico que se esgrimen para oponerse a la pretensión.

¹⁷¹ Tratado de Derecho Judicial Civil, traducción de Eduardo Ovejero de la quinta edición italiana de 1901, Editorial Reus, 1930, Volumen I, pág. 33.

¹⁷² Sobre La Excepción, en Ensayos, Volumen I, pág. 265.

Este concepto dogmático ha sido frecuentemente utilizado por la jurisprudencia¹⁷³.

De él fluye que podrá alegarse por esta vía (“*mera alegación*”, “*alegación*” o “*defensa*”: **(i)** que el actor no tiene derecho a la pretensión ejercida, sea porque, en conformidad con la norma sustantiva aplicable, los hechos invocados no conducen a la consecuencia jurídica reclamada por el actor en la cosa pedida por este, bien porque los hechos invocados no son reales; **(ii)** que no concurre la condición de calidad, bien porque el actor no está legitimado activamente, sea porque el demandado no está legitimado pasivamente, o porque la legitimación es incompleta; **(iii)** que el actor no tiene interés concreto en el ejercicio efectivo de la pretensión instaurada; **(iv)** que falta en la demanda la completa enunciación de los hechos que habrían debido servir de *causa petendi* al *petitum*; **(v)** que la demanda no ha formulado un *petitum* adecuado al derecho que se invoca, aunque se disponga de éste; y, **(vi)** que la demanda no contiene un planteamiento suficientemente desarrollado de la *causa petendi* propiamente tal, es decir, del fundamento del beneficio que pide.

Pero debe tenerse presente que, en el derecho positivo chileno, la oposición, en la contestación de la demanda, de la inconcurrencia de un presupuesto de la sentencia favorable a la pretensión del actor, recibe el mismo tratamiento de una excepción perentoria. En efecto, el art. 309 N° 3 del CPC refiere a “*las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan*”, sin aludir diferencialmente a las “*defensas*”, “*alegaciones*” o “*meras alegaciones*”, concepto amplio –determinado por el lenguaje confuso del *Corpus Juris*¹⁷⁴– que es propio del derecho moderno¹⁷⁵. El art. 170 N° 3, que establece los requisitos de las sentencias definitivas, dispone que estas deben contener la “*enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el demandado*”, lo que demuestra *a fortiori* la equivalencia. Seguidamente, el art. 170 N° 6° determina que el fallo definitivo debe contener “*la decisión del asunto controvertido*”, que “*deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio*”. Finalmente, el art. 768 N° 5 dispone la nulidad de la sentencia definitiva que omita el cumplimiento de estos contenidos.

¿Qué relevancia agregada podría tener la circunstancia que este tipo de defensa negativa constituya una “*mera alegación*” o “*defensa*” y no una “*excepción*”? En el procedimiento ordinario de mayor cuantía, puede contenerse en la dúplica, puesto que dice relación con materias que el juez de todos modos debe exa-

¹⁷³ Por ejemplo: Tercera Sala de la Corte Suprema, sentencia de casación de 29 de abril de 2013, consideración sexta, Rol N° 4.687/2012.

¹⁷⁴ Chioyenda, Sobre La Excepción, en Ensayos, Volumen I, pág. 265.

¹⁷⁵ Mattiolo, LUIS, Tratado, Volumen I, pág. 31.

minar de oficio; y, por ello mismo y, porque se deduce –analógicamente– del art. 305, en toda clase de ritualidad, también puede plantearse *ex post* de la fase de discusión, durante el progreso del procedimiento¹⁷⁶; aunque, en estos casos, la omisión de pronunciamiento en la sentencia definitiva no importará su nulidad formal¹⁷⁷.

24. Carácter preliminar o prejudicial de la apreciación de los presupuestos de interés en obrar y de *legitimatío ad causam*

Adiciona Chioventa que las condiciones de calidad (legitimación) y de interés en obrar son preliminares o prejudiciales en sentido amplio respecto de la existencia de derecho¹⁷⁸, pero aclara que todas ellas son igualmente “*de fondo*” o “*de mérito*”, a diferencia de los “*presupuestos procesales*”¹⁷⁹; en esta orientación puede añadirse la cita de una sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de mayo de 2000¹⁸⁰.

25. En torno a una tesis latinoamericana acerca de “presupuestos materiales de la sentencia de fondo”

La singularidad anotada por Chioventa ha llevado probablemente a Devis Echandía a sostener que las condiciones de calidad o legitimación *ad causam* y de interés concreto en obrar no constituirían presupuestos de la sentencia favorable, sino “presupuestos materiales de la pretensión o sentencia de fondo”, es decir, “*requisitos para que el juez pueda proveer de fondo o de mérito, para resolver si el demandante tiene o no el derecho pretendido, y el demandado, la obligación que se le imputa*”¹⁸¹.

El autor colombiano los comprende dentro de la misma categoría conceptual que: **(i)** el ejercicio por el interesado de la acción ejecutiva en su caso; **(ii)** el agotamiento de la vía administrativa con antelación a la promoción del proceso contencioso administrativo; **(iii)** la correcta acumulación de pretensiones en su caso; **(iv)** la suficiencia en el modo de formulación de la pretensión; **(v)** la elección adecuada del tipo de procedimiento aplicado; **(vi)** la ausencia de

¹⁷⁶ Téngase en cuenta sin embargo que Alsina estima que esta defensa (*sine actione agit*) debe ser opuesta en la contestación de la demanda: Derecho Procesal, Tomo I, pág. 388.

¹⁷⁷ Por ejemplo, sentencia de casación de la Tercera Sala de la Corte Suprema de 12 de agosto de 2008, consideración tercera, Rol N° 381/2007.

¹⁷⁸ Principios, Tomo I, pág. 118.

¹⁷⁹ Principios, Tomo I, pág. 118.

¹⁸⁰ Citada por Montero, De La Legitimación en el Proceso Civil, Editorial Bosch, 2007, pág. 71.

¹⁸¹ Nociones, pág. 381.

cosa juzgada, transacción, caducidad o desistimiento; y, **(vii)** la ausencia de litispendencia.

La autoridad indiscutida de Devis Echandía, por un lado, obliga a la mención de su doctrina, y, por el otro, ha conducido al seguimiento de esta categoría por otros autores latinoamericanos, que comprenden dentro de ella a la legitimación y al interés en obrar¹⁸².

Sin embargo, la tesis no ha convencido a la mayoría de los autores ni siquiera en nuestro continente¹⁸³, puesto que –como reconocen los más destacados entre sus seguidores– la diferencia entre la noción de presupuestos materiales de la sentencia de fondo y la de presupuestos procesales es débil¹⁸⁴, de existir, de modo que introduce confusión, y más bien presenta el peligro de reconducir erróneamente a las condiciones de interés concreto en obrar y de legitimación *ad causam* a la categoría de los presupuestos procesales.

Por otra parte, como se verá, atento que, en la hipótesis normal de legitimación *ad causam* propia, esta deriva de la existencia misma de la relación material (existencia de derecho)¹⁸⁵, parece artificiosa, tortuosa e inútil la distinción. Como expresa Satta: si al sujeto le falta la legitimación porque carece de la titularidad del interés “no se le dice que es parte pero no justa parte, se le dice que no tiene esa titularidad, o sea se rechaza su demanda con un juicio que es sustancialmente de mérito”¹⁸⁶.

En cuanto a las condiciones que Devis Echandía consigna como análogas, tampoco son mantenidas por sus seguidores, que consideran varias de ellas como presupuestos procesales, y otras como “*excepciones procesales o mixtas*”, materia, esta, cuyo exhaustivo abordaje sería imprescindible en una obra general, pero que aquí solo podemos dejar enunciada, puesto que exige amplio desarrollo.

No parecen correctas, finalmente, las “*consecuencias de los errores en esta materia*”¹⁸⁷ que consigna el autor de la tesis, derivando ellas, en rigor, de su opción circunscrita por la tesis de la acción en sentido abstracto, sin consideración suficiente de la doctrina de la acción en sentido concreto.

En cualquier caso, es relevante consignar que, también para Devis Echandía, las de legitimación *ad causam* y de interés concreto en obrar son “*cuestiones de fondo*”¹⁸⁸.

¹⁸² Quintero y Prieto, Teoría, págs. 437 y ss.

¹⁸³ Quintero y Prieto, Teoría, pág. 437.

¹⁸⁴ Quintero y Prieto, Teoría, pág. 438.

¹⁸⁵ Gómez Orbaneja y Herce Quemada, Derecho Procesal Civil, Ediciones Artes Gráficas, 1962, quinta edición, pág. 134.

¹⁸⁶ Manual, Pág. 87.

¹⁸⁷ Devis Echandía, Nociones, pág. 384.

¹⁸⁸ Nociones, pág. 384.

26. La *legitimatío ad causam*, en su tipo básico (propia y normal u ordinaria) es un presupuesto de fondo de la sentencia favorable

Así, la calidad o legitimación para obrar o *legitimatío ad causam*¹⁸⁹, en su variable o modalidad básica, que es la *propia* y *normal* u *ordinaria* (identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley [legitimación activa], y de la persona del demandado con la persona obligada [legitimación pasiva]¹⁹⁰), para la doctrina y jurisprudencia intensamente mayoritarias, constituye uno de los *presupuestos* de la sentencia favorable al actor, condiciones (de admisión) de la acción, requisitos constitutivos de la acción, requisitos de la tutela jurídica, o elementos axiológicos de la pretensión, puesto que consiste en una cuestión de fondo, que debe ser examinada sobre la base del material reunido durante la sustanciación (mérito del proceso¹⁹¹). Lo propio opina Allorio: la *legitimatío ad causam* es cuestión de “*existencia de la acción*”¹⁹². En igual sentido puede mencionarse una sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de julio de 1999¹⁹³. Su apreciación de oficio no es dudosa, tal cual se advirtió *supra* (19), aspecto acerca del que tampoco hesita la jurisprudencia extranjera¹⁹⁴.

En contra, aisladamente, puede mencionarse a Garnica¹⁹⁵, que, sin exposición de mayores fundamentos sistemáticos, plantea que la legitimación pasiva conformaría una cuestión relativa a los presupuestos del proceso, que debería analizarse sobre la exclusiva base del contenido expositivo del libelo de demanda. La doctrina minoritaria yerra.

En primer lugar, la apreciación de la legitimación *ad causam* propia y normal u ordinaria supone necesariamente ponderar una cuestión que es de fondo porque encuentra base en un tipo de “*vinculación con la relación jurídica sustancial que se deduce en el juicio*”¹⁹⁶, concierne al objeto litigioso, a la *res in iudicium deducta*.

¹⁸⁹ Chioyenda, Principios, Tomo I, pág. 178.

¹⁹⁰ Chioyenda, Principios, Tomo I, pág. 114.

¹⁹¹ En Chile: art. 160 del CPC.

¹⁹² Allorio, Enrico, Legitimación Para Accionar, en Problemas de Derecho Procesal, traducción de Santiago Sentís Melendo de la edición italiana de 1957, Editorial EJE, 1963, Tomo II, pág. 250. Hay que dejar anotado que las ideas del autor italiano acerca del tema presentan profusas particularidades, no siempre coincidentes con las doctrinas que se sostienen en el texto, que no serán abordadas en este artículo básico. Un trabajo exhaustivo no debiera omitir su examen.

¹⁹³ Citada por Montero, De La Legitimación, pág. 71.

¹⁹⁴ Montero, De La Legitimación, pág. 72.

¹⁹⁵ Garnica Martín, Juan, Cuestiones procesales asociadas al carácter solidario de la responsabilidad civil de una pluralidad de sujetos, en Realismo Jurídico y Experiencia Procesal, pág. 519. Garnica refiere a un caso de litis consorcio necesario, pero su planteamiento es general respecto de la cuestión de *legitimatío ad causam*.

¹⁹⁶ Córdón Moreno, citado por NIEVA, Imprecisiones, pág. 820.

De la Oliva ha definido la legitimación *ad causam* propia y normal u ordinaria así: “es la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el derecho (objetivo), el reconocimiento justamente a su favor de una pretensión que ejercita (legitimación activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva)”¹⁹⁷.

Esta idea se halla también en la frase de Gómez Orbaneja: la *legitimatio ad causam* “es el trasunto procesal de la titularidad”¹⁹⁸.

Este modo de enfocar el tema obedece a la lógica jurídica, que no puede abstraerse de la realidad, porque el Derecho es ciencia práctica. *La acción procesal será eficaz en su perspectiva concreta*, hemos dicho *supra* (3), si es apta para producir un dictamen de acogimiento del específico *petitum* formulado por el demandante respecto de la cuestión material planteada. Repitamos lo que enseña Calamandrei: “este derecho, que trata de obtener una determinada providencia favorable, encuentra su satisfacción en el pronunciamiento de esta providencia y en ella se agota y extingue”¹⁹⁹. Esta finalidad se obtendrá si el tribunal, en el instante del juzgamiento, verifica la concurrencia de los presupuestos de la sentencia favorable al actor. A menos que queramos convertir al proceso jurisdiccional en entidad vacua, en un sinsentido²⁰⁰, como tan correctamente lo comprendieron Gierke, Chiovenda y Calamandrei, no podemos prescindir de la acción procesal en perspectiva concreta, entendida como el derecho a la tutela jurídica merecida por el reclamante y debida por la colectividad mediante la prestación jurisdiccional, circunstancia que –para que el proceso jurisdiccional sirva para algo– obliga a relacionarla con la *res in iudicium deducta*.

Y, en segundo lugar, si bien puede concebirse –concordamos con esta aseveración– que es un presupuesto del proceso la exigencia de la simple afirmación de la parte de ser sujeto legitimado, porque constituiría un absurdo aceptar la

¹⁹⁷ De la Oliva, Andrés (con Diez-Picazo), Derecho Procesal Civil, El Proceso de Declaración, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2000, pág. 128, citado por Nieva, Imprecisiones, págs. 820/821.

¹⁹⁸ Referido por De la Oliva, Andrés (con Diez-Picazo), Derecho Procesal Civil, citado por Nieva, Imprecisiones, pág. 822.

¹⁹⁹ También lo manifiesta pulcramente Calamandrei: “Este derecho, que trata de obtener una determinada providencia favorable, encuentra su satisfacción en el pronunciamiento de esta providencia y en ella se agota y extingue” (Instituciones, Volumen I, pág. 257; léase la nota 16, que alude al concepto de Redenti: “la extinción de la acción por satisfacción”).

²⁰⁰ Resultado que logra Nieva en la que, en nuestro concepto, constituye la menos feliz de sus aportaciones doctrinarias: Imprecisiones, págs. 808/817. Califica a la acción como un concepto inútil, derivado de supuestas confusiones que fluirían de concepciones sustancialistas trasladadas al proceso jurisdiccional (concepto que extiende al de legitimación que es objeto del presente trabajo). El sinsentido del resultado de su reflexión se deja ver en estas frases suyas: “... el legislador, teóricamente, podría ordenar que cualquier proceso fuera iniciado de oficio. Sería una aberración social, evidentemente, que se dispusiera algo por el estilo. Pero lo cierto es que aunque las partes no instaran la actuación judicial, la jurisdicción y el proceso podrían seguir existiendo” (pág. 811). Respetuosamente opino que es inútil, tratándose del Derecho, que es ciencia práctica, examinar escenarios que –al menos en el orden civil– constituyen aberraciones.

existencia de un proceso en que la parte misma afirma su carencia de titularidad respecto del objeto litigioso, no puede desconocerse que –como enseñan Gómez Orbaneja y Herce Quemada– la *legitimatio ad causam* tiene que ver con “la existencia misma de la acción, o sea, no cabe referirla al derecho de ser demandante, o a la carga de ser demandado, en un determinado pleito, sino al derecho a la sentencia en el sentido pedido en la demanda”²⁰¹. Es por esta razón que de lo que se trata es de justificar la titularidad del derecho a la sentencia en el sentido pedido en la demanda, que “el juicio tiene por objeto probar esa misma legitimación”²⁰², de manera que esta constituye un presupuesto de fondo de la sentencia favorable que –en esta perspectiva– ha de apreciarse en función del mérito del proceso, y no es un puro presupuesto del proceso cuya concurrencia pueda ser valorada sobre la base de las meras afirmaciones expresadas en el libelo de demanda.

Finalmente, consistiendo la *legitimatio ad causam* propia en un presupuesto de la sentencia favorable, en supuesto de inconcurrencia, como lo consigna De la Oliva²⁰³, ha de dictarse sentencia de fondo de rechazo de la pretensión (*supra*: 24), aunque deba dejarse constancia que la jurisprudencia española reciente no ha sido constante en este punto, puesto que en diversas ocasiones –con crítica doctrinaria– se ha limitado a absolver la instancia²⁰⁴.

27. Concepto y efecto de la *legitimatio ad causam*

El concepto de legitimación *ad causam* es correctamente definido por GOLDSCHMIDT²⁰⁵ como “**derecho de gestión procesal**”, es decir, “**la facultad de hacer valer un derecho en juicio**”, tratándose de la que es activa, y como “**carga de gestionar el proceso o de actuar en él**”, esto es, “**la necesidad de defenderse judicialmente contra una demanda (necessitas defensionis, Dig. 49, 17, 18, 4)**”, tratándose de la que es pasiva. BULOW alude al concepto con las expresiones de “**legitimación sustancial**”²⁰⁶.

Doctrinadores alemanes más modernos (Arens/Luke, Jauernig, Rosenberg, Schwab, Gottwald, Grunsky) aluden a la facultad de “*conducción procesal*”²⁰⁷. Calamandrei²⁰⁸ llama, a la activa, “*legitimación para obrar*”, indicando que ésta se traduce en que es necesario que la demanda sea presentada al juez por quien

²⁰¹ Derecho Procesal Civil, pág. 128.

²⁰² Citados por Nieva, Imprecisiones, pág. 822.

²⁰³ Citado por Montero, De La Legitimación, pág. 77.

²⁰⁴ Montero, De La Legitimación, pág. 73.

²⁰⁵ Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 115.

²⁰⁶ La Teoría, pág. 10.

²⁰⁷ Citados por Nieva, Imprecisiones, pág. 825.

²⁰⁸ Instituciones, Volumen I, págs. 261/263.

se encuentre, frente al hecho específico legal, en cierta posición subjetiva calificada, “que la ley considera como particularmente idónea para estimular en aquel caso concreto la función jurisdiccional”; y denomina, a la pasiva, “legitimación para contradecir”, expresando que la exigencia de esta consiste en que la demanda debe ser propuesta, por el actor, “contra un adversario que se encuentre, en cuanto al mismo hecho específico, en la posición subjetiva recíproca”, que aparezca como “especialmente cualificado” para “contradecir respecto de la materia”.

Agrega Calamandrei²⁰⁹ que, concurriendo la legitimación *ad causam* activa y pasiva podrá decirse que el proceso se lleva entre “**legítimos contradictores**”.

A propósito de estas últimas expresiones interesa recordar que, en el derecho iberoamericano, el concepto de *legitimatío ad causam* se entendía en el siglo XIX comprendido dentro del concepto –más amplio y complejo– de *personalidad*, que mantuvo utilización en España hasta bien entrado el siglo XX²¹⁰.

Pero en Chile la evolución terminológica se realizó en el siglo XIX. El Proyecto LIRA (1884) propuso el siguiente texto en su art. 843: “Si a la solicitud promovida se hiciera oposición por alguno que tenga **personalidad** para formularla, se hará contencioso el negocio y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda. Si la oposición se hiciera por quien no tenga **personalidad** para ello, podrá el tribunal, desestimándola de plano, dictar providencia sobre el negocio principal. En la calificación de la **personalidad** del opositor podrá también el tribunal proceder sin forma de juicio”. Examinada la disposición por la Comisión Revisora, en su sesión 111, “el señor Campillo encuentra oscura la frase por alguno que tenga **personalidad** para formularla y cree que el derecho tiene adoptada para expresar la idea de que aquí se trata la expresión **legítimo contradictor**. Propone en consecuencia esta modificación. Aceptada unánimemente esta indicación, se acordó también poner en el inciso 2° por quien no tiene **derecho** en lugar de por quien no tiene **personalidad** para ello. El señor Campillo pidió también por redundante la supresión del último inciso. El señor Lira sostuvo el inciso como necesario a fin de autorizar al juez para proceder en ese caso en la forma que se expresa, supuesto que por tratarse ya de cuestión entre partes conocidas podría creerse que el negocio degeneraba de su naturaleza de no contencioso. Fue aprobada la indicación del señor Campillo por tres votos contra uno”. Así, el Proyecto de 1893 contuvo la disposición que forma el actual art. 823 del CPC: “Si a la solicitud presentada se hace oposición por **legítimo contradictor**, se hará contencioso el negocio y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda. Si la oposición se hace por quien no tiene **derecho**, el tribunal, desestimándola de plano, dictará resolución sobre el negocio principal²¹¹”.

²⁰⁹ Instituciones, Volumen I, pág. 263.

²¹⁰ Montero, De La Legitimación, págs. 26 y ss.

²¹¹ Lazo, Santiago, CPC, Ediciones Cruzat, 1918, pág. 853.

Por consiguiente, en el ordenamiento procesal chileno, corresponde concluir que el concepto de *legitimatio ad causam* dispone de antigua historia, concebido como una vinculación con la relación jurídica sustancial que se deduce en el juicio, lo que se colige del vocablo “derecho” que emplea el inc. 2° del art. 823.

28. *Legitimatio ad causam propria y ordinaria o normal*

La situación ordinaria o normal, de legitimación *ad causam propria*, consiste, según Goldschmidt²¹², en que “el derecho de gestión procesal nace de la titularidad del derecho litigioso o de la acción discutida, y la carga de gestionar el proceso es anexa a la titularidad de la obligación litigiosa”; o sea, siguiendo a Calamandrei²¹³, se actúa o contradice en juicio “para tutela del propio derecho”, de manera tal que “la legitimación ha de pertenecer de un modo exclusivo a aquella misma persona a la que pertenece de un modo exclusivo el derecho subjetivo sustancial”, con lo que, en términos más generales: “la legitimación para obrar y para contradecir corresponden respectivamente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida”.

Esta es, agrega el jurista florentino, “una consecuencia necesaria de la naturaleza disponible de los derechos privados”²¹⁴. En rigor, la legitimación *ad causam propria* es un derivado del individualismo intuitivo romanista, desarrollado por el liberalismo clásico en los siglos xvii y xviii, y, como apuntan para Francia los autores Cornu y Foyer, influido proactivamente por la Revolución francesa²¹⁵, así como por la Revolución americana inmediatamente precedente, que se basaron en la constitución de la persona humana como un ser libre y responsable de sí mismo.

En este contexto, el derecho asegura que la agrupación estatal no se entrometerá dentro de esferas de libertad asegurada; es en este sentido que la doctrina alemana ha puesto énfasis en calificar el derecho a la propiedad (la posibilidad de adquirir toda clase de bienes, corporales e incorporales, art. 19 N° 23 CPR), el derecho de propiedad (señorío sobre bienes adquiridos, art. 19 N° 24 CPR, y la posibilidad de destinarlos a la ejecución de actividades económicas, art. 19 N° 21 CPR), que en su conjunto componen la institución de la propiedad, como la garantía de “un derecho de libertad del ciudadano frente al Estado”²¹⁶: el

²¹² Derecho Procesal Civil, Tomo I, págs. 115/116.

²¹³ Instituciones, Volumen I, pág. 264.

²¹⁴ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 264. Véase, acerca de esta materia, contemporáneamente: Damaska, Las Caras de la Justicia, págs. 190 y ss.

²¹⁵ Citados por Sánchez, La Legitimación, pág. 45.

²¹⁶ Westermann, Harry, Westermann, Harm Peter, Gursky, Karl Heinz, y Eickmann, Dieter, Derechos Reales, Fundación Cultural del Notariado, 2007, Madrid, traducción de la séptima edición, 1998, por Miguel Cañazares, Ana Miquel, José Rodríguez, y Bruno Rodríguez, Volumen I, pág. 299.

otorgamiento, a los individuos, o grupos voluntariamente formados, de espacios de autonomía privada, en que podrán definir potestativamente respecto de esos bienes, sin que en esas decisiones, adoptadas dentro del ámbito de su señorío, puedan entrometerse otros individuos, u otros grupos, ni la colectividad estatal.

Estos principios sustantivos, como decía Gómez Orbaneja²¹⁷, se “*trasuntan*” al Derecho Procesal mediante la regla de legitimación *ad causam* propia que es, así, esencial en una sociedad libre.

29. Legitimatío ad causam propia y ordinaria o normal en casos de litisconsorcio necesario

Aunque deba tenerse en cuenta –para evitar equívocos– que se trata de casos normales u ordinarios, de legitimación *ad causam* propia, porque, como enseña Calamandrei, son hipótesis en que la legitimación para obrar y para contradecir corresponden respectivamente al sujeto activo y al sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida, conviene considerar especialmente –con puntual referencia al fallo sintetizado al inicio de este trabajo– las situaciones de litis consorcio necesario²¹⁸:

A.- Propio (explícitas): cuando “*la ley misma disponga que el juez pueda pronunciar sobre la relación si no actúan o no están llamadas a contradecir todas las personas que según el derecho sustancial están interesadas en la relación misma*”²¹⁹; y,

B.- Impropio (implícitas): concurren, en razón de la naturaleza de la cuestión material debatida, o, como dice Chiovenda, “*de la relación preexistente al proceso*”²²⁰, si “*la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes*”²²¹, “*a fin de que forme estado respecto de todas ellas*”²²², por una sentencia única, debiendo determinarse su procedencia a partir “*de la*

²¹⁷ Referido por De la Oliva, Andrés (con Diez-Picazo), Derecho Procesal Civil, citado por Nieva, Imprecisiones, pág. 822.

²¹⁸ Goldschmidt enfatiza que las situaciones de *litis consorcio necesario* son aquellas en que “*la igualdad de las situaciones procesales consiste en que los diferentes litisconsortes, por la relación jurídica en que están interesados, han de obtener, por precepto legal, una misma sentencia*” (Derecho Procesal Civil, Tomo II, pág. 439). La previsión legal, agregamos en conformidad con el texto y la doctrina común, puede ser implícita, en razón de la naturaleza de la relación. Pero es claro que no basta, como enfatiza el jurista judeo alemán, una “*supuesta necesidad lógica*”.

²¹⁹ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, págs. 264/265. En Chile, esta sería la hipótesis concernida en el art. 18 del CPC, según Romero, (Curso, Tomo I, pág. 106), quien, no obstante, no ha podido encontrar en nuestro ordenamiento situaciones en que por imperio de la ley “*se proceda conjunta por muchos o contra muchos*”.

²²⁰ Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 303.

²²¹ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 265.

²²² Calamandrei, citado por Romero, Curso, Tomo I, pág. 105.

*naturaleza de la relación jurídica deducida en juicio*²²³ de la que surja “la imposibilidad jurídica de pronunciar separadamente respecto a varios, (que) se tiene cuando la sentencia pronunciada respecto a uno solo entre los varios no tiene por sí ningún valor, inutiliter datur”²²⁴.

Se hallan entre estos casos, por ejemplo, las pretensiones constitutivas que persiguen la creación o alteración de estados jurídicos de partícipes plurales²²⁵, la pretensión de división de la cosa común²²⁶, las acciones de impugnación del pacto de separación total de bienes otorgado en perjuicio de acreedores que debe deducirse en contra de ambos cónyuges²²⁷, así como las acciones de nulidad de actos jurídicos²²⁸ y de resolución de contratos²²⁹.

Chiovenda apunta correctamente que el litis consorcio necesario impropio es siempre de excepción y concierne únicamente a las pretensiones de “*sentencias constitutivas*”²³⁰, esto es, aquellas que tienden a la creación de estados jurídicos nuevos, o a la modificación de estados jurídicos preexistentes²³¹, naturaleza que tienen, en rigor, todos los casos que venimos de citar como ejemplos (y que

²²³ Romero, Curso, Tomo I, pág. 106.

²²⁴ Chiovenda, Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 304.

²²⁵ Chiovenda, Principios, Tomo I, pág. 180.

²²⁶ Montero, De La Legitimación, pág. 224.

²²⁷ Peñailillo, Daniel, citado por Romero, Curso, Tomo I, pág. 107.

²²⁸ Véase también Montero, De La Legitimación, pág. 223. Este es el caso de mayor aplicación práctica de la doctrina de litis consorcio necesario impropio entre nosotros. Sin embargo, el fundamento que usualmente se esgrime es el proporcionado por la doctrina civil, en el sentido que la acción de nulidad es de naturaleza personal, de manera que debe interponerse en contra de todos los sujetos involucrados en el vínculo personal (por ejemplo, sentencia de la Primera Sala de la Corte Suprema de 21 de marzo de 2016, Rol N° 5.931/2015, consideración séptima: “*el demandante ha ejercido en esta causa la acción de nulidad de un contrato, la que conforme lo dispuesto en el artículo 578 del CC es una acción personal, porque nace de un derecho personal, como es el que tiene cualquier contratante o tercero a quienes estos contratos puedan afectar o lesionar en sus respectivos derechos para reclamar su nulidad, y, por lo tanto, debe dirigirse principalmente en contra de las personas que lo han celebrado, aparte de las otras que de ellas derivan los derechos, por ser ellas las que por la convención han contraído obligaciones y han adquirido los derechos que de ellas provienen y que se pretende anular*”; el fallo agrega la cita de Alessandri Besa, Arturo, La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno, Editorial Jurídica Ediar Cono Sur Limitada, Segunda Edición, Tomo I, pág. 623). En perspectiva procesal, lo relevante es que la acción de nulidad es **constitutiva**, es decir, pretende la alteración del estado de una relación jurídica y esto, por las razones apuntadas en el texto, únicamente puede hacerse frente a todos los sujetos interesados en ella. La naturaleza personal de la acción presenta una utilidad conceptualmente complementaria y diversa: determinar quiénes son los interesados en su resultado y, por lo mismo, quiénes son los legítimos contradictores que han de ser convocados al proceso respectivo para que la acción procesal concreta pueda ser acogida en la sentencia de fondo; o bien, en caso de omisión de emplazamiento, no resulte *inutiliter datur*.

²²⁹ Véase, por todos: Romero, Curso, Tomo I, págs. 107/110 y 112/119.

²³⁰ Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 309.

²³¹ La creación o modificación se opera por la misma sentencia: Chiovenda, Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 310. Este fundamento es decisivo para configurar la necesidad imprescindible del emplazamiento de todos los legítimos contradictores. El demandado ha de estar en la causa necesariamente: porque “*está en causa no como obligado, al cual deba dirigirse un mandato contenido en la ley, sino solo en cuanto por el principio del contradictorio el efecto jurídico inherente a la sentencia del juez no puede producirse si él no es llevado a juicio*” (Chiovenda, Sobre el Litis Consorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 311).

puede predicarse sin duda del caso que involucró a la señora Abaroa, al Fisco y a la Comunidad “Yalquincha” descrito *supra* [1]).

El fundamento sustantivo del instituto de litis consorcio necesario impropio se halla en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídicas materiales que “*exige que estén en el proceso todos sus titulares, pues de otro modo no podría llegarse a una decisión eficaz*”²³², atento que si no están en la causa todos ellos, “*la sentencia será inútil*” [*inutiliter datur*]²³³.

El litisconsorcio es necesario “*por razones de derecho material, no por motivos procesales*”²³⁴, de lo que se sigue que “*el litisconsorcio necesario afecta a la utilidad del proceso, pero no a la válida constitución del mismo (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991, entre otras)*”²³⁵.

Son evidentemente erróneos otros pronunciamientos jurisprudenciales españoles que basan el instituto en el principio de contradicción o derecho de defensa y eventual alcance a terceros por la fuerza de la cosa juzgada porque “*quien no fue parte en un proceso no se verá afectado por la cosa juzgada*”²³⁶, y, en Chile, en caso de pretensión de ilícita afectación, podrá utilizar la figura de oposición de tercero (art. 234 del CPC)²³⁷; o el recurso de protección previsto en el art. 20 de la CPR (nota 252)..

La sentencia es, respecto del tercero no emplazado, como decía Chiovenda, *inutiliter datur*, y esto: *por contraddittorio non integro*²³⁸.

Distinto es el caso de las legislaciones italiana y brasileña, en que se ha podido arribar, en el primer caso a partir del Código de 1941 (posterior a las enseñanzas de Chiovenda), a soluciones diferentes, sobre la base de preceptos distintos a los precedentes, y, desde luego, a los chilenos.

30. Legitimatío ad causam propia y extraordinaria o anormal

Pero la ley también configura situaciones de legitimación *ad causam* propia anormales o extraordinarias, es decir, casos en que autoriza o prescribe la actuación de sujetos que únicamente comparten, pero no conforman exclusiva y excluyentemente, la titularidad afectada en el caso concreto:

²³² Montero, De La Legitimación, pág. 224.

²³³ Montero, De La Legitimación, pág. 227.

²³⁴ Montero, De La Legitimación, pág. 224.

²³⁵ Montero, De La Legitimación, págs. 227/228.

²³⁶ Montero, De La Legitimación, págs. 225.

²³⁷ Romero, La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2002, págs. 116/117.

²³⁸ Cruz e Tuggi, José Rogerio, Límites Subjetivos, pág. 264, nota 320.

- (a) situaciones en que la relación jurídica sustancial *“tiene lugar no entre dos solos sujetos, sino entre una pluralidad de sujetos activos o pasivos”*, en que *“puede ocurrir que la ley establezca que cada uno de los sujetos activos y pasivos esté legitimado por sí solo para obrar o contradecir en juicio respecto de toda la relación”*²³⁹, como acaece en ciertos aspectos de la solidaridad obligacional²⁴⁰;
- (b) las llamadas *acciones de clase*, en que *“se concede legitimación extraordinaria para la defensa de los intereses supraindividuales, colectivos o difusos”*²⁴¹;
- (c) las denominadas *acciones populares*, en que *“cada ciudadano es titular de un verdadero derecho, aunque este corresponda también a los demás”*²⁴²; y,
- (d) las situaciones en que el sujeto autorizado para pretender dispone únicamente de un interés en la situación jurídica material²⁴³.

31. *Legitimatío ad causam substitutiva (impropia)*

Completamente diferente es el caso de la legitimación *ad causam* substitutiva (o impropia), definida desde el siglo XIX por Kohler²⁴⁴, en que la legitimación se funda *“en el derecho de administrar un patrimonio ajeno”* o bien en que el derecho o carga de gestión procesal se halla *“independizada de tal modo que en tal caso la parte lleva el proceso en nombre propio, pero sobre derechos u obligaciones ajenos”*²⁴⁵.

Lo que caracteriza el instituto es que la legitimación para obrar y para contradecir no corresponde al sujeto activo, o al sujeto pasivo, en su respectivo caso, de la relación sustancial controvertida.

²³⁹ Calamandrei, Instituciones, Volumen I, pág. 264.

²⁴⁰ En Chile, en cuanto a la cosa juzgada derivada de la legitimación, un amplio tratamiento se encuentra en Stitckin, David, Derecho Civil, Tomo I, Editorial Universitaria, 1949, págs. 332/337. Sin embargo, la tendencia contemporánea, que asume, por ejemplo, el nuevo Código Civil argentino, consiste en que una sentencia nunca puede producir efecto de cosa juzgada en contra del codeudor solidario que no fue parte en el proceso respectivo, a menos que la sentencia le favorezca y no se haya dictado en virtud de causas personales del litigante (López Mesa, Marcelo, De Las Obligaciones, Análisis Exegético del Nuevo Código, Editorial IB de F, 2015, Tomo I, pág. 1.008). Más amplio es el efecto de cosa juzgada respecto de coacreedores solidarios (Díez-Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Editorial Civitas, sexta edición, 2008, Volumen II, pág. 217). No corresponde en este trabajo un tratamiento exhaustivo de esta importante temática.

²⁴¹ Romero, Curso, Tomo I, pág. 99.

²⁴² Córdón Moreno, citado por Romero, Curso, Tomo I, pág. 99. En Chile, por ejemplo: art. 948 del Código Civil.

²⁴³ Por ejemplo: la acción de nulidad absoluta que puede deducirse por quien tenga interés en su declaración (art. 1683 del CC).

²⁴⁴ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 116.

²⁴⁵ Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 116.

Se trata evidentemente de situaciones excepcionales cuya procedencia exige regla expresa²⁴⁶, y fundamento constitucionalmente aceptable, porque, en principio, infringe la regla de propiedad y disponibilidad de los derechos, desarrollada con antelación.

En estas situaciones, para Chiovenda, a quien seguimos, la realidad de la concurrencia de legitimación sustitutiva es presupuesto procesal (cuestión de forma) y no condición de la acción (cuestión de fondo)²⁴⁷; dejando constancia –el jurista italiano– de discrepar en este punto de Hellwig y de Rosenberg.

Opina lo contrario Goldschmidt²⁴⁸, para quien, en evento de sustitución procesal, la legitimación es *“una parte del fundamento de la acción, es decir, de los requisitos de hecho que fundamentan la acción”*, o sea, de *“los presupuestos de tutela jurídica”*, de manera que, a su juicio, en caso que falte la legitimación en la causa, la demanda se considera como *“no fundada”*, pero no como *“inadmisible”*.

Ejemplos, en Chile, son los de la acción subrogatoria como derecho auxiliar del acreedor para la protección y ejercicio de su crédito²⁴⁹ y la actuación judicial de las administradoras de fondos de inversión privados²⁵⁰.

32. Conclusiones Generales

Damos por reproducido, aquí, lo anticipado *supra* (5), que a estas alturas de desarrollo del trabajo, podrá resultar bien comprendido.

33. Conclusión específica respecto del pretexto casuístico

Por las razones explicadas en los numerales **7** y **29** precedentes, y en la **nota 35**, consideramos correcto el planteamiento de la disidencia de la sentencia de la Tercera Sala de 2 de abril de 2015, Rol N° 26.704/14.

Baste con agregar: **(i)** la doctrina de Chiovenda es precisa en el sentido que *“la falta de alguno en juicio”* es un *“defecto de legitimación para accionar”* y, como *“la legitimatio ad causam forma parte de las condiciones de la acción”*: el juez *“podrá rechazar una demanda por el hecho de que la acción corresponda solo a varios o contra varios”*²⁵¹; **(ii)** es conceptualmente contradictorio que

²⁴⁶ Montero, De La Legitimación, pág. 335.

²⁴⁷ Principios, Tomo I, pág. 116, y Tomo II, págs. 27 y ss.

²⁴⁸ Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 116.

²⁴⁹ Romero, Curso, Tomo I, págs. 100/101.

²⁵⁰ Ley N° 18.815, art. 40, en relación con sus arts. 3° y 42.

²⁵¹ Sobre el Litisconsorcio Necesario, en Ensayos, Volumen III, pág. 303.

la sentencia de mayoría establezca, como no hay duda que manifiesta, que el fallo de fondo que llegare a dictarse en omisión de emplazamiento de un litisconsorte necesario será inoponible a este²⁵², y que, simultáneamente, sostenga la solución de nulidad procesal y reposición al inicio del proceso, para su emplazamiento, sobre la base de supuesta afectación a la garantía del debido proceso y derecho de contradicción del litis consorte omitido; por esta misma razón, discrepamos de autorizada doctrina nacional²⁵³; y, **(iii)** la coherencia sistemática de la solución de la nulidad procesal supondría que el tercero omitido, pudiera comparecer al proceso como tal, para pedir su declaración, pero, en el ordenamiento chileno, esto le es impedido por los arts. 22 y 23 del CPC, de modo que no es coherente que el tribunal pueda de oficio disponer ello mismo en su favor; todo lo cual demuestra *a fortiori* que la solución correcta es la fundamentamente descrita por Chiovenda, seguida por la disidencia.

A una solución distinta puede arribarse como otros preceptos, como se ha expresado *supra* (**nota 35**).

34. Legitimación *ad causam* y excepciones dilatorias

Es interesante considerar la interrogante acerca de si es posible que el demandado, por vía de excepción dilatoria de corrección del procedimiento, fundada en el art. 303 N° 6 del CPC, oponga un defecto de *legitimatío ad causam* que sea constitutivo de presupuesto de la sentencia de fondo favorable a la pretensión, en especial, en un caso de litis consorcio necesario impropio, para que se sustancie y resuelva por medio de *artículo de no contestar*; duda que surge en atención a que no se está frente a un presupuesto del proceso, ni ante un problema de validez procesal.

Es nuestra opinión, coincidente en este extremo con la de ROMERO²⁵⁴, que esta clase de temáticas sí pueden ser planteadas a través de la excepción dilatoria precitada, por las siguientes razones: **(i)** es sabido que está demostrada, desde la obra de Bulow, la independencia entre el instituto de los presupuestos del proceso, y de validez de éste, respecto de la figura de las excepciones dilatorias, que no presentan exacta correspondencia, por lo que se pasa a decir; **(ii)** entre las excepciones dilatorias, la ley procesal chilena permite oponer cuestiones que importan una consideración –también preliminar– del fondo de la relación material debatida: litis pendencia, cosa juzgada, beneficio de

²⁵² Tanto, que si se pretendiere afectar al sujeto de emplazamiento omitido, este dispondría de la acción de protección constitucional (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 9 de mayo de 1994, confirmada por la Corte Suprema en fallo de 17 de julio de 1994, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 91, sección sexta, pág. 144, citada por Romero, Curso, Tomo I, pág. 109, nota 264).

²⁵³ Romero, Curso, Tomo I, pág. 123.

²⁵⁴ Curso, Tomo I, N° 7.1, pág. 123.

excusión; **(iii)** la regla del art. 84 inc. final del CPC distingue entre la nulidad procesal, y la corrección del procedimiento, que son instituciones diferentes; **(iv)** si la finalidad del proceso, como se expresó *supra* (16), es la cosa juzgada en sentido fuerte (que el conflicto sea dirimido), y un proceso en que falle la *legitimatío ad causam* la impedirá, por las razones precedentemente apuntadas (23), que demuestran que el fallo de fondo será de desestimación y producirá cosa juzgada en sentido débil, parece claro que la corrección del procedimiento es instrumento que permite resolver problemas de esta especie: como el derecho es ciencia práctica, un procedimiento correcto es uno útil para arribar a la cosa juzgada plena; **(v)** por lo demás, históricamente, lo que caracteriza a la “*excepción dilatoria*”, superado Gayo y desde la compilación de Justiniano²⁵⁵, no es la naturaleza de fondo o de forma de su motivo, sino su transitoriedad, en el sentido que, superado que sea el obstáculo opuesto, la acción procesal podrá adquirir vigor ulterior, carácter que se corresponde con la oposición de la excepción de defecto de legitimación *ad causam* activa o pasiva, que puede superarse *ex post*, y que es especialmente claro en los casos de falta de completitud de la legitimación *ad causam* pasiva en el litisconsorcio necesario impropio: si el Fisco hubiere opuesto a la señora Abaroa la omisión de emplazamiento de la Comunidad “Yalquincha” como excepción dilatoria, acogida esta, la acción procesal interpuesta habría adquirido vigor ulterior, mediante el llamamiento de esta al proceso; y, **(vi)** la jurisprudencia española, incluso aquella que admite –como es de derecho– que la *legitimatío ad causam* involucra una cuestión de fondo²⁵⁶, a fines de impugnación, la reconduce a los mecanismos de impugnación por infracción de leyes procesales²⁵⁷.

²⁵⁵ Scialoja, Procedimiento Civil Romano, págs. 171 y ss. En el mismo sentido: Mattiolo, Tratado de Derecho Judicial Civil, Tomo I, pág. 342, nota 1.

²⁵⁶ En este sentido también Cordón Moreno, citado por Montero, De La Legitimación, págs. 75/76.

²⁵⁷ Montero, De La Legitimación, págs. 73/74.

La legitimación pasiva para la constitución de una servidumbre en la Ley de Copropiedad inmobiliaria N° 19.537

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Profesor de Derecho Procesal

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD DE NAVARRA

1. Explicación general

La comunidad es una realidad jurídica que promueve varias interrogantes para ser emplazada en juicio. Tradicionalmente dos son las concepciones que se disputan la explicación sobre lo que es la comunidad en el campo jurídico¹. En la jurisprudencia aborda este tema con latitud la sentencia de la Corte Suprema, de 13 de octubre de 2011, exponiendo la siguiente síntesis doctrinal: "SEXTO: Que el profesor don Daniel Peñailillo Arévalo, en su Libro "Los Bienes, la Propiedad y otros Derechos Reales", Editorial Jurídica de Chile, página 161, señala que en la doctrina y en los textos legales se observa frecuente desorden en el empleo de varios términos relacionados con la materia a decidir: "indivisión", "comunidad", "condominio", "copropiedad". El primero, "indivisión", parece ser el más comprensivo y puede ser utilizado para referirse a los otros; y en cuanto a los dos últimos, "condominio" y "copropiedad", se les tiene generalmente como sinónimos. Suele denominarse "comunidad" a la indivisión sobre una universalidad jurídica (como la herencia) y "copropiedad" o "condominio" a la que recae sobre especies o cuerpos ciertos. Pero, en otro sentido, se propone que la comunidad es el género; indivisión de cualquier derecho que pertenece a dos o más sujetos y que se ejerce sobre un mismo objeto (comunidad de propiedad, de usufructo, de servidumbre, etc.); y la copropiedad o condominio es la especie: indivisión del derecho de dominio. Según él, hay comunidad cuando dos o más sujetos tienen un derecho de idéntica naturaleza jurídica sobre la totalidad de un mismo objeto; y hay copropiedad o condominio cuando dos o más sujetos tienen el dominio sobre la totalidad de un mismo objeto. Al efecto, el autor Victorio Pescio, señala que "en términos generales, comunidad es toda relación o conjunto de relaciones cuyos sujetos son varias personas al mismo tiempo. La comunidad consiste, pues, en la pluralidad de sujetos que son simultáneamente titulares de un mis-

¹ Sobre el tema, Godoy Domínguez, Luis, "La comunidad funcional", en Anuario de Derecho Civil, t. LV, 2002, pp. 193 y ss.

mo derecho y que recae sobre una sola y misma cosa. Cuando el derecho de sujeto plural es el dominio, toma el nombre de copropiedad o condominio" (Victorio Pescio, Manual de Derecho Civil, De la Copropiedad, De la Propiedad Horizontal y de la Posesión", Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1978, pág. 15), y compartiendo lo razonado por el Profesor Daniel Peñailillo, concluye que la comunidad es el género y la copropiedad, la especie. De este modo, "la comunidad es un estado en que puede encontrarse no solamente la propiedad o dominio, sino también otros derechos reales" (Victorio Pescio, op. cit., pág. 23). Luego, haciendo referencia al origen de la comunidad, explica que por regla general, obedece a la aceptación de una herencia o legado deferido a dos o más personas; la compra de una cosa por dos o más personas sin mediar entre ellas un contrato de sociedad relativo a la cosa adquirida; la disolución de la sociedad conyugal que, a su vez, constituye un tipo *sui generis* de comunidad, entre otros".

Luego, el mismo fallo establece, "SÉPTIMO: Que dos son las principales concepciones para explicar la naturaleza de la comunidad y que, ordinariamente, han inspirado las diferentes reglamentaciones: a) La doctrina romana, que la considera una modalidad del dominio, en la cual cada comunero tiene una cuota-parte en la cosa común y, además, tiene derecho a la cosa en su totalidad. Cada comunero tiene una cuota, que es abstracta o ideal puesto que la cosa no está dividida materialmente, solo se concibe intelectualmente; es, pues, dueño exclusivo de esa cuota o fracción intelectual de la cosa y, en cuanto tal, puede actuar (celebrar actos) sobre ella; y b) La doctrina germánica, que abandona la noción de propiedad exclusiva; adopta una concepción colectivista o comunitaria, en la que predomina el derecho del grupo por sobre el del individuo. Afirma que la comunidad es una propiedad colectiva, llamada también de "manos juntas" o "en mano común", en la que el objeto pertenece a todos los comuneros considerados colectivamente como un solo titular"².

Desde un punto de vista teórico, lo anterior se puede explicar señalando que resolver los problemas procesales que surgen en torno a las comunidades, como sujeto activo o pasivo en una relación procesal, existen las siguientes posibilidades: 1^a) atribuir a cada comunero, en la alícuota que le corresponde, legitimación para actuar en interés de todos; 2^a) conferir a un comunero o a un tercero un poder de representación suficiente para actuar en juicio en nombre de dicha comunidad, activa o pasivamente; 3^a) obligar a que todos los comuneros actúen en el proceso, configurando un litisconsorcio necesario, activo o pasivo; 4^a) reconocer a la comunidad plena capacidad procesal³.

² CS, 13 de octubre de 2011. Rol N° 5982-2010, Resolución N° 45455 VLex.

³ En este sentido la Ley N° 19.233 y la Ley N° 19.253.

2. La copropiedad inmobiliaria de la Ley N° 19.537

En relación a la legitimación para demandar la constitución de una servidumbre a una comunidad sometida al régimen de copropiedad inmobiliaria de la Ley N° 19.537, la ley ha establecido un régimen jurídico que obliga a diferenciar entre los derechos individuales de cada uno de los sujetos que originan esa realidad y los derechos comunes de la copropiedad.

La normativa legal vigente diferencia, con toda nitidez, tres instituciones jurídicas que permiten solucionar los problemas clásicos de litigación con este tipo de comunidad, a saber:

1º) Al reconocer un régimen especial de propiedad inmobiliaria, diferenciando entre el dominio individual de cada unidad que lo integra y los bienes comunes de la copropiedad (art. 1º de la Ley N° 19.537, en adelante LCI)⁴. Ratifica esta diferenciación al art. 3 de la LCI, al señalar que “cada copropietario será dueño exclusivo de su unidad y comunero en los bienes de dominio común”.

2º) Al establecer que el concepto de “bienes de dominio común”, comprende: “a) los que pertenezcan a todos los copropietarios por ser necesarios para la existencia, seguridad y conservación del condominio, tales como terrenos de dominio común (...); b) Aquellos que permitan a todos y a cada uno de los copropietarios el uso y goce de las unidades de su dominio exclusivo, tales como terrenos de dominio común diferentes a los indicados en la letra a) precedente (...); d) Los bienes muebles o inmuebles destinados permanentemente al servicio, la recreación y el esparcimiento comunes de los copropietarios, y e) Aquellos a los que se les otorgue tal carácter en el reglamento de copropiedad o que los copropietarios determinen, siempre que no sean de aquellos a que se refieren las letras a), b), c) y d) precedentes” (art. 2 N° 2 LCI).

⁴ Este precepto señala que “con el objeto de establecer condominios integrados por inmuebles divididos en unidades sobre las cuales se pueda constituir dominio exclusivo a favor de distintos propietarios, manteniendo uno o más bienes en el dominio común de todos ellos”.- “Los inmuebles que integran un condominio y sobre los cuales es posible constituir dominio exclusivo, pueden ser viviendas, oficinas, locales comerciales, bodegas, estacionamientos, recintos industriales, sitios y otros”.- “Podrán acogerse al régimen de copropiedad inmobiliaria que consagra esta ley, las construcciones o los terrenos con construcciones o con proyectos de construcción aprobados, emplazados en áreas normadas por planes reguladores o que cuenten con límite urbano, o que correspondan a proyectos autorizados conforme al artículo 55 del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, y que cumplan con los requisitos establecidos en esta ley”.- “Solo las unidades que integran condominios acogidos al régimen de copropiedad inmobiliaria que consagra la presente ley podrán pertenecer en dominio exclusivo a distintos propietarios”. Ratifica lo anterior el art. 2, que diferencia dos tipos de “condominios”: los “Tipo A”, que son “las construcciones, divididas en unidades, emplazadas en un terreno de dominio común; y los “Tipo B”, conformada por “los predios, con construcciones o con proyectos de construcción aprobados, en el interior de cuyos deslindes existan simultáneamente sitios que pertenezcan en dominio exclusivo a cada copropietario y terrenos de dominio común de todos ellos”.

3º) Al aceptar la figura del administrador, asignándole la representación judicial y extrajudicial de la copropiedad, que la misma ley define para los efectos de esta copropiedad como “la persona natural o jurídica designada por los copropietarios para cumplir labores de administración del condominio, conforme a la presente ley, a su reglamento y al reglamento de copropiedad” (art. 2 n° 8). El art. 23 de la LCI dispone que “serán funciones del administrador las que se establezcan en el reglamento de copropiedad y las que específicamente le conceda la asamblea de copropietarios, tales como cuidar los bienes de dominio común (...). Dentro de estas facultades la ley expresamente señala en este preceptos que el administrador debe “representar en juicio, activa y pasivamente, a los copropietarios, con las facultades del inciso primero del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, en las causas concernientes a la administración y conservación del condominio, sea que se promuevan con cualquiera de ellos o con terceros”.

Si lo anterior no se presenta, la relación procesal deberá llevar a configurar un litisconsorcio necesario activo o pasivo, según el caso. La configuración del litisconsorcio necesario tiene como base la siguiente premisa: la comunidad supone que todos los interesados tienen, sobre la cosa común, un mismo y análogo derecho, las mismas e idénticas facultades sobre la totalidad de la cosa que poseen pro indiviso. Por lo mismo, cada comunero debe ser emplazado a la relación procesal para que ella se perfeccione correctamente, al no ser cada comunero un representante común de los otros.

En el caso de la comunidad surgida de la LCI su separación del régimen de derecho común ha sido reconocida por la Corte Suprema, justificando un tratamiento diferenciado para varios problemas procesales de representación y legitimación. Sobre el particular, es pertinente recordar lo señalado por la sentencia de nuestro máximo tribunal de 29 de marzo de 2011, al señalar: “Sexto: que, por consiguiente, el examen ha de centrarse en las normas especiales que al respecto consagra, básicamente, la Ley N° 19.537, por aplicación del artículo 13 del Código Civil, debiendo admitirse como premisa que el régimen establecido en la citada ley constituye una excepción en nuestro ordenamiento jurídico y que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1º de sus disposiciones “La presente ley regula un régimen especial de propiedad inmobiliaria, con el objeto de establecer condominios integrados por inmuebles divididos en unidades sobre las cuales se pueda constituir dominio exclusivo a favor de distintos propietarios, manteniendo uno o más bienes en el dominio común de todos ellos” y que, conforme a su artículo 3º, cada copropietario será dueño exclusivo de su unidad y comunero de los bienes de dominio común, a lo que debe agregarse que ambos términos se encuentran definidos por la propia ley, la que determina que se utilizará la expresión “unidad” para referirse a los inmuebles que forman parte de un condominio y sobre los cuales es posible constituir dominio exclusivo y que en el artículo 2º N° 3 se contiene el concepto de bienes comunes, precisándolos

como los que pertenezcan a todos los copropietarios por ser necesarios para la existencia, seguridad y conservación del condominio; los que permitan a todos y cada uno de los copropietarios el uso y goce de las unidades de su dominio exclusivo; los terrenos y espacios de dominio común colindantes con una unidad del condominio, diferentes a los ya señalados; los bienes muebles e inmuebles destinados permanentemente al servicio, la recreación y el esparcimiento comunes de los copropietarios y aquellos a los que se otorgue tal carácter en el reglamento de copropiedad o que los copropietarios determinen y que sean distintos a los ya conceptualizados". Más adelante el mismo fallo profundiza en esta realidad señalando que "Octavo: Que, por otra parte, como consecuencia de esta especial división e indivisión forzada legal excepcional, que reconoce la propiedad exclusiva y absoluta sobre las unidades y que mantiene en el dominio común de todos los propietarios determinados bienes, los que no aceptan uso, goce ni disposición particular y precisa por ninguno de ellos, salvo las excepciones previstas por la propia ley en tanto esta permite la entrega de la nuda propiedad de ciertos bienes a la comunidad, pero con uso y goce exclusivo de uno o más de los copropietarios; faculta a los propietarios para enajenar, arrendar o gravar, efectuar alteraciones o cambios de destino y construir sobre los bienes de dominio común, el legislador ha debido crear la forma de administrar este régimen de copropiedad inmobiliaria, cuya naturaleza ha sido motivo de debate, existiendo quienes lo sustentan en la Teoría de la Servidumbre, en la Teoría de la Comunidad, en la Teoría de la Sociedad, en la Teoría del Derecho de Superficie y hasta en un sujeto de derecho con personalidad jurídica propia"⁵.

Desde el punto de vista activo, también se ha reconocido la existencia de un litisconsorcio necesario, obligando a que todos los comuneros demanden, salvo que se ejecute algún acto dentro de la figura denominada como mandato tácito y recíproco entre los comuneros, lo que liberaría a los comuneros de tener que accionar conjuntamente.

Sin embargo, la solución anterior resulta problemática, atendido que en la jurisprudencia no existe una delimitación clara sobre el mandato tácito y recíproco, constituyendo esta figura el talón de Aquiles de los litigios que involucran a la comunidad⁶.

3. La opción de la LCI para emplazar a la comunidad

La Ley N° 19.537 de 1997, dentro de las varias soluciones técnicas existentes, ha establecido para la solución de los procesales que normalmente surgen en los litigios con las comunidades como pasivo un poder de representación suficiente para actuar en juicio en nombre de dicha comunidad al representante

⁵ CS, 29 de marzo de 2011. Rol N° 2441-2009. Resolución N° 12085 Vlex.

⁶ CS, Santiago, 1 de julio de 2010, Rol N° 3931-2009, LegalPublishing: 44890.

legal de la misma, activa o pasivamente, ello en relación a los bienes comunes o para situaciones que justifican esa actuación en nombre de la comunidad.

Lo anterior determina que, conforme a las reglas legales aplicables no existe ninguna obligación ni necesidad de obligar a que todos los comuneros actúen en el proceso donde se demanda a la comunidad de copropietarios para reglamentar el ejercicio de una servidumbre de tránsito.

Coherente con lo anterior, la opción por conferir un poder legal de representación suficiente al administrador en relación a los bienes comunes, conforme al art. 23 de la LCO, no impone la necesidad de configurar un litisconsorcio necesario, activo o pasivo, que obligue a emplazar a todos los comuneros. En efecto, un estudio de la jurisprudencia generada por la LCI revela que nuestros tribunales han aceptado plenamente la existencia de este régimen, al admitir la plena validez de la relación procesal trabada con la comunidad mediante la notificación del administrador, sea este persona natural o jurídica (en este último caso, naturalmente que se debe notificar al representante legal de esta persona jurídica).

Entre otros pronunciamientos, la Corte Suprema, en sentencia de 16 de mayo de 2012 ha reconocido expresamente que es válida la notificación al administrador en un tema de discusión de constitución de servidumbre; en el considerando octavo se señala que "(...) así las cosas, situándose en el marco jurídico y factico expuesto en las motivaciones que anteceden, no queda sino concluir que la demanda en ningún caso pudo prosperar, por cuanto la actora no acredita –debiendo hacerlo– ser la administradora de la comunidad o la representante de la misma, de manera tal de estuviere habilitada legalmente para accionar. En efecto, de las disposiciones legales citadas que constituyen la normativa atinente al caso de autos, se desprende que a falta de administrador con las facultades indicadas en el artículo 23 de la ley, debieron ser todos los copropietarios quienes demandaran a fin de obtener la pretensión que solo uno de ellos impetro a nombre propio"⁷.

4. Alcance de la representación del administrador

La Ley N° 19.537 de 1997, dentro de las especialidades procesales que ha introducido está la de conferir al administrador una representación activa y pasiva, que conforme al alcance asignado por la jurisprudencia desplazada en muchos casos al ejercicio del derecho de acción por parte de los comuneros, activa o pasivamente.

⁷ CS, 16 de mayo de 2012. Rol N° 9996-2011. Vlex Resolución N° 38561.

En tal sentido, la Corte Suprema, en sentencia de 30 de junio de 2014 ha señalado que era correcta la aplicación del derecho de los jueces del fondo, al declarar que no es procedente la demanda de los copropietarios por daños demandados en bienes comunes, al tenor de lo dispuesto en la Ley N° 19.537, cuando dispone que corresponde al administrador “representar en juicio, activa y pasivamente, a los copropietarios, con las facultades del inciso primero del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, en las causas concernientes a la administración y conservación del condominio, sea que se promuevan con cualquiera de ellos o con terceros”; concluyendo que los demandantes “no tienen la facultad de litigar como lo hacen, respecto a daños en bienes de dominio común, por estar conferida al administrador y, en último término, por cuanto los que demandan no representan el 100% de los derechos de los comuneros en estos bienes, por lo cual, se hará lugar a la excepción de falta de legitimación activa”⁸.

CONCLUSIONES

1°) La Ley N° 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, regula un régimen jurídico especial, dentro del cual se resuelven los problemas clásicos que se presentan en relación al fenómeno de la “comunidad”.

2°) La normativa referida asigna al administrador de esa copropiedad la representación de ese ente para ser emplazado en juicios donde activa o pasiva debe ser parte la comunidad.

3°) La ley admite el emplazamiento de la comunidad mediante la notificación de la demanda al administrador, para discutir la constitución de una servidumbre de paso sobre bienes comunes, al no existir la necesidad ni la obligación jurídica de tener que emplazar a cada comunero para tal efecto.

4°) La jurisprudencia ha declarado que el administrador tiene el poder de representación para trabar la relación procesal en un proceso que afecta a un bien común perteneciente a ese régimen de copropiedad.

⁸ CS, 30 de junio de 2014. Rol N° 8191-2014. Resolución N° 136702 Vlex.

Algunas notas acerca de la culpa como elemento subjetivo de la responsabilidad civil contractual¹

FERNANDO JOSÉ RABAT CELIS
Profesor de Derecho Civil
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo final revisar tres causales de exoneración de responsabilidad civil contractual, como son la culpa del acreedor, la absorción de la culpa por el dolo y la previsibilidad.

Para esos efectos, se ha efectuado una rápida revisión de los aspectos más relevantes de la culpa contractual, como son su concepto, graduación y formación de apreciación. Posteriormente, tratando específicamente el problema de la exoneración de responsabilidad, hemos comenzado con definir la obligación como un deber de conducta típica, determinando los elementos que la configuran y las consecuencias del concepto. Asimismo, nos referimos a algunas figuras similares a la culpa del acreedor, pero con una proyección diversa, como son la mora del acreedor y el hecho de la víctima.

* * *

A. Introducción

Tal vez, uno de los elementos de la responsabilidad civil más complejos de abordar es el factor de imputación, puesto que el análisis requiere adentrarse en aspectos subjetivos e interiores de las partes del contrato.

En las líneas siguientes se efectúa un repaso de los diversos aspectos o tópicos vinculados con la culpa, con especial énfasis en la llamada culpa del acreedor, la que, nos parece, importa una nueva mirada a la relación contractual, particularmente cuando el juez debe resolver acerca de la procedencia del incumplimiento que se imputa al deudor.

¹ Estas notas surgen de la preparación de un curso impartido por nuestra Facultad en la Academia Judicial, en el mes de agosto de 2016.

Dejo constancia de mis agradecimientos a Ignacio Seguel Cañas, por su colaboración en la obtención del material que sirvió de base a este artículo.

B. El factor de imputación

1. Concepto

El factor de imputación constituye el elemento subjetivo de la responsabilidad civil y se traduce en el análisis que efectúa el juez de la causa acerca del comportamiento del sujeto a quien se reconviene el incumplimiento de la obligación.

Este análisis se pone de manifiesto en el llamado juicio de reproche que realiza el juez, en virtud del cual deberá determinar si el agente obró o no con el grado de diligencia que le era exigible, el cual se encontrará descrito en la ley o en el contrato, de suerte tal que será culpable la actuación del sujeto cuando este se comporte sin la diligencia o cuidado que la ley o la convención le imponen.

En el fondo, de lo que se trata es de determinar por qué se le atribuye responsabilidad a un individuo. En el sistema de responsabilidad objetiva, ello obedecerá a la creación de un riesgo, del cual, en muchas oportunidades, se obtiene una ventaja económica. En el sistema subjetivo, la atribución de responsabilidad obedece al hecho de no haberse comportado la parte deudora de acuerdo con el grado de culpa que le era exigible. En razón de ello se afirma que el sistema subjetivo es más "justo" puesto que la atribución de responsabilidad descansa en no haberse comportado el agente conforme el grado de diligencia que le era exigible.

2. Concepto de culpa

Teniendo en cuenta estas ideas, se ha entendido la culpa como: *"el reproche jurídico que se funda en un error de conducta, que consiste en no ejecutar la actividad que hipotéticamente habría desplegado un modelo de persona cuidadosa y que tiene por objeto imputar al infractor las consecuencias de sus actos"*².

De esta forma, el grado de culpa le impone al deudor la necesidad de ejecutar una determinada actividad o de comportarse durante el *iter* contractual de cierta forma, todo lo cual se construiría a partir de un modelo de persona que represente el mismo nivel de diligencia que le es exigible. De suerte tal que si el agente no despliega el comportamiento que era esperable de acuerdo con el modelo, es decir, si no lo satisface, se le atribuirá responsabilidad, configurándose un actuar culposo.

3. La graduación de la culpa

Tratándose de la responsabilidad civil contractual, se sigue la distinción que efectúa el artículo 1547 inciso 1 Código Civil, cuya finalidad es precisar el grado

² Rodríguez (2003), p. 147.

de culpa de que responde el deudor, para lo cual se considera quién reporta provecho de la relación contractual, así:

- a. El deudor no es responsable sino de la culpa *lata* en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor. Así sucede, por ejemplo, con el contrato de depósito (artículo 2222 inciso 2 del Código Civil). El artículo 1547 citado, emplea la voz "*naturaleza*" remitiéndose a los elementos de la naturaleza del acto jurídico (artículo 1444), de lo cual se sigue que, no alterándose un elemento de la esencia del acto, esta regla puede modificarse, como sucede en el mismo depósito, cuando se permite al depositario usar de la cosa, respondiendo, entonces, por culpa leve.
- b. El deudor no es responsable sino de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes. Generalmente esto sucederá en los contratos bilaterales y onerosos.
- c. El deudor no es responsable sino de la culpa levísima en los contratos en que es el único que reporta beneficio. Por ejemplo, en el contrato de comodato (artículo 2178).

En consecuencia, cuando se efectúa el juicio de reproche –esto es el momento en el cual se determina si es factible o no atribuir responsabilidad–, el juez deberá, especialmente preguntarse si, en el desarrollo de la relación jurídica y en el cumplimiento de la obligación, el deudor, en el caso que la culpa sea *leve*, actuó como un "*buen padre de familia*", esto es con "*aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*".

Como veremos más adelante, el artículo 1547 inciso 1 en estudio, también nos permitirá determinar el grado de culpa de que responde el acreedor, no obstante que la norma haga referencia exclusiva al deudor.

4. Apreciación de la culpa

La culpa contractual debe apreciarse ***in abstracto***, esto es, deberá elaborarse mentalmente un "*modelo*" de comportamiento. Si el deudor responde de culpa leve, entonces, el modelo será de un "*ciudadano ordinario o mediano*" (artículo 44), y deberá compararse dicho comportamiento con lo obrado por el deudor de que se trate.

La jurisprudencia ha recogido doctrina extranjera respecto de la responsabilidad médica en materia estética y, en esos casos, se ha referido a la especialidad profesional, como una condicionante en la concreción de este modelo. Así, se sostiene que, como patrón de comparación, se considera que la prestación "*se*

realice en los términos exigidos para un profesional médico promedio, que **se eleva** cuando se está ante un especialista, puesto que en este caso se evalúa como un especialista promedio”³. Agregó la Excm. Corte que “La valoración en abstracto de la culpabilidad se encamina a una variable con ribetes concretos, con los que se las conjuga para obtener una decisión más justa”⁴.

En el fondo, lo que se plantea en esta sentencia es que la ponderación en abstracto no puede dejar de considerar los antecedentes personales del deudor (médico especialista), la naturaleza de la obligación (médica) y las circunstancias de tiempo y lugar (un establecimiento hospitalario). No nos parece que ello implique un análisis en concreto de la culpa, puesto que su determinación será para un modelo o conjunto general de personas que se hallan en una misma situación y no para un sujeto en particular.

5. Exoneración de responsabilidad

Existen diversas situaciones en las cuales puede eliminarse el elemento subjetivo y exonerar de responsabilidad al deudor.

Así, en una sentencia de 9 de marzo de 2016, se señaló que entre los requisitos de la responsabilidad civil contractual se encuentra “la imputabilidad de los perjuicios al deudor, o sea, que ellos se deban a su culpa y dolo **y no a hechos extraños**, como la fuerza mayor o el caso fortuito”⁵. La misma sentencia, citando al profesor Alessandri, señala que “En nuestro derecho el deudor no responde de los perjuicios originados por el incumplimiento íntegro de la obligación o de su cumplimiento tardío si ello se debe **no a su culpa o dolo, sino a causas ajenas a su voluntad**”⁶. Finalmente, se agrega que “la responsabilidad civil debe ser total o parcialmente excluida cuando el perjuicio no es posible de ser atribuido al agente, **ya sea porque han intervenido a la generación del daño elementos extraños**, como el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o la acción de la propia víctima. En esta línea de pensamiento, si el daño es causado por un tercero, entendiéndose por tal a una persona distinta de la contraparte, **el demandado carece de legitimación pasiva** ya que, tratándose del régimen jurídico en estudio, el sujeto pasivo no responde del hecho ajeno, sino de su conducta en tanto no diere cumplimiento o cumpla defectuosamente con las obligaciones pactadas.

La doctrina considera que “cuando el hecho que imposibilita el cumplimiento de la obligación proviene de un tercero por el cual legalmente no responde el deudor, a

³ Corte Suprema (2011), considerando 13°.

⁴ Corte Suprema (2011), considerando 13°.

⁵ Corte Suprema (2016), Rol 8.235-2015, considerando 3°.

⁶ Corte Suprema (2016), Rol 8.235-2015, considerando 6°.

este no le cabe responsabilidad. Esta hipótesis entraña una verdadera fuerza mayor o caso fortuito” (Arturo Alessandri R., Manuel Somarriva U. y Antonio Vodanovic H., “Tratado de las Obligaciones”, Editorial Jurídica)⁷.

Del fallo citado, se desprende, con total claridad, que para los sentenciadores lo relevante es que el reproche que se efectúa lo sea a partir de una conducta que es imputable al sujeto y, por ende, aquel no será responsable cuando la causa del incumplimiento radique “*en causas ajenas a su voluntad*”, las que son asimiladas a un caso fortuito o fuerza mayor.

En esta oportunidad, nos interesa reflexionar respecto de tres causales de exoneración de responsabilidad: **a)** situación en la cual el acreedor coloca obstáculos a su deudor, los que, atentos al grado de culpa de que este responde, puede no estar en condiciones de remover; **b)** casos en los cuales el actuar doloso del acreedor subsume el obrar culpable del deudor; y **c)** hipótesis en que el grado de culpa de que responde el deudor, limita la previsibilidad del resultado dañoso.

C. Concepto de obligación

1. Concepto clásico

La doctrina en general define la obligación como el vínculo jurídico establecido entre dos o más personas determinadas, en cuya virtud una de ellas (el deudor) se encuentra en la necesidad de dar, hacer o no hacer algo a favor de otra persona (el acreedor). Esta definición lleva ínsita la concepción en orden a que el acreedor no asume ninguno tipo de deber, correspondiéndole, en consecuencia, una actitud pasiva, esperando el cumplimiento de la obligación por el deudor.

El derecho moderno ha introducido ciertos matices al concepto clásico de obligación, limitando el criterio absoluto que éste envuelve, reconociendo ciertos derechos al deudor e imponiendo deberes al acreedor (*mora accipiens*). Teniendo en cuenta lo anterior, Fernando Fueyo señala que la obligación es una “*relación de derecho entre dos o más personas, en cuya virtud una parte tiene el deber jurídico de satisfacer una prestación determinada a favor de otra, a la vez que el derecho a que el poder del acreedor no se exceda en sus límites, y a ser liberada al tiempo del cumplimiento, y la otra parte, la facultad de exigir tal prestación, aun coercitivamente, a la vez que el deber de no excederse en su pretensión*”⁸.

⁷ Corte Suprema (2016), Rol 8.235-2015, considerando 9°.

⁸ Fueyo (2004), p. 21.

Como se aprecia, la doctrina clásica evolucionó en el sentido de colocar límites al derecho del acreedor, frenos que se traducen en la necesidad de comportarse de forma tal que no se obstaculice al deudor el cumplimiento de su prestación.

2. La obligación como un deber de conducta típica

El profesor Pablo Rodríguez, en su libro que lleva el mismo nombre que este párrafo, nos plantea que la obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona, llamada deudor, se halla forzado a realizar un deber de conducta típica a favor de otra persona, denominada acreedor, y en el evento que no se ejecute ese comportamiento, puede exigirse el cumplimiento forzado o una indemnización de perjuicios como cumplimiento equivalente.

En otras palabras, la obligación está constituida por el compromiso de desplegar un determinado comportamiento definido en la ley, por medio del cual se consigue la realización de un interés amparado por el derecho. Desde luego, se aprecia que el énfasis no está en el resultado final de la obligación (prestación), sino que en el comportamiento que despliega el deudor para alcanzar ese objetivo (diligencia debida).

Esta concepción de la obligación ha sido reconocida en la jurisprudencia. En un fallo de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, el Tribunal de Alzada declaró que *“las partes del mismo (el contrato) supieron con exactitud el alcance de sus prestaciones y el grado de responsabilidad que asumían para el evento de su incumplimiento o dicho de otra manera, supieron qué “diligencia” se necesitará para el cumplimiento de la obligación. Tratándose en la especie de un acto jurídico bilateral que reporta beneficio para ambas partes, era el cuidado de un buen padre de familia el que debían emplear estas y, como resulta evidente, **ese comportamiento es el único que se les puede exigir**”*⁹.

3. Elementos de la obligación como deber de conducta típico

De estos presupuestos, se desprenden la existencia de algunos elementos esenciales:

- a. La **conducta debida** es aquella que expresa el deber jurídico de comportarse de una determinada manera a objeto de alcanzar la meta proyectada (prestación).
- b. Este comportamiento es **típico**, por cuanto se halla descrito en la convención o la ley (artículos 44 y 1547 del Código Civil), especificándose,

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago (2006), considerando 11°.

en cada caso, por medio de la imposición de un determinado grado de diligencia, cuidado, eficiencia y actividad.

- c. La **prestación** consiste en la descripción o manifestación de las metas o fines que los contratantes han proyectado alcanzar y que en nuestro Código Civil se contempla en el artículo 1438 al señalar que *“una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*. ¿Cómo se alcanza la prestación? A través de la conducta debida.

4. Consecuencias de lo expuesto en lo precedente

En términos generales un deudor se obliga a desplegar una determinada conducta o comportamiento consistente en ejecutar las obligaciones que se desprenden del contrato, respondiendo normalmente de culpa leve y con el fin de alcanzar la meta proyectada, que consiste en la prestación. La prestación, entendida como el fin querido y programado por las partes, debe alcanzarse ejecutando el deudor la conducta debida tipificada en la ley.

De lo anterior se sigue que la prestación puede o no alcanzarse, independientemente del cumplimiento de la obligación y la responsabilidad del obligado, ya que el deudor que despliega el comportamiento o la conducta debida, sin obtener la meta proyectada (prestación), no incurre en responsabilidad por expresa disposición de la ley. En otras palabras, puede no alcanzarse la prestación, pero no incumplirse la obligación, si el deudor ha empleado la conducta que le es exigible. Es esto lo que prescribe el artículo 1547 inciso 3 del Código Civil, al exonerar de responsabilidad a quien prueba haber empleado la diligencia y cuidado debidos. De otro modo, si se prueba haber actuado con la diligencia debida, no habrá responsabilidad puesto que no puede exigirse al deudor un comportamiento diverso de aquel al cual se comprometió. En otras palabras, y a modo de ejemplo, no puede imputarse al depositario que habría evitado el daño sufrido por la cosa si hubiere actuado como un buen padre de familia, porque no se obligó a desplegar esa conducta.

Por este motivo, esta teoría plantea que no es correcto efectuar la distinción entre obligaciones “de medio” y “de resultado”, toda vez que, como se expuso, puede el deudor no alcanzar la prestación –proyecto– y cumplir con la obligación –deber de conducta–. En otras palabras, no existen las obligaciones de resultado que suponen la necesidad de alcanzar siempre y en todo caso la prestación. En cambio, cuando se estima que sí procede la distinción, se producen algunas distorsiones en el razonamiento. Por ejemplo, Salinas (pág. 490) afirma que *“en materia contractual cuando no exista el factor atributivo culpa del deudor y no tratándose de obligaciones de medio, entendemos que opera entonces una exigente de responsabilidad, cual es la diligencia del deudor, por lo*

que no es factible requerir una indemnización de su parte"¹⁰. No diviso qué razón puede haber para no atribuir responsabilidad a un deudor que actuó diligentemente en una obligación de resultado y sí hacerlo en la obligación de medio.

Algo similar ocurre con la Teoría de la Imprevisión, el deudor deberá satisfacer la prestación, en la medida que ello no implique ejecutar una conducta que va más allá del grado de culpa de que responde, sin necesidad de recurrir a un Tribunal para que modifique las prestaciones y, de paso, infrinja la intangibilidad de la convención. De esta manera, se estima que es falso el dilema de la imprevisión, puesto que el deudor no estará obligado a ejecutar sino la conducta debida, la que está precisamente plasmada en el contrato.

5. Rol adicional de la prestación

Evidentemente que la existencia de la prestación, en tanto proyecto, tiene consecuencias en la relación jurídica. Así, entonces, en esta teoría la prestación, adicionalmente, sirve como un índice o parámetro para determinar provisionalmente si existe incumplimiento por parte del deudor.

Este "incumplimiento provisional" tiene efectos desde la perspectiva del *onus probandi*, puesto que si el deudor no alcanza la meta, se presumirá que ha incumplido la obligación, entretanto no pruebe haber ejecutado la conducta debida, esto es, haber empleado la diligencia y cuidado que le incumbe, conforme lo regula el artículo 1547 inciso 3 del Código Civil.

D. La mora del acreedor

1. Definición

Como adelantábamos en la introducción a este trabajo, nuestra intención es referirnos de modo más extenso a la culpa del acreedor, sin perjuicio de lo cual nos parece relevante comentar la institución de la *mora accipiens*.

Desde luego, habría que tener en cuenta que la mora del acreedor solo tiene sentido una vez que se eliminan los paradigmas del concepto clásico de obligación, en el entendido que el acreedor tiene, a su vez, deberes que satisfacer.

Desde un punto de vista conceptual, la mora del acreedor consiste en el retardo o imposibilidad en el cumplimiento oportuno de la obligación como consecuencia de los actos del acreedor o por oposición del mismo¹¹. A su turno, Fernando

¹⁰ Salinas (2011), Tomo I, p. 490.

¹¹ Rodríguez (2003), p. 201.

Fueyo Laneri, la define como “*el retraso del cumplimiento motivado por la falta de cooperación indispensable del acreedor, o bien su negativa a la aceptación de la prestación que le ofrece el deudor*”¹².

En las definiciones que hemos transcrito, se advierten ciertos elementos comunes, a saber: el retardo, el retraso, la imposibilidad de cumplimiento oportuno. Es decir, no hay propiamente tal un incumplimiento de la obligación, sino un incumplimiento imperfecto o retardo, en los términos del artículo 1556 inciso 1 del Código Civil. Por ello, entonces, la mora del acreedor no se analiza como una causal de exoneración de responsabilidad, sino más bien de atenuación de las consecuencias propias del retardo. En realidad, se trata de una institución muy ligada a la regla prevista en el artículo 1552 del Código de Bello y deja en evidencia la interrelación que existe entre las obligaciones que surgen de un contrato bilateral.

2. Reconocimiento legal

La *mora accipiendi* no es solo una creación doctrinaria, puesto que ella se halla reconocida en nuestro Código Civil, no en términos generales, pero sí en varias disposiciones, entre ellas:

- a. Artículo 1548. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega, **so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir**. *Contrario sensu*, si el acreedor se encuentra en mora, no tiene lugar la indemnización
- b. Artículo 1680. La destrucción de la cosa en poder del deudor, **después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de este en recibirla**, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo.
- c. Artículo 1827. **Si el comprador se constituye en mora de recibir**, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y solo será ya responsable del dolo o de la culpa grave.

1. En relación con sus **requisitos**, Salinas¹³ plantea que son los siguientes:

- a. La exigibilidad de la obligación. Por ejemplo, en el depósito el artículo 2226 señala que “*si se fija tiempo para la restitución, esta cláusula será*

¹² Fueyo (2004), p. 453.

¹³ Salinas (2011), Tomo II, p. 607.

solo obligatoria para el depositario, que en virtud de ella no podrá devolver el depósito antes del tiempo estipulado". O sea, pendiente el plazo, el depositante no estará en mora de recibir, no obstante la oferta del depositario.

- b. Que haya oferta real y efectiva de parte del deudor. Por ejemplo, el pago deberá efectuarse respetando los principios de adecuación del pago a la obligación (artículo 1569) y de integridad (artículo 1591).
- c. Que exista un rechazo formal del acreedor para recibir la cosa.
- d. Que el acreedor no tenga motivo legítimo para rechazar la oferta, como podrían ser los señalados en la letra b) precedente.

2. En cuanto a los **efectos de la mora del acreedor**, Rodríguez¹⁴ plantea que ellos son:

- a. Hace al acreedor responsable de todos los perjuicios que se causen al deudor y que sean consecuencia directa y necesaria del incumplimiento o del retardo en el cumplimiento (artículo 1827).
- b. Descarga al deudor de la diligencia y cuidado debidos, quedando exclusivamente responsable de culpa grave y dolo (artículos 1680 y 1827).
- c. Exonera al deudor de responsabilidad por la mora (artículo 1548).

Díez- Picazo y Gullón¹⁵ plantean que estos efectos corresponden a:

- a. Se compensa la mora del deudor, excluyéndose en lo sucesivo.
- b. Se modifica el sistema normal de riesgo, el que pasa a ser de cargo del acreedor.
- c. Si la obligación es de dar, el deudor puede consignar.

A su turno, Fernando Fueyo Laneri¹⁶, agrega que *"descarga al deudor del cuidado ordinario de la cosa. En consecuencia, no responde de los daños o deterioros del cuerpo cierto, en la medida de la responsabilidad que en el caso pertinente se le exija"*.

¹⁴ Rodríguez (2003), p. 204.

¹⁵ Díez-Picazo y Gullón (1995), p. 552.

¹⁶ Fueyo (2004), p. 458.

En similar sentido se pronuncia Gastón Salinas¹⁷ al señalar que entre los efectos de la mora accipiendi indica "a) no responderá el deudor de la indemnización moratoria...; b) disminuye la responsabilidad del deudor, liberándolo del cuidado ordinario de conservación de la cosa que debe. Deja de responder de culpa leve o levísima y sólo responderá de dolo o culpa grave...; c) ahora es el acreedor quien debe indemnizar de perjuicios al deudor".

Como se aprecia, los autores están contestes en cuanto a que los efectos de la mora del acreedor no corresponde a una exoneración de responsabilidad del deudor, sino, más bien, a una modificación de ciertas reglas que son propias de la responsabilidad civil contractual, como, por ejemplo, el riesgo de la cosa, la reparación del daño que el retardo irrogado al deudor, la procedencia del pago por consignación, entre otros.

E. El hecho de la víctima

1. Concepto

Nuevamente, a la luz de la culpa del acreedor, nos pareció relevante efectuar una mención a esta institución. Ella, se vincula con el análisis del origen del hecho que desencadena el daño, en otras palabras, entre la conducta del agente y el resultado dañino se interpone el hecho de la víctima, el que, en definitiva, altera o interrumpe el curso causal original.

1. Para Salinas¹⁸, "cabe exonerar de toda responsabilidad al demandado cuando aparece que la única y verdadera causa del daño es la culpa de la propia víctima, con lo cual se demuestra que la acción del demandado no intervino para nada en la producción del daño, lo que significa que no existe un vínculo causal entre su acción y el perjuicio". Ducci¹⁹ es más exigente puesto que señala que habrá exoneración de responsabilidad cuando: **(i)** el hecho es imprevisible e irresistible; y **(ii)** es indudable que constituye la causa exclusiva del daño.

A juicio de Barros, "la culpa de la víctima tiene el efecto de reducir la obligación indemnizatoria"²⁰, lo que tiene su fuente legal en el artículo 2330 del Código Civil.

Es una institución propia del régimen de responsabilidad extracontractual y apunta más al requisito de la causalidad, puesto que falta el vínculo causal

¹⁷ Salinas (2011), Tomo II, p. 608 y 609.

¹⁸ Salinas (2011), Tomo I, p. 493.

¹⁹ Ducci (1984), p. 2.

²⁰ Barros (2006), p. 428.

cuando el daño proviene de un acontecimiento ajeno del demandado, como es el hecho de la víctima.

2. Con todo, habrá de considerarse que el hecho de la víctima debe ser relevante en el curso causal, es decir, su actuación debe tener incidencia en el resultado dañoso; por ejemplo, no lo será si la víctima se come un producto en mal estado y se intoxica; la causa relevante del daño no está en el hecho de haber comido el producto, sino en su mal estado.

En una sentencia reciente²¹, una empresa de *factoring* demandó a otra compañía, por cuanto un dependiente de esta última había falsificado unas facturas, entregadas al *factoring*.

En el fallo se razonó del modo que sigue: *“si bien en la comisión del ilícito denunciado participó un empleado de la demandada, el daño que se reclama tiene su causa en la compra efectuada por la actora, empresa que se dedica al factoring de facturas, las que a simple vista no reunían los requisitos legales para ser cedibles. En otras palabras, el fraude solo pudo ser cometido, y causar el daño que se reclama, porque la propia demandante adquirió títulos cuyo cobro no era ejecutable”*.

En esta conclusión, se advierte que el rechazo del recurso se funda en la culpa o negligencia con que actuó la víctima (empresa de *factoring*), es decir, su torpeza no admite protección. Se descarta del análisis el origen del daño, no obstante que se estableció como hecho de la causa la existencia de una falsificación, puesto que un contratante avezado debió advertir que no se reunían los requisitos legales para ceder la factura.

F. La culpa del acreedor

1. Concepto

Como señalamos al exponer sobre la obligación como deber de conducta típica, el deudor se obliga a ejecutar un determinado comportamiento que es típico, puesto que está definido en la ley o en el contrato.

A su turno, desde la perspectiva del acreedor, Pablo Rodríguez señala que este también *“responde ante el deudor de un grado de diligencia de cuidado, la cual, como es lógico, estará referido a la no generación de dificultades, escollos y obstrucciones en el cumplimiento de la obligación”*²². La culpa del acreedor

²¹ Corte Suprema (2016), Rol 9.954-2015.

²² Rodríguez (2003), p. 200.

descarga al deudor del grado de diligencia impuesto en la ley, y lo exime de toda responsabilidad que pudiere imputársele por el incumplimiento de las obligaciones asumidas, puesto que faltará el juicio de reproche.

El pretensor exonerará de responsabilidad al deudor si genera un impedimento que este último no está obligado a despejar, y ello ocurre si dicho impedimento sobrepasa el grado de diligencia y cuidado de que responde el deudor, el que sirve de guía para determinar hasta dónde llegará el esfuerzo que debe desplegar para sobrepasar los escollos que le coloca su contraparte. En otros términos, respecto de la actividad de su deudor, el acreedor está obligado a desplegar una cierta diligencia y cuidado (cooperación y apoyo), y si ello no ocurre y la actuación del acreedor se transforma en un obstáculo que impide alcanzar la prestación, el deudor queda exento de responsabilidad, sin perjuicio de aquella que afectará al acreedor.

Para pensar de esta manera, es relevante tener en cuenta que toda obligación debe llevar consigo un grado de culpa, puesto que de esta forma es factible de analizar si el deudor empleó el debido cuidado y, a su turno, si el acreedor hizo lo propio. Por ello, debe remarcarse la idea que la responsabilidad objetiva es excepcional y de derecho estricto y que no hay obligaciones de resultado, ya que siempre le cabrá al deudor demostrar que empleó el cuidado debido y asilarse en la regla del artículo 1547 inciso 3 del Código Civil.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que uno de los elementos que caracteriza a la culpa, es que el agente omite actuar con la diligencia apropiada y, es por ello, que el juez le formula el juicio de reproche. Carlos Ducci señala que *"por lo tanto su responsabilidad (del deudor) depende de que el incumplimiento le sea imputable y se extiende solo hasta donde le sea imputable"*²³. Como se aprecia, el reproche proviene siempre que el incumplimiento le sea imputable al deudor, pero teniendo en especial consideración cuál era la esfera de diligencia que debía satisfacer.

El punto radica, entonces, en analizar qué sucede cuando el deudor obra de acuerdo con el comportamiento debido, pero no alcanza la prestación, por un hecho imputable al acreedor. Nos parece que, en tal evento, el deudor no habrá actuado con culpa, porque desarrolló el deber de conducta que le impuso la ley y el contrato y, por ende, no debe ser condenado, sin perjuicio de no haberse alcanzado la meta proyectada (prestación). Reiteramos una vez más que el deudor desarrolló la conducta debida, al comportarse de acuerdo con el grado de culpa de que respondía, ello, con independencia de obtenerse o no la prestación.

²³ Ducci (1984), p. 2.

2. Ubicación de la culpa del acreedor en la responsabilidad civil contractual

La **culpa del acreedor** es tratada, generalmente, bajo el concepto de una **causa extraña** al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor y, por ende, que lo exonera de responsabilidad. Hay autores que analizan esta causa extraña desde la perspectiva del **factor imputación**, señalando que la culpa del acreedor elimina la culpa o dolo del deudor; otros lo estudian sobre la base del **vínculo causal**, agregando que la culpa del acreedor es un hecho que interrumpe el vínculo que debe existir entre la actividad desplegada por el deudor y el incumplimiento del contrato.

Compartimos la primera de las tesis, porque para que la culpa del acreedor exonere de responsabilidad al deudor, es menester que este acredite que actuó con la diligencia y cuidado debidos, por lo que el análisis del requisito de la responsabilidad se efectuará en esta fase.

La opinión de los autores

En nuestro país, Carlos Ducci Claro²⁴ planteó este tema hace ya varios años, señalando que *“en el cumplimiento del contrato debe tomarse en consideración la culpa de ambas partes. En el fondo ello está incluido dentro de la ejecución de buena fe que impone a los contratantes el artículo 1546 del Código Civil. Esta buena fe objetiva significa una regla de conducta e importa un comportamiento honesto, correcto y leal... Si ambas partes deben proceder de buena fe en el cumplimiento del contrato no se concibe cómo la culpa de una de las partes, del acreedor, pueda no ser considerada al examinar el cumplimiento de la obligación. La buena fe tiene la función de medida y determinación del objeto y contenido de la obligación y permite individualizar en concreto la norma de conducta requerida por las circunstancias y valorizar en consecuencia el comportamiento de las partes. Es por ello que, no solo de acuerdo a los principios generales que gobiernan la responsabilidad civil, sino también por la disposición expresa que impone el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contractuales, **la culpa del acreedor debe ser considerada causa de exoneración o atenuación de la responsabilidad del deudor**”*.

Asimismo, Hernán Corral²⁵ agrega que *“estos principios parecen aplicarse al régimen contractual, de manera **que si el incumplimiento se debe a un hecho del acreedor que desplaza la causalidad del comportamiento del deudor, no habrá responsabilidad contractual para este último**. Si la conducta del acreedor si bien interviene o facilita el incumplimiento no lo determina causalmente, se podrá moderar la indemnización que el deudor debe pagarle”*.

²⁴ Ducci (1984), p. 7.

²⁵ Corral (2010), p. 173.

La doctrina comparada también comparte estos lineamientos. Por ejemplo, Díez-Picazo y Gullón²⁶ señalan que *“el hecho de que la responsabilidad del deudor constituya el supuesto normal y el de más frecuente examen, no excluye que, por lo menos en algunos casos, la infracción del crédito o su insatisfacción puedan ser imputados al propio acreedor. Así ocurre cuando es él quien de manera dolosa o negligente provoca la destrucción o la pérdida de la cosa que debía ser objeto de una prestación de entrega o su deterioro, o hace imposible el facere del deudor”*. En cuanto a sus efectos afirman que *“la existencia de culpa del perjudicado excluye la responsabilidad del autor del hecho dañoso o, por lo menos, provoca una moderación o disminución de la misma, según que aquella culpa sea intensa en grado de anular cualquier otra o, por el contrario, coexista con esta”*.

Por su parte, Larroumet²⁷, al igual que Corral, coloca el acento en la causalidad y señala *“no hay responsabilidad sin causalidad, esto es, sin que se pueda imputar el acaecimiento del daño sufrido por una persona a la actividad de otra persona”*; luego, citando el artículo 1147 del Código Civil francés agrega que *“el deudor está obligado a reparar el daño sufrido por el acreedor siempre que no justifique que la inejecución proviene de una causa extraña”*; señalando que entre las causas extrañas se encuentra el **hecho o culpa del acreedor** de forma tal que *“por la misma razón que la fuerza mayor o el hecho de un tercero, el hecho del acreedor debe producir una exoneración de la responsabilidad del deudor y por las mismas razones, es decir, que la inejecución de la obligación no es imputable al deudor si el daño encuentra su causa en un hecho del acreedor. Si el hecho del acreedor constituye para el deudor un acontecimiento imprevisible e irresistible, la exoneración de la responsabilidad será total”*. En definitiva, para este autor, *“la acción del acreedor constituye para el deudor un caso de fuerza mayor”*.

Finalmente, desde la perspectiva del derecho germano, es interesante revisar la opinión de Medicus²⁸, quien señala que hay *“prestaciones con colaboración necesaria del acreedor (y), es imaginable, a causa de ello, una interrupción de la prestación, porque la ausencia de esta colaboración impide, ya sea la actividad de la prestación del deudor, o bien el cumplimiento de la necesaria ‘consecución’ de la prestación”*. Este comentario tiene como base el artículo 254 BGB, denominado *“Negligencia Concurrente”*, en el cual aparece (traducción libre) (1) donde falla por parte de la víctima contribuye a la ocurrencia de los daños, responsabilidad por daños y perjuicios así como la extensión de la indemnización a pagar **depende de las circunstancias, en particular en qué medida el daño es causado principalmente por una o la otra parte**. (2) Esto también

²⁶ Díez-Picazo y Gullón (1995), p. 551.

²⁷ Larroumet (1993), p. 164 y siguientes.

²⁸ Medicus (1995), p. 198 y 199.

se aplica si la falla de la persona lesionada se limita **a no llamar la atención del deudor** sobre el peligro de daño inusualmente extensa, donde el deudor no fue ni debería haber sido consciente del peligro, o que pudiendo evitar o reducir el daño. Como se aprecia, el énfasis que la norma efectúa en el deber de colaboración del acreedor, es clarísimo.

1. Uno de los problemas que puede plantear la culpa del acreedor, es determinar **cuál es su fuente normativa**, es decir, establecer de dónde surge este deber del acreedor que trae aparejada la exoneración de responsabilidad del deudor.

Para dar respuesta a dicha inquietud, podemos referirnos a lo siguiente:

a. La integración del contrato, artículo 1546 del Código Civil

Recordamos la cita de Carlos Ducci en orden a que la *“buena fe objetiva significa una regla de conducta e importa un comportamiento honesto, correcto y leal... Si ambas partes deben proceder de buena fe en el cumplimiento del contrato no se concibe cómo la culpa de una de las partes, del acreedor, pueda no ser considerada al examinar el cumplimiento de la obligación”*.

Se trata de una obligación genérica, de ejecutar el contrato de buena fe, la que, desde la perspectiva del acreedor, consiste en no obstruir o dificultar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Es interesante destacar, como lo hace Carmen Domínguez²⁹, que *“el resultado posible de la integración consistiría entonces en el **establecimiento de derechos y obligaciones** no contemplados por las partes ni por las normas de carácter dispositivo aplicables al contrato en cuestión”*. Hernán Corral señala, a su vez, que *“una segunda forma en que los tribunales aplican el principio de buena fe a la relación contractual es afirmando **la existencia de deberes contractuales** que, aunque no han sido explicitados, son accesorios a la obligación principal declarada en el contrato o a su propósito práctico”³⁰*; luego agrega que *“la buena fe no solo sirve para interpretar, calificar el contrato o deducir deberes implícitos sino para integrar el contenido del contrato, cuando se detectan vacíos o lagunas en la relación contractual”³¹*.

En consecuencia, por la vía de la integración de la convención, no cabe duda que, fundado en la buena fe objetiva, es correcto concluir que el acreedor tiene un deber que emana del contrato, consistente en desarrollar un comportamiento leal u honesto.

²⁹ Domínguez (2011), p. 255.

³⁰ Corral (2006), p. 200.

³¹ Corral (2006), p. 211.

b. Aplicación por analogía del artículo 2330 del Código Civil

Gastón Salinas, a su turno, agrega que puede aplicarse por analogía el artículo 2330 del Código Civil. Así, sostiene que *“se ha estimado que las hipótesis del hecho o culpa de la víctima o del acreedor en materia contractual deben ser tratadas con un régimen similar al extracontractual, toda vez que descansan sobre las mismas bases de lógica y justicia”*³².

Se trata esta de una aplicación particular de los principios generales que informan la responsabilidad civil. Para ello debe tenerse en cuenta que el régimen de responsabilidad contractual es eminentemente subjetivo, es decir, basado en la culpa, de manera tal que la culpa del acreedor exonera de responsabilidad al deudor puesto que es ese hecho el que explica u origina el incumplimiento.

c. También es posible advertir la existencia de normas que expresamente recogen la culpa del acreedor, como ocurre

- Artículo 2245 del Código Civil. El viajero que trajere consigo efectos de gran valor, de los que no entran ordinariamente en el equipaje de personas de su clase, deberá hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselos si lo exigiere, para que se emplee especial cuidado en su custodia; **y de no hacerlo así, podrá el juez desechar en esta parte la demanda.**
- Artículo 2246 del Código Civil. Si el hecho fuere, de algún modo, imputable a negligencia del alojado (acreedor), será absuelto el posadero (deudor).
- Artículo 1927 del Código Civil. La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer durante el arriendo todas las reparaciones necesarias, **a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario. Pero será obligado el arrendador aun a las reparaciones locativas**, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron de fuerza mayor o caso fortuito, **o de la mala calidad de la cosa arrendada.**

De esta forma, se exonera de responsabilidad al arrendatario por un hecho culposo del arrendador, como fue haber entregado la cosa arrendada en mal estado.

³² Salinas (2011), Tomo I, p. 494.

- Artículo 1975 del Código Civil. El que da en arriendo un almacén o tienda, no es responsable de la pérdida de las mercaderías que allí se introduzcan sino en cuanto la pérdida hubiere sido por su culpa. Nuevamente se exonera de responsabilidad al arrendatario, por un hecho imputable al arrendador.
- Artículo 1925 del Código Civil. Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios. Habrá lugar a esta indemnización aun cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe, que podía arrendar la cosa; **salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario** o provenga de fuerza mayor o caso fortuito.

Como se aprecia, se exonera de responsabilidad al deudor (arrendador) de la obligación de indemnizar perjuicios por la falta de entrega de la cosa, cuando el acreedor (arrendatario) tenía conocimiento (culpa) de la imposibilidad.

3. Conductas activas del acreedor

Si bien hablamos normalmente del deber del acreedor en orden a no obstaculizar al deudor –una actitud pasiva, como si fuese una obligación de no hacer–, también puede configurarse la culpa del acreedor cuando este deja de desarrollar una **conducta activa**, de colaboración, lo cual, siguiendo al profesor Pablo Rodríguez, puede producirse en diversos escenarios³³:

- a. Cuando en el contrato se ha establecido expresamente que el acreedor debe desarrollar un comportamiento activo, como, por ejemplo, entregar ciertos antecedentes o concurrir a un determinado lugar, todo ello en función del cumplimiento de la prestación.
- b. Cuando la conducta activa del acreedor se desprende de la naturaleza de la obligación; así sucede si el deudor se obliga a pagar una deuda ajena, pero el acreedor no le indica la persona a la cual debe hacerse el pago.
- c. Cuando la obligación solo puede cumplirse con la intervención activa del acreedor, siendo este el único capaz de remover el obstáculo que impide cumplir; por ejemplo, deben llevarse a cabo ciertas obras, en un lugar de propiedad del acreedor, pero éste no permite su ingreso.

³³ Rodríguez (2015), p. 160 y 161.

- d. Cuando la participación del acreedor alivia sustancialmente el gravamen que impone la obligación; puede ocurrir ello si, debiendo cumplirse con la entrega de una obligación de género, el acreedor tiene acceso al mercado en condiciones más ventajosas que las que obtendría el deudor.
- e. Cuando del cumplimiento se sigue un beneficio efectivo para el deudor, cuya obtención depende del acreedor; como sucede si el acreedor del saldo de precio de la compraventa, se niega a concurrir a otorgar la escritura pública de cancelación del precio.

Del análisis de estas situaciones prácticas, se concluye que la culpa del acreedor se puede configurar no solo desde la perspectiva de exigir una conducta omisiva –no colocar obstáculos– sino que el acreedor, también, puede tener un rol activo y de colaboración en la relación jurídica.

4. Grado de culpa de que responde el acreedor

Al igual que lo que sucede con el deudor, es necesario determinar de qué grado de culpa responde el acreedor, puesto que, a partir de ello, se efectuará el juicio de reproche que permitirá atribuirle responsabilidad y exonerar, a raíz de ello, al deudor. No debe olvidarse, como lo adelantamos, que en toda obligación debe existir un grado de culpa de que responde cada una de las partes, tanto el deudor como el acreedor.

En cuanto al deudor, ya sabemos que la ley, en silencio de las partes, lo regula en el artículo 1547 inciso 1. El punto es que la ley no se pronuncia respecto del acreedor. Por ello, la doctrina³⁴ señala que para resolver este problema debe partirse del grado de culpa de que responde el deudor. En efecto, el comportamiento debido, exigible al acreedor, lo será en armonía de aquel que le cabe al deudor. Así, si el deudor responde de culpa grave, esto es, el contrato solo es útil al acreedor, el comportamiento que se exigirá a este último será el de la culpa levisísima. En el fondo, en tal supuesto, el acreedor no podrá colocar ningún tipo de cortapisa a su deudor, puesto que este solo está obligado a sortear aquellas dificultades que *“las personas negligentes y de poca prudencia”* eliminarían.

Así, por ejemplo, en el contrato de depósito (artículo 2222), el depositario responde de culpa grave y, por ende, el depositante deberá esmerarse para no crear ningún obstáculo que implique dificultar las obligaciones de guarda y restitución. Por el contrario, en el comodato (artículo 2178), el comodatario

³⁴ Rodríguez (2003), p. 200.

rio, al responder de culpa levisísima, se encontrará en el imperativo de superar prácticamente todas las trabas que el acreedor pueda colocarle, ello en función que el contrato cede en beneficio exclusivo del deudor.

4. Jurisprudencia

La culpa del acreedor ha sido expresamente abordada por los Tribunales Superiores de Justicia.

Así, por ejemplo, en una demanda interpuesta por un ente auditado en contra del auditor se falló³⁵ que: *"6°) Que en el contexto señalado, debió acreditarse, también, que la administración del Instituto (ente auditado) ejerció un efectivo control sobre el funcionario responsable de la gestión contable a los fines de impedir la defraudación. Igualmente, que las medidas correctivas propuestas por la empresa auditora, y que no implementó la actora, resultaban, en todo caso, ineficaces para detectar el fraude. Por último, que la dirección del Instituto no incurrió en actos que facilitaron la defraudación. Ello, en razón de que el artículo 1547 del Código Civil obliga al acreedor a no crear obstáculos o escollos que impidan al deudor cumplir su obligación.*

7°) Que ello es así, pues resultaría contrario a la equidad natural y a los principios que en nuestro orden jurídico informan el sistema de responsabilidad contractual, admitir que se puede atribuir a la contraparte de una relación contractual la obligación de indemnizar los perjuicios que la acción ilícita de un (tercero) dependiente suyo le irrogó, si previamente no se demuestra, por su parte, haber adoptado los controles, medidas y recaudos que razonablemente hubieren permitido evitar el daño del que pretende resarcirse...

18°) Que, en síntesis, la causa de los perjuicios experimentados por la actora encuentran su origen, en primer lugar, en el delito de apropiación indebida del que es responsable el contador jefe del Instituto, ilícito por el que fue condenado a una pena privativa de libertad y a la indemnización civil demandada. Seguidamente, en el proceder descuidado y poco diligente de la administración superior del Instituto que no adoptó las medidas de control interno que le fueron sugeridas y, principalmente, en razón de que no ejerció adecuada fiscalización sobre aquel dependiente. Por último, ya que en gran medida la defraudación fue posible al extenderse cheques al portador y sin indicación de su beneficiario".

³⁵ Corte de Apelaciones de Santiago (2004).

5. Conclusión

Toda obligación impone al acreedor un determinado deber de conducta, consistente en la colaboración que debe prestar al deudor para alcanzar la meta proyectada.

Si el acreedor obstaculiza el cumplimiento de la obligación, colocando escollos que el deudor, atentos al grado de culpa de que responde, no está obligado a superar, entonces la circunstancia de no haberse alcanzado la prestación prevista en la convención, no será imputable al deudor y este quedará exonerado de responsabilidad.

A. El dolo del acreedor impide que se configure negligencia por parte del deudor, asignando una sola relación causal posible

1. Idea general

Se trata de situaciones en las cuales el comportamiento del deudor es negligente, no obstante lo cual el acreedor actúa con culpa grave o dolo, la que absorbe la negligencia del deudor, eliminando toda calificación culposa de su conducta.

Salinas señala *“que la única conducta culpable sea de la víctima es requisito indispensable para que opere esta causal de exoneración de responsabilidad civil; sin embargo ello alude **también a la magnitud de la culpa**, es decir, si es de tal entidad o gravedad aunque exista una leve culpa del eventual responsable, esa culpa no es prestable”*.³⁶ El mismo autor cita a Fernando Reglero, para quien *“no obstante hay casos en los que ni siendo la conducta de la víctima la única causa culpable del daño, **su culpa sea de tal magnitud que absorbe por completo una culpa leve del eventual responsable”***.³⁷

En el fondo, el dolo o la culpa grave permiten discriminar acerca de qué incumplimiento de los contratantes deberá ser tenido por causa del daño y, por ende, a quién deberá el juez, al efectuar el juicio de reproche, atribuir responsabilidad: ¿al incumplimiento doloso del acreedor o a la actuación culpable del deudor?

2. No es concurrencia de culpas

Es importante advertir, que esta materia no se refiere a la compensación de culpas (por ejemplo, la del artículo 2330 del Código Civil en materia extracontractual), que generalmente importa la atenuación de responsabilidad

³⁶ Salinas (2011), Tomo I, p. 497.

³⁷ Salinas (2011), Tomo I, p. 498.

del deudor. Por el contrario, la circunstancia de que el acreedor haya obrado dolosamente o con culpa grave importa que el deudor quede **exonerado** de responsabilidad por no configurarse a su respecto el factor de imputación. El dolo del acreedor en este marco, se transforma en la única causa posible del daño; en otras palabras el acreedor *“ha dirigido los acontecimientos; por lo tanto, solo él es la verdadera causa”*; *“ha empleado la culpa del demandado como un simple instrumento”*³⁸.

Por lo demás, para que opere esta causal de exoneración de responsabilidad del deudor, es menester que exista desproporción entre las dos culpas; la del acreedor debe ser enorme o grave, ya se constituya derechamente un actuar doloso, o se asemeje mucho a ello.

2. Doctrina nacional

Así lo ha entendido también la doctrina. Por ejemplo, Enrique Barros³⁹, afirma que *“por el contrario, **si alguna de las partes ha actuado con dolo se entiende normalmente excluida la responsabilidad compartida de la otra, aunque su negligencia tenga una incidencia causal relevante en el daño**”*.

El mismo autor, agrega un ejemplo muy gráfico para este caso, al señalar *“así ocurre, por ejemplo, con quien demanda perjuicios por la culpa en que ha incurrido un notario, en circunstancias que su propio comportamiento doloso ha estado en los orígenes de la negligencia”*.

También en Chile, Gastón Salinas⁴⁰ trata el problema en el acápite *“Absorción de una culpa por otra”*, indicando que *“**en el caso del dolo, la doctrina ha estimado que debe considerarse como la única causa del perjuicio y, en consecuencia, se ha de exonerar al demandado aun cuando hubiere actuado con culpa, atendida la gravedad que el dolo significa en sí, desvinculando el hecho del terreno de la gravedad de las culpas y llevándolo al vínculo de causalidad, considerando que el dolo de la víctima es la única causa real del daño**”*.

Este autor, cita un caso referido a un contrato de transporte, en el cual la culpa del pasajero es a tal punto grave que absorbe por completo una eventual culpa leve del transportista. Así, el sistema de apertura automática de puertas de un tren, permite que ellas puedan abrirse libremente por los viajeros (negligencia del transportista). Durante el traslado, encontrándose todavía el tren en marcha, uno de los pasajeros abre la puerta del tren y lo abandona,

³⁸ Mazeaud y Tunc (1963), p. 77.

³⁹ Barros (2006), p. 438.

⁴⁰ Salinas (2011), p. 506.

sufriendo daños. En tal supuesto, corresponderá exonerar de responsabilidad a la empresa de ferrocarriles, puesto que la imprudencia del pasajero es de tal envergadura que absorbe la negligencia de la empresa ferroviaria. En el fondo, el viajero provocó consiente y voluntariamente una situación de mayor riesgo que pudo y debió evitarlo.

En la **jurisprudencia nacional** solo conocemos un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago⁴¹ dictado con ocasión del fraude cometido por un dependiente de la Compañía Chilena de Fósforos que afectó a accionistas de esa compañía, en que la accionista mayoritaria demandó a la corredora de valores por su supuesta negligencia al haber efectuado los traspasos. La Corte sostuvo que, *“aun cuando se llegase al extremo de sostener que Security Valores incurrió en negligencia en las operaciones practicadas, **la responsabilidad de esta debe desecharse en atención a la incidencia del comportamiento doloso de Lizama**”, agregando que, “**el dolo de Lizama, en efecto, exculpa las infracciones** que eventualmente Security Valores hubiera podido cometer”*.

3. La doctrina extranjera, también ha recogido estos principios.

Por ejemplo, Mazeaud y Tunc⁴², lo tratan bajo la idea de la **culpa intencional**, señalando que ella se verifica *“cuando uno de los dos adversarios ha querido el daño, cuando haya obrado para causarlo”*. Sobre el particular, se preguntan si *“la desproporción existente entre la respectiva gravedad de las culpas del demandado y de la víctima, ¿no tiene por resultado que la culpa más grave absorba a la más leve? ¿No eclipsa una a la otra enteramente? ¿No tiene el daño como causa única a la primera? La jurisprudencia está bastante dispuesta a responder por la afirmativa... Desde luego es necesario, al menos, **que sea considerable la desproporción entre las dos culpas**; la culpa que absorba a la otra debe revestir un carácter de gravedad particular por el hecho de que su autor ha querido el daño o, al menos, lo ha consentido. Fuera de esos dos casos, no cabría alegar la desproporción existente entre ambas culpas en cuanto a su gravedad para poner la responsabilidad a cargo del autor exclusivo de la más grave”*.

En similar sentido, Mosset⁴³ razona sobre la base de que *“debe partirse, cuando se trata del dolo... en concurrencia con la culpa, del principio **‘que el dolo absorbe la culpa’**. Ocurre que en la relación o nexo de causalidad cuando se conectan la intención con la negligencia, la primera descarta a la segunda, precisamente por su virtualidad o eficiencia en la producción del perjuicios”*.

⁴¹ Corte de Apelaciones de Santiago (2015). La Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto en su contra.

⁴² Mazeaud y Tunc (1963), p. 75 y 76.

⁴³ Mosset (1988), p. 67.

En la **jurisprudencia extranjera**, en especial la alemana⁴⁴, se ha fallado que: *“la responsabilidad del auditor en razón de la inobservancia de determinados deberes de cuidado que le impone la ley, cede completamente frente al dolo que resulta imputable a la propia mandante, en razón del falseamiento de los estados financieros por su propio gerente”*. En igual sentido, se resolvió *“la responsabilidad de una sociedad de auditores y de los auditores particulares que intervienen por ella, puede ceder completamente frente a la culpabilidad de la mandante, cuando su gerente ha falseado planificada e intencionalmente los estados financieros de la compañía y a los auditores solo les resulta imputable negligencia”*⁴⁵.

En similar sentido, lo ha fallado la jurisprudencia francesa al resolver que *“cuando sea claramente puesta en evidencia por los hechos del caso una voluntad de engaño, la responsabilidad del perito contable no podrá ser aceptada por haberle omitido proporcionar las herramientas”*⁴⁶; o *“dado que las irregularidades contables que originan sanciones fiscales y disciplinarias tiene un carácter sistemático, y por lo tanto necesariamente deliberadas, no pudiendo haber escapado al cliente, este no puede derivar su responsabilidad a su perito contable”*⁴⁷.

4. Conclusión

En definitiva, lo que sucede en estos casos, es que los incumplimientos contractuales no pueden tener la misma incidencia al tiempo de determinar cuál de ellos es la causa del daño. El incumplimiento doloso, absorberá el incumplimiento negligente del otro contratante, convirtiéndose, en consecuencia, en la única causa posible de atribución de responsabilidad.

B. La previsibilidad

1. Concepto

La previsibilidad debe analizarse como la probabilidad que tiene el sujeto que actúa de determinar, *ex ante*, cuál será el resultado de su conducta, es decir, si ella causará o no un daño.

En este sentido, Mauricio Tapia radica la procedencia de la previsibilidad en responder *“afirmativamente a la pregunta de si un hombre medianamente diligente, colocado en la misma situación y con calificaciones similares, habría debido*

⁴⁴ Sentencia de fecha 18.07.2013.

⁴⁵ Sentencia de fecha 23.10.1997.

⁴⁶ Cass Civ 1 (1994).

⁴⁷ CA París, 2ª CA (1997).

prever la ocurrencia de ese daño y, en consecuencia, actuar de otra forma"⁴⁸. Pablo Rodríguez señala que *"la previsibilidad consiste en la posibilidad racional de prever un hecho, de anticiparse a su realización o desencadenamiento"*⁴⁹. Gastón Salinas analiza la situación partiendo del supuesto que la culpa *"representa un juicio de reprochabilidad acerca de la conducta de una persona... Lo que evidentemente va conectado con la previsibilidad, esto es, ejercer una conducta tendiente a evitar un daño previsible, cuando no es posible impedir lo imprevisible"*.⁵⁰

En una sentencia sobre responsabilidad médica⁵¹ se resolvió que hay culpa cuando el agente **no previó** los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar. **La esencia de la culpa radica en la previsibilidad del resultado típico**. Este aspecto es destacado por el Código Civil español: *"Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables"* (Art. 1105, edición 2014).

En **materia contractual** la previsibilidad es relevante porque, mediando culpa, el deudor *"solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron prever **al tiempo del contrato**"* (artículo 1558). En el actual Código Civil Argentino, el artículo 1728 dispone: *"Previsibilidad contractual. **En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración**. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento"*.

Es decir, la previsibilidad se transforma en una limitación a la obligación de reparación que le cabe al deudor, puesto que este responderá de aquellos perjuicios que *"ha podido lógicamente, racional e intelectualmente anticiparse a pronosticar como posibles"*⁵². Incluso, Corral⁵³ la califica como una excepción al principio de reparación integral del daño, puesto que no necesariamente el acreedor resultará cabalmente indemnizado, sirviendo de límite aquellos daños que el deudor previó empleando el debido cuidado.

En este punto, se presenta una importante diferencia con las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, puesto que el artículo 2329 del Código Civil dispone que *"por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o **negligencia de otra persona**, debe ser reparado por esta"*.

⁴⁸ Tapia (2013), p. 25.

⁴⁹ Rodríguez (1992), p. 95.

⁵⁰ Salinas (2011), Tomo I, p. 491.

⁵¹ Corte Suprema (2015), considerando 6°.

⁵² Rodríguez (1992), p. 96.

⁵³ Corral (2010), p. 176.

Lo anterior, nos permite además dilucidar si es correcto asociar la previsibilidad con el grado de culpa de que se responde, o, por el contrario, concluir que la previsibilidad del daño es un asunto propio de la causalidad. Siguiendo a Corral⁵⁴ nos parece que la respuesta al problema es de orden temporal. El análisis de la causalidad/previsibilidad se efectuará al tiempo de verificarse el incumplimiento contractual; en cambio, cuando hablamos del factor de imputación, la previsibilidad sugiere un juicio que efectúa el deudor al tiempo de contratar, como aparece del artículo 1558.

2. Medida o límite

Nos parece que cuando se abarca esta materia debe tenerse en cuenta que la previsibilidad tiene una **medida** la que debe remitirse al grado de diligencia que se impone al deudor; en otras palabras, será una persona cuidadosa y, por ende, que prevé las consecuencias de su conducta, **aquella que emplea la diligencia debida**.

Este punto es relevante, porque en materia contractual, la diligencia debida debe definirse en atención a la graduación de la culpa recogida en el artículo 1547 inciso 1 y, por lo tanto, el comportamiento exigible a cada contratante no será el mismo, sino que ello dependerá del grado de diligencia que le impone el legislador. Así, quien responde de culpa levísima, tendrá que efectuar un examen de previsibilidad mucho más acucioso que aquel que realiza quien responde de culpa *lata*.

Relacionado con lo anterior, también es de interés determinar por qué la previsibilidad actúa como limitación a la reparación. Una posible respuesta es analizarlo desde la perspectiva de la **formación del consentimiento**, en el sentido que el daño indemnizable no puede importar para el deudor una "nueva obligación" que no se previó al tiempo de contratar. Otra forma de ver el asunto, y que nos parece más razonable, es teniendo en cuenta la regla objetiva de comportarse de **buena fe** que contempla el artículo 1546 del Código Civil, lo que también impone ciertas limitaciones a la pretensión reparatoria.

3. Análisis de la previsibilidad

Hernán Corral⁵⁵ señala que la previsibilidad debe analizarse en abstracto, no en concreto. El artículo 1558 se refiere a "*los perjuicios que se previeron o pudieron preverse*", no a los que el deudor pudo prever. Con todo, se reconoce que esta apreciación en abstracto no puede prescindir de las circunstancias especiales de la relación contractual y del rubro comercial o profesional del deudor.

⁵⁴ Corral (2010), p. 177.

⁵⁵ Corral (2010), p. 187.

Así, en materia de responsabilidad médica se falló⁵⁶ que la valoración en abstracto de la culpabilidad se encamina a una variable con ribetes concretos, con los que se las conjuga para obtener una decisión más justa. En el fondo, la ponderación en abstracto se limita al considerar las circunstancias personales, la naturaleza de la obligación y las circunstancias de tiempo y lugar. Con estos razonamientos, se termina concluyendo que el criterio objetivo que rige la calificación de una conducta como imprudente, vienen dado por la siguiente regla: **un resultado perjudicial para un paciente, será objetivamente previsible, si lo hubiera sido para cualquier otro médico puesto en la situación del actuante, conociendo los antecedentes del caso y en el mismo estado técnico-científico de la medicina en general y de la especialidad en particular.**

3. Algunas normas legales relacionadas con los aspectos más relevantes de la previsibilidad:

- a. Artículo 1933 del Código Civil: Tendrá además derecho el arrendatario, en el caso del artículo precedente, para que se le indemnice el daño emergente, si el vicio de la cosa ha tenido una causa anterior al contrato. Y si el vicio era conocido del arrendador al tiempo del contrato, **o si era tal que el arrendador debiera por los antecedentes preverlo o por su profesión conocerlo**, se incluirá en la indemnización el lucro cesante.

Como se aprecia, en este caso, la previsibilidad es empleada por el legislador como un parámetro para sancionar al arrendador y aumentar la indemnización al lucro cesante. Asimismo, en este caso, también se concretiza el análisis abstracto de la previsibilidad, puesto que se considera en ello "*los antecedentes*" y "*su profesión*".

- b. Artículo 2016 del Código Civil. El acarreador es obligado a la entrega de la cosa en el paraje y tiempo estipulados, salvo que pruebe fuerza mayor o caso fortuito. **No podrá alegarse** por el acarreador la fuerza mayor o caso fortuito que pudo con mediana prudencia o cuidado evitarse.

Nuevamente la falta de previsibilidad, esta vez del acarreador, opera como sanción, puesto que no podrá exonerarse de responsabilidad alegando la ocurrencia de un caso fortuito que pudo preverse. La previsibilidad se regular, en este caso, con la culpa leve.

- c. Artículo 41 Ley 19.666 sobre Garantías de Salud: La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del

⁵⁶ Corte Suprema (2011), considerandos 13° y 20°.

daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas. **No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquellos.**

En síntesis, la previsibilidad juega un papel preponderante al momento de determinar los perjuicios de que responderá el contratante incumplidor y esa previsibilidad estará determinada por el grado de culpa del cual responde el deudor, la que, en consecuencia, funciona como una limitación a la pretensión resarcitoria del demandante.

Bibliografía

1. Libros

Barros Bourie, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Corral Talciani, Hernán (2010): *Contratos y daños por incumplimiento* (Santiago, LegalPublishing).

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio (1995): *Instituciones de Derecho Civil* (Madrid, Editorial Tecnos) Volumen I.

Fueyo Laneri, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Larroumet, Christian (1993): *Teoría general del contrato* (Bogotá, Editorial Temis), Volumen II.

Mazeaud, Henri y Leon y Tunc, André (1963): *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (5ª edición, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América), Tomo Segundo, Volumen II.

Medicus, Dieter (1995): *Tratado de las relaciones obligacionales* (Barcelona, Editorial Bosch), Volumen I.

Mosset Iturraspe, Jorge (1988): *Responsabilidad por daños* (Buenos Aires, EDIAR Sociedad Anónima Editora), Tomo III.

Rodríguez Grez, Pablo (1992): *La obligación como deber de conducta típica (la teoría de la imprevisión en Chile)* (Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile).

Rodríguez Grez, Pablo (2003): *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Salinas I, Gastón (2011): *Responsabilidad civil contractual* (Santiago, LegalPublishing) Tomo I.

Salinas Ugarte, Gastón (2011): *Responsabilidad civil contractual* (Santiago, LegalPublishing) Tomo II.

Tapia Rodríguez, Mauricio (2013): *Caso fortuito en el Derecho Civil chileno* (Santiago, LegalPublishing).

2. Artículos

Corral Talciani, Hernán (2006): "La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno", en *Temas de contratos*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado III (Ediciones Universidad Diego Portales): pp. 187-226.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2011): "Aspectos de la integración del contrato", en *Estudios de Derecho Civil VI* (LegalPublishing): pp. 252-262.

Ducci Claro, Carlos (1984): "La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LXXXI N° 1: pp. 1-8.

Rodríguez Grez, Pablo (2015): "Interdependencia de las obligaciones generadas por el contrato", en *Revista Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), N° 32: pp. 155-163.

3. Jurisprudencia nacional

Corte de Apelaciones de Santiago (2004): Rol 1.871-2001, 28 de octubre de 2004 [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2016] Disponible en www.pjud.cl

Corte de Apelaciones de Santiago (2006): Rol 6.812-2001, 14 de noviembre de 2006 [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2016] Disponible en www.pjud.cl

Corte de Apelaciones de Santiago (2015): Rol 1.583-2013, 3 de marzo de 2015 [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2016] Disponible en www.pjud.cl

Corte Suprema (2011): Rol 5.849-2009, 28 de enero de 2011 [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2016] Disponible en: www.pjud.cl

Corte Suprema (2013): Rol 8.593-2012, 5 de septiembre de 2013 [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2016] Disponible en www.pjud.cl

Corte Suprema (2015): Rol 7.215-2014, 19 de enero de 2015 [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2016] Disponible en www.pjud.cl

Corte Suprema (2016): Rol 8.235-2015, 9 de marzo de 2016 [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2016] Disponible en: www.pjud.cl

Corte Suprema (2016): Rol 9.954-2015, 14 de marzo de 2016 [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2016] Disponible en: www.pjud.cl

4. Jurisprudencia extranjera

Cass Civ 1, 22 de junio de 1994, caso N° 1013, N° 91-21001 apelación. Lexilaser Cassation.

CA París, 2ª CA, 10 de septiembre de 1997, X c/ SA Sofidex: Juris-Data, N° 03371.

Sobre la revisión judicial de la discrecionalidad administrativa

CARLOS ISENSEE RIMASSA

Licenciado en Cs. Jcas. y Sociales

U. DE CHILE

Magister (c) en Derecho con mención en Derecho Público

U. DE CHILE

RESUMEN: En el presente artículo se analiza de qué manera la Excma. Corte Suprema ha entendido el control que le corresponde ejercer, respecto de los actos administrativos. Para lo anterior, analizaremos el razonamiento detrás de los votos de mayoría y minoría del caso “Ciclovías” (rol 2272-2013), ya que ambos expresan dichas perspectivas, que por lo demás resultan opuestas. A raíz de ello, se examinará en qué consiste un control de la motivación versus un control de mérito o conveniencia del acto administrativo, para luego explorar el rol que cumple el procedimiento administrativo para el control judicial que, sobre el acto, se ejerce. Posteriormente, nos detendremos en cuáles serían los límites de conocimiento que los jueces deberían respetar al momento de efectuar un control sobre el acto administrativo en un caso como “Ciclovías”, desde el punto de vista de García de Enterría y Parejo Alfonso, para luego compararlo al caso Nuevo Ciudad Este (Francia). Finalmente, explicaremos el razonamiento del voto de minoría del caso “Ciclovías” desde la evolución del Derecho Administrativo en Chile, para finalizar con el rol que, entendemos, le cabría a la Contraloría General de la República.

* * *

1. Introducción

Las lógicas de control de la discrecionalidad administrativa, y que se traducen en cómo son entendidas las acciones de impugnación de los actos administrativos, se pueden explicar por el grado de deferencia que de esta tengan los jueces. Ejemplo de ello lo encontramos en los votos de mayoría¹ y minoría –y así tam-

¹ La redacción del voto de mayoría estuvo a cargo del Ministro Sergio Muñoz, SCS rol 2272-2013. Podría llamar la atención que la Ministro Sandoval haya votado a favor de la acción de protección, esto es, que haya seguido el razonamiento del Ministro Muñoz y no el del Ministro Pierry. Con todo, en opinión del suscrito, y luego de un somero análisis de la jurisprudencia de la Tercera Sala desde que el Ministro Muñoz dejó de integrarla (por asumir como Presidente del Máximo Tribunal), la Ministro Sandoval ha seguido, en gran parte, el razonamiento del Ministro –y hoy ex presidente de la 3ª Sala– Pierry. En efecto, dicho cambio lo podemos advertir desde el Caso Mackenna, SCS 1079-2014, de 30

bién lo decido por la I. Corte de Apelaciones de Rancagua— dados por la Corte Suprema en el caso Ciclovías. Lo anterior, ya que —como se explicará— dichas lógicas de deferencia son disímiles y obedecen a distintos modelos de cómo es entendido el rol del control de la judicatura, respecto de la discrecionalidad contenida en un acto de la Administración.

Al respecto, debemos tener presente que en el caso Ciclovías se impugnó un acto administrativo dictado por la I. Municipalidad de Rancagua² a través de la acción de protección, de naturaleza cautelar³, lo que, a juicio del suscrito, constituyó un doble error⁴.

Antes de iniciar el análisis de los votos de mayoría y minoría del caso Ciclovías, corresponde detenernos en examinar la diferencia que existe entre la revisión (a) la motivación del acto administrativo, y que corresponde a un control de los motivos o antecedentes de hecho que lo fundamentan, (b) del control de mérito o conveniencia del acto administrativo. Lo anterior nos permitirá abordar con mayor claridad las diferentes lógicas de control del acto administrativo, y que se manifiestan en los razonamientos de los votos de mayoría y minoría del caso Ciclovías.

2. Diferencias entre control de motivación y control de mérito o conveniencia del acto administrativo

En el control de motivación del acto administrativo, el juez deberá revisar si la decisión adoptada se condice con los hechos en virtud de los cuales ésta se dicta (hechos y fundamentos de derecho que la motivan⁵), mientras que el control de mérito u oportunidad el juez revisa si lo decidido por la Administración, dado su carácter técnico y/o político, es la alternativa más adecuada, oportuna o conveniente⁶. En efecto, lo que efectúa la judicatura mediante un control de

de octubre de 2014, quien dejó “constancia de su cambio de criterio en relación a lo resuelto en los autos sobre admisibilidad Rol N°1855-2013, fundado en un nuevo estudio de las normas aplicables al caso *sub judice*, que le ha formado convicción en cuanto a que la sanción administrativa no se extingue con la muerte del administrado, según se ha reflexionado en los motivos del fallo de casación que antecede” (último párrafo de lo resolutive).

² En el caso Ciclovías, la decisión de la I. Municipalidad de Rancagua consistió en determinar que el trazado de una ciclovía pasara por el frontis de las casas y no por el bandejón central de una avenida, como se explica en *infra* 3 y 7.

³ Cordero Vega, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Thomson Reuters La Ley, 2015, p. 623.

⁴ Vide *infra* 4 y *ss*.

⁵ Bermúdez, Jorge, “El control de la discrecionalidad administrativa” En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 17, 2010, p. 280. on line [<http://www.rderecho.equipo.cl/index.php/rderecho/article/view/343/319>].

⁶ Saavedra, Rubén. *Discrecionalidad Administrativa, doctrina y jurisprudencia*. Editorial AbeledoPerrot, p. 154. Como se verá en *infra* 10, la propia Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, en su artículo 21 B advierte que dicho Órgano Contralor, “con motivo

mérito no es sino valorar si la solución implementada por la Administración ante determinado caso o problema es la más conveniente u oportuna, esto es, si la decisión es “meritoria”, cuestión que nada comparte con un control de legalidad. Al respecto, la Tercera Sala de la Corte Suprema señaló recientemente, al resolver el caso MP 10⁷ –y citando una publicación del Ministro Pierry de 1984–, que “cuando la norma no le impone una determinada conducta a la Administración, el control de los motivos puede referirse tanto a la verificación de la existencia de los motivos invocados por la autoridad, como a la calificación jurídica de los mismos. Es por ello que según la importancia y la complejidad del acto administrativo, los motivos deben explicitarse mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera de verificar su existencia. El juez puede en ciertos casos además, controlar la discrecionalidad administrativa mediante el control de la apreciación de los hechos, en que el acto sería ilegal por una errada apreciación de los mismos (Pedro Pierry. El Control de la discrecionalidad administrativa en Revista Chilena de Derecho, Vol. II N°s 2 y 3. Mayo-Diciembre 1984. Pág. 479 y ss.)”⁸. Por lo anterior, dicha sentencia concluye que “El control de los motivos es un control de legalidad y por ende no es un control de mérito. Los motivos son los hechos que justifican la adopción del acto administrativo y son anteriores a tal acto y deben ser explicitados por mandato legal, conforme antes ya se ha dicho, por así exigirlo los artículos 11 inciso 2° y 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880”⁹.

Así las cosas, es claro que la motivación del acto administrativo puede ser controlado por la judicatura mediante una acción que le permita conocer de su legalidad, sin embargo, no podrá revisarse su mérito u oportunidad como si esta correspondiere a un problema de legalidad. Al respecto, la doctrina es clara en señalar que “El control de la legalidad puede llevar a la anulación de un acto administrativo por ser ilegal, nunca por ser inoportuno. El control de la oportunidad escapa a la labor del juez y hacerlo constituiría una sustitución de la función administrativa”¹⁰, cuestión que será abordada en infra 4 y ss.

del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”.

⁷ Corte Suprema, sentencia rol de ingreso N° 1.119-2015, de fecha 30 de septiembre de 2015, que rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto por el Ministerio del Medio Ambiente, en contra de la sentencia dictada por el 2do Tribunal Ambiental de Santiago que acogió unas reclamaciones mediante las que se impugnaba el Decreto Supremo N° 20 de 2 de septiembre de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, publicado en el D.O. el 16 de diciembre de 2013, que “Establece Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP10”.

⁸ Corte Suprema, sentencia rol de ingreso N° 1.119-2015, de fecha 30 de septiembre de 2015, considerando 16°.

⁹ Corte Suprema, sentencia rol de ingreso N° 1.119-2015, de fecha 30 de septiembre de 2015, considerando 23°.

¹⁰ Pierry, Pedro. El control de la discrecionalidad administrativa. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, 1984, p. 179, on line [<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/121/112>].

3. La lógica de revisión judicial contenida en el voto de mayoría del caso Ciclovías

El voto de mayoría del caso Ciclovías tuvo dos errores. El primer error consistió en que el voto de mayoría permitió que, mediante una acción cautelar, se impugnaran la motivación del acto administrativo¹¹, mientras que el segundo y más grave error fue, que la Corte Suprema analizó el mérito o conveniencia de una decisión de la I. Municipalidad de Rancagua, sustituyéndola en el ejercicio de su discrecionalidad administrativa.

Lo anterior se podría explicar, dada “la ausencia de un sistema contencioso administrativo regular, (...) los jueces (...) [han] terminado utilizando el recurso de protección como medio de impugnación regular de los actos administrativos”¹², por lo que la acción de protección se ha ido transformado en el sistema contencioso administrativo de *facto* en el sistema chileno. Esta situación produce que “la condición cautelar deja de ser transitoria y se transforma en una decisión de fondo del asunto”¹³, siendo esa lógica la utilizada por el voto de mayoría de la Corte Suprema al resolver el caso Ciclovías.

Así las cosas, el voto de mayoría de la Corte Suprema no solo analizó la motivación del acto recurrido –cuestión que le estaría vedada por ser la acción de protección de naturaleza cautelar–, sino que, dando un paso más allá, no fue deferente con el mérito o conveniencia de la decisión de gobierno local adoptada por la I. Municipalidad de Rancagua, la que en ejercicio de su discrecionalidad político técnica optó por una alternativa de trazado, considerándola arbitraria e irracional. Lo anterior, ya que, según el voto de mayoría de la Corte Suprema, dicho trazado “conlleva el sacrificio de lo que con esfuerzo y dedicación los vecinos recurrentes han consolidado a lo largo de los años, en desmedro de recuperar una franja de terreno abandonada y huérfana de toda preocupación y mejora, siendo una indesmentible muestra de irracionalidad”¹⁴. Así las cosas, el voto de mayoría de la Corte Suprema resolvió que “mientras no se realicen los estudios de factibilidad técnica necesarios que demuestren fehacientemente que la construcción de la ciclovía en el lugar que los recurrentes recomiendan [, esto es, en el bandejón central,] adolece de inconvenientes graves que la tornen inviable”¹⁵. De este modo, la Corte Suprema efectuó un análisis de mérito u oportunidad al discernir entre distintas opciones de trazados de ciclovías posibles, reemplazando con ello la discrecionalidad propia de la

¹¹ Cuestión que podría haber válidamente conocido si se hubiera interpuesto el reclamo de ilegalidad del artículo 151 de la LOC de Municipalidades, le otorga competencia a la Corte de Apelaciones para legalidad del acto administrativo, pudiendo efectuar un control de su motivación.

¹² Cordero Vega, Luis (2015), p. 624.

¹³ Cordero Vega, Luis (2015), p. 624.

¹⁴ SCS, Rol 2272-2013, considerando 9°.

¹⁵ SCS, Rol 2272-2013, parte resolutive.

Administración. Junto con ello, la Corte Suprema le advirtió a la I. Municipalidad de Rancagua que solo podrá ejercer su discrecionalidad administrativa y optar por otro trazado de aquel elegido por el Máximo Tribunal, sólo si acredita que este resulta inviable.

Pues bien, la lógica de impugnación del acto administrativo contenida en el voto de mayoría, no fue otra que ejercer un control jurisdiccional pleno sobre la discrecionalidad administrativa, por cuanto la Corte estimó que era competente para analizar el mérito de la decisión administrativa, esto es, revisar cuáles fueron las razones que fundaron la decisión (opción) de la Administración, pudiendo incluso el propio juez ejercer dicha labor y sustituir¹⁶ a la administración en su discrecionalidad técnica¹⁷ y todo ello en el marco de una acción cautelar, como lo es la protección. Así, esta lógica de control no reconoce ni la más mínima deferencia con lo decidido por la Administración, en ejercicio de su propia discrecionalidad.

Sin embargo, de conformidad con la lógica contenida en el voto de minoría la acción de protección debería ser declarada inadmisibile, toda vez que por su naturaleza cautelar y excepcional no resulta idónea para impugnar el fondo de un acto administrativo, como lo sería un reclamo de ilegalidad¹⁸.

4. La lógica de revisión judicial contenida en el voto de minoría del caso Ciclovías

Por su parte, el voto de minoría de la Corte Suprema¹⁹ fue del parecer de rechazar la acción de protección y confirmar la sentencia dictada por la ICA de Rancagua, lo que demuestra que, en atención a la discrecionalidad administrativa, comparten una lógica de impugnación de los actos administrativos distinta al voto de mayoría, siendo deferente con esta. En efecto, la ICA rechazó la acción

¹⁶ Al respecto, vide Pierry, Pedro (1984), pp. 176 y ss. Sobre el particular, Rubén Saavedra advierte, citando a Muñoz Machado y analizando la antigua técnica de control francesa del balance costes-beneficios fue, "en definitiva, abandonada a poco de inaugurada por el Consejo de Estado francés, en medio de una fuerte crítica y polémica doctrinal, por cuanto con estos parámetros los tribunales se posicionaban como verdaderos superiores jerárquicos de la Administración, decidiendo lo que el interés público reclamaba preferentemente, con la gravedad de que en muchos casos el ordenamiento jurídico no determina de un modo específico o preciso qué es el interés público". Vide Saavedra, Rubén. *Discrecionalidad Administrativa, doctrina y jurisprudencia*. Editorial AbeledoPerrot, 2011, p. 155.

¹⁷ Como lo es "adoptar medidas frente a altos índices de saturación de material particulado respirable existentes en la ciudad", tal como expresamente lo advierte el voto de mayoría en su considerando 1°.

¹⁸ En este sentido, y conociendo diversas protecciones presentadas con motivo del procedimiento administrativo iniciado en contra de los Sres. Ponce, Motta, Guzmán y otros dentro de lo que fue denominado por la prensa como el "Caso Cascada", la I. Corte de Apelaciones de Santiago declaró inadmisibile casi todos los recursos de protección. Sobre el particular, vide rol ingreso corte 119201-2013, 146319-2013 y 146403-2013.

¹⁹ Votaron en contra, el Ministro Pierry y el abogado integrante Emilio Pfeffer.

protección considerando que dicho Tribunal “no puede sustituir al municipio en sus facultades de gobierno local, ni en la consiguiente administración de los bienes nacionales de uso público que le competen. El acto del municipio claramente no es ilegal y tampoco es arbitrario, pues lo que la recurrente reclama se refiere en verdad a la evaluación y decisión sobre el mejor sitio para construir la ciclo vía, que es justamente lo que corresponde decidir al municipio, y no a los actores ni a la Corte, habiendo entregado la Corporación, en su informe, razones suficientes para explicar su decisión, las cuales no cabe ponderar aquí, pues no se trata de si compartimos o no tales razones, sino solo si estas son tales o son apenas artilugios que oculten una sinrazón”²⁰ (el subrayado es nuestro). Así, tal como lo advierte la ICA de Rancagua, al juez no le corresponde controlar el mérito de la decisión administrativa, por cuanto optar por tal o cual trazado de una ciclo vía es decisión político técnica resuelta en ejercicio de la discrecionalidad administrativa. En dicho caso, la I. Municipalidad de Rancagua, en atención a lo informado, buscó la alternativa que le pareció más económicamente y socialmente eficiente²¹ dentro de la gama de posibilidades –de trazados–, a través de un procedimiento reglado, para satisfacer el interés público que debe proteger y/o desarrollar –propender a la descontaminación y descongestión vehicular–, no debiendo el juez escoger entre tal o cual alternativa, ya que ello no es otra cosa que desarrollar la discrecionalidad propia y exclusiva de la Administración. De ese modo, de conformidad con una lógica de la impugnación del acto administrativo que es deferente con discrecionalidad, a los jueces les corresponderá examinar “si existe o no contradicción entre la decisión previa administrativa y el ordenamiento jurídico”²², si lo concluido es la consecuencia racional y lógica de los supuestos de hecho que motivan el acto²³, esto es, si el ejercicio de la discrecionalidad fue racional, pero no si la decisión misma es, en opinión de los jueces, la “mejor” o la “más eficiente”. Además, se debe tener presente que la sanción por una decisión “no eficiente” es la responsabilidad administrativa²⁴ del funcionario administrativo respectivo por incurrir en falta de probidad²⁵, pero en ningún caso la nulidad de dicha decisión, ni tampoco la suspensión de esta bajo la condición de optarse por

²⁰ ICA de Rancagua, Rol 306-2013, considerando 4°.

²¹ La Administración, debe ejercer su discrecionalidad en lógica de eficiencia y eficacia, tal como se lo exigen dichos principios que la propia Ley N° 19.880 establece en sus artículos los principios de eficiencia y eficacia se encuentran regulados en los artículos 9 y 13 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimientos Administrativos (en adelante la “LBPA”); y en los artículos 3 inciso final, 52 inciso final y 62 N° 8 de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante la “LOCBGAE”).

²² Parejo Alfonso. *Administrar y Juzgar, dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*. Tecnos, 1993, p. 58

²³ Nos referimos a que el acto no presente inconsistencias de razonabilidad de su justificación interna. En un sentido similar, vide Cordero Vega, Luis (2015), p. 634.

²⁴ Artículo 52 inciso final de la LOCBGAE.

²⁵ Artículo 62 N° 8 de la LOCBGAE. En la especie, el propio estatuto administrativo de los funcionarios municipales dispone que se incurre en falta de probidad en caso de no respetar el principio de probidad administrativa, tal como lo advierten los artículos 58 letra g) y 123 de la Ley 18.883.

otra que resulte “mejor” (o más eficaz), como lo entiende el voto de mayoría de la Corte Suprema.

Esta lógica de impugnación deferente entiende que no corresponde analizar el mérito del acto administrativo, esto es, las consideraciones o criterios político-técnicos en virtud de los cuales la Administración optó por tal alternativa. Y la razón de ello no es otra que comprender y aceptar que “la Administración está mejor equipada, en comparación con el Poder Legislativo o Judicial, para enfrentarse con complejos problemas, debido a su diseño institucional: su personal especializado, la experiencia derivada de su actividad, así como, en lo que nos interesa, la flexibilidad y adecuación específica de sus procedimientos de toma de decisiones”²⁶.

En la especie, lo cuestionado en el caso Ciclovías corresponde a una decisión político técnica de la I. Municipalidad de Rancagua, por lo que estimamos que la lógica idónea es la del voto de minoría, debiendo ser los jueces deferentes con la decisión. No obstante, “esa deferencia no existe (...) en los casos de contenciosos de plena jurisdicción, cuando el juez deba determinar, en base a un procedimiento jurisdiccional sujeto a contradicción, si una decisión estatal es o no constitutiva de indemnización”²⁷.

5. El rol que cumple el procedimiento administrativo para el control judicial

Estimamos que el principal rol que cumple el procedimiento administrativo es permitir un control pragmático del acto administrativo, ya que la existencia de un procedimiento permite que la Administración le muestre al juez los antecedentes que motivan el acto y la racionalidad de la decisión. En caso contrario, esto es, de no existir un procedimiento administrativo, el control judicial del acto llegaría a ser incluso de mérito, lo que permitía a que sea el juez quien evalúe las consideraciones en virtud de las cuales se dictó una política pública o una decisión de carácter técnico.

De este modo, el hecho de que exista un procedimiento administrativo le permite al juez a **efectuar un control de la legalidad del acto**, cuestión que le permitiría analizar si hubo o no exceso de poder al ser dictado; a controlar si concurren los hechos determinantes o supuestos fácticos en virtud de los cuales se dicta (control de los motivos o motivación del acto); como también que el juez pueda controlar su razonabilidad al revisarse los motivos que lo sustentan. De este modo, en caso de no haber procedimiento administrativo,

²⁶ Cordero Vega, Luis (2015), p. 632.

²⁷ Cordero Vega, Luis (2015), p. 636.

ni menos expediente, será imposible que el juez pueda efectuar un control de "legalidad", quedando obligado a no ser deferente con la discrecionalidad administrativa, y efectuar un control judicial pleno sobre el acto (lo que genera que incluso el juez actúe como co-regulador), vulnerando su propia competencia otorgada por la Constitución, como también la competencia que le es propia a la Administración.

La "otra cara" del rol que cumple un procedimiento administrativo lo encontramos en la propia Constitución, en cuanto "exigencia constitucional (...) frente a la Administración"²⁸. Específicamente, el artículo 63 advierte en su numeral 18 que son materia de ley aquellas que "fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración". Así, nos encontramos ante una remisión normativa desde la Constitución al Legislador para que este defina, a través de una ley, las bases de los procedimientos administrativos, cuestión que cumplió la dictar la Ley N° 19.880. Y no es casualidad que dicha norma disponga "bases", toda vez que "el procedimiento administrativo de 'bases' tiene por finalidad establecer y regular las garantías mínimas que deben ser comunes a todos los órganos administrativos, para asegurar la igualdad sustancial de todos los ciudadanos en sus relaciones con ellas, lo que vincula al procedimiento administrativo 'común' a la igualdad 'básica' en el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, que el propio Estado tiene que garantizar"²⁹. De este modo, en caso que la Administración no respete las garantías mínimas del procedimiento administrativo, esta incurriría en una ilegalidad que deberá ser controlada por el juez. En ese caso el juez efectuaría un control interno del acto y desafiará su legalidad.

6. Límites de conocimiento de los jueces en los casos de contenido político-técnico, o qué tan deferentes deben ser con la autoridad técnica

Tal como fue señalado en supra 4, si bien estimamos que en aquellos casos de contenido técnico los jueces sí deben ser deferentes con lo decidido por la autoridad técnica competente, ello no quiere decir que la discrecional esté exenta de control por parte de la judicatura. En efecto, para que el poder discrecional de la Administración se efectúe de conformidad con la ley, los jueces deben controlarla³⁰, pudiendo dicho control ser más o menos deferente, dependiendo de cuán técnica sea la decisión. A menor contenido técnico de la decisión, será menor deferencia hacia la discrecionalidad y mayor el ámbito de control por parte de los jueces; mientras que a mayor contenido técnico, mayor deberá ser la deferencia, por lo que los jueces estarán más limitados para analizar la

²⁸ Cordero Vega, Luis (2015), p. 327.

²⁹ Cordero Vega, Luis (2015), p. 327. En este punto, el autor sigue a Méndez Rexach-Rodríguez-Chaves-Chinchilla Peinado.

³⁰ Parejo Alfonso (1993), pp. 48 y ss; pp. 58 y ss.

discrecionalidad. Dicha mayor deferencia –por parte de los jueces– se justifica en atención a que los organismos técnicos de la Administración están diseñados y cuentan con “personal especializado, la experiencia derivada de su actividad, (...) [de] la flexibilidad y adecuación específica de sus procedimientos de toma de decisiones”³¹. Pero el hecho que los jueces tengan una mayor deferencia, no significa que la discrecionalidad técnica sea absoluta e incontrolable, por cuánto esta también tiene límites. Así las cosas, la jurisprudencia y doctrina francesa (y en ese sentido también la española) han definidos límites al control de discrecionalidad, los que son llamados “**técnicas de control**”³². De este modo, **ante una decisión esencialmente técnica** –como lo fue la ubicación del trazado de la ciclovía– **los jueces deberán ser más deferentes, pudiendo valerse de los siguientes controles**³³: (i) “control de los elementos reglados del acto o también recurso por **exceso de poder**”³⁴, sea por incompetencia o vicios de forma³⁵ –controlar que el acto haya sido dictado dentro un procedimiento administrativo legalmente tramitado³⁶–; (ii) “recurso de desviación de poder (**control por el fin**)”³⁷, que opera cuando “la Administración, en desconocimiento de las reglas, persigue un fin distinto del que el derecho le ha asignado, desviándose por consiguiente el fin legal”³⁸, pudiendo ser estos otros fines de carácter públicos o privados³⁹; (iii) “**control de los hechos determinantes**”, y que corresponde a “la verificación de los supuestos fácticos de la norma aplicada”⁴⁰, vale decir, la “existencia y realidad del supuesto de hecho que habilita para el empleo de la potestad”⁴¹; (iv) “**control de razonabilidad de la decisión**”⁴², vale decir, que el acto de término se encuentre suficientemente motivado⁴³, esto es, que el acto sea producto de un ejercicio racional⁴⁴. Por consiguiente, para anularse un acto

³¹ Cordero Vega, Luis (2015), p. 632.

³² Saavedra, Rubén (2011), pp. 99-163.

³³ Al respecto, García de Enterría explica el sistema de control de los actos dictados por la *Federal Administrative Procedure*, vide García de Enterría, Eduardo. *Democracia Jueces y Control de la Administración* (1997), pp. 179-180.

³⁴ Saavedra, Rubén (2011), p. 105 y ss.

³⁵ Artículos 6 y 7 de la Constitución.

³⁶ Artículos 1, 17, 18, 28, 34, 35, 36 y 40 de la LBPA. Dichas normas son la especificación del debido proceso consagrado en el N° 3 del artículo 19 de la Constitución.

³⁷ Saavedra, Rubén (2011), p. 109.

³⁸ Saavedra, Rubén (2011), p. 110.

³⁹ Grados Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, p. 479, punto III. a).

⁴⁰ Saavedra, Rubén (2011), p. 114.

⁴¹ Cordero Vega, Luis (2015), p. 86.

⁴² Cordero Vega, Luis (2015), p. 88.

⁴³ Artículo 41 LBPA.

⁴⁴ Artículo 53 LOCBGAE: “El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico (...). Se expresa (...) lo razonable e imparcial de sus decisiones (...)”. Además, en caso que el acto de término carezca de razonabilidad, resultaría infundado (artículo 41 LBPA). Por su parte, y en la medida que este amenace, perturbe o lesione uno de los derechos fundamentales identificados en el artículo 20 de la Constitución, podría impugnarse mediante la acción de protección. Con todo, este control es cautelar y no de fondo, por lo que, como se ha venido diciendo, no debería instrumentalizarse para atacar la nulidad del acto.

esencialmente técnico bastará acreditar alguno de los puntos anteriores, como lo sería demostrar, mediante evidencia suficiente, que la Administración incurrió en errores al analizar los supuestos de hechos que motivan el acto⁴⁵ (control por hechos determinantes). Con todo, para el caso Ciclovías, un juez podría anular el acto dictado por la Municipalidad en la medida que se acredite que los informes técnicos que evalúan los costos y la influencia en el tráfico, y que desde luego motivan el acto, posean graves errores o inconsistencias. Ahí nos encontraríamos ante un control por razonabilidad, que limita la competencia de actuación del juez, permitiéndole declarar ilegal el acto por el hecho de acreditarse que su motivación descansa en informes erróneos.

7. Coincidencias entre el caso Nueva Ciudad Este y el caso Ciclovías

Lo anteriormente analizado respecto del caso Ciclovías puede ser complementado con las enseñanzas que el caso "Nueva Ciudad Este" (NCE) dejó en la jurisprudencia y doctrina francesa. Al respecto, debemos considerar que el caso NCE dio origen a una técnica de control de la discrecionalidad administrativa conocida como de "**balance costes-beneficios**"⁴⁶ –hoy abandonada como se señaló anterior– que a diferencia de los tipos de controles señalados en la parte final de supra 6, no guarda deferencia con la referida discrecionalidad. En efecto, de conformidad con esta técnica de control –y que el caso NCE inicia– "el juez ya no se limita a una simple revisión de la legalidad formal del acto, sino que (...) [se concentra] en la verificación y ponderación de las ventajas e inconvenientes de la decisión administrativa, en vista del interés general"⁴⁷. En el caso NCE se aplicó el test de costos beneficios, rechazándose la petición de nulidad del acto administrativo que declaraba afectas a utilidad pública 98 viviendas que debían ser demolidas para dar lugar a la construcción de un complejo urbano para más de "30.000 estudiantes y de una ciudad nueva de 20 a 25 mil habitantes"⁴⁸. Resolviendo el fondo de dicha acción, el Consejo de Estado Francés declaró "que una operación puede ser legalmente declarada de utilidad pública solamente si los ataques a la propiedad privada, **el costo financiero y eventualmente los inconvenientes de orden social que comporta no son excesivos con respecto al interés que presenta**"⁴⁹ (el destacado es nuestro), y desecha la petición de nulidad "tomando en cuenta la importancia del conjunto del proyecto, la circunstancia que... desaparecen unas cien casas de habitación no es de naturaleza a quitarle su carácter de utilidad pública"⁵⁰.

⁴⁵ Cordero Vega, Luis (2015), p. 86.

⁴⁶ Saavedra, Rubén (2011), p. 153.

⁴⁷ Saavedra, Rubén (2011), p. 153.

⁴⁸ Grades Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, p. 475.

⁴⁹ Grades Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, p. 479.

⁵⁰ Grades Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, p. 479.

Ahora bien, y en relación con el caso Ciclovías, podemos concluir que el voto de mayoría efectuó en los hechos⁵¹ el test de balance entre (i) los costos que sufrirían los vecinos reclamantes por el trazado de la ciclovía –definido por la I. Municipalidad de Rancagua–; (ii) los costos de efectuar el trazado en el bandejón central; y los beneficios que cada trazado traería. Al respecto, es importante tener presente que dicho análisis no fue deferente con la discrecionalidad administrativa de la I. Municipalidad de Rancagua, ya que su objeto no fue la legalidad del acto administrativo, sino sopesar los costos y beneficios involucrados entre los trazados. Pues bien, el voto de mayoría resuelve en atención a este criterio, reemplazando con ello a la Administración, vistiéndose el voto de mayoría del Dpto. de Tránsito de la I. Municipalidad de Rancagua, decidiendo cambiar el trazado inicial por otro, en atención a que el costo social de mantener el trazado original de la ciclovía sería mucho más elevado que el costo económico de trasladarlo al bandejón central. Al respecto, llama la atención que el voto de mayoría no motiva su decisión en antecedentes cuantificables, sino en su opinión de cuál sería el costo más alto, optando por la alternativa que reporte más beneficios. En efecto, la Corte considera como un costo relevante el “sacrificio de lo que con esfuerzo y dedicación los vecinos recurrentes han consolidado a lo largo de los años”⁵², siendo que las aceras corresponden a bienes nacionales de uso público (bienes públicos) y no bienes privados de los vecinos, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 589 del Código Civil.

Finalmente, advertimos que en el sistema francés también existe un caso de “ciclovías”, donde el Consejo de Estado francés aplicó el test coste-beneficio y anuló un acto que declaró afecto a utilidad pública unos terrenos privados que serían destinados a construir “una ciclovía que divide en dos una importante zona de huertas” (CE 27 de mayo de 1987, Ciudad de Villeneuve-Tolosante, Rec, 770)⁵³.

8. Las perspectivas de Parejo Alfonso y García de Enterría en relación con el control de la discrecionalidad administrativa

Para explicar cómo abordaríamos el caso Ciclovías en atención a los trabajos de Parejo Alfonso y García Enterría, cabe tener presente que la discrecionalidad administrativa tiene su fuente en la Constitución, siendo aquella una de las manifestaciones de la separación de poderes y competencias entre estos. Pues bien, Capítulo IV de la Constitución regula al Gobierno y su artículo 24 establece que el “gobierno y la administración del Estado corresponderán al Presidente de la República”, mientras que el inciso primero del artículo 38 de

⁵¹ Por cuanto no se advierte en ninguno de sus considerandos.

⁵² SCS rol 2272-2013, considerando 8°.

⁵³ Grados Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, p. 482.

la Constitución dispone que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración, siendo dicho cuerpo legal la LOCBGAE. Al respecto, y en cumplimiento de la remisión efectuada por el artículo 38 inciso primero de la Constitución al Legislador, la LOCBGAE definió en su artículo 1 que el Presidente de la República administra “con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes”, pudiendo ser estos centralizados, descentralizados⁵⁴, o bien desconcentrados territorial o funcionalmente⁵⁵. Así, estos órganos administrativos, para cumplir con su rol de administrar, cuentan con un margen abierto pero acotado, dentro del que deberán adoptar las alternativas más eficientes y eficaces⁵⁶, para abordar una política pública o implementar una decisión técnica, todo ello a través de un procedimiento reglado⁵⁷, y para satisfacer el interés público respectivo. Es a esa posibilidad de escoger entre tal o cual alternativa lo que la doctrina llama **discrecionalidad administrativa**⁵⁸, la que es propia y exclusiva de la Administración.

Por su parte, el artículo 38 inciso segundo dispone que “cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”, por lo que es el Poder Judicial el llamado a **controlar** el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

En consecuencia, la Administración es la entidad constitucional y legalmente competente para ejercer la discrecionalidad y, como se ha dicho, son los jueces los llamados a controlarla. Y dicho “control supone una neta diferenciación, asimismo constitucional, entre la función jurisdiccional y la propia del poder administrativo”⁵⁹. En atención a dicha diferenciación constitucional, se explica que la labor de “supervisar, censurar y corregir la actuación de otro (...) [, no puede] llegar en ningún caso a comprender en la correspondiente actividad, sin más, la sustitución de la controlada”⁶⁰. Es en atención a ello que “la función de control adquiere específica relevancia competencial”⁶¹, siendo esta la razón por la que Parejo Alfonso plantea “la necesidad de la **delimitación de las competencias** para la adopción de una y otra decisión”⁶², pues la división de poderes únicamente tiene sentido si supone que dos órganos de poderes constitucionales diferentes (en este caso, poder ejecutivo y poder judicial) no pueden desarrollar, legítimamente, una misma función” (el destacado es nuestro). En

⁵⁴ LOCBGAE, artículo 29.

⁵⁵ LOCBGAE, artículo 33.

⁵⁶ Artículos 9 y 13 de la LBPA y artículos 3 inciso final, 52 inciso final y 62 N° 8 de LOCBGAE.

⁵⁷ LBPA, artículos 1, 3 y 18.

⁵⁸ Cordero Vega, Luis (2015), pp. 82 y ss.

⁵⁹ Parejo Alfonso (1993), p. 49.

⁶⁰ Parejo Alfonso (1993), p. 49.

⁶¹ Parejo Alfonso (1993), p. 49.

⁶² El autor se refiere al ejercicio de la discrecionalidad administrativa y a su control por parte de los jueces.

otras palabras, Parejo Alfonso plantea que existiendo competencias diferentes, asignadas por la propia Constitución, el control que los jueces efectúan sobre los actos dictados en ejercicio de la discrecionalidad administrativa, se encuentra sujeto a límites⁶³. En atención a dichos límites, los jueces no pueden sustituir las decisiones de la Administración, por cuanto “no tiene asignado un papel directo de intervención activa y permanente en la satisfacción de las necesidades sociales”⁶⁴. De este modo, los jueces solo podrán conocer aquellos reclamos deducidos en contra de una decisión técnica, “en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, [que verse] sobre las cuestiones de legalidad”⁶⁵.

Por lo anterior, si analizamos el caso Ciclovías desde la doctrina de Parejo Alfonso, la I. Municipalidad de Rancagua es el organismo constitucionalmente competente para definir el trazado de la ciclovía, lo que deberá efectuar en ejercicio de su potestad discrecional. Con todo, este acto administrativo está sujeto al control de los jueces, pero su margen de control se encuentra limitado a evaluar la legalidad del acto⁶⁶, por cuanto la discrecionalidad es un asunto que la Constitución le asignó a la Administración⁶⁷. De este modo, lo señalado por Parejo Alfonso se condice con la deferencia que plantea el voto de mayoría, toda vez que lo reclamado “no es una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control jurisdiccional”⁶⁸; en otras palabras, el juez no tiene competencia para controlar el mérito técnico del trazado de la ciclovía.

Ahora bien, García Enterría arriba a la misma conclusión que Parejo Alfonso, pero no mediante un análisis de competencias asignadas por la Constitución, sino por el razonamiento de la jurisprudencia norteamericana generado a raíz del caso Chevron⁶⁹, “según la cual los Tribunales deben otorgar una especial <<deferencia>> a las estimaciones jurídicas hechas por la Administración en los actos que aquellos enjuician, lo que disminuye notablemente el alcance del control”⁷⁰ (las comillas en punta son del original). Para comprender la importancia del precedente del caso Chevron, debemos tener presente que la “esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones”⁷¹ es conocida como *stare decisis*, latinismo que puede definirse como “estarse a lo que se ha decidido

⁶³ Parejo Alfonso (1993), pp. 62 a 66.

⁶⁴ Parejo Alfonso (1993), pp. 62.

⁶⁵ Parejo Alfonso (1993), pp. 66.

⁶⁶ Parejo Alfonso (1993), pp. 50 y 66.

⁶⁷ Por los ya citados artículos 24 y 38 inciso primero de la Constitución.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Español, STC 39/1983, citada por Parejo Alfonso (1993), p. 65.

⁶⁹ Caso *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC* [1984] 467 U.S. 837, on line [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/#annotation>].

⁷⁰ García de Enterría, Eduardo (1997) p. 183.

⁷¹ Legarre, Santiago y Rivera, Julio César. Naturaleza y dimensiones del “*stare decisis*”. En *Rev. chil. Derecho* [online]. 2006, vol. 33, n. 1, pp. 109-124. ISSN 0718-3437, p. 109.

previamente⁷² o “*to stand by things decided*”⁷³. Con todo, no todo el fallo debe ser considerado como precedente, sino solo su *ratio decidendi*, es decir, aquella “razón (o las razones) de un tribunal para decidir un caso de una determinada manera”⁷⁴. Pues bien, en relación al caso Chevron, García de Enterría da cuenta que, “la deferencia es obligada, dada la calidad de los expertos técnicos en materias complicadas con que cuenta la Administración (...) la idea de que ha habido una voluntad del Legislativo de delegar esas arduas cuestiones en el Ejecutivo, y, en fin, siempre, el principio de división de los poderes, de modo que, como ha dicho Thomas W. Merrill, <<todo caso de interpretación de Ley se convierte en un caso de separación de poderes>> (los paréntesis en punta son del original)”⁷⁵. En lo particular, García Enterría explica que “según la Sentencia anulatoria, cuando un Tribunal establece que el Congreso al hacer la Ley no ha precisado directamente la cuestión que se está enjuiciando, el Tribunal no puede imponer simplemente su propia interpretación de la Ley. <<Más bien –y ésta es la almendra de la Sentencia– **si la Ley guarda silencio o es ambigua con respecto a la materia específica de que se trata, la cuestión para el Tribunal es si la determinación de la Agencia administrativa está basada en una interpretación permisible de la Ley**>>” (el destacado es nuestro, pero los paréntesis en punta son del original)⁷⁶.

Así las cosas, la *ratio decidendi* del fallo Chevron no hace sino definir cuál es la competencia que el Tribunal tendrá al momento de controlar una decisión de la Administración, limitándola a analizar si ésta efectuó una interpretación permitida por la ley. De este modo, no le está permitido al Tribunal evaluar el mérito de dicha interpretación, por lo que no podrá optar por alguna otra que estime conveniente –en caso de estimar inapropiada la interpretación de la Administración–, sino únicamente resolver “si la idea de la Agencia de que tal concepto era apropiado para aplicar la Ley es o no **razonable**. Si el concepto utilizado por la Agencia es una elección política razonable, esa elección debe imponerse al Tribunal: este debe, pues, otorgar <<deferencia>> a la interpretación de las Leyes que hace la Administración **salvo que pueda demostrarse que es irrazonable** (el destacado es nuestro)”.

Por consiguiente, y al igual que lo resulto por el voto de minoría y así también por la ICA de Rancagua en el caso Ciclovías, García Enterría plantea una deferencia para con la Administración, limitando la facultad de control de los tribunales sobre esta, pudiendo estos solo analizar si existe irracionalidad en lo decidido (inconsistencias en su motivación), mas no evaluar el mérito o con-

⁷² Cross, Rupert & Harris, J.W. “El precedente en el Derecho Inglés”. Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, Argentina, 2012. Título Original: “Precedent in English Law, 4ª Edición, Oxford University Press. p. 23.

⁷³ Vide Diccionario de la Universidad de Cornell, on line [http://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis].

⁷⁴ Legarre, Santiago y Rivera, Julio César (2006), p. 119.

⁷⁵ García de Enterría, Eduardo (1997), p. 185.

⁷⁶ García de Enterría, Eduardo (1997), p. 189.

veniencia de la decisión, vale decir, no reemplazar a la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad o conveniencia, todo ello con el fin de mantener una separación de funciones.

9. Explicando el razonamiento del voto de mayoría del caso Ciclovías en la evolución del Derecho Administrativo: las tensiones presentes en el modelo de solución de controversias chileno

Los razonamientos de los votos de mayoría y minoría del caso Ciclovías demuestran una serie de tensiones en el modelo de solución de controversias chileno. Tal como se mencionó en supra 4, una de las tensiones que da cuenta el caso Ciclovías es que ante “la ausencia de un sistema contencioso administrativo regular, (...) fueron los jueces (...) [quienes han] terminado utilizando el recurso de protección como medio de impugnación regular de los actos administrativos”⁷⁷. En atención a ello, la acción de protección ha ido transformándose en el sistema contencioso administrativo *de facto*⁷⁸ en el sistema chileno. Esta situación produce, además, otra tensión: que “la condición cautelar deja de ser transitoria y se transforma en una decisión de fondo del asunto”⁷⁹, siendo dicho razonamiento el utilizado por el voto de mayoría de la Corte Suprema al resolver el caso Ciclovías.

Por su parte, este caso demuestra las razones de porqué, durante muchos años, la nulidad de derecho público fue utilizada como un mecanismo de nulidad de los actos administrativos, hoy en desuso por existir medios de impugnación especiales y de tramitación más rápida⁸⁰ y, además, esta ha sido declarada improcedente en caso de existir un mecanismo de impugnación especial, como ha ocurrido en aquellos casos en que se ha demandado la nulidad de la Resolución del Ministerio de Bienes Nacionales, en virtud de las cuales se regularizaron una serie de predios agrícolas (caso “Agrícola La Reserva”, entre otros)⁸¹.

Con todo, también podemos observar una tensión entre las dos formas de controlar la decisión de la Administración, es decir, desde la “indiferencia” del voto de mayoría hasta la deferencia a la decisión técnica de la I. Municipalidad

⁷⁷ Cordero Vega, Luis (2015), p. 624.

⁷⁸ Cordero Vega, Luis (2015), p. 624.

⁷⁹ Cordero Vega, Luis (2015), p. 624.

⁸⁰ Debemos recordar que la nulidad de derecho público se tramita como juicio civil ordinario de mayor cuantía.

⁸¹ En este sentido, de manera uniforme la Corte Suprema, entre otras sentencias, vide el caso Agrícola La Reserva SCS 1916-2014 de fecha 25 de agosto de 2014, donde los recurrentes demandaron la nulidad de derecho público respecto de una serie de resoluciones dictadas por Ministerio de Bienes Nacionales, en cuya virtud se ordenaron inscribir una serie de predios mediante el procedimiento contemplado en el DL 2695 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz, en la localidad de Freirina, III Región de Atacama.

de Rancagua, como fue explicado en supra 3 y 4, lo que llega a modelos de control disímiles y con resultados opuestos. En efecto, la tensión se encuentra entre un mecanismo de protección de los derechos fundamentales en la Constitución, con un mecanismo de control que sea deferente con el especialista técnico y que no esté pensando en los efectos en los derechos.

Al respecto, el profesor Juan Carlos Ferrada da cuenta que la acción de protección fue creada para cautelar determinados derechos fundamentales, pudiéndose incluso recurrir en contra de un acto de la Administración⁸², estableciendo “una competencia residual de los tribunales ordinarios de justicia en los asuntos contenciosos administrativos”⁸³, alejándose –y reaccionando– del modelo de la Constitución de 1925 que le entregaba el contencioso administrativo a Tribunales Administrativos que jamás se crearon⁸⁴. Respecto de los Tribunales Administrativos jamás creados, Eduardo Soto Kloss arrojó fuerte una crítica⁸⁵ que, en definitiva, es la justificación del modelo de justicia administrativa creado bajo la Constitución de 1980, por cuanto –a su juicio– “significó una inmunidad y consecuencial impunidad para el Estado/ Administración inconcebible en un Estado en que rija el Derecho, y lo que es más triste y deleznable, un avasallamiento brutal de los derechos de las personas durante décadas fruto de esta inepticia, que potenció el Estado y el poder de los gobernantes a extremos que llegaron, entre 1968 y 1973, hasta los despojos de la Reforma Agraria y de las requisiciones de industrias”⁸⁶.

Lo anterior es explicado por Juan Carlos Ferrada, quien advierte que por “la influencia de una nueva ideología política –la escuela neoliberal– se produce un cambio radical en la forma de entender la actividad administrativa, derivado de la nueva concepción de la acción del Estado”⁸⁷, toda vez que se sigue el modelo del “Estado subsidiario, en el que la actividad administrativa solo opera en defecto de la iniciativa privada”⁸⁸. De este modo, el foco de la Constitución de 1980 está en “la primacía de los derechos e intereses privados”⁸⁹, donde “la propia organización administrativa estatal es vista como un aparato puesto al servicio de los agentes privados, por lo que en el ejercicio de sus actividades no puede afectar los derechos de estos, especialmente los de contenido económico”. En este orden de ideas, Juan Carlos Ferrada, advierte –citado a Eduardo Soto Kloss– que la Constitución de 1980 entiende al Derecho Administrativo

⁸² Ferrada, Juan Carlos. Formación del Derecho Administrativo Chileno. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 217-218, 2005, pp. 18 y 19. Al respecto, vide Soto, Eduardo. Adversus Haereses, Revista de derecho, 2012, vol. 11, N° 21, 71-75. p. 4.

⁸³ Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 18.

⁸⁴ Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 18.

⁸⁵ Cordero Vega, Luis (2015), p. 31.

⁸⁶ Soto, Eduardo. Derecho Administrativo, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 31.

⁸⁷ Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 7.

⁸⁸ Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 7.

⁸⁹ Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 7.

“desde ‘una visión neta y claramente personalista’, como un derecho ‘centrado en la persona’⁹⁰, y que asigna a los jueces el rol de ángeles tutelares “de los derechos de las personas”⁹¹. Este sistema –que tuvo a Eduardo Soto Kloss como referente⁹²–, corresponde a un intento por reducir la discrecionalidad y potenciar el rol de la legalidad⁹³ (reserva legal estricta), considerando el rol de la Administración como la boca de la ley. En efecto, dicha visión “ochentera” ha sido llamada por los profesores Carol Harlow & Richard Rawlings como el Derecho Administrativo de la “luz roja”⁹⁴, donde la discrecionalidad de la Administración tiene un semáforo con una luz roja gigante que le impide actuar, debiendo apegarse a la legalidad y tipicidad absolutas, quedando lo más reducida posible. Sin embargo, en la sociedad del riesgo y necesaria regulación técnica, el Derecho Administrativo debe ser visto desde la perspectiva de la luz verde y, como explica Santiago Montt, el Órgano de la Administración posee una mayor discrecionalidad para dar cumplimiento y desarrollar interés público por el cual fue creado por el Legislador (servicialidad), actuando eficiente y eficazmente⁹⁵, como “vehículo para el progreso político”⁹⁶.

Ejemplo de la visión personalista y centrada en la persona⁹⁷ –de la “luz roja”– lo encontramos en el voto de mayoría del Caso Ciclovía, donde la Corte Suprema subordinó el rol que la Administración a servir a los particulares, por cuanto su objeto principal es “la servicialidad del Estado”⁹⁸ para con estos, obviando y negando toda deferencia hacia la discrecionalidad técnica de la Administración. Lo anterior, por cuanto se ha venido señalando en el presente artículo, en el voto de mayoría del caso Ciclovías el análisis se centró en la afectación a los derechos de los recurrentes, y no de qué manera efectuar un controlar la discrecionalidad administrativa, de un modo deferente y que respete la competencia que la propia. En esta misma línea, el Ministro Muñoz⁹⁹ concurrió en un voto de minoría en el año 2012 en el caso “María Inés de Pucón”¹⁰⁰, en donde

⁹⁰ Ferrada, Juan Carlos, (2005), ob. cit., p. 7.

⁹¹ Soto, Eduardo. Urbanismo, Contraloría General de la República y tribunales de justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile, Sentencias Destacadas, 2006, p. 137.

⁹² Montt, Santiago. Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales, RegCom, 2010, p. 6.

⁹³ Montt, Santiago (2010), p. 7.

⁹⁴ Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, 3rd ed., Cambridge University Press, New York, 2009.

⁹⁵ Montt, Santiago, (2010), p. 14 y 18.

⁹⁶ Carol Harlow & Richard Rawlings, (2009), p. 31. Traducción libre. “*But while red light theory looks to the model of the balanced constitution and favours strong judicial control of executive power, green light theory sees in administrative law a vehicle for political progress and welcomes the ‘administrative state’*”.

⁹⁷ Al respecto, el Eduardo Soto señala que “Frente a los excesos de esa visión estatista del Derecho Público, estatismo que supone e implica un desprecio por el ser humano y sus libertades”. En Soto, Eduardo, (1996), p. 27.

⁹⁸ Soto, Eduardo, (1996), p. 28. Fundamenta ello en el artículo 1 inciso 4° de la Constitución.

⁹⁹ Que fue el Ministro a cargo de la redacción del fallo del Caso Ciclovía.

¹⁰⁰ SCS 1785-2012.

fue del parecer de acoger la acción de protección, omitiendo un control de legalidad del acto administrativo y centrándose, únicamente, en si la decisión técnica (remodelación de la plaza de armas de Pucón) afecta a una persona en particular, siendo del parecer de anular el acto administrativo en cuestión.

Siendo caso Ciclovías data de septiembre de 2013, alguien podría concluir que la Corte Suprema se encuentra, en la actualidad, comprendiendo el Derecho Administrativo lo como lo ideó Eduardo Soto en los años 80, propio del enfoque de la "luz roja". Sin embargo, estimamos que dicho fallo es una excepción en la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, toda vez que en los últimos años, el Derecho Administrativo chileno ha experimentado un cambio, abandonando una serie de ideas y/o doctrinas que fueron instauradas al momento de dictarse la Constitución de 1980, tales como la nulidad de derecho público, la imprescriptibilidad de la responsabilidad del Estado¹⁰¹, "confirmando así el carácter estatutario, sistemático e integral que ostenta nuestro Derecho Administrativo"¹⁰². Lo anterior es explicado por el profesor Luis Cordero¹⁰³, quien advierte que dicho cambio se gestó en la Corte Suprema con la llegada del Ministro Urbano Marín a comienzos del año 2000¹⁰⁴, pudiendo citarse al efecto los fallos Aedo con Fisco (SCS 852-2000)¹⁰⁵ y Lolic con I.M. de Viña (SCS 3455-99)¹⁰⁶. A juicio de Luis Cordero, dicho cambio respondería a la implementación de un Estado diseñado como Regulador¹⁰⁷, donde la "Administración no solo tiene más conocimiento técnico que los jueces, sino también mayor legitimidad democrática, especialmente en un país presidencialista como el nuestro"¹⁰⁸. Este cambio, estimamos, corresponde a lo que es llamado como el enfoque de la "luz verde", según el cual un Órgano de la Administración posee una mayor discrecionalidad para dar cumplimiento y desarrollar interés público por el cual fue creado por el Legislador, actuando eficiente y eficazmente¹⁰⁹. De conformidad con dicho enfoque, y tal como se señaló en supra 4, el voto de minoría en el caso Ciclovías –y así también el

¹⁰¹ Soto, Eduardo, (2012), pp. 4-5.

¹⁰² Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 13.

¹⁰³ Cordero, Luis (2013). "Corte Suprema y Derecho Público", en Mercurio Legal, marzo de 2013, on line [<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/03/26/Corte-Suprema-y-Derecho-Publico.aspx>].

¹⁰⁴ Cordero Vega, (2004). "Bases de comprensión para la jurisprudencia judicial de responsabilidad extracontractual de la administración". En: Revista Derecho Público, N° 66.

¹⁰⁵ Soto, Eduardo, (2012), p. 5.

¹⁰⁶ Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 9.

¹⁰⁷ Wahl, Rainer. Los últimos 50 años de Derecho administrativo alemán, Editorial Marcial Pons, Madrid, (2013), p. 132 y 133. Wahl señala que el Estado deberá garantizar el cumplimiento de los servicios privatizados, tales como ferrocarriles, correos y telefonía (pp. 122 a 136). El autor advierte en la cita N° 248 que "este modelo regulativo pone de manifiesto de forma intuitiva que el Estado renuncia a controles preventivos y los sustituye por el autocontrol y la actuación del sector privado bajo su propia responsabilidad, flanqueados estos, a su vez, por garantías institucionales, la fijación de criterios cualitativos especializados y opciones de intervención represiva en la línea de un control público del control".

¹⁰⁸ Montt, Santiago, (2010), p. 8.

¹⁰⁹ Montt, Santiago, (2010), pp. 14 y 18.

razonamiento de la ICA de Rancagua al resolverlo– se condicen con esta evolución del Derecho Administrativo.

10. El rol que le cabría a la Contraloría General de la República en un caso como Ciclovías

Finalmente, y en un esfuerzo de ficción, nos pondremos en el supuesto que el caso Ciclovías hubiera sido sometido al conocimiento de la Contraloría General de la República. Para ello, debemos tener presente que el artículo 98 de la Constitución dispone que la Contraloría General de la República es autónomo constitucionalmente y le encomienda ejercer, entre otros, “el control de la legalidad de los actos de la Administración”. Luego, según lo señalado en el artículo 50 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.685 (“LOCM”), estas se rigen por las normas de administración financiera del Estado, y su artículo 51 dispone que “serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su ley orgánica constitucional, sin perjuicio de las facultades generales de fiscalización interna que correspondan al alcalde, al concejo y a las unidades municipales dentro del ámbito de su competencia. Si en el ejercicio de tales facultades la Contraloría General de la República determina la existencia de actos u omisiones de carácter ilegal podrá instruir el correspondiente procedimiento disciplinario, según lo dispuesto en el artículo 133 bis y ss. de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República [“LOC CGR”]”. Sin embargo, dicha norma debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 21 B¹¹⁰ de su Ley Orgánica y que advierte que dicho Órgano Contralor, “con motivo del control de legalidad o de las auditorías, **no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas**” (el destacado es nuestro). De este modo, y en atención a lo dispuesto en el artículo 21 B de la LOC CGR, dicha Entidad solo tiene el control de legalidad de los actos dictados por la Administración, no pudiendo analizar y/o discutir el mérito o conveniencia de estos, vale decir, no puede controlar la discrecionalidad contenida en estos. Con todo, en atención a la facultad otorgada en los artículos 52 y 53

¹¹⁰ Dicha norma fue incluida por medio de la reforma legal introducida por la Ley N° 19.817, publicada el 26 de julio de 2002. Al respecto, *vide* Cordero Vega, Luis. La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después, Anuario UDP, 2010, p. 17. Dicho autor advierte en la continuación de la nota 40 de dicho trabajo, que “Como consta de la historia fidedigna de la norma, en especial su discusión en el Senado, lo que se encontraba detrás era el tratar de acotar los ámbitos del control jurídico de la Contraloría, porque para algunos la Contraloría estaba ocupando un peligroso camino a través del control de legalidad material para llegar al control del mérito, oportunidad o conveniencia de la decisión administrativa. El contexto del debate, en donde se vuelve a citar la situación de 1977, se puede ver ampliamente en el Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la actual ley orgánica de la Contraloría General de la República. Boletín N° 2.610- 07”.

del Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado N° 1263, la Contraloría General de la República tiene el control financiero del Estado.

Ahora bien, en caso de haber presentado los vecinos de Rancagua una denuncia ante la Contraloría General de la República¹¹¹, dicho organismo tenía la obligación legal de darle curso y resolverla **dentro de su competencia**, por lo que en atención a lo dispuesto en el artículo 21 B de la LOC CGR, solo podría haber analizado la legalidad de la medida de la I. Municipalidad Rancagua, pidiendo a dicho Alcaldía que informe. Así, y siendo el acto controvertido una modificación a la Ordenanza Local del Plan Regular Comunal de Rancagua, la Contraloría General de la República debería haber analizado si esta se efectuó conforme a la ley. Para ello, debería revisar el procedimiento llevado a cabo por la I. Municipalidad de Rancagua, regulado en los artículo 41 y ss. de la Ley General de Urbanismo y Construcciones DFL 458 de 1975, en relación a la LOCM. De haber cumplido con el procedimiento de modificación del plan regulador comunal, la Contraloría General de la República necesariamente debería rechazar la denuncia de los vecinos, ya que como se ha venido señalando, su control es solo de legalidad y no de mérito (u oportunidad o conveniencia), a diferencia del criterio contenido en el voto de mayoría de la Corte Suprema, en que sí controló el mérito del acto administrativo.

11. Conclusiones

1. El caso Ciclovías nos permite analizar la diferencia que existe entre efectuar un control de la motivación del acto administrativo, de revisar su mérito, oportunidad o conveniencia.
2. El control de motivación, como lo advierte la Corte Suprema en el caso MP 10, consiste en un control de la legalidad de la decisión administrativa, por cuanto el juez debe revisar los motivos o antecedentes de hecho que la fundamentan, de manera de verificar su existencia, con el objeto de comprobar si la Administración dio cumplimiento con el mandato motivar el acto administrativo, en atención a lo dispuesto en los artículos 11 inciso 2 y 41 inciso 4 de la Ley N° 19.880. En este caso, el juez efectúa un control bajo de la discrecionalidad administrativa, por cuanto únicamente revisa la legalidad de la misma.
3. En un control de mérito el juez termina por sustituir el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, por cuanto pasa a evaluar si la decisión adoptada por la Administración es la mejor, la más adecuada o la más conveniente.

¹¹¹ En ejercicio del derecho de petición del artículo 19 N° 14 de la Constitución.

4. Dentro de una economía de escasez, la Administración, en su calidad de experto en “administrar”, deberá adoptar la elección e implementación de políticas públicas, en base a criterios político-técnicos, debiendo siempre cumplir con el mandado de eficiencia y eficacia en la gestión de los mismos, que la propia la Ley N° 19.880 le impone. Dado lo anterior, resulta lógico que un juez sea deferente con el experto que adoptó una decisión político-técnica y no entre a cuestionarla, *so pretexto* de proteger derechos de particulares, como ocurrió en el caso Ciclovías.
5. Considerando que los jueces son expertos en derecho (y no en urbanismo ni en tránsito), el diseño del control sobre acto administrativo les permite a los jueces únicamente revisar aquella materia en la que son expertos: la legalidad del acto administrativo (lo que, como se dijo, incluye la revisión de la motivación del acto).
6. Si bien la acción de protección es de naturaleza cautelar, se ha venido convertido en el contencioso administrativo *de facto*. Con todo, la acción de protección no le permite a los jueces controlar la conveniencia de la decisión administrativa, como lo efectuó, equivocadamente, el voto de mayoría del caso Ciclovía.
7. Parejo Alfonso coincide con la deferencia que plantea el voto de mayoría del caso Ciclovías, por cuanto las decisiones técnicas no deben ser objeto de control jurisdiccional.
8. Como se señaló en supra 8, García Enterría da cuenta que debe existir una deferencia para con la Administración, debiendo limitarse el control de los jueces sobre esta, pudiendo estos solo analizar si existe irracionalidad en la decisión adoptada (inconsistencias en su motivación), pero jamás evaluar el mérito o conveniencia de la decisión, no pudiendo reemplazar a la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad, todo ello con el fin de mantener la separación de funciones.
9. Si los vecinos, que se encontraban molestos con la ubicación del trazado de la ciclovía, hubieran recurrido ante la Contraloría General de la República, dicho órgano tendría que haber rechazado la petición de invalidez del acto, por cuanto su propia ley orgánica le prohíbe revisar cuestiones de mérito de los actos administrativos.
10. La 3ª Sala de la Corte Suprema (que es la Sala Constitucional o más propiamente, la Sala de lo contencioso administrativo) tuvo un fallo dividido en el caso Ciclovías, en el que se confrontaron dos maneras totalmente opuestas de cuál es la competencia que tiene un juez al momento de revisar la discrecionalidad administrativa. Una deferente

con la decisión político-técnica y otra que no lo fue. En lo sucesivo, esperemos, los jueces jueguen en su cancha (la de la legalidad) y no sustituyan a la Administración en lo que mejor sabe hacer: administrar.

La ética en la profesión y en los negocios

HUGO C. ÁLVAREZ CÁRCAMO

Abogado

Magíster en Derecho Corporativo (LLM. Executive)

Diplomado en Derecho Administrativo Económico

Diplomado en Administración de Empresas

Diplomado en Relaciones Públicas

RESUMEN: La ética ha ido adoptando un rol protagónico en el trabajo y en el mundo de los negocios, hoy, sin embargo, los profesionales han demostrado tener una baja preparación en esta concepción lo que afecta la honra personal, de sus compañías y de los mercados donde se desenvuelve. Urge una readecuación y un respeto a las normas éticas existentes, las que se deben adoptar como una forma habitual de comportamiento.

* * *

Introducción

La sociedad o el sistema social imperante en nuestro días, al menos actualmente conocido, y que por ende podrá generar diversas modificaciones y reestructuraciones importantes en el futuro, por modificación de criterios, por la mutación de lo que el grupo social considera importante, por el cambio de paradigmas, por la modificación de sistemas valóricos hoy conocidos y respetados, por los avances tecnológicos y la manera de relacionarse entre las personas, podrá probablemente modificar el sistema actual, que ya por siglos ha conducido el comportamiento humano.

Así la relación actual entre las personas, naturales y jurídicas, se basa en un sistema normativo. El sistema normativo al que nos referimos esta formado por normas de conducta, por cierto sociales, que van guiando el comportamiento de las personas y que hoy forma un concatenado sistema que permite una convivencia racional, respetuosa, pacífica y sobre todo inclusiva entre los miembros del componente social.

En este sistema normativo encontramos todo tipo de normas de conducta, definidas y consensuadas por el grupo social, como normas morales, de buena educación, religiosas, **éticas** y por cierto jurídicas.

No nos damos cuenta, pero todo el día estamos cumpliendo o al menos respetando a través de nuestros actos y omisiones las normas de conducta imperantes, y que en definitiva permiten el relacionarse entre todos los miembros del grupo social.

Por ejemplo, al escribir este artículo lo estamos realizando cumpliendo normas ortográficas, normas de redacción, con una clara característica de orden técnico, pero también lo estamos escribiendo observando normas de respeto social, de buena educación al usar un vocabulario respetuoso, del mismo modo lo hacemos considerando normas jurídicas al utilizar un vocabulario que no afecte a las personas de manera injuriosa o calumniosa, y destacando e instalando sobre el escritorio normas olvidadas o tal vez generando nuevas normas de conducta que el lector considerará importante comenzar a practicar.

El sistema normativo

El sistema normativo es la manera de agrupar e interrelacionar sistémicamente una infinita suma de normas de conducta que regulan nuestro comportamiento. Es un sistema, porque ninguna de ellas se escapa de manera determinante y se encuentra en una elegante interrelación entre las más diversas normas, sin hacer que ninguna de ellas rompa de manera determinante el sistema social normativo imperante.

En general las normas tienen una estructura similar, sin importar la materia que regulen. Así todas las normas como reguladoras del comportamiento que son, tienen como principal elemento el Acto Humano.

Este Acto Humano es en sí el regulado por el ente social, acto que debe tener además una finalidad lícita y que al estar regulado debe tener un cierto grado de imperatividad que motive a las personas a cumplir voluntariamente este cometido y que a quienes desconocen el cumplimiento lícito del acto, el grupo social le otorgue una conducta de reemplazo materializada en una sanción.

El Acto Humano lícito es la conducta esperada por el grupo social, es la dictada y esperada por la sociedad, que la ha incorporado a una norma conductual para que todo integrante de este grupo la cumpla, y que a quienes no lo hagan se les imponga una sanción.

Esos actos incorporados a la norma de conducta son eminentemente mutables, toda vez que la sociedad va cambiando sus criterios y valoraciones respecto de las conductas que hacen que estas se modifiquen.

Pero en lo que hemos planteado, nos surgen dudas respecto de lo que hemos denominado la Sociedad o el grupo social; hay muchas teorías al respecto,

pero creo que nos inclinamos por dos de ellas, antagónicas por cierto y que otro tipo de profesionales probablemente podrían explicar esto mejor, pero en general la pregunta que se plantea es si los grupos sociales, cualquiera de ellos, ¿son la suma de cada uno de sus integrantes o estos grupos adquieren una especie de vida propia independizándose de sus miembros en particular?

Para efecto de este trabajo, creemos que los grupos sociales adquieren una especie de vida propia por sobre la individualidad de sus miembros, así no es raro escuchar por ejemplo hablar de los encapuchados, o los bomberos o los estudiantes de Derecho, independiente de las personas que formen ese grupo social.

Por otra parte, grupos sociales pueden haber infinitos, así por ejemplo un curso de estudiantes de Derecho, son *per se* un grupo social determinado que a su vez pertenece a otro grupo social más numeroso que se denomina estudiantes de Derecho de una facultad y a su vez otros grupo más grande denominado estudiantes de la universidad xx y así sucesivamente, pudiendo consensuar que la sociedad o el ente social es la suma de todos estos llamados grupos intermedios.

Entonces las normas de conducta a las que nos hemos referido son las dictadas consensuadamente por la sociedad.

Así han surgido una infinidad de normas de conducta que cumplimos a diario sin siquiera darnos cuenta, como normas de buena educación, como el saludar o el ser respetuoso con los demás; normas religiosas, como el persignarse al entrar a la iglesia; normas éticas, como el no defraudar a nadie o hablar mal de alguien, e incluso las normas jurídicas de como respetar los límites de velocidad o no matar a otro. Todas estas son ejemplos del sistema normativo imperante.

Ahora, otra pregunta que nos surge es ¿Por qué obedecemos las normas de conducta, si muchas veces ni siquiera las conocemos?

La respuesta no es complicada y se explica porque la norma no está vacía o no es solo una dictación de conducta determinada, sino que tiene un su interior un "valor" que el grupo social considera relevante y desea proteger. Luego cada norma tiene un valor tras el acto de conducta que esa norma dicta. Por ejemplo, la norma de buena educación de saludar al otro, tiene como valor protegido el respeto por la persona humana.

Asimismo, el sistema normativo no es del todo voluntario, toda vez que el propio sistema establece una sanción para el incumplidor de la norma. Hay normas que tienen una sanción tenue y otras cuya sanción es mucho más gravosa. Por ejemplo, el incumplimiento de una norma de buena educación traerá aparejada una sanción, que será el rechazo social o de los demás. En el

otro extremo están las normas jurídicas cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción mucho más grave como por ejemplo, el que mata a otro traerá como consecuencia una sanción punitiva y privativa de libertad.

Para el caso de las normas éticas la sanción es de orden social y será el rechazo social, pero como en este caso en particular las normas éticas son importantes para la sociedad, muchos de los actos humanos cubiertos por una norma ética, además son cubiertos por una norma jurídica, como demostración que para el grupo social son de gran trascendencia, porque al proteger el valor intrínseco a través de una norma jurídica lo que la sociedad hace es agregar una sanción gravosa para el incumplidor de dicha norma.

Pero, creemos firmemente que el cumplimiento de las normas de conducta es espontáneo y no obligatorio, toda vez que la gran mayoría de las personas que forman el grupo social, cumplen la norma porque están alineados con el valor que existe tras de la norma, son coincidentes, el valor representa de alguna manera su forma de actuar, es un reflejo de los valores adquiridos en su niñez, tras pasados por sus progenitores, sus profesores, sus amigos. Así por ejemplo, la mayoría de las personas no roban porque exista una sanción, sino porque están convencidas que es una conducta ética y jurídicamente reprochable que afecta negativamente a las víctimas en este caso.

Luego, la sanción no está incorporada a la norma para todas las personas, sino que solo para el incumplidor que no aprecia el valor intrínseco de dicha norma o conducta humana esperable.

Las normas éticas y deontológicas

Teniendo claro cuál es el sistema normativo, el que contiene los diversos valores que la sociedad considera importantes en un tiempo determinado, debiéramos entrar a conocer que son las normas éticas. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua en una de sus definiciones, nos indica que es el "*conjunto de normas morales que rigen la conducta humana*", luego, se podría definir que la norma ética es la conducta dictada y esperada por el grupo social a través de normas de comportamiento, para que los integrantes de dicho grupo tenga una verdadera guía de comportamiento aceptado por el todo social, pero hasta aquí nada hemos dicho de las normas morales, entonces podemos agregar una de las definiciones que nos brinda el mismo diccionario antes citado, dice "*conforme con las normas que una persona tiene del bien y del mal*", entonces podríamos decir que si la ética se refiere al comportamiento humano, diremos que la moral es el contenido de dicha norma ética o de comportamiento humano, concordante con los valores que se incorporan a dicha norma. De lo anterior, también podemos deducir que la norma moral es eminentemente

dinámica y cambiante y por supuesto podrá tener matices entre una persona y otra, porque en ellas existirá una distinta visión, un orden de prelación y una valoración distinta entre los unos y los otros.

Ahora bien, ¿qué relación tiene esto con la deontología? en realidad no es muy distinto, la deontología se refiere a las mismas norma éticas, pero ahora aplicada de manera específica a la profesión ejercida por cada individuo.

Así, un abogado deberá tener cierto comportamiento esperado en el ejercicio de la profesión por sus pares, como por ejemplo, el mantener la reserva acerca de la información entregada por su cliente. De igual forma un comunicador (periodista o relacionador público), tendrá también ciertos comportamientos que la ética regula como la verificación de la información antes de ser publicada.

Pero esto no es tan pacífico, toda vez que existen muchas cosas que podrían atentar contra el correcto comportamiento ético y/o deontológico. Como ejemplo está la afectación a: la honra, el honor de las personas involucradas, la vida privada, la solución de conflictos, la obtención y manejo de la información, los conflictos de intereses, la seguridad nacional, la buena fe, las buenas costumbres, y actitudes personales de cada profesional que podrían incentivar a este a tomar decisiones equivocadas, como la arrogancia, la lujuria, la avaricia, la soberbia, la mentira, la envidia, la codicia, entre muchas otras, que nublan la vista de las personas, equivocan su raciocinio y las hacen actuar equivocadamente con las graves consecuencias que esto trae.

Sin ir muy lejos, en el último tiempo hemos visto cómo destacados profesionales, preparados, con estudios superiores e inteligentes han caído en incumplimientos éticos de proporciones. Lo mismo ha pasado con políticos que han caído en situaciones que vulneran la ética y la deontología, también personas que tienen un alto nivel de preparación y, sin embargo, han caído en la inercia de las conductas cuestionadas moralmente.

Otro elemento que creemos ha influido contundentemente en las infracciones a las normas éticas, es el individualismo, que a muchas personas con un nivel de inteligencia emocional limitado le impiden ver las situaciones de manera global y solo priorizan de manera local con un comportamiento que les trae mejores réditos sin importar a quiénes y qué se lesiona en el camino.

Ahora bien como ya dijimos, el todo social ha considerado situaciones que estima de mucha importancia y no solo las ha incorporado a la norma ética, cuya sanción ante el incumplimiento es tenue, sino que al considerarla importante también las ha incorporado paralelamente a normas jurídicas, aumentando muchísimo de esta manera su protección, atendiendo a que la sanción ante el incumplimiento es mucho más gravosa. Luego, por esa razón

los cuestionamientos éticos de los profesionales y políticos antes mencionados se transforman además en delitos.

Por cierto, la incorporación de ciertas conductas éticas a normas jurídicas, como consecuencia de las sanciones que estas últimas traen hacen a la norma obligatoria.

Así por ejemplo, quien habla mal de otra persona con el ánimo de denostarla, agredir su honra, levantar argumentos falsos que contribuyan a restarle oportunidades y afectar su imagen, además de ser una vulneración a normas de ética básica, el derecho ha respondido agregando esta conducta a su ordenamiento jurídico a través de la constitución de un delito denominado *Injuria*, que se define como toda expresión o acción ejecutada que afecte la honra de una persona, generando intencionalmente un descrédito o menosprecio por esa persona.

De la misma forma, cuando ese descrédito se produce porque alguien con la clara intención de afectar a otra persona le imputa de un delito determinado, pero falso, estamos frente a la Calumnia como respuesta que ha dado el Derecho a esa situación de vulneración ética.

El honor y la honra

Estos términos que parecen tan cotidianos y que nos complicamos con mucha facilidad cuando debemos definirlos o explicarlos son dos verdaderos catalizadores que limitan la posibilidad de cometer faltas a la ética.

En primer término, el Honor es parte del fuero interno de la persona y se refiere a la consecuencia que tiene cada persona para actuar conforme a sus propios principios y valores, los que en la generalidad de las veces, y es lo deseable, son a su vez coincidentes con los del grupo social.

Por esa razón nuestro padre de la patria decía: "O vivir con *honor* o morir con gloria", queriendo decir que en vida el comportamiento de las personas debiera ser conforme a los valores personales coincidentes con los más altos estándares. Pero como cada persona puede tener distintos valores, o matizar los valores sociales, es difícil poder conocer desde la mirada externa si la persona actúa con honor, solo él lo sabrá en plenitud.

El honor, como es personal e íntimo, puede a la luz del criterio social ser equivocado. Por ejemplo, un asesino o un ladrón pueden sentirse emocionados y orgullosos, por ser hombres buscados por la justicia y admirarse de sus propios

logros delictuales, lo que nos permite deducir que su honor es muy bajo, en cambio mientras más cercano sean los valores personales a los valores del grupo social, los parámetros del honor serán mucho más altos.

Respecto de la honra, la valoración actúa de manera diferente, toda vez que la honra es del fuero externo del individuo. Podemos conceptualizarla como la visión que tiene el grupo social de una persona determinada. Conforme a lo anterior, el problema ético se presenta cuando como consecuencia del actuar de alguien se afecta negativamente la honra de determinadas personas (naturales y/o jurídicas), grupos o incluso sociedades.

La afectación de la honra puede ser positiva o negativa, la primera es mirada de buena manera, aunque en oportunidades injusta, y la segunda genera conflictos éticos, toda vez que además de ser injusta estigmatiza a las personas, como sucede, por ejemplo, con la afectación negativa a la honra de la que ha sido objeto un conocido economista, ante la incertidumbre de su actuar. También la afectación de la honra puede presentarse y afectar a una o varias personas, como es el caso de la llamada clases política que ha visto afectada negativamente su honra, del mismo modo, que se puede afectar negativamente la honra de una persona, aún después de muerto, como ha ocurrido con el general de Ejército, Augusto Pinochet.

Luego, la honra que en nuestro ordenamiento jurídico tiene una protección de rango constitucional en el artículo 19 numeral 4° *"el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia"*, es un claro ejemplo de cómo una cualidad ética ha sido elevada a un nivel tan importante que el grupo social le ha otorgado rango constitucional en su protección, dando con esto un sitio y una importancia a las personas y su imagen de enorme valoración.

Respecto de la honra, la ética juega un rol fundamental, toda vez que el comportamiento ético de la persona va construyendo día a día su honra, va consolidando su imagen y su prestigio, va generando la aceptación de sus pares y su reconocimiento, por esa razón y por la fragilidad que significa afectarla negativamente de manera rápida y muchas veces injusta, el ordenamiento jurídico le ha dado un sitio de gran valor.

Incluso la redacción del precepto constitucional fue muy acertada, al considerar no solo la protección individual, sino que extendida también a la familia, permitiendo que este grupo social fundante también sea protegido e incluso permite dar además una protección a los miembros de ella que ya no están, porque como lo dijimos antes la honra trasciende incluso la muerte.

Luego, la honra al igual que los demás atributos de la persona como la vida privada, la vida íntima, el honor, el derecho a su propia imagen, están estrecha-

mente relacionados y protegidos, entonces podemos deducir que uno de los límites más sólidos que existen respecto de otros derechos como el derecho a opinar, a informar, a las intromisiones a la vida privada e íntima, entre otros, lo constituyen el derecho a la honra y a la vida privada, protegidos por la norma constitucional ya citada.

Dimensiones de la vida y su relación con el comportamiento ético

La vida de las personas en su relación con el todo social, tiene diversas dimensiones, las más conocidas son la vida pública y la vida privada. Nosotros estimamos que además dentro de la vida privada podemos subclasificar en una tercera dimensión a la vida íntima.

Así, en esta reflexión podemos determinar que para calificar nuestros comportamientos dentro de alguna o algunas de las dimensiones antes indicadas, debemos referirnos al consentimiento de la propia persona. Lo anterior es muy importante, porque el único que tiene la propiedad y la disposición de todos sus comportamientos es la propia persona, luego, será ella la que dependiendo de sus intereses personales, profesionales, familiares, entre muchos otros, determine en cuál tipo de clasificación quiere mantener sus comportamientos.

En este mismo orden de ideas, estará dentro de la dimensión de la vida pública todo lo que la persona conscientemente quiere mantener en esa esfera y compartirla con los miembros del todo social. Luego, todos los comportamientos que la persona haga en este ámbito son de orden público y no existirá restricción alguna para conocerla. Asimismo, creemos que por añadidura los comportamientos que constituyan delito, por ser estos de orden público y que afectan el interés social deben encuadrarse indefectiblemente dentro de este tipo de vida pública.

Por otra parte, las actuaciones y comportamiento de la vida privada son todos aquellos que la persona, manifestando expresa o tácitamente su consentimiento, deja fuera de la esfera pública. Luego aquí hay una restricción notable, en uso de su propia libertad, donde las personas extraen de lo público ciertos actos que quieren mantener en reserva.

Actualmente, las redes sociales, internet, y todo tipo de plataformas digitales, atentan contra la vida privada y hemos ido mutando hacia una disposición mucho más tolerable en el hecho de compartir información de orden personal, que claramente debiera pertenecer a la vida privada, sin embargo, permitimos que se traslade a la vida pública. Pero no debemos perder ciertas cosas que son propias de la persona y a pesar de estar mucho más expuestos debemos

generar las condiciones para mantener un cierto y deseable nivel de privacidad en nuestras actuaciones.

Con mayor razón los comportamientos que componen la vida íntima de las personas, y al hablar de vida íntima, nos estamos refiriendo a un comportamiento que va mucho más allá de solo la vida sexual o como suele pensarse. Así, la vida íntima es lo que la persona de manera individual se reserva, para sí o un grupo limitado con quien compartir dicha información de su vida. Por ejemplo, serán de la vida íntima, el número de la clave de sus tarjetas de crédito, un secreto de la juventud, algo que los avergüence, su orientación sexual, o simplemente algo que por la naturaleza humana se quiere mantener en reserva.

De las definiciones anteriores podemos desprender que la clasificación de los comportamientos en una determinada vida, no tiene que ver con la cantidad de personas que conozcan esa información, sino con el consentimiento de la propia persona que otorga su autorización tácita o expresa, para que otros tengan acceso a esa información de carácter personal.

En el caso de los medios de comunicación social, por ejemplo, podrán informar de todo aquello que la persona mantenga en la esfera pública. Sin embargo, no podrán informar nada de la vida privada de no mediar una autorización expresa, es decir, no podrán informar o compartir nada que pertenezca a la vida íntima de las personas. Lo anterior es especialmente importante, toda vez que por la restricción en el acceso a dicha información, los medios de comunicación por ejemplo podrían caer en imprecisiones, datos falsos, tergiversaciones, relaciones y deducciones equivocadas, entre muchas otras situaciones, que tendrán como resultado la afectación de la honra de la persona o personas involucradas.

Dentro de esto mismo podríamos clasificar el llamado *derecho a la propia imagen*, donde esta adquiere un enorme protagonismo e influencia en la honra de la persona, de este modo, una persona que se preocupa especialmente de andar bien vestido, de tener una actitud fascinante, de hacer uso de un vocabulario adecuado y respetuoso, y en general de tener un comportamiento ético adecuado, estará influyendo positivamente su honra. Al contrario, una persona despreocupada, sin un estilo determinado, probablemente la afectación a la honra será distinta, no digo que mala, pero sí distinta.

Ética y negocios

En el último tiempo, y más bien cíclicamente en el tiempo, hemos sido testigos de una serie de irregularidades en el mundo de los negocios, que buscan

principalmente la obtención de beneficios personales, haciendo trampa, en un mercado que hace esfuerzos por transparentar sus acciones para que todos, sin excepción, puedan tener las mismas oportunidades de crecimiento.

En este contexto, creo que el componente o común denominador en los casos que han remecido al país, ha sido una falta de visión y compromiso ético, en el comportamiento de los actores involucrados.

Hace unos años, un empresario al que recuerdo con mucho cariño me dijo "...Años atrás bastaba con darse la mano para asumir un compromiso invulnerable y suficiente para respetar a toda costa dichos compromisos, en cambio hoy si no tenemos buenos contratos que nos rayen la cancha ponemos en riesgo nuestro negocio".

Tenía mucha razón, hoy el mercado, la sociedad y el mundo ha cambiado, y lo han hecho porque han desoído el mandato social que se expresa a través de una ordenación de conductas éticas que privilegian la sana relación social, y lo han hecho porque nos encontramos insertos en una sociedad cada vez más individualista, donde se privilegia el interés personal, desatendiendo el interés general.

El éxito obtenido ilícitamente, con trampa, es un éxito sin sabor, en cambio el éxito obtenido con el reconocimiento del entorno, es un éxito duradero, éticamente aceptado y sostenible en el tiempo, que solidifica la honra de quien lo obtiene y sobre todo enorgullece a quienes lo logran, por el honor como expresión de respeto de sus propios valores y principios que guían sus acciones, es a eso donde debemos tender.

Tomando en cuenta y a pesar de que en la mayoría de las organizaciones de cierta relevancia existen comisiones, comités o estructuras de ética, que anualmente acomodan sus códigos de ética a la realidad existente, como también en cada uno de los colegios profesionales que estudian y emiten sendos códigos deontológicos, igual se siguen presentando enormes vulneraciones a la normativa ética y deontológica, desoyendo el llamado de las organizaciones a regular un leal y justo comportamiento. Prueba de ello lo vemos, por ejemplo, en el fútbol donde las irregularidades fueron grotescas, o en la política donde la competencia individual hoy permite prácticamente cualquier cosa, y cíclicamente en los negocios, donde ciertos actores pretenden sacar ventajas personales en desmedro de las organizaciones y el todo corporativo y social, afectando incluso la fe pública, como el caso del economista prófugo o el de las empresas de inversiones piramidales de los cuales hemos estado pendientes los últimos meses.

Afortunadamente y no al azar, como lo dijimos antes en este trabajo, el grupo social se ha preocupado de fortalecer las normas éticas, colocando a su lado una norma jurídica que castigue con mayor rigor la conducta vulnerada, de manera de hacerla obligatoria, por un lado, y castigadora para quienes a pesar de saber o debiendo saber igual incumplen dichas normas.

Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible: desafíos para Chile

RAÚL F. CAMPUSANO DROGUETT

Profesor Magíster Derecho Ambiental

UDD

Director de Postgrado

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

CRISTIAN ROMERO COCUI

Profesor del Magíster en Derecho Ambiental

UDD

Consejo Asesor Postgrados en Derecho

UDD

RESUMEN: En septiembre de 2015, con ocasión de la Asamblea General de Naciones Unidas, se aprobaron los **17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)** que constituyen la pauta de lo que será la **Agenda Mundial de Desarrollo Sostenible al año 2030**. El objetivo del presente trabajo es analizarlos y determinar cuáles son los principales desafíos y oportunidades que su implementación impondrá a nuestro país.

* * *

I. Introducción

Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible que conforman la Agenda 2030, representan la forma en que Naciones Unidas propone enfrentar los desafíos ambientales en este primer tercio del siglo XXI. Chile es parte de este esfuerzo y, al igual que otros países, deberá integrar tales principios en sus políticas públicas y legislación nacional. Procede entonces, dar una mirada a esta iniciativa y a la forma en que se está aplicando en nuestro país.

Recientemente, la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, ha declarado que “ la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible es una agenda civilizatoria que pone a las personas en el centro, y

se ocupa del planeta y de lograr la prosperidad compartida”¹. De esta forma, la funcionaria internacional subraya, en forma sucinta y precisa, la relevancia, sentido y alcance de esta iniciativa internacional para lograr los objetivos del desarrollo sustentable. Agrega que “la nueva agenda es universal² y no prescriptiva, propone crecer para igualar e igualar para crecer, y va más allá de buscar cumplir con mínimos necesarios al aspirar obtener un bienestar real de las personas”³.

Por su parte, el embajador James Michel, ex Consejero de la Agencia para el Desarrollo Internacional, de EE.UU., y actual asesor principal en el Proyecto sobre Prosperidad y Desarrollo del Centro para Estudios Estratégicos e Internacionales, de Washington DC, ha señalado que “la adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible provee una oportunidad única para extender el consenso general más allá de la identificación de las metas, para ampliar el reconocimiento de su importancia y acuerdo en la forma de conseguirlas. Existen argumentos sólidos para elevar la posición del desarrollo sostenible en la agenda política global”⁴.

La finalidad de estos apuntes es presentar los objetivos de desarrollo sustentable de la Agenda 2030 y algunas ideas de su implementación en Chile.

El Desarrollo Sostenible

La idea del desarrollo sostenible, que está en el centro de la Agenda 2030, es el resultado de un proceso de larga data en el derecho internacional. El término “*desarrollo sostenible*” hace su primera aparición en un documento oficial en el texto de acuerdo firmado por treinta y tres países africanos en 1969, en el marco de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, y aunque fue esta la primera forma de aplicación concreta de este concepto, su historia se remonta muchos años antes.⁵

¹ Barcena, Alicia (2016). Agenda 2030. Desafíos y oportunidades para América Latina y el Caribe. Revista Diplomacia. Academia Diplomática. Ministerio de Relaciones Exteriores. N° 131, abril 2016. Santiago.

² Aplica a países desarrollados y en vías de desarrollo.

³ Barcena (2016). Agrega que “esto conlleva desafíos fundamentales que requieren de un cambio estructural y de paradigma, con la compleja tarea de cambiar un sistema donde las instituciones y los estados funcionan sectorialmente a un enfoque integral, multidisciplinario y holístico del desarrollo.”

⁴ Estos argumentos, de acuerdo con Michel, incluyen “las consecuencias negativas de la pobreza, la exclusión y el deterioro ambiental, así como los beneficios de condiciones de vida mejoradas y patrones sostenibles para la producción y consumo, apoyados por un crecimiento económico inclusivo y un gobierno capaz y responsable”. Michel 2016. Este texto proviene de un extracto que la Revista Diplomacia hizo del texto de Michel. Los datos del texto original son: Michel, James (2016). *Beyond Aid: The Integration of Sustainable Development in a Coherent International Agenda. A Report of the CSIS Project on Prosperity and Development*. Center for Strategic and International Studies. Rowman & Littlefield.

⁵ Campusano y Contreras (2015): Desarrollo sustentable y sustentabilidad son conceptos ineludibles en la literatura ambiental contemporánea. Desde la conocida definición de la Comisión Brundland, plasmada en el libro “Nuestro Futuro Común”, esto es, “satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades” la idea de sustentabilidad se fue transformando y convirtiendo en desarrollo sustentable. El concepto

Desde la última década del siglo XIX se encuentran huellas en los debates y discusiones entre Thomas Malthus, quien a través de su "teoría poblacional" establece que la población en el tiempo tiende a crecer en progresión geométrica, de modo mucho más rápido que la disponibilidad de alimentos, que crecen en progresión aritmética⁶, y Marie Jean Antoine Condorcet, quien teorizó, al contrario, una época caracterizada por seres humanos capaces de garantizar a las generaciones futuras felicidad y no solo la mera existencia.⁷

Entre los precursores de un desarrollo económico y social compatible con el medio ambiente hay que contar un filósofo natural y escritor italiano, Alfredo Oriani, quien en su libro "La rivolta ideale" de 1908, esbozó la base de los principios de igualdad y solidaridad entre las generaciones que son la base del desarrollo sostenible.⁸ El concepto tomó fuerza en la década de los años sesenta, en la que distintos foros internacionales se ocuparon de estudiar el tema, planteando los problemas ecológicos derivados del modelo de desarrollo económico.

En 1969, Estados Unidos se dictó la National Environmental Policy Act, NEPA, que incorpora el concepto en su Título Primero, reconociendo la importancia de usar todos los medios y medidas practicables en busca de lograr y promover el bienestar general, para crear y mantener condiciones bajo las cuales hombre y naturaleza pueden existir en armonía productiva, y completar los requerimientos sociales, económicos y de otro tipo de las generaciones presentes y futuras.⁹ En 1972 el informe Meadows del Club de Roma sobre "Los límites del

parece estar presente en todas partes y es aceptado por todos los sectores como un objetivo final de la gestión ambiental y, más aún, como un propósito social general de la contemporaneidad. Todos aceptan y todos quieren desarrollo sustentable. Nadie podría querer desarrollo no sustentable. Y sin embargo, el concepto está plagado de incertezas, vacíos y faltas de contenido. Aun así, continúa siendo el valor y objetivo compartido, la forma en que la idea de sustentabilidad debiera expresarse en este siglo XXI. En efecto, el desarrollo sustentable es uno de los conceptos que el Derecho Internacional del Medio Ambiente ha utilizado con mayor frecuencia desde las últimas décadas del siglo XX. Cada vez adquiere mayor vigencia y relevancia debido al incremento de los problemas sociales y ambientales, que son manifestaciones del desequilibrio entre las relaciones de economía, sociedad y medioambiente. Se trata de una relación compleja, en donde la empresa está llamada a replantear su "quehacer" con miras a comprender el nuevo escenario global, profundamente influido por el fenómeno medio ambiental. El paradigma del desarrollo sustentable ha emergido para colocar en el centro del mismo a la persona humana y el respeto a su dignidad, pero no se ha limitado a las personas que conforman la actual generación, sino a aquellas que están llamadas a integrar las futuras generaciones. Asimismo, diversas instituciones a nivel nacional e internacional han incorporado y desarrollado el concepto y sus implicaciones prácticas en distintos niveles y ámbitos de actuación. Esta idea ha tenido manifestación concreta en instrumentos que las empresas han comenzado a implementar exitosamente.

⁶ Thomas Malthus. "An essay of the principle of the population as it affects the future improvement of society".

⁷ Giuseppantonio De Vincentis. Estudio en el marco de las actividades científicas realizadas por el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, España. DER 2010-18571.

⁸ "Bisogna affermare che l'amore è motivo della generazione e gli sposi debbono sparire nei genitori, sacrificandosi alla devozione dei figli; bisogna affermare che tutto quanto forma il nostro spirito è un legato della storia per le generazioni future, quindi il nostro interesse nel presente soltanto un'eco del passato, che ridiventerà voce nell'avvenire".

⁹ National Environmental Policy Act Of 1969. 101. (a) The Congress, recognizing the profound impact of man's activity on the interrelations of all components of the natural environment, particularly the profound

crecimiento” planteó los límites al crecimiento económico y cambio en el manejo de los ecosistemas con efectos catastróficos para los sistemas económicos y ecológicos. Ese mismo año, se llevó a cabo en Estocolmo la **Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**, la que se dio como resultado de un contexto de preocupación por el deterioro del medio ambiente y ante la posibilidad de que al no tener los recursos necesarios el desarrollo económico se viera frustrado. Se elaboró la **Declaración de Estocolmo** que constó de 26 principios, el **Plan de Acción de Estocolmo** con 10 recomendaciones y también se propuso la creación del **Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)**. En más de un sentido, esta reunión marcó el inicio de la formación en conciencia ambiental a nivel internacional, ya que derivado de esta cumbre se impulsó la creación de legislación ambiental y la creación de organismos nacionales dedicados a la conservación e instalación de agendas nacionales. Cabe señalar que durante este primer acercamiento fue posible dimensionar que el problema ambiental no podía generalizarse, es decir, que no eran los mismos ni con la misma intensidad en todas las regiones del mundo; por un lado estaban los países industrializados que adjudicaban el problema al consumo desmedido y por el otro los países pobres donde la pobreza era la principal causa de la degradación.

En 1982, tuvo lugar la Declaración de Nairobi, en el marco de una reunión con el fin de conmemorar los 10 años de Estocolmo y como referencia ante los insuficientes logros alcanzados, por lo que planteaba la urgente necesidad de acatar medidas más efectivas que a su vez intensificaran los esfuerzos a nivel local, regional y mundial, en protección del medio ambiente. En los diez puntos que la conforman se hace un análisis breve de la situación de degradación de los recursos, pobreza, la contaminación transnacional, y propone retomar los principios de Estocolmo, la ayuda entre naciones (principalmente de las naciones desarrolladas hacia aquellas en vías de desarrollo), el destinar más recursos para la implementación de programas, el enfoque de prevenir en vez de corregir, el desarrollo tecnológico y académico, y mantener la paz; todo en esto en función de mejorar las condiciones ambientales como bien común.

Uno de los hitos más relevantes en el desarrollo del concepto de *desarrollo sostenible*, tiene lugar en 1987, fecha en que fue presentado a la Asamblea de las Naciones Unidas, el informe titulado *Nuestro Futuro Común* o Informe Brundtland, emitido por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desa-

influences of population growth, high-density urbanization, industrial expansion, resource exploitation, and new expanding technological advances and recognizing further the critical importance of restoring and maintaining environmental quality to the overall welfare and development of man, declares that it is the continuing policy of the Federal Government, in cooperation with State and local governments, and other concerned public and private organizations, to use all practicable means and measures, including financial and technical assistance, in a manner calculated to foster and promote the general welfare, to create and maintain conditions under which man and nature can exist in productive harmony, and fulfill the social, economic, and other requirements of present and future generations of Americans.

rollo, presidida por la ministra noruega Gro Harlem Brundtland. Dicho informe fue solicitado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 1983 con el objetivo principal de proponer estrategias ambientales para lograr el desarrollo sostenido al año 2000 y más allá. En él se señaló que: *“Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer las propias”*¹⁰. Se mencionaba asimismo que, *“Lo que se necesita es una nueva era de crecimiento económico, un crecimiento que sea poderoso, a la par que sostenible social y medioambientalmente”*¹¹.

Más tarde, en 1992, en la Cumbre de la Tierra de Naciones Unidas en Río de Janeiro se elaboró la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que asume por primera vez, y a nivel mundial, el desarrollo sostenible como guía para la formulación de políticas de desarrollo racional y regional, es decir, la integración entre desarrollo y medio ambiente. En esta cumbre se estableció, además, una Comisión para el Desarrollo Sostenible con el propósito de impulsar el cambio de mentalidad necesario para implantar el desarrollo sostenible. Contó con la presencia de 172 gobiernos, lo que permitió que de manera concreta se pudiera trabajar en el nuevo modelo de desarrollo y crecimiento mundial, enfocado al desarrollo sustentable. Como resultado de varias reuniones se obtuvieron los siguientes instrumentos:

- La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (también conocida como la Carta de la Tierra) que contiene 27 principios que servirían como guía a los estados para lograr el desarrollo sustentable encaminando sus políticas con base en dichos principios.
- Agenda o Programa 21, se trata de un compendio de acciones que permitirían alcanzar el desarrollo sustentable en el siglo XXI. Es considerado uno de los planes de acción más importantes. En él se tratan temas como: dimensiones sociales y económicas, conservación y gestión de los recursos para el desarrollo, fortalecimiento del papel de los grupos principales y medios de ejecución.

Es también en 1992, cuando la Unión Europea elabora el V Programa de acción de la Comunidad en materia de medio ambiente que se titulaba *“Hacia un desarrollo sostenible”*. Este Programa reconoce que el camino hacia el desarrollo sostenible será largo y que el medio ambiente depende de las acciones colectivas que se tomen en la actualidad. Asimismo, asumía también la dificultad que suponía este cambio de mentalidad de los Estados miembros, tanto en el mundo empresarial como en los propios ciudadanos.

¹⁰ Informe Nuestro Futuro Común, versión español, página 23.

¹¹ Informe Nuestro Futuro Común, versión español, página 13.

Ya en 2002, tiene lugar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, también conocida como Cumbre de Johannesburgo o Río+10. Su objetivo fue evaluar los avances logrados en los últimos años, validar aquellos que se habían logrado y replantear las nuevas metas. También pretendía diseñar una agenda con acciones más completas y definir los mecanismos de medición que permitieran comprobar que se estaba avanzando hacia un desarrollo sustentable. Participaron 190 países, sin embargo no se contó con la presencia de Estados Unidos, por lo que el alcance de las políticas y medidas quedaría mermada.

En 2012, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, también conocida como la Cumbre Río+20, realizada en Río de Janeiro, se analizaron como temas principales cómo construir una economía ecológica que permitiera alcanzar el desarrollo sustentable y la erradicación de la pobreza; y cómo mejorar la coordinación internacional.¹² El principal producto de esta reunión fue el documento **“El futuro que queremos”**, que contiene medidas claras y prácticas encausadas al logro del desarrollo sustentable, iniciándose el proceso para desarrollar los objetivos del desarrollo sustentable.

Antecedentes de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)

El origen de los ODS está directamente vinculado con los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), los que surgieron a propósito de la Declaración del Milenio del año 2000.

En el marco de la Cumbre desarrollada por Naciones Unidas para enfrentar los principales desafíos mundiales en materia de desarrollo, realizada en septiembre del año 2000, Chile fue uno de los 189 estados miembros que aprobaron la Declaración del Milenio, la que estableció ocho objetivos fundamentales para avanzar de manera sustantiva en el desarrollo de los países y sus poblaciones. Los países se comprometieron a realizar sus mayores esfuerzos para:

- Erradicar la pobreza extrema y el hambre
- Lograr la enseñanza primaria universal

¹² Campusano y Contreras (2015): La construcción de la noción de desarrollo sostenible se asienta en la presencia del progreso económico y social con responsabilidad ambiental de quienes actualmente habitan el planeta, permitiendo un aprovechamiento racional de los recursos naturales, con la finalidad de otorgarles un uso adecuado y conservarlos para garantizar su utilización por las generaciones futuras, quienes tendrán de esta manera la misma posibilidad de bienestar económico y social. En una era marcada por la globalización, las comunicaciones, y la necesidad de adaptación tanto de las Personas, las Empresas y el Estado, el desarrollo sustentable adquiere un rol importante, capaz de conciliar los intereses diversos e incluso contrapuestos de los actores.

- Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer
- Reducir la mortalidad infantil
- Mejorar la salud materna
- Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades
- Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y
- Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

Estos objetivos se desagregan en 11 metas y 32 indicadores, muchos de los cuales son muy exigentes para sociedades en vías de desarrollo que registran retrasos importantes en materias económica y social. Sin embargo, para países de desarrollo intermedio no representaban escenarios muy desafiantes que los obligaran a avanzar a ritmos mayores en el proceso de superación de la pobreza, equidad e integración social. La evaluación del cumplimiento de los ODM fue positiva en el sentido de considerarse un avance, pero se ha reconocido que no fueron logrados a cabalidad. Se reconoce que no solo lograron movilizar recursos y proveer de una dirección a los planes nacionales y a la cooperación internacional, sino que también generaron resultados medibles:

- La mortalidad infantil de niños de menos de 5 años fue rebajada a la mitad desde 1990.
- El número de personas viviendo en extrema pobreza ha bajado a más de la mitad, cayendo de 1,9 miles de millones en 1990 a 836 millones en 2015.
- La proporción de personas desnutridas en las regiones en desarrollo ha bajado a casi la mitad desde 1990.
- El número de niños en edad de educación preescolar que no asisten a la escuela ha caído a casi la mitad, a un estimado de 57 millones en 2015, desde los 100 millones en 2000.¹³

Sin embargo, a pesar de algunos pasos alentadores, aún están lejos de lograrse las metas establecidas. Chile tuvo un buen desempeño en estos indicadores, manifestando brechas principalmente en el Objetivo 3, relativo a Promover la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer.

¹³ Sustainable Development Goals: Are the rich countries ready? Christian Kroll. Bertelsmann Stiftung September 2015.

II. La Agenda 2030

En 2012, en el marco de la declaración de Río+20, se planteó el desafío de elaborar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, señalándose al respecto: *“Decidimos establecer un proceso intergubernamental inclusivo y transparente sobre los objetivos de desarrollo sostenible que esté abierto a todas las partes interesadas con el fin de formular objetivos mundiales de desarrollo sostenible convenidos por la Asamblea General”*¹⁴.

A propósito del mandato entregado en Río+20 se desarrolló un trabajo de más de dos años de intenso proceso de consultas públicas y de interacción con la sociedad civil y otras partes interesadas en el mundo, durante el cual se tuvo en cuenta especialmente la opinión de los más pobres y vulnerables.¹⁵ La Agenda contiene una visión del futuro que se define como ambiciosa y transformativa: *“Aspiramos a un mundo sin pobreza, hambre, enfermedades ni privaciones, donde todas las formas de vida puedan prosperar; un mundo sin temor ni violencia; un mundo en el que la alfabetización sea universal, con acceso equitativo y generalizado a una educación de calidad en todos los niveles, a la atención sanitaria y la protección social, y donde esté garantizado el bienestar físico, mental y social; un mundo en el que reafirmemos nuestros compromisos sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento, donde haya mejor higiene y los alimentos sean suficientes, inocuos, asequibles y nutritivos; un mundo cuyos hábitats humanos sean seguros, resilientes y sostenibles y donde haya acceso universal a un suministro de energía asequible, fiable y sostenible”*¹⁶.

Se reconocen los ODM, renovando el compromiso de lograrlos plenamente, en particular prestando una asistencia específica y más amplia a los países menos adelantados y a otros países en situaciones especiales, conforme a los programas de apoyo correspondientes. La nueva Agenda se basa en los ODM y aspira a completar lo que estos no lograron, en especial llegando a los más vulnerables. En esta materia se reconocen los avances alcanzados, pero puntualiza que ellos han sido desiguales –sobre todo en África, los países menos adelantados, los países en desarrollo sin litoral y los pequeños Estados insulares en desarrollo– y que algunos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio distan de alcanzarse, en concreto los relacionados con la salud materna, neonatal e infantil y con la salud reproductiva¹⁷.

En comparación con los ODM los ODS presentan diferencias que no surgen solamente de su extensión o el proceso participativo en virtud del cual vieron

¹⁴ Asamblea General de Naciones Unidas (2015). Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, N° 70/1 Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

¹⁵ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

¹⁶ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

¹⁷ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

la luz. Mientras los ocho ODM estaban principalmente enfocados en terminar con la extrema pobreza en todas sus formas en los países en desarrollo, la principal novedad de los ODS es que se amplía su enfoque explícitamente a todos los países, incluidas las naciones ricas del mundo. Desde la perspectiva de las naciones de alto ingreso, si los ODM fueran el telescopio con que ellos miran al mundo en desarrollo, los ODM serían el espejo a través del cual ven sus propias políticas y desempeño¹⁸. Lograr los ODS requerirá esfuerzos mayores de todos los países, desarrollados y en vías de desarrollo.¹⁹ Consecuentemente, estas metas tienen el poder de cuestionar la manera en que vivimos, cómo estructuramos nuestras economías, la manera en que producimos. Pueden generar debates sobre reformas que en último término incrementarán la concientización y enfatizarán las particulares responsabilidades de las naciones OCDE en esta materia. Los ODS demandarán, en consecuencia, cambios de políticas fundamentales en los mismos países ricos²⁰.

Contenido de la Agenda

Los suscriptores de la Agenda se comprometen a lograr el desarrollo sostenible en sus tres dimensiones –económica, social y ambiental– de forma equilibrada e integrada. Se define como un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad, incorporando como objeto fortalecer la paz universal dentro de un concepto más amplio de la libertad. Se reconoce que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, es el mayor desafío a que se enfrenta el mundo y constituye un requisito indispensable para el desarrollo sostenible. Por ello, se asume el desafío de poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo de aquí a 2030, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos naturales²¹.

En el preámbulo, se enfatiza que: *“La presente Agenda es un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad. También tiene por objeto fortalecer la paz universal dentro de un concepto más amplio de la libertad. Reconocemos que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, es el mayor desafío a que se enfrenta el mundo y constituye un*

¹⁸ De acuerdo con James Michel, “los ODS son ampliamente conocidos dentro de la comunidad de desarrollo internacional. Sin embargo, un incremento en la concientización y el apoyo por parte de una variada gama de líderes políticos, sociedad civil y comunidades empresariales a través del mundo proporcionarán a las metas el reconocimiento necesario sobre su importancia y urgencia.” MICHEL 2016.

¹⁹ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

²⁰ Sustainable Development Goals: Are the rich countries ready? Christian Kroll. Bertelsmann Stiftung September 2015.

²¹ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

requisito indispensable para el desarrollo sostenible". En particular se establecen 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas con los que se pretenden retomar los Objetivos de Desarrollo del Milenio y conseguir lo que estos no lograron²².

Los Objetivos y las metas estimularán durante los próximos 15 años la acción en las siguientes esferas de importancia crítica para la humanidad y el planeta:

Las personas

Enfocados en poner fin a la pobreza y el hambre en todas sus formas y dimensiones, y a velar porque todos los seres humanos puedan realizar su potencial con dignidad e igualdad y en un medio ambiente saludable.

El planeta

Buscan proteger el planeta contra la degradación, incluso mediante el consumo y la producción sostenibles, la gestión sostenible de sus recursos naturales y medidas urgentes para hacer frente al cambio climático, de manera que pueda satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

La prosperidad

Velar porque todos los seres humanos puedan disfrutar de una vida próspera y plena, y porque el progreso económico, social y tecnológico se produzca en armonía con la naturaleza.

La paz

Propiciar sociedades pacíficas, justas e inclusivas que estén libres del temor y la violencia. No puede haber desarrollo sostenible sin paz, ni paz sin desarrollo sostenible.

Las alianzas

Con el fin de movilizar los medios necesarios para implementar esta Agenda mediante una Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible revitalizada, que se base en un espíritu de mayor solidaridad mundial y se centre particularmente en las necesidades de los más pobres y vulnerables, con la colaboración de todos los países, todas las partes interesadas y todas las personas²³.

²² Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

²³ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

Principios

Las fuentes que inspiran directamente a la nueva Agenda son los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, incluido el pleno respeto del derecho internacional. Sus fundamentos son la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados internacionales de derechos humanos, la Declaración del Milenio y el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005.²⁴ Se basa asimismo en otros instrumentos, como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Se reconocen otros instrumentos como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Plataforma de Acción de Beijing y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. Reafirma todos los principios de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, incluido, entre otros, el de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, que se enuncian en el principio 7 de esa Declaración²⁵.

Diagnóstico del mundo actual

Se señala que el momento actual es uno en que el desarrollo sostenible afronta inmensos desafíos y se hace un duro diagnóstico de la realidad que enfrenta el mundo actual.²⁶ Sin perjuicio de ello, se reconoce que es un momento que ofrece inmensas oportunidades. Se han logrado progresos significativos para hacer frente a muchos problemas de desarrollo. Durante la última generación, cientos de millones de personas han salido de la pobreza extrema. Ha aumentado considerablemente el acceso a la educación de niños y niñas. La expansión de las tecnologías de la información y las comunicaciones y la interconexión mundial brinda grandes posibilidades para acelerar el progreso humano, superar la brecha digital y desarrollar las sociedades del conocimiento, y lo mismo sucede con la innovación científica y tecnológica en ámbitos tan diversos como la medicina y la energía²⁷.

²⁴ "Un cambio de paradigma de la cooperación para el desarrollo desde la ayuda a la alianza requerirá que los sistemas e instituciones locales superen las restricciones de potencial que han sido repetidamente identificadas como impedimentos para el desarrollo sostenible. Debe ser una prioridad para los líderes locales y para aquellos que proveen apoyo internacional, fortalecer las capacidades locales de manera que respondan a las distintas necesidades. La continua investigación y transferencia de conocimientos también será importante para ocuparse de este difícil desafío". Michel, 2016.

²⁵ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

²⁶ "La implementación exitosa de la nueva agenda requerirá que la cooperación internacional se desarrolle de nuevas formas que trasciendan el paradigma tradicional enfocado en la ayuda. El modelo de iniciativas impulsadas por los donantes que tenían actividades y resultado de proyectos predeterminados ha sido ampliamente desacreditado. Existe un creciente reconocimiento de la necesidad de desarrollar de manera diferenciada con énfasis en las necesidades locales, sistemas locales y estrategias experimentales con contenido apropiado. Se ha producido un creciente interés en expandir el rango del apoyo internacional más allá de las restringidas relaciones entre donante y receptor." Michel, 2016.

²⁷ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

La nueva Agenda

Los nuevos Objetivos y metas entraron en vigor el 1 de enero de 2016 y se plantea que guíen las decisiones que se adopten durante los próximos 15 años. Los países se comprometen a trabajar para implementar la Agenda en los propios países y en los planos regional y mundial, teniendo en cuenta las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo de cada país y respetando sus políticas y prioridades nacionales. Del mismo modo, se respetará el margen normativo nacional para un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, particularmente en los países en desarrollo, pero siempre de manera compatible con las normas y los compromisos internacionales pertinentes. Se procurará sentar unas bases económicas sólidas en todos los países. Se reconoce que el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible es esencial para lograr la prosperidad, lo que solo será posible si se comparte la riqueza y se combate la desigualdad de los ingresos. Se asume el compromiso de efectuar cambios fundamentales en la manera en que las sociedades producen y consumen bienes y servicios. Se llama a que los gobiernos, las organizaciones internacionales, el sector empresarial y otros agentes no estatales y particulares deben contribuir a modificar las modalidades insostenibles de consumo y producción.

Características de los ODS

De acuerdo con su documento constitutivo²⁸, los ODS tienen las siguientes características:

- **SOBERANÍA SOBRE RECURSOS NATURALES.** Reconocen que cada Estado tiene plena soberanía permanente sobre la totalidad de su riqueza, sus recursos naturales y su actividad económica, y que la ejercerá libremente.²⁹
- **DE CARÁCTER INTEGRADO.** Los vínculos entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible y su carácter integrado son de crucial importancia para cumplir el propósito de la nueva Agenda. Se trata de objetivos y metas que están relacionadas entre sí y que requieren de soluciones integradas. El desarrollo sostenible parte de la base de que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, la lucha contra la desigualdad dentro

²⁸ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

²⁹ Este es un principio que se instaló en la agenda ambiental desde la Conferencia de Estocolmo del año 1972 y se ha mantenido con una energía ineludible a lo largo de los decenios desde entonces. Es sencillo entender el sentido del principio en el contexto del año 1972, esto es, nacionalización de los recursos naturales, autodeterminación de los pueblos, Guerra Fría, derecho al desarrollo económico, desconfianzas cruzadas y falta de experiencia en gestión ambiental internacional. En los tiempos de cambio climático y sus efectos que ya se hacen sentir, es menos sencillo entender su sentido y actualidad. Pero allí está y refleja fielmente la voluntad de los Estados. Una fuerte crítica al sistema se puede ver en Klein, Naomi (2015). *This Changes Everything. Capitalism v. The Climate*. Simon & Schuster, New York.

de los países y entre ellos, la preservación del planeta, la creación de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible y el fomento de la inclusión social están vinculados entre sí y son interdependientes.

- **INDIVISIBLE.** En relación a lo antes señalado, el cumplimiento de cada uno de los ODS es esencial para el cumplimiento del resto, por lo que la generación de políticas para la implementación de la Agenda no puede enfocarse en forma aislada en ninguno de ellos sin considerar su relación con el resto. Sin perjuicio de ello, se reconoce el derecho a los países a priorizar algunos ODS acorde a las realidades de cada uno.
- **DE CARÁCTER UNIVERSAL.** Todos los países la aceptan y se aplica a todos ellos, aunque teniendo en cuenta las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo de cada uno y respetando sus políticas y prioridades nacionales.
- **MULTIDIMENSIONALES.** Conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible, vale decir, requieren una mirada que relacione las dimensiones económica, social y ambiental.
- **INCLUSIVOS.** El proceso de construcción de los ODS fue de amplia participación, convocándose a actores de diversos sectores de la sociedad en la tarea. En los procesos nacionales de implementación y seguimiento se deberá replicar dicha experiencia, debiendo ser esta abierta, incluyente, participativa y transparente para todas las personas y partes interesadas pertinentes.
- **ENFOCADOS EN DESARROLLO ECONÓMICO.** Se procurará sentar unas bases económicas sólidas en todos los países. Se reconoce que el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible es esencial para lograr la prosperidad, lo que solo será posible si se comparte la riqueza y se combate la desigualdad de los ingresos.³⁰

Los objetivos son los siguientes:

Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo.

Objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.

Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades.

³⁰ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

- Objetivo 4.** Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos.
- Objetivo 5.** Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas.
- Objetivo 6.** Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.
- Objetivo 7.** Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos.
- Objetivo 8.** Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.
- Objetivo 9.** Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.
- Objetivo 10.** Reducir la desigualdad en los países y entre ellos.
- Objetivo 11.** Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
- Objetivo 12.** Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.
- Objetivo 13.** Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.
- Objetivo 14.** Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.
- Objetivo 15.** Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.
- Objetivo 16.** Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.
- Objetivo 17.** Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.³¹

³¹ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

Medios de implementación

Se releva la importancia de los medios de implementación para el logro de los ODS, incorporándoselos como un objetivo en sí mismo (N° 17). Para la implementación de la Agenda se plantea la revitalización de la Alianza Mundial surgida a propósito de los ODM. Esta deberá trabajar con espíritu de solidaridad mundial, en particular con los más pobres y con las personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Además facilitará una intensa participación mundial para respaldar el cumplimiento de todos los Objetivos y metas, aglutinando a los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, el sistema de las Naciones Unidas y otras instancias y movilizándolo todos los recursos disponibles³².

Dentro de las cuestiones sistémicas que se mencionan a propósito de la implementación de la Agenda, se menciona especialmente la Coherencia Normativa e Institucional, identificándose como sus metas asociadas:

- Aumentar la estabilidad macroeconómica mundial, incluso mediante la coordinación y coherencia de las políticas.
- Mejorar la coherencia de las políticas para el desarrollo sostenible.
- Respetar el margen normativo y el liderazgo de cada país para establecer y aplicar políticas de erradicación de la pobreza y desarrollo sostenible³³.

También se reconoce la actividad empresarial, la inversión y la innovación privadas son los grandes motores de la productividad, el crecimiento económico inclusivo y la creación de empleo, lo que incluye tanto a las microempresas como a las cooperativas y las multinacionales. Se fomentará un sector empresarial dinámico y eficiente, protegiendo al mismo tiempo los derechos laborales y los requisitos sanitarios y ambientales de conformidad con las normas y los acuerdos internacionales pertinentes y otras iniciativas que se estén llevando a cabo en esta esfera.³⁴

Seguimiento y examen

Se señala que se está en proceso de elaboración de indicadores para contribuir a esa labor. Se necesitarán datos desglosados de calidad, accesibles, oportunos y fiables para ayudar a medir los progresos y asegurar que nadie se quede atrás, ya que esos datos son fundamentales para adoptar decisiones. Deberán

³² Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

³³ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

³⁴ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

utilizarse siempre que sea posible los datos y la información facilitados por los mecanismos existentes³⁵.

Se comprometió un proceso sistemático de seguimiento y examen de la implementación de la presente Agenda durante los próximos 15 años. Un marco de seguimiento y examen sólido, voluntario, eficaz, participativo, transparente e integrado contribuirá de manera vital a la implementación de la Agenda y ayudará a los países a maximizar y vigilar los progresos realizados al respecto para asegurar que nadie se quede atrás³⁶.

Los procesos de seguimiento y examen a todos los niveles se guiarán por los siguientes principios:

- Voluntario y estarán liderados por los países, tendrán en cuenta las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo nacionales y respetarán los márgenes normativos y las prioridades de cada país.
- Vigilarán los progresos realizados en el cumplimiento de los Objetivos y metas universales, incluidos los medios de implementación, en todos los países, respetando su carácter universal, integrado e interrelacionado y las tres dimensiones del desarrollo sostenible.
- Mantendrán una orientación a más largo plazo, detectarán los logros conseguidos y los problemas y lagunas existentes, así como los factores decisivos para el éxito, y ayudarán a los países a adoptar decisiones normativas bien fundamentadas.
- Serán abiertos, incluyentes, participativos y transparentes para todas las personas y apoyarán la presentación de informes por todas las partes interesadas pertinentes.
- Se centrarán en las personas, tendrán en cuenta las cuestiones de género, respetarán los derechos humanos y prestarán especial atención a los más pobres, los más vulnerables y los más rezagados.
- Aprovecharán los procesos y plataformas existentes, cuando los haya, evitarán las duplicaciones y responderán a las circunstancias, capacidades, necesidades y prioridades nacionales.
- Serán rigurosos y con base empírica.

³⁵ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

³⁶ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

- Exigirán un mayor apoyo a la creación de capacidad de los países en desarrollo.
- Contarán con el apoyo activo del sistema de las Naciones Unidas y otras instituciones multilaterales.³⁷

El seguimiento y el examen de los objetivos y las metas se llevarán a cabo utilizando un conjunto de indicadores mundiales que se complementarán con indicadores regionales y nacionales formulados por los Estados Miembros y con los resultados de la labor realizada para establecer las bases de referencia de esas metas cuando aún no existan datos de referencia nacionales y mundiales. El marco de indicadores mundiales que elaborará el Grupo Interinstitucional y de Expertos sobre los Indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible será acordado por la Comisión de Estadística a más tardar en marzo de 2016 y aprobado posteriormente por el Consejo Económico y Social y la Asamblea General, con arreglo a los mandatos vigentes. Este marco será sencillo pero sólido, abarcará todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas, incluidos los medios de implementación, y mantendrá su equilibrio político y su carácter integrado y ambicioso³⁸.

III. Agenda 2030 en Chile

Para el cumplimiento de la Agenda 2030 se ha creado el Consejo Nacional para la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Su objetivo principal es: *"...Asesorar al Presidente/a de la República y servir de instancia de coordinación para la implementación y seguimiento de los ODS y de la Agenda"*³⁹.

Miembros:

- Ministerio de Relaciones Exteriores (Preside)
- Ministerio de Economía, Fomento y Turismo
- Ministerio de Desarrollo Social
- Ministerio del Medio Ambiente⁴⁰
- Secretaría Técnica: Ministerio de Desarrollo Social⁴¹
- Asesoría Técnica: Instituto Nacional de Estadísticas⁴²

³⁷ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

³⁸ Asamblea General de Naciones Unidas (2015).

³⁹ Decreto Supremo N° 49 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 24 de mayo de 2016.

⁴⁰ Decreto Supremo N° 49 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 24 de mayo de 2016.

⁴¹ Decreto Supremo N° 49 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 24 de mayo de 2016.

⁴² Decreto Supremo N° 49 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 24 de mayo de 2016.

Principales funciones del Consejo:

- a) Asesorar al Presidente de la República en la implementación y seguimiento de la Agenda 2030.
- b) Servir de instancia de coordinación en la implementación y seguimiento de la Agenda y de los ODS a nivel nacional, acorde a los procesos y reuniones que se realicen a nivel internacional y regional.
- c) Servir de instancia de coordinación con las entidades pertinentes, ya sean gubernamentales, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, sector privado y/o sociedad civil, en aquellos aspectos técnicos que digan relación con la posición nacional respecto de la Agenda y los ODS⁴³.

IV. Desafíos y oportunidades

Los principales desafíos de la Agenda 2030 se relacionan con las características propias de los ODS que la componen. En particular, tres elementos surgen a primera vista los que requerirán, no solo desde Chile, sino a nivel global, de una nueva mirada y aproximación metodológica al diseño de las políticas públicas:

Integrados e indivisibles

El análisis de los ODS debe hacerse superando la clásica aproximación fragmentada a las políticas públicas, el denominado "efecto silos", reemplazándolo por una visión integrada de los temas. Lo anterior no implica que cada meta deba aplicarse en cada país. Más bien, las metas son definidas como aspiracionales y globales, con cada Gobierno estableciendo sus propias metas nacionales guiado por el nivel de ambición global, pero tomando en cuenta las circunstancias nacionales. Cada Gobierno también decidirá cómo estas metas aspiracionales y globales serán incorporadas en los procesos nacionales de planeamiento, políticas y estrategias⁴⁴.

Para lograr una aproximación integrada a los ODS se requiere garantizar la coherencia de las políticas públicas, de manera que exista una visión general u holística, que permita analizar las interrelaciones entre cada uno de ellos al momento de generarse una iniciativa de política pública. Ello es relevado en el Objetivo 17, sobre Medios de Implementación, que incorpora una meta relativa

⁴³ Decreto Supremo N° 49 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 24 de mayo de 2016.

⁴⁴ Measuring Distance to the SDGs Targets, A pilot Assesment of where OCDE countries stand, OCDE, Julio 2016

a *Mejorar la coherencia regulatoria de las políticas para el desarrollo sostenible*. Hasta ahora no ha habido mayor elaboración en cuanto a qué debe ser esta meta o cómo debiera monitorearse. Como algunos de las otras metas establecidas en los medios de implementación, la coherencia de políticas para el desarrollo sostenible implica procesos y medios, más que resultados. Ha habido preocupaciones que señalan que la coherencia política para el desarrollo sostenible será dejada de lado en ausencia de un objetivo claro y medible para ella.⁴⁵

Con el fin de evitar estas situaciones, la OCDE ha manifestado la necesidad de establecer una clara y precisa meta de coherencia política en los ODS. Señala que se debe reconocer que la coherencia en las políticas es un medio de implementación, y, por tanto, se vincula a los procesos tanto como a los resultados. Se debe desarrollar una meta que sea específica, medible, alcanzable, relevante (para todos los países) y con un límite de tiempo, tanto como sea posible para un medio de implementación. Esto ayudará a tomar en cuenta la naturaleza interdisciplinaria de los ODS y las interrelaciones entre los objetivos. Para ello ha desarrollado una aproximación metodológica denominada Coherencia Política para el Desarrollo Sostenible, la que corresponde a una herramienta de diseño de políticas destinada a integrar las dimensiones económica, social, ambiental y de gobernanza del Desarrollo Sostenible en todas las etapas de la elaboración de políticas nacionales e internacionales. Busca aumentar las capacidades de los gobiernos para alcanzar los siguientes objetivos:

- 1) Fomentar sinergias entre áreas político-económicas, sociales y ambientales;
- 2) Identificar los *trade-offs* y reconciliar objetivos de política doméstica con objetivos acordados internacionalmente; y
- 3) Hacerse cargo de las ineficiencias de las políticas domésticas⁴⁶.

Multidimensionales

La generación de políticas públicas para el cumplimiento de los ODS requerirá una aproximación multidimensional para cada uno de ellos, lo que implica analizar sus dimensiones económicas, sociales y ambientales. La manera en que se puede relacionar el crecimiento económico con otras metas es más que una pregunta teórica, puesto que se encuentra al centro de los tópicos políticos actuales: amenazas a la biósfera, aumento de la desigualdad que amenaza la democracia, y una nueva revolución tecnológica. Detrás de ello hay una pér-

⁴⁵ <http://www.icsu.org/publications/reports-and-reviews/review-of-targets-for-the-sustainable-development-goals-the-science-perspective-2015/>

⁴⁶ Policy Coherence for Sustainable Development in the SDG Framework, OCDE, 2015.

didada de confianza en la capacidad de los gobiernos alrededor del mundo para avanzar hacia objetivos obviamente deseables.

A nivel regional, los ODS presentan importantes desafíos y oportunidades. Los pilares claves para abordar los desafíos de implementación de la Agenda 2030, como acertadamente indica Naciones Unidas y que son reinterpretados para la región por Alicia Bárcena, son los siguientes:

1. Fortalecimiento de la arquitectura regional para el seguimiento de la Agenda 2030 a través de foros regionales de desarrollo sostenible.
2. Integración de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en los planes de desarrollo nacionales y en mecanismos de gestión pública como los sistemas presupuestarios y fiscales.
3. Fortalecimiento de las capacidades estadísticas de los países en el contexto de la revolución de los datos para facilitar el seguimiento de los indicadores asociados a los ODS con datos tradicionales y no tradicionales cada vez más desagregados y georreferenciados.
4. Análisis de los medios de implementación críticos para apoyar la movilización de mecanismos financieros para la implementación de la agenda.
5. Impulso de la ciencia, la tecnología y la innovación para facilitar la transición a patrones de producción y consumo más sostenibles e intensivos en conocimiento.⁴⁷

Ninguno de estos temas puede analizarse en forma aislada, pero los sistemas económicos, sociales y ambientales tienen diversas lógicas, por lo que el análisis de sistemas está nuevamente de moda. *Trade-offs* y sinergias pueden demostrarse a través del análisis, pero los políticos deben arbitrar entre diversos objetivos. La desagregación de marcos de política es parte de dicho movimiento, que tiene varios impulsos: la importancia de relacionar un reducido rango de indicadores a las metas políticas de países individuales; discusiones “alrededor de la mesa” en el proceso de revisión nacional para concretar las verdaderas opciones de política; el rol preponderante de las áreas metropolitanas en crecimiento, y el hecho que las estrategias nacionales pueden no funcionar a nivel regional.⁴⁸ En este sentido, en Chile existen aproximaciones multidimensionales particulares para diversas iniciativas de política pública, pero no se trata de una práctica

⁴⁷ Bárcena (2016). El texto se nutre del Informe del Secretario General de Naciones Unidas “Hitos fundamentales necesarios para llevar a cabo un proceso coherente, eficiente e inclusivo de seguimiento y examen en el plano mundial.” (A/70/684) 2015.

⁴⁸ Debate the Issues: New Approaches to Economic Challenges, OECD Insights, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264264687>.

sistematizada ni que abarque el conjunto de iniciativas que sean requeridas para el cumplimiento de los ODS.

Desde una perspectiva ambiental, desde 2010 Chile cuenta con la **Evaluación Ambiental Estratégica**⁴⁹, o EAE, cuyo objetivo es analizar planes y políticas de impacto general sobre el medio ambiente o la sustentabilidad. La EAE es una herramienta de gestión ambiental que facilita la incorporación de los aspectos ambientales y de sustentabilidad en procesos de la elaboración de Políticas y Planes e Instrumentos de Ordenamiento territorial. Busca promover y acompañar, desde sus primeros pasos, la incorporación de consideraciones ambientales en Políticas Públicas y Planes con miras a impulsar la planificación sustentable en el país. En este sentido, esta herramienta permite mejorar por ejemplo, el enfoque ambiental de los Instrumentos de Ordenamiento Territorial, entregando como resultado un uso de suelo más eficiente y permitiendo conocer, en forma temprana, las limitantes territoriales existentes que deben ser consideradas para obtener una adecuada planificación.

Con una mirada económica se ha desarrollado el **AGIES o Análisis General de Impacto Económico y Social**, cuyo objeto es determinar el impacto económico de normas de calidad ambiental.⁵⁰ La Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente introdujo formalmente el análisis económico en los procesos de elaboración de ciertas regulaciones ambientales en Chile. Particularmente, en los artículos 32, 40 y 44 se establece el procedimiento que debe seguir para la dictación de una norma de calidad, una norma de emisión y planes de prevención y descontaminación respectivamente, que incluye dentro de sus etapas un análisis técnico y económico. En particular, el Decreto Supremo 93 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de 1995, contiene el Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión. En su artículo 15, estipula que una vez elaborado un anteproyecto de norma, ya sea de emisión, de calidad, o bien, planes de prevención y descontaminación, se deberá encargar un Análisis General del Impacto Económico y Social (AGIES) de la o las normas contenidas en el anteproyecto. Dicho estudio deberá evaluar los costos y beneficios para la población, ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas y deberá contener los costos y beneficios para el o los emisores que deberán cumplir la norma y los costos y beneficios para el Estado como responsable de la fiscalización del cumplimiento de la norma.⁵¹

Es importante mencionar que el reglamento que obliga a la elaboración de un AGIES no establece ningún criterio normativo con respecto a los resultados que

⁴⁹ Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, artículos 7 bis y ss.

⁵⁰ Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 32.

⁵¹ Guía Metodológica para la Elaboración de un Análisis General de Impacto Económico y Social (AGIES) para instrumentos de gestión de calidad del aire. Departamento de Economía Ambiental, Ministerio del Medio Ambiente, 2013.

este entregue. Es decir, se requiere de su elaboración como una herramienta que apoye la toma de decisiones, pero no existe un criterio normativo que implique que los beneficios sociales deben ser mayores a los costos sociales.

En esta misma línea, la Ley 20.416, que **Fija normas especiales para las Empresas de Menor Tamaño**, establece en su artículo 5° un procedimiento para la dictación de Reglamentos y Normas de Carácter General que afecten a estas. Señala la disposición que todos los ministerios u organismos que dicten o modifiquen normas jurídicas generales que afecten a empresas de menor tamaño, con excepción de las ordenanzas municipales y de los dictámenes que puedan emitir los órganos de la Administración del Estado, deberán mantener a disposición permanente del público los antecedentes preparatorios necesarios que estimen pertinentes para su formulación. Agrega la norma que los antecedentes *deben contener una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en las empresas de menor tamaño y podrán ser elaborados por la propia Administración.*

Desde una **dimensión social**, el decreto ley N° 20.530 que crea el Ministerio de Desarrollo Social y sus modificaciones, establece en su artículo 1° que *“Corresponderá también a este Ministerio evaluar las iniciativas de inversión que solicitan financiamiento del Estado, para determinar su rentabilidad social, velando por la eficacia y eficiencia del uso de los fondos públicos, de manera que respondan a las estrategias y políticas de crecimiento y desarrollo económico y social que se determinen para el país”.*

En su artículo 3°, el decreto ley indica que al Ministerio de Desarrollo Social le corresponderá: *g) “Evaluar las iniciativas de inversión que soliciten financiamiento del Estado, para determinar su rentabilidad social, y elaborar un informe al respecto, de conformidad al artículo 19 bis del decreto ley N° 1.263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado. En cumplimiento de lo anterior deberá establecer y actualizar los criterios y las metodologías aplicables en la referida evaluación. La determinación de estos criterios y metodologías deberá considerar, especialmente, la incorporación de indicadores objetivos y comprobables respecto al desarrollo de las iniciativas de inversión. Las metodologías y sus criterios de evaluación deberán, asimismo, mantenerse a disposición permanente del público en el sitio electrónico del Ministerio de Desarrollo Social. En cumplimiento de lo anterior le corresponderá velar porque las iniciativas de inversión que utilicen financiamiento del Estado sean socialmente rentables y respondan a las políticas de crecimiento y desarrollo económico y social que se determinen para el país y sus regiones”.* Estas labores se materializan a través del Sistema Nacional de Inversiones (SNI) que norma y rige el proceso de inversión pública de Chile. Reúne las metodologías, normas y procedimientos que orientan la formulación, ejecución y evaluación de las Iniciativas Inversión (IDI) que postulan a fondos públicos. El SNI está compuesto por cuatro subsistemas, siendo los mismos que definen las etapas del proceso de inversión.

Subsistema de evaluación *ex ante*: Corresponde al conjunto de normas, instrucciones y procedimientos que posibilita a las instituciones públicas disponer de una cartera de iniciativas de inversión socialmente rentables (RS) y en condiciones de asignarles recursos para su ejecución. La administración de este proceso recae a nivel central en la División Evaluación Social, y a nivel regional en las Secretarías Regionales de Desarrollo Social.

Inclusivos

La activa participación de la sociedad civil en la implementación de la Agenda plantea de suyo un desafío importante, pues se deben aunar criterios muchas veces contradictorios la materia. Este desafío ha estado en el centro de las agendas de implementación de los ODS de los diversos países.

La única forma de garantizar que la Agenda Post-2015 y los ODS se cumplan a nivel nacional es asegurando la participación de la sociedad civil y de todos los otros actores involucrados (academia, comunidad científica y sector privado) en los procesos de toma de decisión y en el proceso general de implementación. Como lo ha mencionado el Secretario General de Naciones Unidas, esta agenda exige una línea de acción verdaderamente participativa, receptiva y transformadora. Por ende, es necesario que los países garanticen espacios donde los ciudadanos puedan enterarse de qué está pasando tanto a nivel internacional como nacional y regional, y de igual modo, encuentren una plataforma de debate público donde se analice el proceso desde diferentes puntos de vista. El proceso de implementación de la agenda es de todos, y la forma como comuniquemos la misma es también un reto importante que se debe asumir⁵².

En nuestro país el principio de participación en el diseño de políticas públicas se encuentra consagrado legalmente en nuestro ordenamiento. En efecto, la Ley 18.575, modificada por la ley 20.500, en sus artículos 69 y ss., regula la participación ciudadana en relación a políticas públicas, señalando que "*El Estado reconoce a las personas el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones*". Para el cumplimiento de lo antes señalado, cada órgano de la Administración del Estado deberá establecer las modalidades formales y específicas de participación que tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de su competencia. Cada órgano de la Administración del Estado deberá poner en conocimiento público información relevante acerca de sus políticas, planes, programas, acciones y presupuestos, asegurando que esta sea oportuna, completa y ampliamente accesible.

⁵² El ABC de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: La importancia de la dimensión ambiental en la nueva Agenda de Desarrollo. WWF Colombia, 2015.

Esta labor se realiza en tres niveles:

PRIMER NIVEL: Anualmente a través de una cuenta pública participativa a la ciudadanía de la gestión de sus políticas, planes, programas, acciones y de su ejecución presupuestaria en la que participan los órganos de la Administración del Estado. En el evento que a dicha cuenta se le formulen observaciones, planteamientos o consultas, la entidad respectiva deberá dar respuesta conforme a la norma mencionada anteriormente.

SEGUNDO NIVEL: En forma permanente, los órganos de la Administración del Estado, de oficio o a petición de parte, deberán señalar aquellas materias de interés ciudadano en que se requiera conocer la opinión de las personas. La consulta deberá ser realizada de manera informada, pluralista y representativa. Las opiniones recogidas serán evaluadas y ponderadas por el órgano respectivo, en la forma que señale la norma de aplicación general.

TERCER NIVEL: A través de los Consejos de la Sociedad Civil, que deben ser establecidos por los órganos de la Administración del Estado y que tendrán carácter consultivo, y cuya conformación será diversa, representativa y pluralista por integrantes de asociaciones sin fines de lucro que tengan relación con la competencia del órgano respectivo.

V. Conclusiones preliminares

En cuanto a oportunidades, las condiciones planteadas por la Agenda 2030 generarán cambios relevantes en la manera en que hasta ahora se ha entendido el Desarrollo Económico, lo cual abrirá oportunidades que Chile debe estar preparado para aprovechar. Entre otras, se pueden identificar las siguientes:

- Acceso a tecnología en condiciones favorables que pueden permitir a nuestro país contar con una base de conocimientos que, bien aprovechados, pueden constituir una plataforma de desarrollo para emprendimientos locales de un alto nivel de sofisticación.
- Creación de capacidades. Tanto directamente a través del apoyo internacional como a consecuencia de un desarrollo de un Mercado para capacidades asociadas al logro de los Objetivos de Desarrollo Sustentable, se pueden generar capacidades que permitan contar con una masa crítica de profesionales y técnicos calificados que pueden servir de base tanto para fomentar la exportación de servicios como asimismo para el desarrollo de proyectos locales de una mayor complejidad tecnológica.

- Se espera que se genere un comercio multilateral más profundo que el existente actualmente, lo que, para un país con vocación exportadora como Chile, implica abrir oportunidades de exportaciones de nuevos bienes y servicios a nuevos y mayores mercados. Puede de esta manera, acelerarse el proceso de diversificación productiva y de desarrollo de productos y servicios con mayor valor agregado.
- Mejora de las prácticas de producción y consumo, incorporando en ellas la variable de sustentabilidad, lo que debiera redundar en un menor grado de conflictividad social a la hora del desarrollo de proyectos, en particular de aquellos que históricamente han sido criticados por los impactos ambientales y sociales que generan. Ello a su vez daría mayor certeza al clima de inversión y mayor estabilidad a los proyectos a lo largo de su vida útil.

VI. Bibliografía

Asamblea General de Naciones Unidas (2015). Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, N° 70/1 Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Barcena, Alicia (2016). Agenda 2030. Desafíos y Oportunidades para América Latina y el Caribe. Revista Diplomacia. Academia Diplomática. Ministerio de Relaciones Exteriores. N° 131, abril 2016. Santiago.

Beal, Douglas, Enrique Rueda-Sabater, and Shu ling Heng. 2015. *Why Well-Being Should Drive Growth Strategies: The 2015 Sustainable Economic Development Assessment*. Boston Consulting Group. <https://www.bcgperspectives.com/content/articles/public-sector-sustainability-2015-sustainable-economic-development-assessment>.

Campusano, Raúl F. y Francisco Contreras (2015). El Concepto de Desarrollo Sustentable en la Doctrina y en la Práctica de Tribunales Nacionales. En Revista Actualidad Jurídica, 2015.

CEPAL (2011) Río +20, El futuro que queremos. Disponible en: <http://www.cepal.org/rio20/>

CEPAL. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Horizontes 2030: la igualdad en el centro del desarrollo sostenible. Síntesis (LC/G.2661(SES.36/4)), Santiago, 2016.

Decreto Supremo N° 49 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 24 de mayo de 2016.

De Vincentis, Giuseppantonio (2007). Estudio en el marco de las actividades científicas realizadas por el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competividad, España. DER 2010-18571. Urquidi, Víctor L; Nadal, Alejandro, editor (2007) Desarrollo Sustentable y Cambio Global. México. El colegio de México. 1ª Ed.

Gallopin, Gilberto (2003) "Sostenibilidad y desarrollo sostenible: un enfoque sistémico", Serie Medio Ambiente y Desarrollo, N° 64. CEPAL, Santiago.

Jankilevich, Silvia (2003) Las cumbres mundiales sobre el medio ambiente. Estocolmo, Río y Johannesburgo. 30 años de Historia Ambiental. Universidad de Belgrano. Disponible en : http://www.ub.edu.ar/investigaciones/dt_nuevos/106_jankilevich.PDF.

Keane, Jodie, and Claire Melamed. 2013. *Trade and the Post-2015 Agenda: From Millennium Development Goals to Sustainable Development Goals*. London: Overseas Development Institute. <http://www.odi.org/publications/8490-trade-post-2015-agenda-millennium-development-goals-sustainable-development-goals>.

Klein, Naomi (2015). *This Changes Everything. Capitalism v. The Climate*. Simon & Schuster, New York.

Kroll, Christian. Sustainable Development Goals: Are the Rich Countries Ready? Bertelsmann Stiftung September 2015.

Leadership Council of the Sustainable Development Solutions Network. 2015. *Indicators and a Monitoring Framework for the Sustainable Development Goals: Launching a Data Revolution for the SDGs*. Paris and New York: SDSN. <http://unsdsn.org/wp-content/uploads/2015/05/150612-FINAL-SDSN-Indicator-Report1.pdf>.

Michel, James (2016). Más allá de la ayuda: La integración del Desarrollo Sostenible en una Agenda Internacional Coherente. *Revista Diplomacia*. Academia Diplomática. Ministerio de Relaciones Exteriores. N° 131, abril 2016. Santiago. Este texto proviene de un extracto que la Revista Diplomacia hizo del texto de Michel. Los datos del texto original son: Michel, James (2016). *Beyond Aid: The Integration of Sustainable Development in a Coherent International Agenda. A Report of the CSIS Project on Prosperity and Development*. Center for Strategic and International Studies. Rowman & Littlefield.

Michel, James (2014). *Shaping the New Development Agenda*. Washington, DC: Creative Associates. http://www.creativeassociatesinternational.com/wp-content/uploads/2003/01/Shaping_the_New_Development_Agenda.pdf.

Ministerio del Medio Ambiente. Guía Metodológica para la Elaboración de un Análisis General de Impacto Económico y Social (AGIES) para instrumentos de gestión de calidad del aire. Departamento de Economía Ambiental, Ministerio del Medio Ambiente, 2013.

OECD. Measuring Distance to the SDGs Targets, A pilot Assessment of where OCDE countries stand, OCDE, Julio 2016. <http://www.icsu.org/publications/reports-and-reviews/review-of-targets-for-the-sustainable-development-goals-the-science-perspective-2015/>

OECD. Policy Coherence for Sustainable Development in the SDG Framework, OECD, 2015. *Debate the Issues: New Approaches to Economic Challenges*, OECD Insights, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264264687-en>

ONU. El futuro que queremos ¿Qué es Rio+20? Disponible en: <http://www.un.org/es/sustainablefuture/about.shtml>

Osborn, Derek, Amy Cutter, and Farooq Ullah. 2015. *Universal Sustainable Development Goals: Understanding the Transformational Challenge for Developed Countries*. London: Stakeholder Forum. http://www.stakeholderforum.org/images/stories/SF_-_SDG_Universality_Report_-_May_2015.pdf.

Pardo, R. (FAO). Nuestro futuro común: el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Disponible en: <http://www.fao.org/docrep/s5780s/s5780s09.htm>.

Pierri, Naina (2005): "Historia del concepto de desarrollo sustentable", en Foladori, G. y Naína, P. *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*. México: Universidad Autónoma de Zacatecas-Porrúa.

Ramalingam, Ben. 2013. *Aid on the Edge of Chaos: Rethinking International Cooperation in a Complex World*. Oxford and New York: Oxford University Press.

Renwick, Danielle. 2015. "Sustainable Development Goals." CFR Backgrounder, September 28. New York: Council on Foreign Relations. <http://www.cfr.org/global-governance/sustainable-development-goals/p37051>.

Rojas, Víctor (2002): "El derecho internacional del medio ambiente al inicio del siglo XXI", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, pp. 335-371.

Sach, Jeffrey (2016). La Economía del Desarrollo Sostenible. Revista Diplomacia. Academia Diplomática. Ministerio de Relaciones Exteriores. N° 131, abril 2016. Santiago.

WWF Colombia. El ABC de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: La importancia de la dimensión ambiental en la nueva Agenda de Desarrollo. WWF Colombia, 2015.

La teoría del abuso del derecho; *status quaestionis*

BENJAMÍN GARCÍA MEKIS

Abogado

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Magíster en Derecho

UNIVERSIDAD DE CHILE

Magíster en Derecho (LL.M.)

DUKE UNIVERSITY, DURHAM

RESUMEN: Se examina y expone en términos breves y descriptivos la aproximación teórica y jurisprudencial de la teoría del abuso del derecho en nuestro país; su justificación, criterios de aplicación, reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, naturaleza de la responsabilidad asociada al ejercicio abusivo de un derecho y la sanción prevista para tal circunstancia.

* * *

I. Consideraciones preliminares en torno a la teoría del abuso del derecho

Lo primero que debe advertirse es que la teoría del abuso descansa en una concepción subjetiva del vocablo "derecho", entendido como "facultad", pues la concepción objetiva asigna al término "derecho" ("*ius*") un sentido distinto, equivalente a "lo justo" o la "posición justa"¹. Luego, solo al concebir el "derecho" como "facultad" podremos asumir que esta puede ejercerse de forma excesiva o abusiva.

¹ Terrazas Ponce, Juan David: *Abuso del Derecho: definiciones en torno a su origen*, Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, 2011, pp. 285 a 288. Sobre la base de lo señalado, el autor enseña que el hecho de no existir la idea de derecho subjetivo "*in mente*" de los juristas romanos haría pensar que la teoría del abuso del derecho nació en la Baja Edad Media (siglo XII) "(...) cuando los canonistas comienzan a entender el *ius* como facultad". En este mismo sentido, Terrazas Ponce cita a Tierney, Brian: *Tuck on Right: Some Medieval Problems*, en *History of Political Thought* 4 (1983), págs. 429 y ss.; ídem, *Origins of natural Rights Language: Text and Context 1150-1250*, en *History of Political Thought* 10 (1989), págs. 615 y ss. En una seguidilla de estudios, Tierney refutó la tesis de Michel Villey, para quien la noción de derecho subjetivo nace con Guillermo de Ockham (1298-1349), por lo que ni los romanos ni los medievales anteriores a este tuvieron en vista este concepto. En lo que a nosotros respecta, tanto Tierney como Villey son contestes en cuanto a que los juristas romanos no concibieron ni conocieron la idea de "*derecho subjetivo*". Para revisar la tesis de Villey, resulta imprescindible revisar Villey, Michel: *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

Por lo anterior es que el origen de la teoría del abuso del derecho se descubre adecuadamente una vez que se determina el espacio temporal en que por primera vez se tiene registro del empleo del término *"derecho subjetivo"*. Solo en la medida que entendamos el "derecho" como "facultad", podremos concebir que se ha excedido en el ejercicio del mismo y estaremos en la hipótesis que regularmente suele invocarse como propia del abuso del derecho: un fenómeno jurídico en virtud del cual un sujeto, al ejercer un derecho subjetivo o potestativo más allá de los límites previstos para su función social, causa daño a otros².

De cualquier forma, incluso bajo esa lógica pareciera ser que la noción del "abuso del derecho", tal y como la conocemos hoy en día, es difusa. Para la gran mayoría de los autores, sin embargo, parece seguro que se trataría de una figura inexistente en el Derecho Romano, que habría surgido con posterioridad incluso a la Edad Media³.

Se afirma que con anterioridad a ese último periodo existía un verdadero *"absolutismo jurídico"*, que entendía a los derechos *"(...) como facultades que la ley reconoce a los individuos para que las ejerciten libremente, a su arbitrio, con el fin que mejor les plazca"*⁴.

Así, la teoría del abuso del derecho –nos dice Fueyo Laneri citando a Louis Josserand– nace *"(...) como una reacción contra el ejercicio extremadamente libre que hace el individuo de los derechos subjetivos que le confiere el ordenamiento jurídico, atendiendo más a su interés propio y egoísta que al de los demás"*. Agrega el autor que *"Si el legislador nos concede unas prerrogativas, ha sido con un fin determinado y, en caso alguno, para sobrepasar manifiestamente los límites normales o racionales del ejercicio de un derecho, mucho menos si con ello, además, ha de causarse daño a otro"*⁵.

Esta *reacción* a la que alude Josserand da origen a la doctrina del *"relativismo jurídico"*, que asume que los derechos subjetivos son reconocidos por la ley para satisfacer intereses colectivos (en oposición al criterio individualista del

² Terrazas Ponce, Juan David, op. cit. 284.

³ En este sentido, véase a: (i) Terrazas Ponce, Juan David, ob. cit, pág. 286: *"Adelantamos desde ya nuestra posición sobre el caso particular de la noción de derecho subjetivo: ella no existe ni está presente en el pensamiento de los juristas clásicos y aunque pueden observarse matices, tampoco se encuentra incorporada como tal en el periodo postclásico, lo que obviamente nos lleva a una conclusión que puede ser un tanto incómoda para un romanista: el abuso del derecho es una figura inexistente en el Derecho Romano"*; (ii) Rodríguez Grez, Pablo: *"El abuso del derecho y el abuso circunstancial"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 121: *"(...) el abuso del derecho tiene discutibles antecedentes en el Derecho Romano"*; (iii) Alessandri Rodríguez, Arturo: *"De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno"*, Ediar Editores, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 251; y, (iv) Martín Bernal, José Manuel: *"El Abuso del Derecho"*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1982, p. 25.

⁴ Orrego Acuña, Juan Andrés: *"Del abuso de los derechos"*, disponible en <http://www.juanandresorrego.cl/>

⁵ Fueyo Laneri, Fernando: *"Instituciones de Derecho Civil Moderno"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pág. 270. En el mismo sentido, véase: (i) JOSSERAND, Louis, (ii) Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., p. 252; y, (iii) Orrego Acuña, Juan Andrés, ob. cit.;

"absolutismo jurídico"), de modo que su ejercicio concreto debe ser consistente con esos fines. Enseña Josserand: "(...) cada uno de los derechos tiene su propia misión que cumplir, lo que equivale a decir que cada derecho debe realizarse conforme a los fines de la institución", que serán distintos según la función propia de cada derecho subjetivo⁶.

Luego, quien prescinda de esos fines y ejerza sus derechos con un propósito distinto de aquel que justifica su existencia o de espaldas a la misión social a que están destinados, abusará de ellos.

Ahora, para evitar los riesgos de un intervencionismo judicial excesivo –que mine la certeza del derecho que rige las relaciones privadas–⁷ es que la teoría del abuso del derecho solo resulta invocable cuando el comportamiento del titular atenta contra estándares mínimos de conducta; que por ser imposible precisar uno a uno debe necesariamente recurrirse a ideas normativas o conceptos genéricos: como la buena fe⁸ y la costumbre⁹. Esta generalidad contribuye a que sus directivas puedan aplicarse a un número indefinido de situaciones, sirviendo de ayuda para que el juez se pronuncie respecto de si una conducta puede considerarse como correcta o inaceptable¹⁰.

Por consiguiente, el principio del ejercicio abusivo de los derechos también sirve de instrumento eficaz al juez para interpretar e integrar la aplicación del derecho de forma de hacerlo moderno, moral y justo. Fueyo Laneri afirma que se trataría de una de las tantas vías para llegar al método de la creación judicial del derecho en la medida que aconsejan en cada caso la medida y la prudencia¹¹.

⁶ Barros Bourie, Enrique: "Límites de los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la doctrina del Abuso del Derecho", Revista Derecho y Humanidades, N°7, 1999, pág. 16. El autor advierte que para la doctrina de L. Josserand se ha considerado: (i) *De l'sprit des Droits et de leur Relativité*, 2ª. Ed., Paris, 1939; y, (ii) conferencia "Relatividad y Abuso de los Derechos", en "El abuso de derecho y otros ensayos", Bogotá, 1982.

⁷ Sobre este punto: D. Medicus: "Allgemeiner Teil des BGB", 7ª. Ed., 1997, pág. 58; A. Trabucchi: "Istituzioni di Diritto Civile", 34ª. Ed., Milán, 1993, pág. 47; J. Ghestin y G. Goubeaux: "Traité de Droit Civil, Introduction Générale", 2ª. Ed., 1983, pág. 659, citados por Barros Bourie, Enrique, ob. cit., p. 19.

⁸ En Díez Picazo, Luis: "La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Editorial Bosch, Barcelona, 1963, pág. 141: "(...) los derechos subjetivos han de ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe el acto es inadmisibles y se torna antijurídico (...)". Un completo tratamiento sobre la buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos se encuentra en Boestsch Gillet, Cristián: "La Buena Fe Contractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, págs. 64 y ss.

⁹ Sobre la costumbre, en especial su elemento subjetivo, Squella Narducci, Agustín: "Introducción al Derecho", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pág. 255, enseña que "En cuanto al elemento subjetivo de la costumbre jurídica, consiste en el convencimiento de que la conducta que se repite es jurídicamente obligatoria, lo cual significa, en síntesis, que los sujetos normativos observan esa conducta con conciencia de que de ella cabe esperar que se sigan consecuencias específicamente jurídicas y no de otro orden".

¹⁰ Sobre este punto, Barros Bourie, Enrique, ob. cit., p., 19.

¹¹ Fueyo Laneri, Fernando, ob. cit. pág. 271. En similares términos se pronuncia Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pág 257, citando al efecto a Josserand: "De l'sprit des droits et de leur relativité", Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1934, tomo II, 2ª edición, N° 429, pág. 225; De Page: "Traité Élémentaire de Droit Civil Belge", tomo I, N° 114, pág. 122; y, Pirson y De Valle: "Traite de la responsabilité civile extra-contractuelle", Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1935, tomo II, N° 443, pág. 514: "El éxito de esta teoría es muy explicable si se considera que ella tiende a moralizar el derecho, a humanizarlo,

II. Reconocimiento de la teoría del abuso del derecho en nuestro ordenamiento jurídico

La teoría del abuso del derecho no figura regulada expresamente por nuestro ordenamiento jurídico. Ello, trae consigo dos claras consecuencias: **(i)** su reconocimiento por nuestra judicatura es el resultado de una construcción teórica que tiene como antecedentes el derecho comparado y la necesaria función moralizadora de esta teoría que aparece recogida implícitamente en algunas disposiciones legales dispersas en nuestra legislación y que responden a su espíritu; y, **(ii)** la circunstancia de que para los principales tratadistas nacionales la naturaleza de la responsabilidad derivada del abuso del derecho es una de carácter extracontractual, que traería aparejada –en función de ese estatuto– la sanción de indemnizar los perjuicios causados a la persona contra quien se ejerció el derecho en forma abusiva.

Por no ser este el tema principal de nuestro trabajo, nos limitaremos solo a enunciar algunos de los preceptos legales que permiten a distintos autores afirmar que la teoría del abuso del derecho es sancionada por nuestro ordenamiento jurídico:

- i) Artículo 53 del Código de Aguas (anterior artículo 945 del Código Civil): que reconoce a cualquier persona la facultad para “(...) *cavar en suelo propio pozos para la bebida y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo*”;
- ii) Artículo 2110 del Código Civil, que advierte sobre la invalidez de la renuncia que “(...) *se hace de mala fe o intempestivamente*” por el socio de una sociedad colectiva, aun cuando se trata de un derecho expresamente reconocido por el mismo cuerpo legal en el artículo 2108 y que importa una causal específica de disolución;
- iii) El inciso 2° del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, que establece la responsabilidad y obligación de indemnizar los perjuicios causados para quien habiendo solicitado una medida prejudicial precautoria “(...) *no deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas (...)*”;

poniéndolo en armonía con la realidad. Rechazarla sería permitir que se dañe al prójimo al amparo de la ley y a pretexto de que el acto realizado encuadra aparentemente en las facultades que ella confiere. Las leyes deben interpretarse racionalmente, humanamente y no con un espíritu servil o de ciega obediencia. Muchas veces tras de un acto conforme a la ley se oculta un fraude, un propósito doloso o un móvil torcido”.

- iv) Artículo 489 del Código de Procedimiento Civil, que hace responsable al ejecutante que se desiste de su acción a poco de haberla deducido *"(...) de los perjuicios que se hayan causado con la demanda ejecutiva (...)"*;
- v) Artículo 48 de la Ley N°19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, que establece el deber a los copropietarios, arrendatarios u ocupantes a cualquier título de las unidades del condominio de usar estas *"(...) en forma ordenada y tranquila y no podrán hacerse servir para otros objetos que los establecidos en el reglamento de copropiedad o, en el silencio de este, a aquellos que el condominio esté destinado según los planos aprobados por la Dirección de Obras Municipales. Tampoco se podrá ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los copropietarios o comprometa la seguridad, salubridad y habitabilidad del condominio o de sus unidades, ni provocar ruidos en las horas que ordinariamente se destinan al descanso, ni almacenar en las unidades materias que puedan dañar las otras unidades del condominio o los bienes comunes"*;
- vi) El artículo 100 del Código de Comercio, que obliga al proponente a indemnizar los perjuicios que hubiese causado la retractación tempestiva de su oferta;
- vii) El artículo 2355 en relación con el numeral 2° del artículo 2381 del Código Civil, que contempla la excepción de subrogación en la fianza y que consiste en la facultad del fiador para exigir que se rebaje de la demanda del acreedor todo lo que el fiador podría haber obtenido del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal o que se declare extinguida la fianza en todo o parte, cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o los otros fiadores, o cuando el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía derecho de subrogarse;
- viii) El inciso 2° del Artículo 197 del Código Civil, que sanciona a todo a que *"(...) ejerza una acción de filiación de mala fe o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada"*.
- ix) El artículo 328 del Código Civil, que hace responsable a todo aquel que se ha valido de dolo para la obtención de alimentos, quedando obligado a su restitución e indemnización de perjuicios.
- x) El artículo 79 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, que reconoce a cualquiera de los accionistas el derecho oponerse a la repartición de dividendos, bastando uno solo para que esa obligación de

distribuir, a lo menos, el 30% de las utilidades líquidas, no se cumpla;
y,

- xi) El inciso 4° del artículo 75 del Decreto con Fuerza de Ley N°3 o Ley General de Bancos, que –de forma similar al caso anterior– reconoce a las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto la facultad de oponerse a la repartición de dividendos, impidiendo en dicho caso que se cumpla con la obligación legal de distribuir él mismo el 30% de las utilidades líquidas referido en la disposición anterior.

La lista puede extenderse más todavía si se incluyen en ella otras disposiciones que fueron derogadas; pero basten las anteriormente expuestas para poner de manifiesto la abundante cantidad de normas legales inspiradas en la necesidad de limitar el ejercicio de derechos subjetivos.

III. Síntesis de la aproximación doctrinaria a la teoría del abuso del derecho

No existe discusión significativa en cuanto a las condiciones que deben reunirse para que exista abuso del derecho: **(i)** que el hecho cause un daño al ejercer un derecho subjetivo; **(ii)** que no se trate de aquellos derechos llamados absolutos aquellos que su titular puede ejercer arbitrariamente, con cualquier propósito¹²; y, **(iii)** que el ejercicio del derecho subjetivo sea abusivo¹³. Este último elemento, es el que principalmente concentra las dificultades y diferencias técnicas entre los autores.

En efecto, en el desarrollo de la multiplicidad de aspectos teóricos vinculados a la teoría del abuso del derecho hay uno que por su relevancia concentra el foco de los esfuerzos de nuestra doctrina: responder a la pregunta ¿cuándo puede considerarse como abusivo el ejercicio de un derecho?

Comencemos por aclarar que la inmensa mayoría de nuestra doctrina coincide en que existiría abuso del derecho cuando este se ejercita maliciosamente, con la intensión positiva de dañar a un tercero, generando la obligación de reparar los perjuicios producidos¹⁴.

¹² Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit. 271.

¹³ López Santa María, Jorge: *“Los Contratos, Parte General”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Tomo I, 2ª edición actualizada, pág. 303.

¹⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pág. 260; López Santa María, Jorge, op. cit. pág. 303: *“Todos están de acuerdo en que existe abuso del derecho cuando el derecho se ejercita maliciosamente, con la intención positiva de dañar a un tercero, con dolo. (...) Pero ¿qué ocurre cuando el ejercicio de un derecho, sin ser doloso, causa daño a otro? El abuso del derecho es todavía posible. Lo que debe determinarse según uno de los dos criterios siguientes:”*; Orrego Acuña, Juan Andrés, op. cit. Pág. 8; Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pág. 262: *“Cuando los tribunales se hallan en presencia de una demanda de perjuicios*

De igual manera, el ejercicio de un derecho que, sin ser doloso, causa daño a otro también configura una hipótesis de abuso del derecho. En este caso, sin embargo, en vez de probar el dolo, deberá acreditarse que el titular actuó sin aquella diligencia o cuidado exigible de un hombre prudente. De todas formas, ya sea se haya obrado con dolo o culpa, la decisión del juez se fundará en lo dispuesto en el artículo 2314 y ss. del Código Civil.

Luego, para efectuar un juicio individual de culpabilidad, que permita un reproche subjetivo del responsable, la doctrina sugiere tomar en consideración las siguientes circunstancias o criterios:

- i) Si el derecho subjetivo se ejerció contrariando su finalidad social o económica: a las personas se les reconocen derechos como un medio para satisfacer la función social que corresponde al derecho objetivo. En consecuencia, su ejercicio debe responder a los intereses generales que el respectivo ordenamiento legal propende a satisfacer. Este es el concepto finalista sustentado por Saleilles y por Gény¹⁵;
- ii) Si el motivo o intención que tuvo el titular de un derecho subjetivo al ejercerlo es contrario con el espíritu del derecho, con la finalidad que este persigue. Este es el criterio que defiende Josserand, entre otros¹⁶; y,

fundada en el ejercicio abusivo de un derecho, no entran a averiguar si este se ha ejercido o no de acuerdo con su finalidad económica o social, si el móvil del agente concuerda o no con ella, sino única y exclusivamente cuál fue su conducta, es decir, si obró o no con dolo o culpa"; Fueyo Laneri, Fernando, ob. cit. Pág. 275: aunque se reconoce por el autor que "(...) en ocasiones nace [del ejercicio abusivo de un derecho] la obligación de reparar daños por parte aquel que ejerció su derecho abusivamente" se previene que ese no es el único efecto que produce. De hecho, se enseña que "(...) la materia que estamos estudiando constituye un principio general de derecho; ni siquiera una "teoría" o una simple forma de apreciar las cosas. Simplemente porque el ejercicio abusivo de los derechos puede darse respecto de cualquier derecho subjetivo, sin limitaciones, y, a la vez, porque fija los límites del contenido substancial del derecho al tiempo de su ejercicio por el titular respectivo"; Barros Bourie, Enrique, op. cit. pág. 36: "(...) una conducta calificable como abusiva usualmente será también culpable o dolosa en los términos exigidos por la ley para que proceda la responsabilidad extracontractual por los daños causados a terceros". Idéntica afirmación se contiene en Barros Bourie, Enrique: "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 648; Corral Talciani, Hernán: "Lecciones de responsabilidad civil extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 125: "Pero el ejercicio de un derecho, en sí mismo justo, puede llegar a ser ilícito o injusto: puede causar daño ilegítimamente. Nace así la teoría del abuso del derecho, que sostiene que el ejercicio abusivo de un derecho genera la obligación de reparar los perjuicios producidos".

¹⁵ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pág. 260. Sobre este punto Barros Bourie, Enrique, op. cit. pág. 17, advierte que "En la práctica, la indagación de los motivos del titular abre un campo exorbitante de discrecionalidad judicial, que priva al derecho subjetivo de su función de certeza. Ante todo, porque las normas de derecho, especialmente las regulaciones administrativas que limitan externamente el contenido de los derechos, usualmente responden a fines diversos que no es tarea sencilla desentrañar; además, porque juzgar el ejercicio del derecho a la luz de los motivos supone una capacidad de discernir, a partir de hechos externos y demostrables, los fines concretos de una acción; esto es, penetrar en el inconmensurable mundo de la subjetividad ajena; finalmente, porque el fin de una norma usualmente se logra mediante las reglas generales que no atienden a situaciones concretas, sino a los efectos que se siguen de la respectiva institución".

¹⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pág. 260. Se concluye por el autor que "En el fondo, ambas opiniones [aludiendo a las esbozadas en los numerales (i) y (ii) precedentes] constituyen una sola, pues las dos tienden a averiguar cuál es la finalidad social del derecho, el objeto con el que ha sido creado, para

- iii) Sobre la base de lo dispuesto en otras legislaciones contemporáneas, Enrique Barros Bourie propone incluir como criterios a tener en cuenta para determinar acaso el ejercicio de un derecho puede considerarse como abusivo y, por lo mismo, comprometer la responsabilidad de su titular, a las buenas costumbres y la buena fe: “(...) *las buenas costumbres se refieren esencialmente a las relaciones con la comunidad, y la buena fe, a una relación especial entre quien ejerce el derecho y quien soporta ese ejercicio*” Cualquiera que sea su denominación, agrega el autor, “(...) *estos principios tienen alcance general en el derecho privado, pues expresan la forma como los usos normativos vigentes en la sociedad, aquello que forma implícitamente parte de las reglas sociales del juego, complementan el derecho que está positivado en ley o el contrato y limitan el ámbito de lo jurídicamente lícito. Es en este último sentido que resultan relevantes en la institución del abuso del derecho*”¹⁷.

Estimamos que no puede concluir un artículo que aluda a la teoría del abuso del derecho sin referirse, aunque sea sucintamente, a la opinión que sobre la materia enseña Pablo Rodríguez Grez, por ser esta una que discrepa de todo lo que hasta aquí se ha señalado.

En síntesis, Rodríguez Grez plantea:

- i) Que no existe el llamado “**abuso del derecho**”, ya que la situación que se describe como tal no corresponde al ejercicio de un derecho subjetivo,

establecer enseguida si su titular, al ejercerlo, ha obrado o no de acuerdo con él”. A continuación, y en el entendido que deben considerarse como una sola fórmula para determinar si el ejercicio de un derecho es abusivo, el reconocido tratadista afirma que “*Semejante criterio, aparte de ser vago e impreciso, pues no siempre es posible apreciar exactamente el espíritu o finalidad de cada derecho, tiene el inconveniente de dar ancho campo a la arbitrariedad jurídica y de llevar la política a los estrados de la justicia, toda vez que incumbirá el juez determinar en cada caso la finalidad social o económica de los derechos. Esta misión, además de ser difícil, es peligrosa, ya que cada uno apreciará esa finalidad según sus ideas políticas y económicas. Así, por ejemplo, el fin que un socialista atribuye al derecho de propiedad, distará mucho, ciertamente, del que le asigne un liberal manchesteriano*”. Comparte Jorge López Santa María la opinión de Alessandri y agrega además que “(...) *los derechos privados constituyen antes que nada esferas de autonomía que resulta difícil encerrar a priori en una finalidad o línea precisa de ejercicio*”: López Santa María, Jorge, op. cit., pág. 304. En su trabajo de memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, doña Ivonne Andrea Angulo Cifuentes denomina a este criterio como “*Objetivo*” y al anterior lo tilda como “*Subjetivo*”. Incluye además un criterio al que llama “*mixto o ecléctico*”, cuyo sentido coincide con lo explicado por Alessandri al inicio de esta nota: Angulo Cifuentes, Ivonne Andrea: “*El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual*”, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valdivia, 15 de diciembre de 2006, pág. 6, disponible en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fja594a/doc/fja594a.pdf>.

¹⁷ En Barros Bourie, Enrique: “*Límites de los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la doctrina del Abuso del Derecho*”, Revista Derecho y Humanidades, N°7, 1999, pág. 20 y ss. se citan como ejemplos de la inclusión de los criterios de “*buenas costumbres*” y “*buena fe*” para la determinación del ejercicio abusivo de un derecho los códigos civiles de Alemania, Suiza, Italia, España, Argentina, Quebec, y Holanda. La opinión del autor figura desarrollada, aunque en menor extensión, en Barros Bourie, Enrique: “*Tratado de Responsabilidad Extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 649 y ss.

sino a la falsa invocación de tal. En efecto, el derecho subjetivo es una facultad de que está dotado un sujeto para requerir el poder coercitivo del Estado en procura de satisfacer un "interés" que el derecho positivo tutela y asegura. Al margen de ese "interés" no existe derecho subjetivo y lo que se obra a su nombre corresponde a un comportamiento **de facto** no de **iure**. Hablar de "**abuso del derecho**" importa, por consiguiente, un contrasentido, porque se alude a un caso en que no está en juego derecho alguno;

- ii) Que no puede obrarse contra derecho y conforme a derecho, pues ello implica una contradicción lógica. Quien tiene un derecho puede ejercerlo, sin otra limitación que aquellas impuestas por la norma jurídica. Si el Estado confiere un poder al titular del derecho para hacerlo efectivo facultándolo para recurrir a su poder coercitivo, no puede el mismo Estado negarle esta facultad;
- iii) Que jamás puede abusarse de un derecho, solo puede abusarse del interés protegido por el derecho positivo, sea excediéndolo o desviándolo. En el primer caso se exigirá un beneficio superior al que la ley impone al sujeto pasivo; en el segundo se exigirá un interés de otra especie, diverso al tutelado;
- iv) Que las únicas limitaciones que reconoce el ejercicio de un derecho subjetivo son aquellas que surgen del contenido y naturaleza del "**interés jurídicamente tutelado**", factor objetivo que debe apreciar el juez, atendiendo a las normas que instituyen el derecho o lo reconocen;
- v) Que no cabe hablar, en consecuencia, de ejercicio doloso o culposo del derecho subjetivo. Los factores internacionales no intervienen en la calificación del ejercicio del derecho. Si el derecho se tiene, puede ejercerse libremente por su titular. Si el derecho no se tiene, debe responderse de los perjuicios que se causan invocando falsamente su existencia; y,
- vi) Que la sanción del acto abusivo puede adoptar diversas formas que van desde la nulidad a la indemnización de perjuicios, atravesando diversos otros efectos. Dicha sanción dependerá de la forma en que el abuso se consume o se proyecte.

Como se ve, en general podríamos afirmar que estas son las dos tendencias que resumen el *status quaestionis* en nuestro país: entender el abuso del derecho como un tipo de ilícito civil (mayoritaria); o bien, como un principio general de derecho (minoritaria).

Las diferencias son sustanciales, pero basta señalar que si optamos por la primera tesis el resultado más importante de ello es que la sanción será siempre la indemnización de perjuicios. Por el contrario, si optamos por darle una configuración más amplia, las posibilidades de reparación para la víctima son mucho mayores, pues ya no solo sería la indemnización, sino también podría optarse por paralizar el acto abusivo u otras medidas similares¹⁸.

IV. El abuso del derecho en la jurisprudencia nacional

La doctrina, qué duda cabe, ha avanzado en esta materia más rápido que la ley y también que nuestros tribunales de justicia.

Por lo mismo, es que nos parece innecesario –a lo menos para efectos de este trabajo– abultar su extensión con un estudio acabado de lo resuelto por nuestra judicatura en cuanto al abuso del derecho.

Baste entonces subsumir lo fallado entre los años 1907 y 2014, concluyendo lo siguiente:

- i) La jurisprudencia reconoce la teoría del abuso del derecho y no tiene inconvenientes en aplicar sus fundamentos en aras de lograr una moralización de las relaciones jurídicas;¹⁹ y,
- ii) En la inmensa mayoría de los fallos, se atribuye al abuso del derecho una especie de ilícito civil, aplicándole las normas de la responsabilidad extracontractual contenidas en el Título xxxv del Libro iv del Código Civil.²⁰

¹⁸ Terrazas Ponce, Juan David, op. cit, pág. 283.

¹⁹ Véanse las sentencias citadas en la nota siguiente.

²⁰ Corte Suprema, 24 de junio de 1907: RDJ, tomo 5, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 85; Corte Suprema, 24 de julio de 1905: RDJ, tomo 3, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 60; RDJ, tomo 5, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 55; Corte de Apelaciones de La Serena, 21 de octubre de 1907: RDJ, tomo 6, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 3; Corte Suprema, 16 de septiembre de 1912: RDJ, tomo 11, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 7; RDJ, tomo 12, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 410; Corte Suprema, 10 de noviembre de 1926 y 15 de noviembre de 1927: RDJ, tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 501; Corte Suprema, 3 de marzo de 1927: RDJ, tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 117; Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 1940: RDJ, Tomo 39, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 55; Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de julio de 1943: RDJ, tomo 41, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 1; Corte Suprema, 6 de septiembre de 1952: RDJ, tomo 49, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 305; Corte de Apelaciones Presidente Pedro Aguirre Cerda (hoy Corte de Apelaciones de San Miguel), 23 de enero de 1985: GJ N°55, pág. 73; Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de noviembre de 1992: GJ N° 149, pág. 58; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de junio de 2004; Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de octubre de 2004; Corte Suprema, 9 de noviembre de 2004: GJ N° 293, pág. 114; Corte Suprema, 22 de noviembre de 2004; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de agosto de 2005; Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de enero de 2008; Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de septiembre de 2010; Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de septiembre de 2010; Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de marzo de 2012; Corte Suprema, 15 de enero de 2013; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 2013; Corte Suprema, 26 de agosto de 2014; y, Corte Suprema, 5 de enero de 2016.

V. Bibliografía

Libros

Alcalde Rodríguez, Enrique: *"La Sociedad Anónima. Autonomía Privada, Interés Social y Conflictos de Interés"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *"De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno"*, Ediar Editores, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.

Angulo Cifuentes, Ivonne Andrea: *"El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual"*, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valdivia, 15 de diciembre de 2006.

Barros Bourie, Enrique: *"Límites de los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la doctrina del Abuso del Derecho"*, Revista Derecho y Humanidades, N°7, 1999.

Barros Bourie, Enrique: *"Tratado de Responsabilidad Extracontractual"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

Martín Bernal, José Manuel: *"El Abuso del Derecho"*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1982.

Boetsch Gillet, Cristián: *"La Buena Fe Contractual"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

Corral Talciani, Hernán: *"Lecciones de responsabilidad civil extracontractual"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

Diez Picazo, Luis: *"La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, Editorial Bosch, Barcelona, 1963.

Fueyo Laneri, Fernando: *"Instituciones de Derecho Civil Moderno"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

López Santa María, Jorge: *"Los Contratos, Parte General"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Tomo I, 2^{da} edición actualizada.

Martín Bernal, José Manuel: *"El Abuso del Derecho"*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1982.

Orrego Acuña, Juan Andrés: *"Del abuso de los derechos"*, disponible en <http://www.juanandresorrego.cl/>

Rodríguez Grez, Pablo: *"El abuso del derecho y el abuso circunstancial"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

Sandoval López, Ricardo: *"Derecho Comercial. Sociedades de personas y de capital"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, Tomo I, Volumen 2, Séptima Edición.

Squella Narducci, Agustín: *"Introducción al Derecho"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

Terrazas Ponce, Juan David: *"Abuso del Derecho: definiciones en torno a su origen"*, Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, 2011.

Torres Zagal, Oscar Andrés: *"Derecho de Sociedades"*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2013, Quinta Edición Ampliada y Actualizada.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema, 24 de junio de 1907: RDJ, tomo 5, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 85;

Corte Suprema, 24 de julio de 1905: RDJ, tomo 3, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 60; RDJ, tomo 5, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 55;

Corte Suprema, 16 de septiembre de 1912: RDJ, tomo 11, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 7; RDJ, tomo 12, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 410;

Corte Suprema, 10 de noviembre de 1926 y 15 de noviembre de 1927: RDJ, tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 501;

Corte Suprema, 3 de marzo de 1927: RDJ, tomo 25, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 117;

Corte Suprema, 6 de septiembre de 1952: RDJ, tomo 49, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 305;

Corte Suprema, 9 de noviembre de 2004: GJ N° 293, pág. 114;

Corte Suprema, 22 de noviembre de 2004;

Corte Suprema, 15 de enero de 2013;

Corte Suprema, 26 de agosto de 2014; y,

Corte Suprema, 5 de enero de 2016.

Cortes de Apelaciones

Corte de Apelaciones Presidente Pedro Aguirre Cerda (hoy Corte de Apelaciones de San Miguel), 23 de enero de 1985: GJ N°55, pág. 73;

Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de noviembre de 1992: GJ N° 149, pág. 58;

Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de junio de 2004;

Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de octubre de 2004;

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de agosto de 2005;

Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de enero de 2008;

Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de septiembre de 2010;

Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de septiembre de 2010;

Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de marzo de 2012;

Corte de Apelaciones de La Serena, 21 de octubre de 1907: RDJ, tomo 6, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 3;

Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 1940: RDJ, Tomo 39, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 55;

Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de julio de 1943: RDJ, tomo 41, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 1; y,

Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 2013.



**Análisis
jurisprudencial**



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

La relación abogado-cliente como mandato fiduciario. Un comentario desde la ética de la abogacía

Tribunal Constitucional chileno,
rol N° 2328-14-INA 24 de septiembre de 2015

IAN HENRÍQUEZ HERRERA

Doctor en Derecho y Magíster en Investigación Jurídica

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Licenciado en Derecho y Magíster en Derecho Privado

UNIVERSIDAD DE CHILE

Profesor de Ética de la Abogacía

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

1. Introducción

En las líneas que siguen, con ocasión de un fallo del Tribunal Constitucional chileno recaído en un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, trataremos cuestiones propias de deontología jurídica y de ética profesional. Para estos efectos, entendemos por deontología jurídica la normatividad positiva de los deberes de los profesionales del derecho, ya sea de fuente estatal o bien sea que emane de grupos intermedios, en este caso, por ejemplo, colegios o asociaciones; diferenciándola de la ética profesional, que es la normatividad que arranca del propio *ethos* de la abogacía y de la moralidad del acto humano, o, en otros términos, el arte de la buena abogacía¹.

Sin perjuicio de lo anterior, el fallo reviste interés también por otras razones, como por ejemplo sistematizar la doctrina del tribunal respecto de la compatibilidad o no de las leyes penales en blanco con el texto constitucional; el conocimiento de las cuestiones de *facto*; el tránsito de la acción de requerimiento hacia una acción de amparo o tutela; etc.; todas las cuales, aun siendo de importancia e interés, hemos excluido al delimitar el objeto de nuestro estudio.

¹ Para una aproximación rigurosa a la noción de ética, véase, *inter alia*: Guardini, Romano (1999) Ética. Lecciones en la Universidad de Múnich. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

2. Breve descripción del caso

Un abogado patrocina una acción de preparación de la vía ejecutiva, y luego contacta a la demandada ofreciéndole sus propios servicios profesionales para solucionar el caso. El abogado recibe de la demandada una suma de adelanto y posteriormente otro tanto en documentos bancarios, todo a título de honorarios por la defensa. Tiempo después, el mismo abogado, en representación nuevamente de su primer patrocinado, demanda a la segunda en juicio ejecutivo para el cobro de los mismos documentos que él, como abogado, recibió. El Ministerio Público presentó acción penal en contra del abogado por prevaricación.

3. *Iter procesal*

En octubre de 2014 tuvo lugar la audiencia de preparación del juicio oral, en la cual el abogado imputado solicitó exclusión de prueba por haberse obtenido con infracción de garantías constitucionales. La solicitud fue rechazada y el imputado apeló. La apelación fue denegada y la parte agraviada recurrió de hecho. El recurso de hecho fue asimismo rechazado y la misma parte, repuso. En el ínterin, el abogado imputado presentó ante el Tribunal Constitucional requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. La norma impugnada, en lo que a nosotros ahora importa, fue el artículo 231 del Código Penal chileno². El argumento principal del requirente fue que la descripción del tipo penal del citado artículo no satisface el estándar de determinación exigido por la Constitución. El Tribunal Constitucional, por mayoría, rechazó el requerimiento tanto por razones de forma –la gestión pendiente quedó ejecutoriada– como por razones de fondo. Entre tales razones, destaca de manera privilegiada los requisitos del tipo penal para resultar compatible con el texto constitucional, los que en el caso estarían satisfechos. Accesoriamente, pero para nosotros de manera principal, el Tribunal Constitucional alude a la naturaleza de la relación abogado-cliente, punto entonces que pasamos a tratar.

4. La naturaleza de la relación del abogado con su cliente

En este apartado revisaremos el considerando de la sentencia referido a la naturaleza de la relación abogado-cliente; la tradición multisecular respecto de la abogacía; y la deontología comparada en esta materia³.

² Código Penal chileno, art. 231: “El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

³ La literatura especializada sobre la relación del abogado con su cliente y los deberes del primero para con el segundo, es abundante. A modo de breve referencia, véase: Aparisi, Ángela (2013) Deontología

4.1. La doctrina del Tribunal Constitucional chileno

Hasta donde conocemos, es primera vez que el Tribunal Constitucional chileno emite una opinión explícita sobre la naturaleza de la relación del abogado con su cliente, y ya solo por ello esta sentencia merece destacarse. El considerando pertinente es el 13°, que señala, a la letra:

“Decimotercero: Que el ejercicio de la profesión de abogado implica, desde una posición privilegiada, la creación con su cliente de un mandato fiduciario o vínculo de confianza que la ley penal busca proteger como un bien valorable, en particular cuando su transgresión maliciosa da lugar a un daño o perjuicio al cliente. Pero, más relevante aún, la traición de ese mandato o vínculo, además, daña la pretensión de justicia involucrada en la labor de abogado, el cual, tal como lo señala el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, es una persona revestida por la autoridad competente ‘de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes’ ”.

Es interesante volver a mirar la expresión utilizada por el Tribunal Constitucional: mandato fiduciario. Lo que se sigue de ello es un tipo de relación cualificadísima: de confianza y en interés del cliente. Vale recordar en este punto, que aun desde el estricto y estrecho derecho positivo, el mismo Código Civil sitúa la relación del abogado con su cliente en el ámbito del mandato, ex art. 2118⁴.

Hoy por hoy es posible advertir la presencia de ciertas corrientes que reducen el ejercicio de la abogacía a la mera prestación de servicios propios de una relación de consumo. En este contexto, no es nada de trivial –por el contrario, es de suma importancia– volver a asentar a la abogacía en su gozne correcto. La literatura reciente es clara en este punto. A modo de ejemplo, dice CUEVA FERNÁNDEZ: “Así, lo que sin duda surge en primer término es una relación de confianza con quien acude a él [al abogado]”⁵, una relación fiduciaria, que considera privilegiado el interés de una de las partes de la relación –una parte sirve y la otra es servida– dista en su estructura y en su fundamento de una relación meramente crematística de intercambio comercial.

profesional del abogado. Valencia: Tirant lo Blanch.; Aparisi, Ángela (2006) *Ética y deontología para juristas*. Pamplona: Eunsa; GARCÍA Pascual, Cristina (coord.) (2013) *El buen jurista: deontología del derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch; Monroy Cabra, Marco Gerardo (2015) *Ética del abogado. Régimen legal y disciplinario*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.; Herring, Jonathan (2014) *Legal ethics*. Nueva York: Oxford University Press; MARKOVITZ, Daniel (2010) *A modern legal ethics. Adversary advocacy in a democratic age*. New Jersey: Princeton University Press.

⁴ Código Civil chileno, art. 2118: “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

⁵ Cueva Fernández, Ricardo (2013) “Códigos deontológicos de la abogacía”. *Eunomia*, N° 5, p. 196.

Asimismo, el considerando explicita el vínculo estrecho entre nuestro oficio y la justicia. Esta conceptualización hecha por el tribunal es del todo coherente con la tradición multiseccular respecto del ejercicio de la profesión de abogado.

4.2. La tradición multiseccular

Estos tres aspectos –profesión, puesta al servicio de la justicia, en la persona del cliente– rebozan en el pensamiento de nuestra tradición cultural⁶.

Hay dos pasajes de Shakespeare que muestran de bello y expresivo modo la relación estrecha entre la profesión de jurista y la justicia, cuyo fruto es el orden y la paz social. Uno, corresponde al monólogo de Ulises en Troilo y Crésida (acto I, escena 3°):

“¡Suprimid el orden, desafinad aquella cuerda, y ved qué discordia aconteece! Todas las cosas se enfrentan en franca oposición: las aguas limitadas levantarían sus senos más altos que las playas y empaparían enteramente este sólido globo;

Lo rudo reinaría sobre lo senil

Y el hijo salvaje mataría a su propio padre.

La fuerza sería lo correcto; o mejor dicho, lo correcto y lo incorrecto —entre cuyos límites reside la justicia— perderían sus nombres; al igual que la justicia misma.

Entonces, todo se incluye en el poder,

El poder en la voluntad, la voluntad en el apetito;

Y el apetito, ese lobo universal,

Secundado doblemente por la voluntad y el poder,

Debe forzosamente hacerse de una presa universal,

Y finalmente, devorarse a sí mismo.

Gran Agamenón, a ese caos, cuando el orden es extirpado,

Solo sigue la asfixia”⁷.

No cabe siquiera glosar tan elocuente pasaje. El segundo texto del bardo de Avon, con no poca simpatía, es un elogio al rol del abogado. En Enrique VI (segunda parte, acto IV, escena 2°), en el contexto de una conspiración para derrocar al legítimo rey, tiene lugar un diálogo decadente, en el que se avizora cómo ha de ser el nuevo régimen al que se aspira y las condiciones para el éxito de la traición conjurada: “todo estará en orden cuando todo sea desorden”. Para lograr ese objetivo, Dick el Carnicero (¡qué apodo!) propone, entonces:

⁶ Previamente, hemos tratado estas cuestiones en Henríquez, Ian (2013) “Desafíos a la ética profesional en formas asociativas de ejercicio de la abogacía”. En Contreras, Sebastián, Miranda, Alejandro (eds.) (2013) *Ética profesional del abogado*, Santiago: Universidad de los Andes, pp. 139 a 152.

⁷ Traducción del autor.

“lo primero que debemos hacer, es matar a todos los abogados” (línea 73). Ese parlamento ha perdurado en la memoria con un sentido diverso al del texto, que es encomiástico y no bufo. Al punto, es claro que la abogacía lo es en tanto tiene como fin la paz social y el orden que es fruto de la justicia.

En cuanto al servicio a la justicia, Alejandro Silva Bascuñán, quien fuera presidente del Colegio de Abogados de Chile durante casi una década, sostenía:

“la particularidad, la especialidad, la peculiaridad característica de la abogacía es el combate por la justicia con las armas del derecho”⁸.

Piero Calamandrei, hombre de foro y de cátedra, ha escrito bellas líneas en torno al vínculo entre la abogacía y la justicia. Me permito reproducir algunas dirigidas a jóvenes abogados:

“Cuando hayas aceptado una causa que creas justa, ponte con fervor a trabajar, en la seguridad de que quien tiene fe en la justicia consigue siempre, aun a despecho de los astrólogos, hacer cambiar el curso de las estrellas”;

“Para encontrar la justicia es necesario serle fiel: como todas las divinidades, se manifiesta solamente a quien cree en ella”⁹.

Ya en derecha línea de la tradición filosófica de Occidente, Tomás de Aquino, en un pulcro pasaje del tratado de la justicia, da cuenta del núcleo esencial del ejercicio de la abogacía: “El hombre debe amar al prójimo como a sí mismo; pertenece al efecto de ese amor el que un abogado defienda la causa de otra persona” (STh., II, 2, 3). La relación abogado-cliente es el eje central, la viga maestra, la columna vertebral de la actividad del abogado. En el mismo sentido, uno de los Postulados del abogado, de Ossorio y Gallardo: “Piensa siempre que tú eres para el cliente, y no el cliente para ti” (Postulado 4°).

Autores contemporáneos explicitan asimismo el carácter fiduciario de la relación profesional del abogado con su cliente:

“En la relación del abogado con su cliente se hace particularmente explícita la vinculación de la lealtad con la fides y, por lo mismo, la naturaleza

⁸ Silva Bascuñán, Alejandro (2011) El abogado. Un servidor de la justicia. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 148.

⁹ Calamandrei, Piero (2013) Elogio de los jueces escrito por un abogado. Madrid: Casa Editorial Gónzora, p. 27.

rigurosamente personal de su fundamento. En efecto, esta relación tiene su causa y está constituida por un acto de confianza”¹⁰.

Con respecto a tratarse de una profesión, esto es de que quien la ejerza profesa, vale la reflexión de Romano Guardini:

“La profesión será la base sobre la que se desarrolle la vida futura. Traerá el sustento y determinará la posición en la estructura social. Suscitará exigencias morales decisivas y formará el carácter de la manera más enérgica. Con ello se presupone, sin embargo, que se trata realmente de la ‘profesión’, y no simplemente de un medio para ganar dinero. O sea, que a quien se hace médico lo que le importe al final sea el curar, y no los honorarios; o al filólogo le importe llevar a la juventud a una formación intelectual, y no alcanzar una posición administrativa asegurada”¹¹.

Para el caso específico de la abogacía como profesión, nos parece pertinente lo expresado por Aparisi:

“En definitiva, toda actuación profesional debe tener como norte su *ethos* o, lo que es lo mismo, los fines, o bienes intrínsecos, a los que responde socialmente dicha profesión. Por lo que se refiere al Abogado, ello significa que quien decide dedicar su vida a esta actividad debe aceptar todo lo que ella conlleva: su disciplina y sus ideales. O, lo que es lo mismo, tiene que asumir que la profesión de Abogado implica, no tanto vivir del derecho, como en el derecho”¹².

Todas estas ideas subyacen a los decálogos más famosos y asentados de la abogacía¹³. Otro tanto ocurre con los códigos deontológicos, cuestión que trataremos en el apartado siguiente.

4.3. Deontología comparada

Las consideraciones anteriores están plenamente recogidas en diversas regulaciones de deontología profesional, que abarcan un amplio campo cultural y territorial. Así, por ejemplo, se lee en las *Model Rules of Professional Conduct*, de la American Bar Association.

¹⁰ Letelier, Gonzalo (2013) “Honestidad y lealtad. Virtudes del abogado”. En Contreras, Sebastián, Miranda, Alejandro (eds.) (2013) p. 83.

¹¹ Guardini, Romano (2012) “La responsabilidad del estudiante para con la cultura”. En Guardini, Romano, Tres escritos sobre la universidad. Navarra: Eunsa, p. 30.

¹² Aparisi, Ángela (2013) p. 36.

¹³ Cfr. Decálogo de Ivo de Kermartin (1253-1303), Decálogo de Alfonso María de Ligorio (1696-1787), Postulados del abogado de Ángel Ossorio y Gallardo (1873-1946), Decálogo del abogado de Eduardo J. Couture (1904-1962), Normas de ética profesional del abogado de Honorio Silgueira (1952), Decálogo de RuyBarbosa (1954), etc.

“[1] Un abogado, como miembro de una profesión legal, es un representante de los clientes, un oficial del sistema legal y un ciudadano que tiene una responsabilidad especial para con la calidad de la justicia”¹⁴.

“[13] Los abogados cumplen un rol vital en la preservación de la sociedad”¹⁵.

Por su parte, el Código de Deontología de los Abogados Europeos señala:

“1.1. La función de Abogado en la sociedad.

En una sociedad basada en el respeto al Estado de Derecho, el Abogado cumple un papel esencial. Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado por su cliente. En un Estado de Derecho, el Abogado debe servir los intereses de la Justicia así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer (...).”

“2.7. Intereses del cliente

Sin perjuicio del debido cumplimiento de toda la normativa legal y deontológica, el Abogado tiene la obligación de actuar en defensa de los intereses de su cliente de la mejor manera posible, y debe anteponerlos a cualquier otro”.

En el concierto Latinoamericano la aproximación deontológica es concordante. Como se sabe, el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile, en los artículos 2° y 3° indica:

“Artículo 2°. Cuidado de las instituciones. Las actuaciones del abogado deben promover, y en caso alguno afectar, la confianza y el respeto por la profesión, la correcta y eficaz administración de justicia, y la vigencia del estado de derecho.

Artículo 3°. Lealtad con el cliente y respeto por su autonomía. El abogado debe obrar siempre en el mejor interés de su cliente y anteponer dicho interés al de cualquier otra persona, incluyendo al suyo propio (...).”

El Código de Ética del Abogado de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, señala en su art. 3° (Misión de la profesión):

“La abogacía tiene por fin la defensa de los derechos de las personas y la consolidación del Estado de Derecho, la justicia y el orden social”.

¹⁴ “[1] A lawyer, as a member of the legal profession, is a representative of clients, an officer of the legal system and a public citizen having special responsibility for the quality of justice”.

¹⁵ [13] Lawyers play a vital role in the preservation of society. (...).

Y en su artículo 2° indica expresamente que:

“La abogacía es una profesión liberal. Cumple una función social al servicio del Derecho y la Justicia. Su objetivo esencial es la convivencia social de los hombres como fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general”.

En plena coincidencia, el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, en sus Considerandos indica:

“Que los servicios profesionales, en su diversidad de actividades, deben dirigirse a conseguir la justa, pacífica, armónica y funcional convivencia del conglomerado social (...)”.

Otro tanto ocurre con el art. 1° del Código de Ética de la Barra Mexicana de la Abogacía (Esencia del deber profesional):

“El abogado ha de tener presente que es un servidor del derecho y un coadyuvante de la justicia (...)”. “El abogado ha de tener presente que (...) la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente”.

Muy similar al anterior, el art. 1 del Código de Ética Profesional de la Federación Nacional de Abogados del Ecuador:

“El Abogado es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración (...)”.“(...) la esencia de su deber profesional consiste en defender diligentemente los derechos de sus clientes, con estricta sujeción a las normas jurídicas y morales”.

En suma, lo que podemos apreciar en esta somera revisión es una grande correspondencia y coherencia en las diversas regulaciones deontológicas, en cuanto a la naturaleza y fines de la abogacía.

5. Conclusiones

El Tribunal Constitucional chileno, por primera vez, hasta donde alcanzamos a conocer, emite un considerando que directa y explícitamente se refiere a la naturaleza del ejercicio de la abogacía, conceptuándola como una profesión en cuyo centro hay un mandato fiduciario, al servicio de la justicia en la persona de su cliente. Estos tres elementos –profesión, servicio a la justicia y a la persona del cliente– son de una hondura mayor, y responden a una larga tradición de un fino pensamiento, que tiene correlato directo en los códigos deontológicos contemporáneos.

Dicha tradición fuerza preguntarnos por los desafíos que a la ética de la abogacía presentan manifestaciones contemporáneas del ejercicio práctico, en los cuales se desdibuja cuando no se desvanece la relación abogado-cliente: la proliferación de estudios o despachos con estructuras empresariales y trabajo masificado y seriado; la aparición de servicios estandarizados virtuales o en línea; la prestación de servicios institucionales bajo subordinación y dependencia; entre otros. Estos fenómenos son diversos, y admiten un análisis y una valoración también diversos; pero es imperativo tenerlos como objetos específicos de reflexión ponderada pero incisiva.

¿Y por qué habrían de importarnos todas estas disquisiciones? Lisa y llanamente porque somos abogados, y “en el abogado la rectitud de conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos. Primero es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia, en el último”¹⁶.

¹⁶ Ossorio y Gallardo, Ángel (2008) El alma de la toga. Madrid: Editorial Reus, p. 19.

“Dos buenas noticias para los contribuyentes en materia de Derecho Tributario Infracional”

MARCO ANTONIO PONTIGO DONOSO

Abogado

Magíster en Gestión Tributaria

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

Profesor Derecho Económico I y II

UNIVERSIDAD DE ACONCAGUA

A través del presente comentario de jurisprudencia se pretende relevar la imperiosa necesidad de que la administración tributaria ejerza sus diferentes potestades (fiscalizadoras y sancionadoras) conforme a la Constitución y la ley, no solo respetando los derechos fundamentales de los contribuyentes, sino que también promoviéndolos.

Además se podrá corroborar la innegable importancia que poseen los Tribunales de Justicia, sean estos ordinarios o especiales, a la hora de conocer acusaciones tributarias y aplicar, eventualmente, las sanciones justas a esos ilícitos infraccionales, que pueden afectar derechos y garantías constitucionales como el respeto al debido proceso, interdicción de la arbitrariedad de la administración y al derecho de propiedad en todas sus formas.

* * *

Nos hemos permitido enviar este trabajo, atendida la significativa trascendencia que tiene para un número significativo de micro, pequeños y medianos contribuyentes del país, el hecho de que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, haya confirmado, en el mes de mayo del presente año¹, dos sentencias pronunciadas por el Tribunal Tributario y Aduanero de la VI Región del Libertador Bernardo O´Higgins, que se refieren a causas sobre derecho tributario infraccional.

Estimamos que puede ser importante, toda vez que para nadie es un misterio el alto costo económico que puede alcanzar una defensa letrada en diversas materias, y en especial en el área del derecho tributario, circunstancia que impide

¹ Ambas sentencias dictadas por la ICA de Rancagua, no fueron objeto de recursos de casación por parte del Servicio de Impuestos Internos, hasta la fecha de envío de este trabajo, estimamos que para evitar, en el evento de desecharse esos recursos por parte de la Excma. Corte Suprema, los nefastos precedentes que ello podría generar en el ejercicio de la potestad sancionadora que posee.

que los micro, pequeños y medianos emprendedores del país puedan pagar por dichos servicios, confiando, en consecuencia, en lo que buenamente consigan realizar sus contadores, o lo que ellos mismos puedan hacer defendiéndose solos, como ha ocurrido en ambos procesos, ya sea en sede administrativa o jurisdiccional, litigando ante el Servicio de Impuestos Internos que, como sabemos, posee un nutrido equipo de expertos abogados y auditores, conocedores de la ley sustantiva y procesal. Además en otros casos el valor de los honorarios de un servicio de abogado supera con creces el valor de multa en disputa, circunstancia que desincentiva la contratación de tan necesario asesor.

Creemos que la divulgación de estos casos puede servir como un serio antecedente para que se aplique una mejor justicia ante la comisión de verdaderos ilícitos tributarios que pudieren ser acometidos por contribuyentes de esas características patrimoniales y que comparezcan solos en sede jurisdiccional.

I. Antecedentes de los casos

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, ha confirmado, en el mes de mayo de 2016, dos sentencias pronunciadas por el Tribunal Tributario y Aduanero de la VI Región del Libertador Bernardo O'Higgins, que se refieren al derecho tributario infraccional.

En este escenario, las dos sentencias confirmatorias pronunciadas por el Tribunal de Alzada, recaídos sobre sendos fallos del Tribunal de la instancia, son una manifiesta demostración de que la nueva judicatura tributaria nacida con la Ley N°20.322, del año 2009², es una sólida garantía para los ciudadanos (contribuyentes) ante los actos de la administración fiscal, en especial cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionadora que le asiste.

En el caso concreto, ambas sentencias de la Corte, son clásicas y breves –*confirman la sentencia apelada*– por lo tanto, entendemos que comparten en plenitud la percepción de los hechos, el análisis de los mismos y de las probanzas vertidas, su ponderación, y por cierto las categóricas conclusiones absolutorias descritas latamente en los considerandos expuestos por el sentenciador a quo y en especial en sus partes resolutivas; salvo una de ellas, que aun eliminando una de las motivaciones, no logró alterar con ello la exposición, desarrollo, contenido y sentido del fallo de primera confirmado.

En ambos casos estamos en presencia de sentencias que resuelven y se pronuncian sobre denuncias de infracciones tributarias –*efectuadas por los agentes*

² Ley N°20.322, que Fortalece y Perfecciona la Jurisdicción Tributaria y Aduanera. D.O. 27 de enero de 2009, que en el Artículo Primero, establece la Ley Orgánica de los Tribunales Tributario y Aduaneros.

del Servicio de Impuestos Internos en uso de su potestad sancionadora– que son de común ocurrencia a lo largo y ancho del país.

El primer proceso³, tramitado conforme indican los artículos 165 y ss. del Código Tributario, se fundó en una presunta vulneración al N°16 del artículo 97 del Código Tributario. La denuncia fiscal se materializó en el Acta de Denuncia N° 77315006145, de 11 de agosto de 2015, a través de la cual la autoridad tributaria imputó los siguientes hechos: *“Pérdida de Facturas de ventas desde N° 151 hasta N°168, emitidas y desde N° 169 hasta N° 170 sin emitir. Facturas de proveedores periodo 05/2015. Actuación negligente del contribuyente al no mantener debido resguardo de la documentación, causas según lo expresado en form. 3228 “Por robo a mi camioneta se llevaron bolso con la documentación”*; en resumen, para el Servicio la pérdida de documentos no era fortuita y una vez trabada la *litis*, en su escrito de contestación indicó que la infracción era grave.

La segunda causa conocida⁴, originada en la Notificación de Infracción N°1212645, de 09 de julio de 2015, emitida por Servicio de Impuestos Internos, por presunta infracción al N° 6 del artículo 97 del Código Tributario, por el entramamiento a la acción fiscalizadora, fundada en el hecho de haberse negado el conductor de un vehículo de carga de ingresar y someterse al control carretero dispuesto en la Ruta 5 Sur, sector Angostura, por parte de funcionarios del Servicio. En este caso la imputación literal de la administración fue la siguiente: *“Entraba la fiscalización al eludir control carretero obligatorio y debidamente señalado, solo con intervención de carabineros pudo ser controlado, traslada mercadería según Guía de Despacho Electrónica N°106883 RUT 76.564.580-8”*

II. Análisis de ambas sentencias

1° Análisis del Primer Fallo Rol N° 4170-2015. Civil, recaída en la causa caratulada: *“L. M., Eduardo Francisco con S.I.I.”*, RIT N°: ES-19-00020-2015

La Corte con fecha once de mayo de dos mil dieciséis en causa Rol N° 4170-2015- Civil, señaló que atendido el mérito de los antecedentes, se confirma la sentencia apelada de fecha nueve de diciembre de dos mil quince, recaída en la causa: *“L. M., Eduardo Francisco con S.I.I.”* RIT N°: ES-19-00020-2015, y

³ Tribunal Tributario y Aduanero de la VI Región del Libertador Bernardo O’Higgins, causa: *“L. M., Eduardo Francisco con S.I.I.”* 09 de diciembre de 2015, RUC N°: 15-9-0001012-2, RIT N°: ES-19-00020-2015, confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, 11 de mayo de 2016, Rol N° 4170-2015. Civil.

⁴ Tribunal Tributario y Aduanero de la VI Región del Libertador Bernardo O’Higgins, causa: *“F. R., Francisco con S.I.I.”*, 01 de febrero de 2016, RUC N°: 15-9-0000830-6, RIT N°: ES-19-00016-2015, confirmado por la Corte de Apelaciones de Rancagua, 31 de mayo de 2016, Rol N°170-2016- Civil.

por lo tanto, corresponde que transcribamos y analicemos motivaciones más relevantes y destacadas del fallo de primera instancia:

1.1 En primer término, el Juez de la instancia, dicta la interlocutoria de prueba, estableciendo solo un hecho sustancial, que sin lugar a dudas y dado su tenor literal, se aprecia que inclinó todo el peso o carga de la prueba en la autoridad fiscalizadora, que hizo la imputación infraccional, y así queda resumido en la motivación quinta.

***“QUINTO:** Que, en cuanto a los aspectos discutidos en estos autos, se recibió la causa a prueba, a fojas 27, como hecho sustancial, pertinente y controvertido el siguiente:*

Efectividad de verificarse en la especie, los supuestos de hecho que harían procedente la aplicación de la sanción contemplada en el inciso primero del N° 16 del artículo 97 del Código Tributario, en relación con la conducta denunciada. Hechos y circunstancias que originan el Acta de Denuncia de Infracción N° 77315006145.”

1.2 Luego en los considerandos 11° y 12°, el Juez Tributario, efectúa un pormenorizado análisis del tipo infraccional, constituyéndose este proceso exegético en una diferencia relevante y novedosa respecto a todo el trabajo que se hacía antiguamente al interior del Servicio que tenía su propia interpretación sobre estos ilícitos, cuando su Director era el Juez y que aún siguen siendo aplicados por algunos de los actuales y nuevos Tribunales Tributarios y Aduaneros en distintas partes del país y que se resumía en expresar una sola frase, “no fortuita”.

Al efecto, en estos considerandos se devela la originalidad del fallo en análisis, ya que se aprecia un trabajo hermenéutico no desarrollado por otros tribunales, que permite arribar a conclusiones diametralmente opuestas a las obtenidas y aplicadas a los mismo hechos y, por lo tanto, se hace una necesidad que revisemos dichos párrafos seleccionados con la atención debida.

***“DÉCIMO PRIMERO:** Que, previo al análisis de la prueba rendida y de la eventual acreditación o no del punto de prueba fijado, es necesario revisar con detención la conducta descrita por el legislador tributario en el inciso 1° del N°16 del artículo 97 del Código Tributario que indica:*

“La pérdida o inutilización no fortuita de los libros de contabilidad o documentos que sirvan para acreditar las anotaciones contables o que estén relacionados con las actividades afectas a cualquier impuesto, se sancionará...”.

De una atenta lectura fluye la circunstancia de que el tipo infraccional transcrito es de composición compleja y compuesta, por cuanto requiere la ocurrencia copulativa y simultánea de varias circunstancias o supuestos de hecho:

- 1° Que sucedan en la vida del contribuyente ciertos hechos, cuales son la “pérdida o inutilización de determinados documentos”. El Legislador no precisa ni distingue si la pérdida o inutilización han de provenir o ser consecuencia de hechos, actos u omisiones propios del contribuyente, de la naturaleza o de terceros;
- 2° Que esta “pérdida o inutilización de determinados documentos”, sea objeto de una calificación jurídica previa, es decir, que la pérdida o inutilización, sea calificada de “no fortuita”, decisión que exclusivamente puede realizar la autoridad administrativa tributaria –el Servicio de Impuestos Internos– en conformidad a la ley;
- 3° Que la pérdida o inutilización, afecte a determinados y específicos instrumentos establecidos y cualificados en la ley, toda vez que esta hipótesis no se refiere a cualquier papel o documento que posea el contribuyente, sino que se circunscribe particularmente a los libros de contabilidad o documentos; y
- 4° Que dichos libros y documentos, además deben necesariamente servir para acreditar anotaciones contables o que estén relacionados con las actividades afectas a cualquier impuesto.

DÉCIMO SEGUNDO: *Que, considerando lo ya expuesto y para una adecuada resolución del conflicto es necesario interpretar, además, armónicamente todo el ilícito contenido en el N°16 del Artículo 97 del Código Tributario y así podemos señalar que esta norma describe otras tres conductas o hechos sancionables:*

- a) *Dos de esas hipótesis infraccionales están descritas en el inciso 2°, que dice “... la pérdida o inutilización de los libros de contabilidad o documentos mencionados en el inciso primero, **cuando se dé aviso de este hecho o se lo detecte con posterioridad a una notificación o cualquier otro requerimiento del Servicio...**”; en estos dos casos la actividad de la entidad de control denunciante se ve amparada o favorecida por una **presunción de responsabilidad que afecta al contribuyente**, que allana y facilita su función persecutora, trasladando efectivamente la carga probatoria infraccional al contribuyente que ha desplegado ciertas conductas contrarias a derecho, con posterioridad al acaecimiento de ciertos hechos propios o de la administración.*

Como puede apreciarse, el caso denunciado en estos autos, no corresponde aquella hipótesis que permite emplear la presunción legal establecida en contra del contribuyente ya descrita en el párrafo anterior, por lo tanto ella no es aplicable en la especie.

- b) Luego en el inciso 3° de la norma citada, el Legislador describió otra conducta, que se transforma en la cuarta hipótesis de este artículo, y esta vez la caracterizo como “un procedimiento doloso”, que se verifica cuando el contribuyente sufre la pérdida o la inutilización de los libros de contabilidad o documentos mencionados en el inciso primero con la finalidad de ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto, y al efecto se sancionará dicha acción como delito.

Que, esta hipótesis delictuosa no es aplicable en la especie, por ser competencia de otros Tribunales y por cierto no ha sido denunciada por el Servicio”.

1.3 Otro aspecto innovador, relevante y sustancial del fallo en comento, es el expreso reconocimiento que se hace en sede jurisdiccional a la potestad sancionadora que posee el SII, de sus atributos, consecuencias y efectos. Del mismo modo, la sentencia se transforma en un importante recordatorio de todos los conductos legales que ha de seguir la administración para el correcto ejercicio de su facultad sancionadora, y en especial para que considere los límites constitucionales y los cauces legales dispuestos en nuestro ordenamiento.

Al efecto los considerandos 13°, 14°, 15° y 16°, se ocupan de todo aquello con meridiana claridad en los siguientes términos, que no merece mayores comentarios:

“DÉCIMO TERCERO: *Que, analizada y fijada la estructura del tipo infraccional que fuera imputado por la autoridad administrativa al reclamante, es conveniente recordar que la dictación y notificación, del acto administrativo, denominado “Acta de Denuncia de Infracción” de fojas 3, se ha efectuado por parte del Servicio de Impuestos Internos, en el ejercicio de la facultad contenida en los artículos 105 y 107 del Código Tributario.*

Que, dicha actividad decisoria regulada por un procedimiento administrativo, dice relación con la constatación, verificación y acreditación que el Servicio habría hecho respecto de una presunta infracción de naturaleza administrativa, en la cual habría incurrido el contribuyente notificado.

Que, hemos señalado que el Servicio ha imputado al contribuyente la comisión de una conducta calificada como “infracción administrativa”, atendido lo expuesto en el inciso 1° del artículo 105 del Código Tributario. En este mismo sentido se han manifestado los autores Pedro Massone, Rodrigo Ugalde, Jaime García y Cristian Aste.

Que, definido lo anterior, conviene recordar que esta Magistratura considera que la dictación en sede administrativa, de la denominada Acta de Denuncia de Infracción, es el resultado del ejercicio de una potestad pública, que en doctrina se conoce como el Derecho Administrativo Sancionador (en adelante DAS) que es una manifestación y aplicación del *ius puniendi* del Estado, por lo que es lógico y necesario aplicar al DAS los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República, específicamente en el numeral 3° de su artículo 19, así como los descritos y contenidos en los Tratados Internacionales como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, de forma tal de otorgar una debida y efectiva tutela jurisdiccional a los derechos de las personas.

Que, por lo ya señalado, es que el denunciado, en concreto, está amparado por las normas y principios constitucionales y legales que inspiran y ordenan la institución jurídica del debido proceso, y por ende, será sujeto a la aplicación, entre otros, del principio de culpabilidad del cual, a su vez, deriva el principio de presunción de inocencia, acompañado de los principios de legalidad, de tipicidad, derecho a defensa etc; por lo que será, en consecuencia, el Servicio de Impuestos Internos el que deberá probar la efectividad de la comisión de la infracción administrativa denunciada.

Que, estas afirmaciones encuentran un sólido sustento en lo que ha manifestado reiteradamente el Excmo. Tribunal Constitucional, que desde el año 2006, a través de sendas sentencias dictadas en la causa roles N°479 y 480, ha sostenido que si bien la sanción administrativa se podía explicar desde el *ius puniendi* Estatal, los principios de derecho penal se podían aplicar pero con matices; criterio que ha perseverado hasta la actualidad (Roles 294/96, 479/2006, 480/2006, 1413/2010, 1518/2010 y 2381/2013).

También, este Sentenciador considera expresamente, como otro basamento, lo expuesto por la Excma. Corte Suprema, quien ha reconocido, pura y simplemente, la existencia de un *ius puniendi* Estatal con identidad plena entre la sanción administrativa y la penal. Así lo ha fallado en las causas Rol N° 2.157-2008, N°6.827-2010 y N° 9610-2012 de octubre del año 2013, sentencia esta última de donde extraemos lo que a continuación se transcribe:

“Sexto: Que según ha...[]... que ceñirse en su actuar”. (Lo destacado es nuestro)⁵.

⁵ Se omitió transcribir todo la cita de la sentencia, sólo por un tema de espacio.

Que, a mayor abundamiento, otro indiscutido pilar de la tesis de esta Magistratura, ha sido la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República (en adelante CGR), que desde el año 2005 (dictamen N°14.571) –en donde reconsideró toda su jurisprudencia previa– ha sostenido que la sanción administrativa se somete a los principios del ius puniendi Estatal (dictámenes N° 28.226 de 2007 y N° 60.341 de 2013).

Establecido lo anterior, es del caso señalar que la jurisprudencia contenida, entre otros, en los dictámenes N° 31.239 de 2005; 63.697 de 2011, y 13.790 de 2013, de esa Contraloría, ha expresado que tanto la potestad sancionadora penal como administrativa, constituyen una manifestación del Ius Puniendi general del Estado, motivo por el cual se ha entendido que los principios del derecho penal, entre ellos, el de culpabilidad, son aplicables, con matices, al derecho administrativo sancionador.

Importante es recordar que el Servicio de Impuestos Internos, está sujeto al control de la CGR y obligado por la jurisprudencia que de ella emana.

Que, conteste con las ideas anteriormente expuestas, encontramos además las fundadas opiniones, de una serie de destacados académicos y autores nacionales, tales como los señores Eduardo Cordero Quinzacara, Alejandro Vergara Blanco, Eduardo Soto Kloss, Iván Aróstica Maldonado y Jorge Bermúdez Soto, (este último en menor grado) quienes coinciden en la plena vigencia de la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, con ciertos matices, que no logran desfigurar la esencia de los mismos.

DÉCIMO CUARTO: *Que, en consecuencia, fluye con incontrarrestable fuerza y nitidez, el deber de los órganos de la administración del Estado –y en el caso sub lite, del Servicio de Impuestos Internos– de someter su actuación a todos los principios y normas del derecho penal, a la hora de ejercer, en contra de un contribuyente, el derecho administrativo sancionador (DAS) que le asiste.*

DÉCIMO QUINTO: *Que, establecido lo anterior, es lógico y necesario otorgar una debida tutela jurisdiccional a los derechos de los administrados, como lo establece el inciso final del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que fija el deber de todos los Órganos del Estado de respetar y promover tales derechos, que están garantizados por esa Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

DÉCIMO SEXTO: *Que, en consecuencia, en el caso de autos se aplica el Principio de Culpabilidad del cual deriva el Principio de Presunción de Inocencia que ampara al contribuyente que hubiere sido objeto de una denuncia por parte de la autoridad administrativa como autor de una infracción tributaria.*

Que, como saben las partes, la presunción de inocencia, impone al órgano denunciante el deber de acreditar tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional, la existencia y grado de desarrollo del hecho ilícito, la participación culpable del contribuyente y el eventual perjuicio fiscal que de tal hecho se hubiere derivado”.

1.4 Ya en el párrafo 1.2 de este trabajo citamos y transcribimos los considerandos 11° y 12° de la sentencia en estudio, los que han permitido al jurisdicente, en los motivos 19° y 20°, elaborar y sostener de modo fundado una de las conclusiones más importantes de este fallo. Esta nueva y original mirada del ilícito en estudio, que compartimos plenamente, deposita en la administración tributaria todo el peso del correcto ejercicio de la potestad sancionadora que posee, y en términos sencillos le obliga a respetar la legalidad vigente a la hora de efectuar determinadas calificaciones jurídicas.

Es así como, el fallo fluye, hasta colegir fundamente que es deber de la autoridad tributaria, en la hipótesis descrita en el inciso primero del N° 16 del artículo 97 del Código Tributario, efectuar “... una declaración que solo el Servicio de Impuestos Internos puede hacer, y que consiste en efectuar, fundadamente una calificación jurídica de culpabilidad, contenida y resumida en la expresión “no fortuita”, y que, como dijéramos, solo puede efectuar la administración tributaria en el legítimo ejercicio del derecho administrativo sancionador”.

De estas expresiones, arranca con irredargüible verdad la obligación del Servicio de Impuestos Internos, de tramitar un procedimiento administrativo conforme a la Ley N°19.880, cuando se presente un contribuyente y se autodenuncie por la pérdida o inutilización de documentación tributaria. Y solo a partir de ese procedimiento, correctamente gestionado con todas sus fases (*iniciación, instrucción, prueba y resolución*), la administración tributaria podrá emitir un acto trámite, a través del cual, se completará el ilícito infraccional, de modo fundado.

Al respecto la sentencia señala:

“DÉCIMO NOVENO: *Que, respecto al segundo presupuesto, esto es que la pérdida o inutilización de determinados documentos, sea calificada como “no fortuita” por la autoridad, surgen los siguientes razonamientos y conclusiones que permitirán formarse convicción de la existencia o no de tal calificación jurídica.*

Que, como se ha demostrado en las letras a) y b) del considerando Décimo Segundo, por una parte integran el tipo infraccional “presunciones legales” que gravan preventivamente las conductas del contribuyente ante determinados escenarios ya señalados, existiendo además una figura dolosa de la infracción en estudio, sancionada como delito.

*Que, por lo tanto queda por establecer, como una necesaria conclusión, que aquel conjunto de conductas descritas y contenidas en el inciso primero del N°16 del Artículo 97 del Código Tributario –que es la norma sobre la cual se funda el Acta de Denuncia de Infracción– se refieren a una infracción de naturaleza “culposa”, **toda vez que el legislador ha establecido como un elemento normativo subjetivo, integrante del tipo, y configurador del ilícito, una declaración que solo el Servicio de Impuestos Internos puede hacer, y que consiste en efectuar, fundadamente una calificación jurídica de culpabilidad, contenida y resumida en la expresión “no fortuita”, y que, como dijéramos, solo puede efectuar la administración tributaria en el legítimo ejercicio del derecho administrativo sancionador. Potestad sobre la cual ya nos pronunciamos en considerandos anteriores.***

Entendemos que dicha calificación jurídica, que integra y completa la infracción, sin la cual no se configura el ilícito denunciado, emana y es consecuencia directa e inmediata de un procedimiento administrativo sancionador –regulado por la Ley N°19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado–, que es escrito y debidamente razonado y motivado.

Que, dicha calificación solo puede hacerla el Servicio de Impuestos Internos, cuando ha examinado y ponderado en sede administrativa, los antecedentes aportados por el propio contribuyente en el procedimiento administrativo sancionador y solo en el evento de que existiere previamente, una “autodenuncia” del contribuyente, no en otras circunstancias; porque ya sabemos, que en los demás casos ha sido el legislador tributario el que ha hecho una calificación al establecer una presunción legal en contra del contribuyente.

Que, este Sentenciador deduce que, efectuar en sede administrativa la calificación de “no fortuita” de una pérdida o inutilización, no es una declaración baladí, sino por el contrario, entiende que es el resultado de un proceso administrativo, regulado legalmente, deliberativo, serio y profundo, que concluye con un acto administrativo igualmente fundado o motivado y que en este caso se denomina “Acta de Denuncia de Infracción Folio N°77315006145”, que solo se exteriorizará y notificará luego de haberse formado convicción de que determinadas acciones u omisiones del contribuyente son o han sido “culpables” o “culposas”.

Que, por lo tanto, la autoridad fiscalizadora al declarar y calificar la pérdida o inutilización de determinados documentos tributarios, como “no fortuita” en la respectiva Acta, ha emitido un acto jurídico administrativo de notables efectos en el ordenamiento legal.

Que, en primer lugar dicha calificación, es una valoración jurídica esencial e imprescindible, que viene a completar, perfeccionar e integrar el tipo o ilícito

infraccional descrito en el inciso primero del N°16 del art. 97 tantas veces citado, y solo en el evento que el Servicio señale que la pérdida o inutilización no ha sido fortuita, nace el ilícito y es posible efectuar la denuncia, siempre y cuando se hayan configurado los demás hechos que integran el tipo infraccional, según se ha descrito en el considerando Décimo Primero de esta sentencia.

Que, a partir de esa conjunción, concreción y acreditación de esos hechos, la entidad pública está capacitada para imponer una sanción en ejercicio de la potestad administrativa que le asiste y en caso de impugnación en sede judicial por el contribuyente, la administración tributaria estará en condiciones de sostener, probar y pretender que se mantenga esa sanción para el infractor.

Que, un segundo efecto, dice relación con que se hace exigible la aplicación en sede administrativa de las normas y principios jurídicos, que conforman el debido proceso, en especial el Principio de Presunción de Inocencia que ampara al contribuyente denunciado, que exigen en materia infraccional, no solo que se determine la existencia del ilícito, sino que también se configure y acredite la culpabilidad en el actuar del denunciado y el grado de participación del imputado.

VIGÉSIMO: *Que, en el caso en comento, el Servicio ha hecho esta imputación jurídica al contribuyente, atribuyéndole una acción u omisión "culpable", "no fortuita", que trae aparejada una expectativa de sanción, que puede afectar el derecho constitucional de propiedad del denunciado. Imputación que ha de ser probada por el ente denunciante en esta sede jurisdiccional, como ya se ha dicho en los considerandos anteriores.*

En el caso concreto no existe en el Acta de Denuncia de Infracción de fojas 3, ningún argumento o razonamiento sobre los hechos y el derecho, que justifique la conclusión a la cual arribó el Servicio.

En dicho documento solo reza la siguiente frase:

"Pérdida Facturas de ventas desde N°151 hasta N°168, emitidas y desde N°169 hasta N°170 sin emitir. Facturas de proveedores periodo 05/2015. Actuación negligente del contribuyente al no mantener debido resguardo de la documentación, causas según lo expresado en form. 3228 "Por robo a mi camioneta se llevaron bolso con la documentación" (sic).

Que, de la manifiesta falta de motivos y fundamentos, puede concluirse, sin lugar a dudas que dicho acto administrativo, denominado Acta de Denuncia de Infracción, adolece de vicios que vulneran el artículo 2° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que indica que los Órganos de la Administración

del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las leyes; y en concreto a los artículos 11, inciso 2°, 16 e inciso 4° del artículo 41 todos de la Ley N° 19.880, que dispone que los hechos y fundamentos de derecho deben siempre expresarse en aquellos actos que afecten los derechos de los particulares sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que decida o resuelvan el asunto; mandato que está en plena concordancia con el Principio de Transparencia y de Publicidad, descrito en el segundo de los artículos citados, que obliga a la administración a tramitar el procedimiento administrativo con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

Es decir, todo acto de la administración debe ser justificado, esto es, fundamentarse razonablemente tanto en la legislación vigente como en los hechos concretos debidamente probados y ponderados, teniendo en cuenta todas las circunstancias que confluyen en la situación sometida a su decisión; al no actuar así, el acto de dicha autoridad incurre en arbitrariedad y por lo tanto, carece de valor jurídico para sostener una pretensión sancionatoria.

En síntesis, el Acta de Denuncia de Infracción de fojas 3, emitida por el Servicio carece de razonabilidad, fundamentación y vulneran la Ley N°19.880, Ley N° 18.575, y el artículo 7 de la Constitución Política de la República, como se ha explicado, circunstancias que justifican con creces la decisión de este Sentenciador de restarle todo mérito acusatorio y probatorio.

Siendo del todo ineficaz el acto administrativo acusatorio desde el punto infraccional para sostener esa tesis, por cuanto esa grave omisión o deficiencia, impide que se configure el ilícito infraccional denunciado.

Que, en nada desvirtúan las conclusiones ya expuestas, el testimonio de doña P. A. R. Jefe de Departamento de Plataforma del Servicio de Impuestos Internos, que rola entre fojas 34 y 37 ambas inclusive, por cuanto ninguno de los argumentos vertidos por ella, el día 11 de noviembre de 2015, ante estrados, fue en primer lugar, anotado, ni siquiera resumidamente, en el acto administrativo denominado "Acta de Denuncia de Infracción" de fojas 3, siendo en consecuencia extemporánea su exposición y explicitación en una sede y oportunidad distinta a la que legalmente correspondía, como ya se ha señalado latamente. Además los asertos y razonamientos expuestos por la testigo tampoco aportan razonamientos lógicos e idóneos que permitan sustentar la calificación jurídica de "no fortuita" exigida por el ordenamiento legal, que son imprescindibles, reitero, para configurar el ilícito infraccional denunciado, por lo tanto no basta que dicha funcionaria hubiere pensado, supuesto o elaborado diversas teorías, si nada de esos dichos, tienen sustento fáctico y legal.

Que, a mayor abundamiento el “Acta de Denuncia de Infracción” de fojas 3, y como un antecedente que contradice el testimonio ya examinado, surge del hecho de que la referida acta está suscrita por otro funcionario público, don M. A. M.J., por lo tanto, puede asignársele, en consecuencia a él la autoría de la referida acta, y no a la declarante.

Que, en consecuencia, no se demostró en sede administrativa, ni menos se acreditó ante este Tribunal especializado, la existencia de los hechos ni los razonamientos lógicos, que pudieren servir de fundamento al Servicio, para establecer que la determinada pérdida fue realmente no fortuita, por el contrario solo ha quedado demostrado en la especie que no puede tenerse como “no fortuita”, la pérdida de las facturas aludidas en los párrafos anteriores, por cuanto la autoridad administrativa, única llamada por la Ley para efectuar dicha calificación jurídica, no ha dado ningún fundamento fáctico o legal, ni ha expresado razonamiento alguno que permita efectuar tal calificación”.

(Lo destacado es nuestro)

1.5 En la motivación 21°, el Juez, continúa desmenuzando de manera exhaustiva y novedosa el tipo infraccional imputado por la autoridad en el caso concreto, y en ese esfuerzo, descubre que el Servicio, hizo solo una formulación de cargos parcial, que no se ajusta al ilícito legal, vulnerándose así el principio de tipicidad y de dicha falencia, surge también otra línea argumentativa para sostener la absolución del inculpado, en los términos que siguen:

“VIGÉSIMO PRIMERO: *Que, respecto al tercer y cuarto presupuesto de hecho que dicen relación con que la pérdida o inutilización, afecte a determinados y específicos libros o documentos y que estos sirvan para acreditar las anotaciones contables o que estén relacionados con las actividades afectas a cualquier impuesto, respectivamente, es menester señalar lo siguiente.*

Que, en este estadio procesal, es imperativo consignar, precisar y destacar que el Servicio solo ha denunciado la primera parte de la infracción en estudio, es decir, ha imputado “La pérdida o inutilización no fortuita de los libros de contabilidad o documentos...”.

Al efecto, el ente fiscal nada dice, respecto al hecho de que dichos documentos perdidos o inutilizados, sirvieron o deberían haber servido para acreditar anotaciones contables o que estén relacionados con actividades afectas a cualquier impuesto: sobre esta parte del ilícito infraccional no hace imputación alguna de responsabilidad.

Que, recordando que el presente juicio infraccional está sujeto doblemente al "principio de tipicidad", que no solo se satisface cuando el legislador ha descrito la conducta reprochable en la ley, sino también cuando la autoridad llamada a efectuar la denuncia y aplicar una sanción en sede administrativa, es decir, por sí y ante sí, es capaz de constatar que los hechos relatados por el contribuyente coinciden en plenitud con la conducta reprochada por la Ley.

Que, esta grave y severa omisión y fraccionamiento del tipo infraccional, no puede ser suplida por supuestos que unilateralmente quiera imponer la administración, toda vez que los hechos que esta conozca, en virtud de una autodenuncia y que posteriormente puedan servir de base para efectuar una denuncia administrativa por la comisión de un eventual ilícito infraccional tributario, tienen que haberse verificado íntegramente, coincidir esos hechos con la descripción que hace el tipo infraccional, es decir, subsumirse los hechos en el derecho; y del mismo modo deben describirse y transcribirse en el Acta de Denuncia de Infracción a fin de satisfacer el ilícito prescrito por el legislador en su totalidad, y todo ello debió haber sido, además, comprobado y acreditado previamente en sede administrativa, por cuanto es ella la primera entidad pública llamada por la Ley tributaria para determinar la veracidad de la ocurrencia del hecho ilícito y fijar una sanción. En esto se traduce la potestad sancionadora administrativa que posee, y sobre la cual ya nos hemos pronunciado.

Que, esta sola circunstancia descrita previamente, permitiría a este Sentenciador desechar la actual denuncia del Servicio.

Que, a mayor abundamiento y considerando que en el caso de marras, existe un hecho no controvertido por las partes, que dice relación con que dentro de las facturas que el reclamante indica que le fueron sustraídas, se encuentran las facturas N°169 y 170, no emitidas, es decir, se trata del extravío de facturas sin emitir o en blanco, por lo que, a juicio de esta Magistratura, no puede sostenerse que sean instrumentos que sirvan de base a la contabilidad del contribuyente, desde que no contenía dato respecto de alguna operación y tampoco cabe entender que, por defecto, sean instrumentos relacionados con operaciones afectas al impuesto al valor agregado, pues como ya se ha indicado, y siendo un hecho no controvertido por las partes, las facturas ya individualizadas se encontraban en blanco, sin extender.

Por lo tanto, solo corresponde concluir que el extravío de las facturas N°169 y 170, individualizadas en la especie, sin emitir, no pueden configurar la infracción denunciada en autos, por no adecuarse su naturaleza y objeto con la de los documentos cuya pérdida o inutilización se persigue sancionar.

Que, la falta de cumplimiento de este esencial requisito, permite concluir que la conducta tal como ha sido imputada por el Servicio, con las deficiencias

anotadas y que ha sido reclamada en estos autos, es una conducta atípica, por lo tanto no puede ser objeto de reproche administrativo, ni menos objeto de una sanción infraccional.

Que, en nada desvirtúan las conclusiones ya expuestas, el testimonio de la funcionaria del Servicio de Impuestos Internos, que rola entre fojas 34 y 37 ambas inclusive, por cuanto ninguno de los argumentos vertidos, el día 11 de noviembre de 2015, prestada ante estrados, se refieren de modo alguno a este presupuesto de hecho. Al respecto la testigo nada dice, no aporta antecedentes ni razonamientos respecto al hecho de que los documentos perdidos o inutilizados hubieren servido para acreditar anotaciones contables o que estén relacionados con las actividades afectas a cualquier impuesto, como lo exige el tipo infraccional. Por lo tanto dicho testimonio, es inidóneo e ineficaz para probar el ilícito denunciado, por el contrario se consolida, de modo irrefragable que la atipicidad detectada se ha perpetuado y consolidado.

Que, sobre estos requisitos, y de modo ejemplar, la sentencia de la Excm. Corte Suprema dictada con fecha veinticinco de julio del año dos mil uno, en la causa Rol N° 3.756-2000, recaída en un caso similar señaló lo siguiente:

“Que [...] sea para el propio contribuyente de autos o para terceros”⁶.

Que, en consecuencia, por lo expuesto, este Sentenciador, fundadamente puede sostener que no se ha formado convicción que en la especie se hubieren configurado los presupuestos de hecho en estudio”.

1.6 Que, en consecuencia, atendido todo lo transcrito y destacado, y lo ilustrativo y explicativo que resulta del fallo en estudio por sí mismo, se puede colegir que la ICA al confirmar la sentencia de primera instancia, ha optado por un posición innovadora –*garantista al decir del algunos en materia de derecho tributario infraccional*– por cuanto ha detectado en la actuación sancionadora de la administración tributaria una serie de falencias, que pugnan con el ordenamiento jurídico, que han permitido al Tribunal de primera instancia acoger el reclamo en todas sus partes, dejando sin efecto el acto administrativo sancionador emitido por el ente fiscal.

2° Análisis del Fallo Rol N°170-2016- Civil, recaído en la sentencia de Primera Instancia respecto de la causa caratulada: “*F. R., Francisco Con S.I.I.*”, Ruc N°: 15-9-0000830-6, RIT N°: ES-19-00016-2015.

⁶ Se ha omitido transcribir toda la cita que se hace de la sentencia de la E. Corte Suprema, por un tema de espacio.

El segundo fallo de la ICA de Rancagua, fue pronunciado en la causa rol N°170-2016- Civil, con fecha, treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis, a través del cual confirmó la sentencia apelada, de fecha uno de febrero de dos mil dieciséis, con excepción de su considerando décimo tercero, que se eliminó.

2.1 Para una mejor comprensión de este caso, comencemos por reproducir los hechos como fueron percibidos e imputados por los agentes del Servicio, que se resumieron en los siguientes considerandos:

*“**SEGUNDO:** Que, conforme se expresó en el numeral Dos) de los Vistos, a fojas 13, corre la contestación del **SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS**, quien solicita que se rechace la reclamación en todas sus partes, confirmando la actuación reclamada, con costas. Funda su contestación en las razones de hecho y de derecho que se enunciaron en el numeral Dos) referido, las que también se dan por enteramente reproducidas en este considerando.*

Sin perjuicio de lo anterior, en síntesis la entidad fiscal funda su contestación en la circunstancia de que el día 09 de julio de 2015, alrededor de las 22:30 horas, a la altura del kilómetro 50 de la ruta 5, en dirección al norte, se controló el vehículo de carga placa patente DZHW-70 conducido por el reclamante, constatándose que este no había pasado por el control carretero ubicado a la salida del túnel de Angostura, por lo que se determinó notificar la infracción contemplada en el artículo 97 N° 6 del Código Tributario, por el entramamiento a la acción fiscalizadora, al haberse negado al ingreso y posterior control de los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos actuantes en las dependencias del referido control.

***TERCERO:** Que, atendido el tenor del reclamo y del escrito de contestación, la discusión de autos se ha centrado en determinar si en la especie procede o no la aplicación de la multa establecida en el inciso primero del N°6 del artículo 97 del Código Tributario, en los términos que se imputa en el acto reclamado, estimándose por el reclamante que habría cumplido con su obligación de control carretero, al haber sido autorizado por el funcionario a cargo, a seguir su trayecto sin el timbre correspondiente; en circunstancias que la entidad administrativa sostiene que el hecho de eludir el control carretero implica un entramamiento de la fiscalización sancionable a la luz de la norma anotada.*

En este contexto, corresponde determinar si las conductas desplegadas por el reclamante, configuran o no, la hipótesis de entramamiento de la acción fiscalizadora, como lo ha imputado la administración a fin de concluir si procede o no la aplicación de las sanciones que establece la ley”.

2.2 Al igual que en el caso anterior, los hechos sustanciales fueron percibidos y concebidos por el Juez, poniendo, en general, todo el peso de la prueba

en la autoridad fiscalizadora que hizo la imputación infraccional, y así quedó resumido en la motivación quinta.

“QUINTO: *Que, en cuanto a los aspectos discutidos en estos autos, a fojas 20 se recibió la causa a prueba, estableciéndose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:*

1. *Hechos y circunstancias que originan la Notificación de Infracción N°1212645, de fecha 09 de julio de 2015.*
2. *Efectividad de verificarse en la especie, las circunstancias y supuestos de hecho que harían procedente la aplicación de la sanción contemplada en el artículo 97 N° 6 de Código Tributario en relación con la conducta denunciada.*
3. *Efectividad de que el día 09 de julio de 2015, el reclamante entrabó la fiscalización del Servicio de Impuestos Internos y eludió el control carretero de Angostura.*
4. *Efectividad que el día 09 de julio de 2015 el reclamante se detuvo en el control carretero de Angostura siendo autorizado por el funcionario a cargo a seguir su trayecto en dirección a Santiago”.*

2.3 El sentenciador, para una correcta resolución del caso sometido a su conocimiento, además de visitar la norma infraccional fundante, revisó y analizó otras disposiciones legales y administrativas aplicables al caso, como son: el artículo 55 del D.L. N°825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios; el artículo 71° bis del D.S. N°55, del Ministerio de Hacienda, de 1977, denominado “Reglamento de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios” y también la Circular N°64 del 14 de septiembre del 2001, emitida por el Servicio de Impuestos Internos, titulada como “Define objetivo de la presencia fiscalizadora en terreno e instaura procedimiento general de actuación”, de la cual cito algunos párrafos atinentes al caso.

“DÉCIMO CUARTO: *Que, para dilucidar la interrogante planteada, a fin de resolver el conflicto sometido a conocimiento de este Tribunal, deben tenerse en consideración, además, las siguientes normas.*

En primer lugar, debe revisarse y ponderarse lo dispuesto en el inciso final del artículo 55 del D.L. N°825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, que establece lo siguiente:

“La guía de despacho [...] servicio sujeto del impuesto”⁷.

⁷ Se ha omitido transcribir toda la cita que se hace respecto al texto de la norma invocada, por un tema de espacio.

Que, como natural consecuencia de la norma transcrita, surge el artículo 71° bis del D.S. N°55, del Ministerio de Hacienda, de 1977, denominado "**Reglamento de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios**", que sobre esta materia dispone en su inciso final, lo siguiente:

"La segunda copia [...] en el N° 17 del artículo 97° del Código Tributario"⁸.

Que, adicionalmente a las disposiciones anotadas, es necesario considerar también la CIRCULAR N°64 del 14 de septiembre del 2001, emitida por el Servicio de Impuestos Internos, titulada como "**Define objetivo de la presencia fiscalizadora en terreno e instaura procedimiento general de actuación**", que en lo pertinente y concerniente al caso en análisis, establece lo siguiente:

"6.- Controles carreteros y móviles

Concepto

- a. Controles carreteros:** Son aquellas actividades de fiscalización a vehículos con carga que tienen lugar en zonas fuera del radio urbano. Dentro de ellos se distinguen dos conceptos: controles carreteros permanentes y controles carreteros temporales. Los controles carreteros permanentes funcionan en horarios continuos, disponen de oficina establecida e infraestructura vial especial (pistas de desaceleración, aceleración y espacios especiales para la fiscalización); en cambio, los controles carreteros temporales se realizan en turnos de menor duración, no disponen de oficina establecida, en general tampoco disponen de infraestructura vial especial, y se efectúan en horarios y lugares que se seleccionan en función de requerimientos específicos.
- b. Controles móviles:** Son aquellas actividades de fiscalización que se efectúan a vehículo con carga dentro de las zonas urbanas y su funcionamiento consiste en que por cada salida se controlan los vehículos en distintos sectores de la jurisdicción. Su programación en general también obedece a requerimientos específicos, por lo cual los lugares y horarios en que se realizan no son de tipo permanente.

Para ambas actividades el objetivo es comprobar que la movilización o traslado de bienes corporales muebles se realice portando la correspondiente documentación tributaria, es decir, Factura, Factura de Compra, Guía de Despacho, Boleta o Guía de Traslado, otorgadas en la forma exigida por las leyes, reglamentos y normas vigentes.

⁸ Se ha omitido transcribir toda la cita que se hace respecto al texto de la norma invocada, por un tema de espacio.

En general, en estas actividades los antecedentes son requeridos al conductor del vehículo que transporta los bienes, siendo el medio de transporte en la mayor parte de los casos perteneciente a otro contribuyente, es decir, no al contribuyente en fiscalización.

Cabe hacer presente además, que para el desarrollo de estas actividades es esencial la presencia de Carabineros, los cuales cumplen las funciones de detención de los vehículos a controlar y la de seguridad de los funcionarios. Para lograr dicho apoyo, es necesario que la Regional o Unidad respectiva realice las gestiones pertinentes.

Acciones de fiscalización

- a) Identificarse como funcionario del Servicio de Impuestos Internos ante el contribuyente o conductor, con la respectiva credencial y/o indumentaria corporativa.*
- b) Informar al contribuyente sobre la fiscalización a que va a ser sometido, consistente en la verificación de su cumplimiento tributario, con relación al porte y consistencia de la documentación tributaria por los bienes muebles que traslada.*
- c) Proceder a requerir los documentos tributarios de los bienes que transporta, dado que podría llevar más de un documento.*
- d) Consultar en el Sistema Computacional selectivamente los documentos tributarios que amparan la venta o el traslado de (...).*
- e) Verificar la correcta emisión de los documentos que amparan el traslado y/o venta de los bienes, es decir, que contengan la información correcta del emisor, del destinatario e identificación de precios y bienes transportados.*
- f) Chequear que los productos o mercaderías individualizadas en los documentos tributarios de traslado, sean los que efectivamente transporta el vehículo y en especial lo referido a cantidad y descripción del producto.*
- g) Retirar por cada vehículo controlado, para su posterior procesamiento, el o los controles tributarios o triplicados correspondientes a las mercaderías que transporta, consignando en el original del documento, el timbre diseñado para estos efectos y devolviéndolo al conductor.*

La fiscalización deberá realizarse conforme a las circunstancias y procurando no demorar demasiado el término del proceso.

Resultado de la fiscalización

Lo indicado en la sección resultado de la fiscalización en las letras b), d) y e) de la actividad N°1 (Control de emisión y registro de documentos) es válida para este tipo de control.

- a) *Si no se detectan irregularidades, informar al conductor que el Servicio de Impuestos Internos no tiene observaciones que realizar, despedirse de él e indicarle que puede continuar hacia su destino.*
- b) *En los controles carreteros, en el caso en que el conductor del vehículo y/o dueño de las mercaderías, no tenga o no exhiba la documentación que respalda el traslado, se debe notificar la infracción a quien corresponda y el vehículo no podrá continuar hasta obtener el documento idóneo para seguir a su destino, de otra manera deberá devolverse a su lugar de origen.*
- c) *En los controles móviles, detectado un vehículo sin documentación tributaria, debe notificarse al conductor infracción sancionada en el art. 97 N° 17 del Código Tributario. Si la carga proviene de una dirección cercana, se recomienda ir al domicilio del vendedor de inmediato y notificar si corresponde, la infracción tipificada en el art. 97 N° 10 del Código Tributario.*
- d) *En el caso de detectarse documentos con numeración baja, cuando no se disponga de equipo computacional para consultar en línea, se recomienda chequear el rango de timbraje, contactándose con la Dirección Regional o Unidad donde se realizó el trámite.*
- e) *Cuando se detecten en los controles, documentos no autorizados por el Servicio debidamente comprobados en los sistemas computacionales y en la Unidad que efectuó el timbraje, se le tomará una declaración jurada al conductor o dueño en los términos de los artículos 34 y 60 inciso octavo del Código Tributario (...).*
- f) *Las siguientes son las infracciones factibles de cursar, según lo establecido en el art. 97 del Código Tributario:*
 - *El conductor no lleva la correspondiente documentación tributaria, pero identifica al vendedor o prestador del servicio que debió emitir el documento. Corresponde que se le notifique la infracción contemplada en el N° 17 del artículo 97 del Código Tributario. Respecto del vendedor deberá registrarse su nombre y domicilio, para que posteriormente se le notifique la infracción contemplada en el N°10 del artículo 97 del Código Tributario.*

- *El conductor no lleva la correspondiente documentación tributaria y no identifica al vendedor o prestador del servicio que debió emitir el documento. Debe denunciársele por la infracción contemplada en el N° 10 del artículo 97 del Código Tributario. Sin embargo, no procede que además se le denuncie por infracción del N° 17 del referido artículo 97.*
- *El conductor porta la correspondiente documentación tributaria, pero ella no cumple con todos los requisitos exigidos por la Ley, el Reglamento y las Instrucciones del Servicio. Corresponde que se denuncie en el acto al conductor por la infracción contemplada en el N° 17 del artículo 97 del Código Tributario y posteriormente al emisor por el N° 10 del mismo artículo, del ya mencionado Código.*
- *El vendedor, comprador o el prestador de servicio dueño de los bienes, conduce el vehículo o se encuentra en él. Si no portan la correspondiente documentación tributaria o si estos documentos no cumplen con todos los requisitos exigidos por la Ley, se les denunciará la infracción contemplada en el N° 10 del artículo 97 del Código Tributario.*

Al finalizar la actividad, se deben completar los datos correspondientes en la Orden de trabajo Controles Carreteros y Móviles”.

Que, del estudio y análisis de la normativa citada, se desprende que el proceso de fiscalización que debe ejercer el Servicio de Impuestos Internos, en carreteras, está referido y circunscrito al control de la emisión oportuna de determinados documentos tributarios, y del porte, exhibición y entrega de esos documentos a la autoridad tributaria, cuando estos los requieran.

Que, en este contexto, revisada la normativa vigente, el Tribunal no encontró norma alguna que obligue a los contribuyentes a detenerse en los controles carreteros –cualquiera que sea la naturaleza de estos– que mantiene el Servicio de Impuestos Internos, no encontrando tampoco, norma alguna que sancione la no detención en tales controles, salvo por cierto, si cualquier detención es requerida por Carabineros de Chile conforme al artículo 185 de la Ley del Tránsito N°18.290. Por lo demás, el Servicio de Impuestos tampoco ha invocado norma alguna que establezca la obligación y sanciones antes referidas”.

2.4 Como ya dijimos en el numeral 1.3 relativo al fallo anterior del fallo en comento, reconoce expresamente en sede jurisdiccional la potestad sancionadora que posee el SII, sus atributos, consecuencias y efectos. Del mismo modo la sentencia se establece como un importante recordatorio de todos los conductos legales que ha de seguir la administración, el correcto ejercicio de su

facultad, y en especial para que considere los límites constitucionales y los cauces legales dispuestos en nuestro ordenamiento, y en el caso concreto reitera las expresiones en los considerandos 15°, 16°, 17° y 18°, que no transcribiremos, por cuanto su contenido es casi idéntico a los expuesto en la anterior sentencia.

2.5 Avanzado en el estudio del fallo, se aprecia que el Sentenciador, al momento de desentrañar las circunstancias y supuestos de hecho que harían procedente la aplicación de la sanción contemplada en el artículo 97 N° 6 del Código Tributario, a la luz de las probanzas vertidas, se percata de que en el caso concreto de una profunda violación al principio de tipicidad, al igual que en el asunto conocido en el fallo anterior, señala *“Que, una vez determinado y precisado esos hechos, debe efectuarse el debido examen de tipicidad, es decir, si dichos hechos, tal como han sido denunciados y, eventualmente, probados en esta sede jurisdiccional, podrían ser punibles o sancionables conforme dispone la Ley”* y *“...este Sentenciador se ha formado plena convicción de que, no se han acreditado los hechos y circunstancias que satisfagan el ilícito infraccional supuestamente vulnerado, por el contrario, solo se da cuenta en esta sede jurisdiccional de una serie de circunstancias y hechos atípicos, que no concuerdan en plenitud con el contenido de la norma ya citada, de conformidad a lo que exige perentoriamente el principio de legalidad y de tipicidad...”*; y por ello en los considerandos 21°, 22°, 23°, 24°, 25° y 27°, desarrolla toda una nueva teoría exculpatoria, que beneficia al contribuyente imputado, motivaciones de las cuales surge la importancia y relevancia de este fallo, que en síntesis significa dejar al descubierto una sustantiva falta de norma legal sobre la cual actúa el SII.

“VIGÉSIMO PRIMERO: *Que, respecto al segundo hecho controvertido, que dice relación con acreditar la efectividad de verificarse en la especie, las circunstancias y supuestos de hecho que harían procedente la aplicación de la sanción contemplada en el artículo 97 N° 6 de Código Tributario en relación con la conducta denunciada, debemos tener presente lo siguiente:*

*Que, en el caso concreto, las circunstancias y supuesto de hecho que harían procedente la aplicación de una sanción –siguiendo la teoría del caso expuesta por el Servicio de Impuestos Internos– estaría dada porque el reclamante no timbró en el control fijo de Angostura la pertinente guía de despacho, y luego al ser nuevamente controlado kilómetros más allá, los funcionarios verificaron dicha falta de estampado o atestado fiscal, y todo ello habría significado una elusión del control, y a su juicio dichas circunstancias habrían satisfecho la hipótesis categorizada como **“el acto de entrabar en cualquiera forma la fiscalización ejercida en conformidad a la ley”**.*

Ahora, bien, corresponde a la luz de los dichos del Servicio y del testimonio de sus funcionarios que han sido concienzudamente examinados, determinar en primer lugar si se produjo un entrabamiento, como se verificó o produjo, y

si dicha forma o acción está tipificada como infracción tributaria; y luego es necesario acreditar, si el supuesto entrabamiento altero un proceso de fiscalización ejercido en conformidad a la ley.

Que, para mayor precisión y como ya sabemos, la conducta denunciada por Servicio de Impuestos Internos, consistió en los siguientes hechos, según reza el documento de fojas 2 y 17:

“Entraba la fiscalización al eludir control carretero obligatorio y debidamente señalado, solo con intervención de Carabineros pudo ser controlado, trasladaba mercaderías según Guía de Despacho Electrónica N°106883 RUT 76.564.580-8”.

VIGÉSIMO SEGUNDO: *Que, una vez determinados y precisados esos hechos, debe efectuarse el debido examen de tipicidad, es decir, si dichos hechos, tal como han sido denunciados y, eventualmente, probados en esta sede jurisdiccional, podrían ser punibles o sancionables conforme dispone la Ley.*

Que, con estos antecedentes, en especial de lo que se extrae de los testimonios de fojas 60, puede concluirse que la conducta o acción, que habría provocado o generado el entrabamiento de la fiscalización, a decir del Servicio, fue el eludir el control carretero obligatorio, que se encontraba debidamente señalado.

*Que, corresponde preguntarse nuevamente, **¿en qué norma legal o reglamentaria se encuentra establecido el deber de un conductor de vehículo de carga de detenerse en un control carretero del Servicio de Impuestos Internos? y, por cierto cabe preguntarse ¿en qué norma legal o reglamentaria se encuentra establecido la sanción ante una eventual infracción a ese presunto deber?***

Las respuestas a estas naturales interrogantes, evidentemente no las encontraremos en la contestación del Servicio de fojas 13, y no las hallaremos en el testimonio de los funcionarios fiscalizadores de fojas 60 y 61, ni menos las descubriremos en el documento Notificación de Infracción, que rola a fojas 2, toda vez que en ninguno de los antecedentes y medios probatorios ya reseñados se indica en qué norma legal o reglamentaria se encuentra el deber jurídico del contribuyente de ingresar a determinados recintos al borde de la carretera, de requerir y exigir que se le timbren determinados documentos tributarios, y tampoco precisan la normativa de la cual se desprenda que la omisión de cualquiera de esos deberes podría configurar un ilícito tributario, y objeto de una sanción pecuniaria.

Que, tener la certeza jurídica de saber dónde se encuentra tipificada una conducta ilícita y su eventual sanción no resulta baladí en un proceso infraccional como el que se sigue, toda vez que, como ya seña-

lamos, extensa y fundadamente, en los considerandos Décimo Quinto a Décimo Octavo Séptimo, nos encontramos escrutando el ejercicio del derecho administrativo sancionador que posee el Servicio de Impuestos Internos, sujeto a los principios de presunción de inocencia, legalidad y tipicidad, entre otros.

Como señalamos, el presente juicio infraccional está sujeto al “principio de tipicidad”, y lo está desde una doble perspectiva, que se satisface, en primer lugar, cuando el legislador ha descrito la conducta reprochable en la ley, y lo hace en segundo término, cuando la autoridad llamada a efectuar la denuncia y a aplicar una sanción en sede administrativa, es decir, por sí y ante sí, es capaz de constatar que los hechos ejecutados por el contribuyente coinciden en plenitud con la conducta reprochada por la Ley.

Que, para efectuar una denuncia administrativa por la comisión de un eventual ilícito infraccional tributario, este tiene que haberse verificado íntegramente, deben coincidir los hechos con la descripción que hace el tipo infraccional, es decir, deben subsumirse los hechos en el derecho; y del mismo modo deben describirse y transcribirse en la Infracción a fin de satisfacer el ilícito prescrito por el legislador en su totalidad, y todo ello debió haber sido, además, comprobado y acreditado previamente en sede administrativa, por cuanto es ella la primera entidad pública llamada por la Ley Tributaria para determinar la veracidad de la ocurrencia del hecho ilícito y fijar una sanción. En esto se traduce la potestad sancionadora administrativa que posee, y sobre la cual ya nos hemos pronunciado.

Que, esta sola circunstancia anómala, descrita previamente, permitiría a este Sentenciador desechar la actual denuncia del Servicio.

VIGÉSIMO TERCERO: *Que, sin perjuicio de lo ya señalado, teniendo presente lo ya señalado en los considerandos Décimo Segundo, Tercero y Cuarto de esta sentencia, y a mayor abundamiento, resulta relevante destacar –que sobre el ilícito en estudio, contenido en el artículo 97 N° 6 de Código Tributario– este Sentenciador coincide plenamente con lo expuesto por el destacado tributarista, don PEDRO MASSONE PARODI, quien concluye que la infracción descrita en la norma legal citada, y que ha sido imputada al contribuyente, solo se configura en los procesos de fiscalización que la autoridad tributaria ejerza sobre los locales o establecimientos de comercio, agrícola, o industriales del contribuyente, es decir, sobre instalaciones o dependencias fijas o de evidente naturaleza inmueble donde se desarrolla la actividad generadora de las rentas. Por lo tanto, esta correcta interpretación o conceptualización del contenido de la infracción en comento, excluye la posibilidad de que el entrabamiento al proceso de fiscalización, se pueda verificar o configurar respecto del control carretero de vehículos en desplazamiento, o en aquellos lugares que no sean*

directamente el establecimiento de comercio o industria del contribuyente, donde deben permanecer los “libros de contabilidad o de libros auxiliares y otros documentos exigidos por el Director o el Director Regional”, como señala claramente la norma en estudio.

Que, ha quedado establecido, con meridiana claridad que la norma descrita en el N°6 del artículo 97 del Código Tributario, invocada por la autoridad administrativa, es una “norma residual”, propia o exclusiva de proceso de fiscalización tributaria llevado a cabo en el establecimiento o industria del contribuyente, y por lo tanto no es aplicable por analogía a otras situaciones.

Que, en plena concordancia con lo anterior, es importante señalar que ha sido el propio legislador tributario, el que comprendiendo todo lo ya expuesto, ha establecido en el artículo 109 del Código Tributario, una norma sancionatoria, abierta, que permite a la autoridad tributaria reprimir, todas aquellas otras conductas lesivas al ordenamiento impositivo, que no tenga señalada una sanción específica.

*Que, refuerzan las conclusiones previas, la existencia de las siguientes normas ya citadas en considerandos anteriores: el artículo **55 del D.L. N°825, sobre Impuesto a las Ventas y Servicios**, que señala que si el vendedor o prestador de servicios, que no emita la respectiva guía de despacho –cuando efectúe traslados de bienes corporales muebles– podrá ser sancionado en la forma prevista en el N°10 del artículo 97° del Código Tributario. Es decir, la ley establece una obligación, que es la de emitir la correspondiente guía de despacho para el traslado de mercaderías, y su omisión hará aplicable una sanción.*

*Luego el **artículo 71° bis del D.S. N° 55, del Ministerio de Hacienda, de 1977, denominado Reglamento de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios**, establece que la segunda copia o copia adicional de una factura o guía de despacho deberá portarse para ser exhibida durante el traslado de las especies, junto con el original y ser entregada a los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos que lo requieran. El incumplimiento de esta obligación, dice la norma, será sancionado con la pena establecida en el N° 17 del artículo 97° del Código Tributario.*

Ambas hipótesis sancionatorias, en los términos descritos, solo podrían verificarse en las afueras del inmueble o establecimiento de comercio, agrícola, o industrial del contribuyente donde se desarrolla la actividad generadora de las rentas, una vez que las mercaderías han salido del local, y son trasladadas a otro lugar. En caso contrario, de verificarse una fiscalización en el establecimiento, y si durante el desarrollo de la misma, el contribuyente o sus dependientes ejercieren cualquier acto que perturbe o entorpezca dicho proceso, podría satisfacerse la conducta infraccional que se ha imputado, pero erradamente en el caso concreto.

En consecuencia, de ambas normas citadas puede extraerse el verdadero objeto, la esencia del proceso de fiscalización en terreno (en este caso, control carretero) y que consiste en comprobar, en primer lugar que el vendedor haya emitido en tiempo y forma la respectiva factura o guía de despacho, y luego, en segundo término, que el transportista porte dichos documentos tributarios, y una vez requeridos por los fiscalizadores, este entregue las pertinentes copias.

Este es el desarrollo normativo que fundamenta lo planteado por MASSONE, y que es seguido por este Sentenciador.

Que, en estos términos, y con ese fundamento, interpretación y filosofía de fondo, el Servicio de Impuestos Internos, emitió la CIRCULAR N°64 del 14 de septiembre del 2001, titulándola "Define objetivo de la presencia fiscalizadora en terreno e instaura procedimiento general de actuación", y que, como sabemos, resulta obligatoria para sus funcionarios.

De dicha circular ya destacamos aquellas partes pertinentes, en el Considerando Décimo Cuarto de esta sentencia, y que en síntesis indica, que solo faculta a sus funcionarios a denunciar los ilícitos tributarios descritos en los números 10 y 17 del artículo 97 del Código Tributario, encontrándose conteste, dicha circular, con las infracciones descritas en las normas legales y reglamentarias ya citadas.

Que, como se aprecia, la labor fiscalizadora en carreteras, está suficientemente amparada y protegida por las normas infraccionales, a través de severas sanciones, excluyendo de este modo aquella hipótesis infraccional, descrita en términos genéricos contenida en el N° 6 del artículo 97 por ser natural de otros procesos de fiscalización. Por lo tanto, por aplicación de los principios de legalidad y de tipicidad, no hay espacio para la imaginación y creatividad administrativa, por cuanto su objeto, su misión en los procesos de fiscalización en carreteras era y es controlar la emisión oportuna y el porte de las guías de despacho. Y si de ese proceso administrativo de fiscalización, se acredita que el conductor porta una guía de despacho oportunamente emitida, simplemente no hay ilícito, no hay infracción tributaria. Para el legislador es indiferente el lugar donde se controle y verifique la correcta emisión y el porte de la guía de despacho, lo relevante es haberla emitido y portarla, y no el lugar.

Que, de este modo respondemos, aquella interrogante planteada en orden a saber si el supuesto entramiento alteró un proceso de fiscalización ejercido conforme a la ley.

Que, como último antecedente, resulta necesario dejar asentado –que según el documento de denuncia de fojas 2 y 17 y del testimonio de los fiscalizadores de fojas 60 y 61, se desprende sin lugar a dudas– que el reclamante sí portaba, y si entregó la Guía de Despacho Electrónica N°106883 RUT 76.564.580-8,

hecho del cual puede concluirse, de modo indubitado, que el reclamante efectivamente cumplió con el mandato legal y reglamentario de portar y entregar, ante el requerimiento de la autoridad el documento tributario pertinente. Por lo tanto, su conducta no puede ser objeto de ninguna sanción, cualquier otro hecho ocurrido en el proceso de fiscalización o cualquiera otra apreciación subjetiva es jurídicamente irrelevante, está exenta de todo reproche infraccional.

VIGÉSIMO CUARTO: *Que, como se ha venido razonando, este Tribunal estima que las probanzas vertidas en el presente juicio, no poseen la aptitud e idoneidad para probar que los hechos descritos por el Servicio, configuran o satisfacen el ilícito tributario de entrabamiento.*

Que, la anterior conclusión, se sustenta en la evidente falta de norma legal o reglamentaria que tipifique la conducta que reprocha la autoridad tributaria, toda vez que con los antecedentes descritos y analizados en considerandos anteriores, los fundamentos ya vertidos, y el correspondiente examen de las probanzas allegadas a este proceso infraccional, permiten a este Juez estimar que el hecho de eludir un control carretero o de no tener un determinado timbre que atestigüe el paso por uno determinado, no constituyen el ilícito infraccional tributario de entrabamiento descrito por el legislador, y que, como ya señalamos, es aplicable en otros procesos de fiscalización. Es más, este Sentenciador, considera que la figura infraccional en blanco –que estima el Servicio que ha sido vulnerada por el reclamante– no puede ser complementada o integrada por la mera voluntad de la administración y sus funcionarios.

Que, en consecuencia, por lo ya señalado y habiendo revisado las probanzas aportadas por las partes, en especial el documento de fojas 2 y 17 y los testimonios de los funcionarios del Servicio, rolantes entre las fojas 60 y 61, no se aprecia, de qué modo se verificaron en la especie las circunstancias y supuestos de hecho que harían procedente la aplicación de la sanción contemplada en el artículo 97 N°6 del Código Tributario, en relación con la conducta denunciada.

VIGÉSIMO QUINTO: *Que, la tercera exigencia judicial, estableció el deber de acreditar la efectividad de que el día 09 de julio de 2015, el reclamante entrabó la fiscalización del Servicio de Impuestos Internos y eludió el control carretero de Angostura.*

Que, sobre el particular, se desprende de los testimonios de fojas 60 y 61, que los hechos presenciados y denunciados por los fiscalizadores –y como ya se señaló latamente en los considerandos anteriores– no son constitutivos del ilícito de entrabamiento, por lo tanto son una conducta atípica, exenta de todo reproche infraccional, por lo tanto se tendrá por no acreditado el punto de prueba en estudio.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: *Que, en síntesis, habiéndose escrutado y examinado las probanzas, especialmente la testimonial allegadas al presente juicio; atendiendo a todo lo expuesto y razonado en los considerandos anteriores **este Sentenciador se ha formado plena convicción de que, no se han acreditado los hechos y circunstancias que satisfagan el ilícito infraccional supuestamente vulnerado, por el contrario, solo se da cuenta en esta sede jurisdiccional de una serie de circunstancias y hechos atípicos, que no concuerdan en plenitud con el contenido de la norma ya citada, de conformidad a lo que exige perentoriamente el principio de legalidad y de tipicidad.***

De lo que se sigue forzosamente una declaración de exculpación total a favor del reclamante, por haber desplegado una conducta atípica, no sancionable desde el punto de vista de la normativa vigente que regula las infracciones administrativas tributarias.

Que, así las cosas, resulta inequívoco y forzoso acoger en todas sus partes el reclamo de fojas 1" (lo destacado es nuestro).

III. Conclusiones

- 1° Que, del tenor de ambas sentencias, se desprende con meridiana claridad que el órgano público de la administración del Estado, el Servicio de Impuestos Internos, posee dentro de sus facultades, la potestad sancionadora de orden tributario, reconocido doctrinariamente como derecho administrativo sancionador;
- 2° Que, son la propia Constitución Política de la República, y el conjunto de leyes que regulan la actividad del Estado y sus órganos, las que establecen que estos deben someter su actuar a dichas normas, en especial cuando se ejerce en contra de los ciudadanos o contribuyentes el *ius puniendi* del Estado, que afecta en algunos casos derechos fundamentales de los justiciables;
- 3° Que, en este orden de ideas, ambos fallos han develado, en cada caso en concreto, que el Servicio no ha adecuado el ejercicio de su potestad sancionadora ni la Constitución, ni a la Ley;
- 4° Que, ambos casos han demostrado una vieja práctica de la administración tributaria, de interpretación creativa e imaginativa de los ilícitos tributarios y la creación de agravamientos de conductas, fuera de la norma legal, que están más allá del ordenamiento vigente⁹. Y todo

⁹ Véase Circular N°01 del 02 de enero del 2004, del Servicio de Impuestos Internos, sobre "Política de Aplicación de Sanciones por Infracciones Tributarias Contempladas en los Números 6, 7, 10, 15, 16,

aquello pugna severamente con los principios de legalidad y tipicidad, ya expuestos en los fallos analizados, toda vez que en materia de derecho tributario infraccional, es claro y categórico, que el legislador ha respetado ambos principios, por cuanto la tipificación o descripción legal de los ilícitos infraccionales está, principalmente, contenido en un texto legal, el artículo 97 del Código Tributario.

Por lo tanto esta no es una afirmación sin fundamentos, ya que de los antecedentes expuestos y analizados se demuestra que la administración tributaria, por un lado no aplica al interior de su organización, una norma legal esencial, que regula el ejercicio de la potestad sancionatoria con un marcado acento garantista, como lo es la Ley N°19.880 sobre Bases de Procedimiento Administrativos, que se ha constituido en la norma supletoria de todas las agencias del Estado que le permiten conocer, tramitar y resolver los conflictos sometidos a su decisión.

Es claro y evidente que el Servicio no utiliza en todos sus procedimientos sancionatorios esta norma, y no la aplica en toda su extensión e integridad, lo que redundará en serias vulneraciones de los derechos de los contribuyentes; a modo de ejemplo en el segundo caso estudiado, a propósito de su frondosa interpretación creativa, extiende equivocadamente a hechos atípicos, efectos jurídicos vulneratorios de normas no diseñados al caso concreto, actividad interpretativa que también trasgrede prerrogativas fundamentales de los ciudadanos;

- 5° Que, como consecuencia de esta flagrante desobediencia e inaplicación de normas sustantivas y procesales por parte del Servicio, este debiera reemprender en su interior una revisión de sus procedimientos y doctrinas sancionatorias, así como efectuar un masivo plan de capacitación de sus agentes, para que en el ejercicio del *ius puniendi*, sus actuaciones de conocimiento, denuncia, tramitación y aplicación de sanciones estén acordes a las correctas interpretaciones jurisprudenciales;
- 6° Que, como otra consecuencia de esta evidente desobediencia e inaplicación de normas sustantivas y procesales por parte del Servicio, el Tribunal Tributario y Aduanero, en primera instancia, y luego la Corte de Rancagua, han reestablecido el imperio del derecho, acogiendo los reclamos interpuestos por los contribuyentes en contra de las infracciones cursadas, dejando, en definitiva, sin efecto, en todas sus partes los actos administrativos acusatorios.

17, 19, 20 y 21 del Artículo 97 y Artículo 109 del Código Tributario, y de Concesión de Condonaciones en los Casos que se describen. Deroga Circular N°36 del 2000".

IV. Bibliografía

Bibliografía citada en los fallos:

Aste Mejías, Christian, (2010). *"Curso Sobre Derecho y Código Tributario"*, Santiago: Editorial Legalpublishing, Quinta Edición, p. 406.

Garrido Montt, Mario, (2001). *"Derecho Penal" Parte General*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 38.

Massone Parodi, Pedro, (2010). *"Infracciones Tributarias"*, Santiago: Editorial Legalpublishing, Segunda Edición p. 79.

Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime, (2008). *"Curso Sobre Delitos e Infracciones Tributarias"*, Santiago: Editorial Legalpublishing, Tercera Edición, pp. 3,4 y 5.

Normas citadas:

Constitución Política de la República;

Ley N°19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. D.O. 29 de mayo de 2003.

Ley N°20.322, que Fortalece y Perfecciona la Jurisdicción Tributaria y Aduanera. D.O. 27 de enero de 2009, que en el Artículo Primero, establece la Ley Orgánica de los Tribunales Tributario y Aduaneros.

Circular N°01 del 02 de Enero del 2004, del Servicio de Impuestos Internos, sobre "Política de Aplicación de Sanciones por Infracciones Tributarias Contempladas en los Números 6, 7, 10, 15, 16, 17, 19, 20 y 21 del Artículo 97 y Artículo 109 del Código Tributario, y de Concesión de Condonaciones en los Casos que se describen. Deroga Circular N°36 del 2000".

Jurisprudencia citada:

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, 11 de mayo de 2016 en causa: "L. M., Eduardo Francisco con S.I.I.", Rol N° 4170-2015- Civil, en [http:// corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/](http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/);

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, 31 de mayo de 2016, en causa "F. R., FRANCISCO con S.I.I.", Rol N°170-2016- Civil, en [http:// corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB](http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB)

Tribunal Tributario y Aduanero de la VI Región del Libertador Bernardo O'Higgins, causa: "L. M., Eduardo Francisco con S.I.I." 09 de diciembre de 2015, RUC N°: 15-9-0001012-2, RIT N°: ES-19-00020-2015, en http://www.tta.cl/opensite_20110708155435.aspx

Tribunal Tributario y Aduanero de la VI Región del Libertador Bernardo O'Higgins, causa: "F. R., Francisco con S.I.I.", 01 de febrero de 2016, RUC N°: 15-9-0000830-6, RIT N°: ES-19-00016-2015, en http://www.tta.cl/opensite_20110708155435.aspx.

Sobre el alcance del derecho a huelga: su procedencia fuera de un proceso de negociación colectiva

Corte de Apelaciones, Rol N° 1144-2015 23 de octubre de 2015

FRANCISCO RUAY SÁEZ

Abogado

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

UNIVERSIDAD DE CHILE

RESUMEN: La Corte de Apelaciones en el mes de octubre de 2015, resolviendo un recurso de nulidad dicta una sentencia en donde se pronuncia sobre los alcances de la huelga en tanto derecho fundamental, particularmente, sobre su procedencia fuera de un procedimiento de negociación colectiva. Dicha sentencia quedó ejecutoriada con fecha 15 de abril de 2016 al declararse inadmisibile en fecha 07 de marzo de 2016 el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto en su contra.

En las presentes líneas pretendemos exponer los lineamientos fundamentales contenidos en el fallo en comento, las razones señaladas tanto en instancia como por la Corte de Apelaciones al momento de resolver el recurso de nulidad interpuesto por el demandado.

* * *

I. Introducción

En nuestro sistema jurídico, tal como en cualquier otro, sea de tradición continental o del *Common Law*, el Estado de Derecho solo ha considerado de manera excepcional una apertura a la posibilidad de que los privados ejerzan legítimamente la autotutela¹ como forma de solución de conflictos intersubjetivos (o más bien, como expresión de una causal de justificación relacionada con determinados estados de necesidad). Precisamente, resulta un distingo propio del Derecho, en tanto institución abstracta coercitiva que regula las relaciones humanas intersubjetivas, la monopolización en el uso de la violencia. En principio, la lógica fundacional del Estado de Derecho se sostiene fundamentalmente en la pretensión de monopolio del uso de la fuerza, y de

¹ Colombo Campbell, Juan (1991). La Jurisdicción en el Derecho Chileno. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 11

la violencia, en general, con la finalidad de abstraer y proscribir su uso a los particulares en la solución directa de conflictos intersubjetivos, para simultáneamente otorgar una garantía mínima de no interferencia ajena a cada uno de los miembros de la comunidad jurídica, sin que la fuerza o la violencia sirvan ni sean reconocidos como un mecanismo legítimo de imposición de intereses de unos sobre otros en un ámbito de relaciones jurídicas horizontales. Por lo mismo la función jurisdiccional del Estado no solo ha sido concebida como un “poder” o potestad, sino a la vez como un “deber”². Así, el proceso judicial, pero aún más en general, el mismo Estado de Derecho, se alza como la figura institucionalizada que garantiza la existencia de una instancia heterocompositiva de conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica, comprometiéndose, por un lado, a resolver de manera definitiva el conflicto específico y particular entre dos sujetos de derecho, y además, mantener la paz social y la seguridad jurídica³. De esta forma, le corresponde al Estado también intervenir precavando o reaccionando ante actuaciones que no cuentan con una cobertura jurídica que legitime a los titulares respectivos para su ejecución, y que llegasen a limitar o lesionar indebidamente derechos subjetivos o libertades de otros particulares.

La legislación de naturaleza laboral (tanto la nacional como la foránea, cada cual con sus particularidades históricas propias), encuentra en sus cimientos fundacionales un antecedente fáctico proveniente de la organización de los sujetos particulares que lo constituyen a través de los denominados “movimientos sociales” o colectivos de trabajadores, los cuales desde el margen del Derecho válido vigente a finales del siglo XIX provocaron una reacción formal de parte del Estado⁴ que pretendió hacerse cargo de la llamada “cuestión social”⁵. El Estado de Derecho, por cierto, reacciona a fin de término no declarando sistemáticamente las peticiones y acciones desplegadas por los trabajadores en cuestión⁶ como un

² Couture. Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Depalma Editores. Tercera edición. Buenos Aires, 1978. Pág. 30

³ Maturana Miquel, Cristián y Mosquera, Mario. *Los recursos procesales*. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 17

⁴ “el derecho del trabajo es una categoría cultural, fruto del sistema capitalista industrial, que no constituye la respuesta normativa al conflicto de trabajo en general, sino que es la reacción ante el conflicto que se produce entre el capital y el trabajo asalariado en la sociedad capitalista industrial, entendido como el motor de todas sus contradicciones, o sea, de un conflicto central o paradigmático”. Lizama Portal, Luis. El derecho del trabajo chileno durante el siglo XX. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2, No 4, 2011, pp. 109-142 p. 110

⁵ “la totalidad de [...] consecuencias sociales, laborales e ideológicas de la industrialización y urbanización nacientes: una nueva forma dependiente del sistema de salarios, la aparición de problemas cada vez más complejos pertinentes a vivienda obrera, atención médica y salubridad; la constitución de organizaciones destinadas a defender los intereses del nuevo “proletariado”; huelgas y demostraciones callejeras, tal vez choques armados entre los trabajadores y la policía o los militares, y cierta popularidad de las ideas extremistas, con una consiguiente influencia sobre los dirigentes de los amonestados trabajadores”. Grez Toso, Sergio. La “cuestión social” en Chile. Ideas y debates precursores (1804-1902). Fuentes para la Historia de la República, volumen VII, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos. Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Santiago, 1995, p. 7

⁶ Toledo Corsi, César. *Tutela de la Libertad Sindical*. AbeledoPerrot, Legalpublishing, Santiago de Chile, 2013 pp. 274 y ss.

no-derecho, o un actuar decididamente extrajurídico, sino que más bien opta por codificar e incorporar al lenguaje del Derecho, y por cierto a la legislación positiva, toda una regulación especial del fenómeno social que se le presenta, de lo que surge aquello que hasta el día de hoy se denomina "relaciones laborales". El fenómeno social-económico y aparentemente extrajurídico cimentado por las peticiones de los trabajadores contrariando la legislación vigente de aquel entonces, es traducido al lenguaje del Derecho (y los derechos⁷), lo que produce naturalmente que el Estado pasa a ser su administrador y garante.

Sin duda, con el transcurso del tiempo la legislación positiva nacional ha tenido que ampliar sus horizontes dinámicos (nomogenéticos y de aplicación normativa) y fundantes, de actuación y de legitimación, más allá de las fronteras nacionales, atendiendo e integrando lo prescrito por diversas organizaciones internacionales de las cuales el país es miembro, así como de los instrumentos internacionales que han sido legítimamente suscritos por Chile. Dicha vinculación jurídica de los sistemas internos con las organizaciones y prescripciones de origen supranacional, ha sido vinculada tradicionalmente y de manera más evidente, con el respeto de los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos pertinentes, que han irrumpido no solo en la cultura jurídica interna, sino que también en el discurso público político y ciudadano, que traduce sus pretensiones e intereses a un discurso legitimado por la retórica del Derecho.

En ese contexto, en nuestro país se ha contemplado en la norma de mayor jerarquía jurídica la consagración positiva y garantía del derecho fundamental a la libertad sindical (artículo 19 N° 19 de la Constitución Política de la República). La libertad sindical puede ser abordada, al menos, a través de dos ejes de análisis, en relación a la titularidad: sobre la titularidad individual que posee cada trabajador de dicho derecho fundamental, o bien la titularidad colectiva que en un ámbito dinámico de actuación poseería la organización sindical correspondiente; mientras que por otro lado puede ser analizada desde el punto de vista de actuación en faz positiva o pasiva; como derecho a asociarse, y formar una organización sindical, del que son titulares los trabajadores individualmente, o bien, desde un punto de vista de libertad negativa, el derecho precisamente a no asociarse a organización sindical alguna, por el mero arbitrio y ejercicio de libertad soberana individual del que es titular cada trabajador como sujeto de derecho particular libre.

Pero desde otro punto de vista, y ahora combinando la titularidad colectiva de la libertad sindical, esto es, las formas de actuación dinámica que tiene el sindicato (en tanto persona jurídica, y entidad representativa de los trabajadores, pero diversa de estos), este puede legítimamente definir autónomamente su forma de

⁷ Glendon, Mary Ann (1998). El lenguaje de los derechos. Santiago de Chile: Estudios Públicos, N° 70, pp. 77 y ss.

regulación (creación de estatutos en virtud de autonomía normativa), iniciar un proceso de negociación colectiva, y por supuesto, iniciar una huelga.

La huelga, a pesar de estar tradicionalmente vinculada a la libertad sindical se presenta como una situación de excepción en el contexto de un Estado de Derecho, porque precisamente se trata de un mecanismo autotutelar a través del cual una de las partes (los trabajadores organizados en el sindicato), pretenden imponer una posición de interés a la contraria (esto es el empleador), suspendiendo los efectos del contrato de trabajo suscrito por cada uno de los trabajadores miembros del sindicato y el empleador, y precisamente por ello dejar de prestar servicios para el mismo, esto es, la obligación principal del contrato de trabajo.

La indeterminación esencial que porta el concepto de "huelga" ha dado pie a las más diversas conceptualizaciones sobre su contenido, entre las cuales podemos encontrar, al menos en doctrina nacional, que se trataría de "una abstención colectiva de trabajo"⁸ como "una manifestación esencial de la libertad sindical"⁹, como "la abstención en el cumplimiento de la obligación de trabajar, derivada de una situación de conflicto"¹⁰; como "el abandono o cesación temporal y colectiva del trabajo, acordado por parte de los asalariados, ya sea por causas económicas, de mejoramiento de las condiciones de trabajo, por solidaridad o por causas políticas, y que persigue como finalidad obtener de sus patrones o empleadores en los tres primeros casos, la alteración del contrato de trabajo, la modificación de las condiciones materiales en que la labor se desarrolla, el mantenimiento de determinados obreros o empleados o el respeto de los derechos que las leyes les otorgan, respectivamente, o bien, en el último caso el cambio del régimen económico y social existente o la transformación del Estado"¹¹, o "uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales" como se señala en el informe anual de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales¹², o "un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales" o como "uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales" como ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la OIT¹³ (y otros como César Toledo simplemente no otorgan una definición analítica del concepto, sino que más bien desarrollan

⁸ Gamonal Contreras, Sergio. *Derecho Colectivo del Trabajo*. 2ª edición. AbeledoPerrot, Santiago de Chile, 2011 p. 369

⁹ Ugarte Cataldo, José Luis y Caamaño Rojo, Eduardo *Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico*. Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008 p. 79

¹⁰ Tapia, Francisco. *Sindicato en el derecho chileno del trabajo*. Ed. LexisNexis, Santiago, 2005, p. 73.

¹¹ Gaete Berríos, Alfredo. *Manual de derecho del trabajo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1949, p. 407

¹² Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2014. Universidad Diego Portales, Chile, 2014, p. 68

¹³ OIT. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical (Quinta edición (revisada), 2006, p. 115

su desenvolvimiento en el Ordenamiento Jurídico¹⁴ (lo mismo en gran medida Caamaño y Ugarte¹⁵ (2008, pp. 81 y ss.).

La huelga se presenta, por tanto, ante todo como *medio* de actuación en la prosecución de un determinado fin que le es externo. En principio, la huelga no tendría un valor por sí misma, sino en cuanto sirve de *medio* de fuerza o coactivo para la obtención de un objetivo predefinido, a través de la subyugación de la contraria.

La huelga ha transitado desde la ilegalidad absoluta, pasando a ser considerada como un derecho, hasta en una última etapa contemporánea, ser considerada un derecho fundamental. En razón de aquello, el análisis de la actuación de los trabajadores en ciertos ámbitos que parecen acercarse al límite de lo jurídicamente permitido ha de considerar su carácter iusfundamental a fin de resolver si dichas acciones, particulares o colectivas, quedan cubiertas por el derecho fundamental respectivo, o si por el contrario, la actuación en concreto se aparta de la juridicidad requerida y ha de ser sancionada en conformidad a la ley, declarándola ilegítima. La jurisprudencia mayoritaria hasta la dictación de la sentencia que comentaremos, comprendía que en nuestro sistema jurídico nacional el derecho a huelga se encontraba circunscrito en su ejercicio a la forma que el legislador le había otorgado como concreción de derecho fundamental en el Código del Trabajo, y por ende, solo era procedente en los casos de negociación colectiva reglada, y sujeta a determinadas formalidades para su inicio, término y desarrollo (votaciones, participación de ministro de fe, anticipación de convocatoria a votación, rechazo de la última oferta, etc.).

La sentencia que pasaremos a revisar críticamente se pronuncia directamente sobre lo último que hemos expuesto, y sobre la entidad que la naturaleza de derecho fundamental le otorga a la huelga para fines normativos. Se refiere a la particularidad de que la huelga tenga la naturaleza de un derecho fundamental, a su alcance, y las formas legítimas de actuación que quedan cubiertas por la respectiva preceptiva iusfundamental.

La Corte de Apelaciones también ha dilucidado un cierto ámbito relevante de la cuestión planteada resolviendo un Recurso de Nulidad con fecha 23 de octubre de 2015, Rol N° 1144-2015, que es precisamente a lo que avocaremos nuestro análisis.

¹⁴ Toledo Corsi, César. Tutela de la Libertad Sindical. Santiago de Chile: AbeledoPerrot, Legalpublishing, 2013 p. 274

¹⁵ Ugarte Cataldo, José Luis y Caamaño Rojo, Eduardo. *Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico*. Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 81 y ss.

1. Breve exposición de los hechos

El empleador de una empresa contratista (Actionline Chile S.A.) de otra principal que presta servicios de telefonía a nivel nacional (Claro S.A.) demanda solicitando la autorización para proceder al despido de los trabajadores dirigentes del Sindicato de la contratista señores Yutronic y Carmona, por cuanto se encuentran amparados por fuero sindical, fundando dicha petición en que los trabajadores habrían incurrido en una serie de hechos que configuran las causales de caducidad del contrato de trabajo establecidas en artículo 160 del Código del Trabajo, en sus numerales 5 y 7, esto es, "*actos, omisiones o imprudencias temerarias que afectan la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, o la seguridad o a la actividad de los trabajadores o a la salud de estos*"; e "*incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo*", indicando como hechos configurativos de las mismas una serie de acontecimientos que se vivieron en dependencias de la empresa demandada el día 22 de mayo y días posteriores, los que en definitiva trajeron como consecuencia, según arguye, un perjuicio inevitable no solo para la empresa sino para más de 130 trabajadores dependientes de esta, en atención a que a raíz del actuar de los demandados, la Empresa Claro Chile, con la cual mantenían un contrato de índole civil, puso término al citado contrato lo que trajo como consecuencia la desvinculación de más de 130 trabajadores por necesidades de la empresa desde el mes mayo de 2014 en adelante.

En particular, la acción de las personas signadas consiste en haber incitado el inicio de una huelga de "brazos caídos"¹⁶ de trabajadores de la contratista que no se encontraban en un proceso de negociación colectiva, en búsqueda de presionar a la empleadora, y a la empresa principal, a que se realizara un recalcu de remuneraciones variables de determinados trabajadores y un supuesto pago inferior de horas extraordinarias.

El mismo día 22 de mayo de 2014 se paralizaron las actividades de los trabajadores de Actionline deteniendo los servicios de atención al cliente ("*canales remotos*") en el transcurso de la tarde al activar en los sistemas computacionales el estado de "*baño*", "*auxiliar*" o "*retroalimentación*".

2. Sentencia definitiva del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago

Luego de realizar una exposición completa de las pruebas que fueron incorporadas en la audiencia de juicio, el tribunal sostiene que la ley, concretizando

¹⁶ Se trata de una forma de derecho a huelga que ha superado el tradicional bloqueo de instalaciones y ausencia al lugar de trabajo y que desarrolla su ejercicio con asistencia al lugar y puesto de trabajo, sin desarrollar las labores convenidas. Ver al respecto: ALFIE, Ana Clara. "*CONFLICTO Y DERECHO DE HUELGA: REFLEXIONES A PARTIR DEL CASO ARGENTINO*", Revista Latinoamericana de Derecho Social, N° 15, (2012), pp. 3-33.

el derecho a huelga de los trabajadores, regula su procedencia legítima y la circunscribe solo a un proceso de negociación colectiva reglada. Hasta aquí nada nuevo. En ese sentido, el ámbito de protección o de activación del derecho a huelga vinculado directamente con la libertad sindical consagrado en la Constitución e instrumentos internacionales, se encuentra mediado y determinado en su aplicación concreta a lo que la ley dispone en concreto.

Haciéndose cargo de lo que hemos expuesto previamente, el tribunal señala en lo pertinente que:

“Que en ese orden de ideas cree este Tribunal que es importante e ilustrativo en esta sentencia hacer alusión a la situación de que el legislador establece la posibilidad en marco del derecho a la libertad sindical de los trabajadores de paralizar sus funciones, cual es el caso del derecho a huelga, así las cosas debemos entender por concepto de “huelga” que es el derecho inherente a cualquier paralización y lo que reza el artículo 377 del Código del Trabajo, aplicable en la especie expone en términos categóricos e imperativos; “Durante la huelga o el cierre temporal o lock-out se entenderá suspendido el contrato de trabajo, respecto de los trabajadores y del empleador que se encuentren involucrados o a quienes afecte, en su caso. En consecuencia, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios ni el empleador al pago de sus remuneraciones, beneficios y regalías derivadas de dicho contrato”.

Que así las cosas, siendo el contrato de trabajo la convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo del primero, y aquel a pagar por estos conceptos una remuneración determinada; los trabajadores quedan eximidos de la obligación de trabajar para el empresario y en consecuencia, liberados del gravamen de la subordinación y de la dependencia. Por su parte, el empresario queda eximido de la obligación de pagar remuneraciones e impedido de ejercer las potestades empresariales.

Que, si bien esta Sentenciadora es de la idea que dentro de las potestades empresariales está la de organizar y dirigir el trabajo, la de controlar y vigilar el fiel cumplimiento del trabajo y la disciplinaria que autoriza al empresario a adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad y que es la que el empresario ejercita cuando despide a un trabajador sin perjuicio del derecho de este, de solicitar la revisión judicial. El inciso segundo del citado artículo 377 del Código del Trabajo disipa toda duda acerca de la calidad de esta suspensión del contrato que es de índole absoluta; como lo es la suspensión del plazo de prescripción o la suspensión del procedimiento.

*Que en ese orden de ideas, **esta Sentenciadora es de la idea que los trabajadores se encuentran absolutamente amparados para paralizar***

sus funciones está dado únicamente por el derecho a la huelga, cuyo no es el caso de autos¹⁷.

Tras dicha aproximación inicial, en lo referido a los alcances de la suspensión del contrato de trabajo y paralización de faenas productivas, en el contexto del legítimo ejercicio de la libertad sindical, y el ejercicio del derecho a huelga, señala lo siguiente:

"(...) esta Sentenciadora arriba a la convicción que lo que en la especie existió por parte de los dirigentes jamás fue una intención real de solucionar el conflicto, lo que habría quedado demostrado con solo acompañar documentos que dieran fe de haber requerido la intervención de la entidad administrativa para el cobro de las prestaciones laborales que aludían o incluso demandas judiciales con dicho fin, lo que en la especie no aconteció (...)

*(...) si bien el fuero es una prerrogativa que protege a los trabajadores cuya situación es más vulnerable frente a las potestades del empleador, prerrogativa que consiste en su inamovilidad que impide el despido en el período de tal protección. Y en el caso específico, el fuero sindical es una de las más importantes formas de tutelar la libertad sindical, toda vez que la protección que se intenta por medio del fuero es posibilitar la absoluta libertad de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos sindicales, frente a cualquier represalia por parte del empleador, en especial el despido, tutela que debe comprender a todos los actos o actuaciones que causen algún tipo de perjuicio a dicha actividad, permitiendo la mantención y vigencia efectiva del contrato de trabajo del aforado, no es menos cierto que dicho derecho, no es un derecho absoluto, que en el caso de marras los demandados con su accionar a juicio de esta sentenciadora jamás midieron las consecuencias nefastas de su actuar, ni menos se pusieron en el escenario que con su actuar en vez de prestar un apoyo a sus compañeros solo lograban generar un perjuicio mayor"*¹⁸.

El tribunal en su argumentación jurídica circunscribe el derecho a huelga a un proceso de negociación colectiva, vinculado además de manera directa con el ejercicio legítimo de la libertad sindical, no ampliándolo como un mecanismo de autotutela de acción inmediata no condicionada, tal como se desprende de la referencia que se hace a la nula activación de actuaciones administrativas, cuando debió haberse seguido tal medio idóneo para la reclamación de las supuestas prestaciones adeudadas.

¹⁷ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-2405-2014, sentencia de 7 de julio de 2014, Considerando 7°.

¹⁸ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-2405-2014, sentencia de 7 de julio de 2014, Considerandos 9° y 11°.

3. Recurso de nulidad. Corte de Apelaciones de Santiago

En contra de la sentencia condenatoria, los demandados interponen recurso de nulidad en el artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción de ley, en relación a los numerales 16 y 19 del artículo 19 de la Constitución, y además a los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical y la protección del derecho a la sindicación y negociación colectiva, sobre la base que la libertad sindical debe ser entendida como un derecho de carácter complejo, donde confluirían dos dimensiones: autonomía organizativa y derecho a la actividad sindical. Agrega que el tribunal aplica restrictivamente el derecho a la huelga o paralización de actividades hecho por miembros del sindicato con ocasión de adeudársele remuneraciones a un número importante de trabajadores, limitando la acción sindical solo al proceso de negociación colectiva reglada.

Agrega el recurrente además que las acciones discutidas en los autos se encuentran amparadas por el derecho a emprender acciones en defensa de sus asociados, esto es, ejerciendo el derecho a huelga o autonomía conflictual, que no sería desproporcionada en la exigencia de pago de remuneraciones adeudadas.

El tribunal *a quo* dio por sentado en el motivo octavo, como un hecho de la causa, que el día 22 de mayo de 2014, los dirigentes demandados incurrieron en movilizaciones que trajeron como consecuencia, una paralización del servicio prestado por parte de la empresa Actionline, al cliente Claro, lo que configuraría la causal de caducidad del artículo 160 N° 5 del Código del Trabajo y además, que en relación al incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, se funda en que no solo los demandados se restaron de desempeñar sus funciones como teleoperadores, sino que incitaron a sus compañeros de trabajo a una paralización de brazos caídos, calificando la gravedad, por el perjuicio y daño colateral que aquello trajo no solo para la empresa, sino que para sus propios compañeros.

La Corte de Apelaciones de Santiago resuelve al efecto desarrollando una interpretación jurídica amplia del ejercicio del derecho a huelga, y también de los presupuestos fácticos y normativos para su activación, señalando en lo pertinente que:

“QUINTO: *Que, actualmente la doctrina sostiene con unanimidad, que la huelga se trata de un derecho fundamental, cuyo fundamento se sustenta en tratados internacionales de derechos humanos, como el artículo 8 N° 1 letra d), del Pacto de Derechos Económicos y Sociales, y en el contenido protegido del derecho a la autonomía sindical, que contempla el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política de la República. Por tanto, si ella es el contenido de un derecho fundamental, ha sido superada la tesis que sustentaba que la huelga*

era una "etapa indeseable" de la negociación colectiva; por lo mismo, tampoco puede sostenerse que cualquier huelga que se realice fuera de la negociación colectiva, sea ilícita o contraria al derecho.

Por el contrario, se sostiene que por tratarse de un derecho fundamental, "la huelga es prima facie lícita, salvo que el legislador, expresa y deliberadamente, la declare, en algunos casos calificados, como prohibida o ilícita, y siempre que esa calificación respete el principio de proporcionalidad o respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. (Anuario de Derecho Público UDP, Huelga como Derecho Fundamental. José Luis Ugarte Cataldo, página 197).

La sola circunstancia que la ley regule la huelga para un caso, en la negociación colectiva reglada, no puede llevarnos a sostener que fuera de ella se encuentre prohibida, pues lo que el legislador ha omitido regular o definir, no puede sostenerse que lo ha prohibido.

Por la misma razón agrega la doctrina, refiriéndose al razonamiento actual de la Corte Suprema, que "si la huelga es un derecho fundamental, entonces, las medidas empresariales que lo limitan, como el reemplazo en sus dos versiones –contratando foráneos o moviendo internos– deben ser miradas como afectaciones que deberían eliminarse, porque en ambos casos sucede exactamente lo mismo: se deja a la huelga vacía de contenido –la empresa sigue produciendo normalmente– y la presión de los trabajadores queda convertida en una caricatura –tocar pitos y bombos–".

Reconociendo que la huelga es un derecho fundamental de la persona, el único límite que explícitamente la Constitución contempla cuando lo reconoce, es que no se trate de funcionarios del Estado ni de las Municipalidades, o de personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

De lo expuesto, se puede establecer que el límite a este derecho fundamental, está dado únicamente cuando se afecten servicios destinados a satisfacer derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos, tales como la vida, la salud y la satisfacción de necesidades básicas de la persona, lo que como toda limitación o restricción de derechos fundamentales, debe regularse por ley, sin afectar el derecho en su esencia, lo que no acontece en este caso, o por lo menos, no fue un hecho asentado en la causa que la empresa demandante tenga tales finalidades"¹⁹.

¹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol I. Corte N° 1144-2015. Recurso de nulidad, Reforma Laboral, Considerando 5°, de 23 de octubre de 2015

La Corte de Apelaciones, contrariando lo resuelto por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, dispone que en realidad la naturaleza iusfundamental de la huelga amplía su ámbito de cobertura jurídica aún más allá de lo dispuesto por el legislador. La supuesta restricción, por tanto, atentaría contra la libertad sindical, en general, y contra el derecho fundamental a huelga, en particular.

La Corte de Apelaciones dicta sentencia de reemplazo rechazando la demanda interpuesta por Actionline, y argumentando en relación con las causales de caducidad esgrimidas que:

“3° (...) la primera causal de caducidad por la cual la demandante pide se autorice el desafuero de los demandados, es la contemplada en el artículo 160 número 5 del Código del Trabajo, que consiste en ejecutarse actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de estos, la que conforme a los hechos que se han tenido por acreditados en la causa, no concurre, puesto que la circunstancia que los demandados llamaran a paralizar actividades, para reclamar derechos que estimaban eran vulnerados a todos los trabajadores que representaban, no se enmarcan dentro de los actos que tipifica la citada norma, pues ellos se circunscriben a conductas ilícitas, no teniendo tal carácter, la paralización de actividades a que ellos llamaron.”

4°.- Que, consecuentemente, tampoco se da la segunda causal de caducidad que invoca la demandante, por fundarse en los mismos hechos que no revisten el carácter de ilícitos, y porque la paralización de actividades se extendió desde las 16:30 hasta el término de la jornada, exigiendo el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, no solo que exista un incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato, sino que este sea grave, lo que evidentemente, no acontece en este caso atento el breve período que se extendió tal paralización, todo en un marco dentro de las facultades que tiene el sindicato, de emprender acciones tendientes a la defensa de los derechos de sus asociados²⁰.

4. Comentario de cierre

La Corte de Apelaciones, haciendo eco de lo que señala una parte de la doctrina laboralista, ha hecho propio en el desarrollo de su argumentación jurídica los elementos de la denominada “*constitucionalización del derecho laboral*”²¹, y en particular, respecto de uno de los denominados “*derechos fundamentales*”

²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol I. Corte N° 1144-2015. Sentencia de reemplazo, Reforma Laboral, Considerandos 3° y 4°, de 23 de octubre de 2015

²¹ Ugarte Cataldo, José Luis. “*La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales*”. Revista Latinoamericana de Derecho Social N° 7 (2008) pp. 249-273.

específicos”²², esto es, de los que es titular el trabajador en su calidad de tal, ha resuelto el caso que se ha puesto en su conocimiento a través de un criterio amplio de interpretación.

La determinación del alcance del derecho a huelga, en tanto este es considerado derecho fundamental, se enlaza necesariamente con una teoría de interpretación de los derechos fundamentales. En ese sentido, implícitamente el tribunal ha optado por comprender que la realización y concretización específica de los derechos o garantías fundamentales contenidos en la Constitución trascienden la ley positiva, y sería más bien preciso abordar al derecho fundamental mismo, en su categoría de tal, para delimitar desde allí, desde un contenido no tipificado, cuál es su alcance, que en todo caso siempre podría ir más allá de lo previsto por el legislador. En esa tarea delimitadora de derechos fundamentales, el juez “hércules”²³ debe pronunciarse sobre su alcance, incluso si este contraría lo preceptuado por la propia ley.

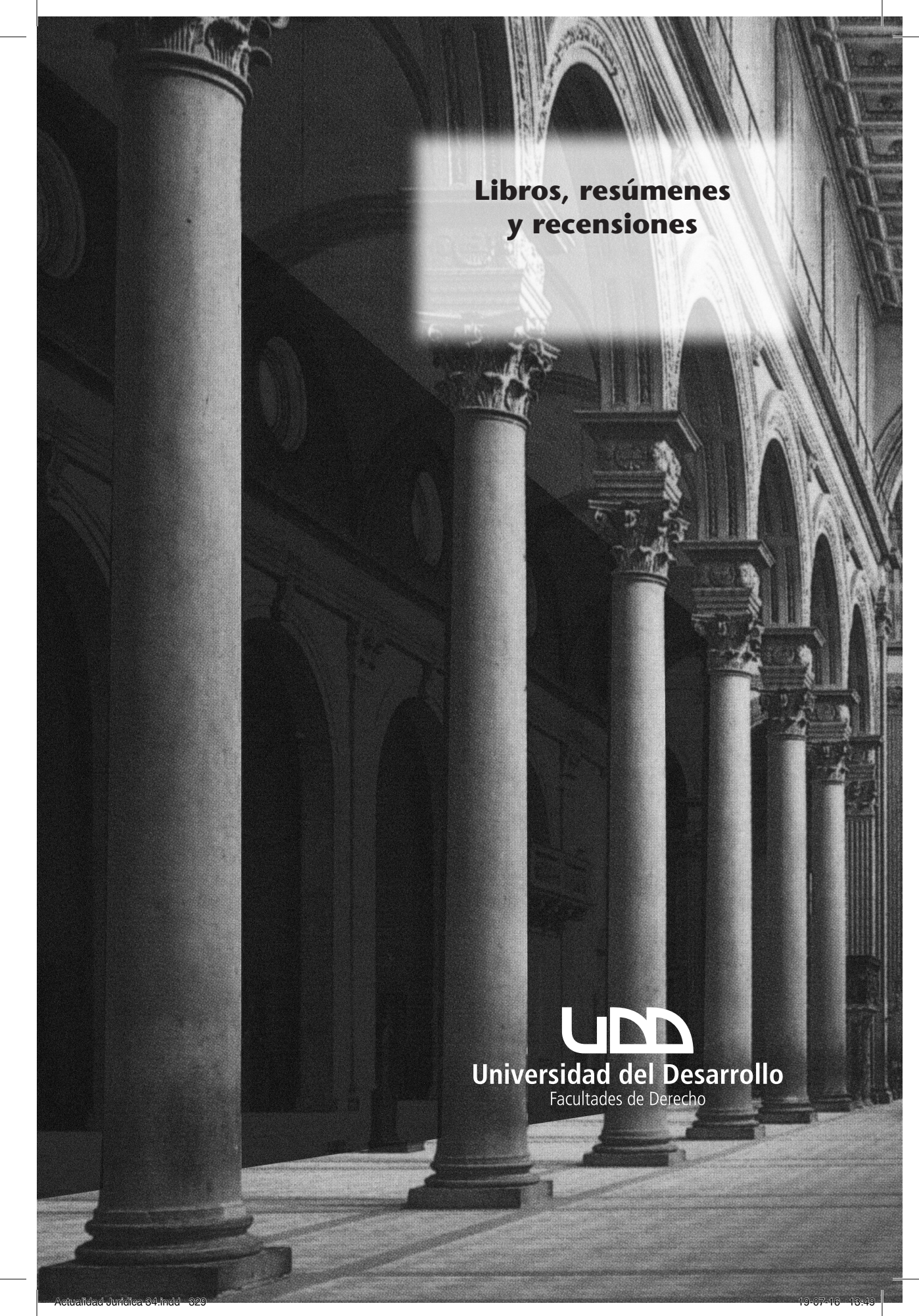
En la argumentación desarrollada por el tribunal superior se extraña un pronunciamiento específico sobre la naturaleza autotutelar del derecho a huelga, y las consideraciones generales que en un Estado de Derecho han de hacerse respecto del uso de la violencia y la fuerza. El Sindicato, con la interpretación otorgada por la Corte de Apelaciones, estaría legitimado (sería lícito, en términos del juzgador) para coaccionar al empleador a la satisfacción de los intereses de sus asociados, o de los suyos propios (si pudiésemos afirmar que en algún punto difieren o se consideran autónomos de los particulares que constituyen al colectivo en cuestión), sin que el mecanismo utilizado, esto es la huelga, tenga siquiera un carácter de *ultima ratio*. La activación de su ejercicio no solo no se encuentra circunscrita a un proceso de negociación colectiva como lo establece el legislador, sino que aún más se autoriza su ejercicio aún antes de recurrir a las instancias administrativas correspondientes, legitimando un mecanismo autotutelar mínimamente condicionado, y por lo mismo, desnaturalizando su carácter excepcional.

²² “[e]l Derecho del Trabajo ha cumplido y cumple así diversas funciones, de modo simultáneo, preocupado de la protección de los derechos de los trabajadores en diversos planos: 1. Los derechos laborales propiamente tales (salarios mínimos, jornada de trabajo, indemnizaciones por término de contrato), atribuidos al trabajador como contratante débil, que ha permitido asegurar un mínimo socialmente aceptable para los trabajadores, 2. Los derechos fundamentales específicos (libertad sindical, derecho negociación colectiva, huelga) atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, que han permitido al Derecho del Trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad, y por último 3. Los derechos fundamentales inespecíficos (intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, han permitido al Derecho del Trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática”] Ugarte Cataldo, José Luis. “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”. Revista de derecho, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Vol. xx - N° 2, Valdivia, Chile - Diciembre 2007 pp. 51-52.

²³ Dworkin, Ronald. “Los derechos en serio”. Editorial Ariel, Buenos Aires, 2002.

La huelga no solo pierde el carácter excepcional y de *ultima ratio* como mecanismo de autotutela de las organizaciones sindicales, sino que también extienden su dimensión disruptiva a sujetos pasivos ampliados, no limitándose al empleador directo o la empresa de la que son dependientes los trabajadores del Sindicato, sino incluso, como lo es en el caso en análisis, a la empresa principal.

Por último, en la argumentación jurídica sostenida por la Corte de Apelaciones también se hace ausente una referencia al interés de los trabajadores que no se encuentran de acuerdo con la decisión adoptada por los respectivos dirigentes, y las subsecuentes consecuencias de aquello. Para dar inicio a la huelga, por tanto, sería indiferente realizar votación alguna, ni cumplir con formalidades prescritas en la ley, ni menos considerar las consecuencias futuras que el accionar improvisado pudiese generar para trabajadores asociados, o no asociados. Sostener una interpretación tal no solo afecta los intereses de la empresa coaccionada, sino también, los intereses legítimos de todos los trabajadores, y particularmente, de aquellos que siendo parte de la respectiva organización sindical no tuvieron posibilidad de manifestar su consentimiento, ni opinión favorable o desfavorable sobre las decisiones unilateralmente dispuestas por dirigentes. El carácter representativo de la organización sindical termina por desvanecerse, y la improvisación de la dirigencia, al estar legitimada jurisprudencialmente, infunde de inseguridad jurídica al empleador, y por cierto, al resto de los trabajadores de la empresa respectiva.



**Libros, resúmenes
y reseñas**



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Presentación del libro *Elusión. Un acercamiento al abuso de las formas jurídicas* de Hugo Osorio Morales, Jaime González Orrico, Carla Vildósola Godoy y Vanesa Vidal Chavarría. Santiago: Librotecnia, 2016, 252 pp.

JAIME GONZÁLEZ O.

Secretario Abogado

TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO DE LA REGIÓN DEL BÍO BÍO

Profesor de Derecho Tributario

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Los autores Hugo Osorio Morales, Jaime González Orrico, Carla Vildósola Godoy Y Vanesa Vidal Chavarría, me han otorgado el honor inmerecido de efectuar la presentación de la obra *Elusión. Un acercamiento al abuso de las formas jurídicas*, publicada por la Editorial Librotecnia, de reciente aparición.

Anticipando opinión, se trata de una obra madura, bien pensada y mejor escrita, que aborda con sensatez y fino criterio jurídico, el tema elegido.

La materia en comento corresponde no sólo a una de las más estudiadas en el último tiempo en el Derecho Comparado, sino a una de las más complejas y enrevesadas de la dogmática tributaria, donde convergen y se enfrentan reglas y principios de la mayor envergadura e interés jurídico. La libertad contractual y la autonomía de la voluntad, por una parte, como expresión última de la dignidad humana, y, por otra, la potestad de exigir los tributos conforme a una cierta capacidad contributiva, como el costo de convivir en una sociedad civilizada. El principio de legalidad tributaria, como expresión de la seguridad jurídica, propia de todo estado de derecho, y la igualdad en el reparto de la carga impositiva, como expresión de una sociedad justa y solidaria. En síntesis, se trata de permitir la convivencia –me gustaría decir pacífica y armónica, pero la realidad nos demuestra lamentablemente que no siempre es pacífica, no siempre es armónica– de dos poderes normativos. La potestad tributaria, de que es titular el Estado, y que junto a la potestad de castigar representan con mayor intensidad el poder estatal, y la potestad normativa privada, siguiendo la feliz expresión del jurista español Luis Díez Picazo. De modo que enfrentados a la tarea de plantear siquiera un “acercamiento”, como modestamente los autores califican sus afanes, no solo demanda una buena pluma, sino sobremanera buen

entendimiento, buen criterio, para no perderse en la norma positiva, teniendo siempre presente los intereses y valores en juego; y el enorme impacto que las soluciones planteadas tendrán en la vida cotidiana. Felizmente, la obra que comento satisface con creces ambas exigencias.

Como es sabido y muy comentado, la reforma tributaria de la Ley 20.780 de 2014, perfeccionada por la ley 20.899 de 2016, introdujo modificaciones estructurales a nuestro sistema tributario, especialmente, a la ley sobre impuesto a la renta. Al mismo tiempo, el Servicio de Impuestos Internos ha visto reforzadas sus potestades de fiscalización, en particular, mediante el establecimiento de una norma antiabuso o cláusula antielusiva general, calificando a la elusión derechamente como antijurídica, pero reconduciéndola a dos hipótesis taxativas: el abuso de las formas jurídicas y la simulación. Impropiiedad técnica que no escapa a la crítica de nuestros autores. Se introduce una norma sobre calificación en el artículo 4 bis, una cláusula antiabuso general en el artículo 4 ter y una norma sobresimulación en el artículo 4 quáter, junto con una nueva infracción en el artículo 100 bis que sanciona al asesor tributario que planifique o diseñe las operaciones calificadas de abusivas o simuladas, junto con un nuevo procedimiento en el artículo 160 bis, cuyo conocimiento le corresponde en primera instancia al tribunal tributario y aduanero, previo requerimiento del Director Nacional del SII.

La obra que se comenta se concentra en el análisis del abuso de las formas jurídicas, no sin antes destinar el Capítulo I a los aspectos centrales de la Elusión con un interesante acopio de citas bibliográficas, abordando las cuestiones indispensables a la altura de las mejores obras extranjeras.

El lector hallará un análisis cuidadoso y reposado de instituciones y conceptos jurídicos indeterminados, como los límites entre elusión y evasión, las relaciones entre el Derecho privado y el Derecho tributario, el rol de la analogía y de la interpretación económica, la calificación y la recalificación en el ámbito tributario, en fin, las cláusulas generales y especiales.

Merece destacarse el apartado destinado al *Common law*, muy actualizado, dando cuenta de los precedentes judiciales esenciales, para hacerse una idea acabada de la cuestión en Gran Bretaña y los EE.UU. Tal examen resulta fundamental, puesto que las doctrinas del test del propósito de negocios serio y de la prevalencia del fondo por sobre la forma, que tienen su origen en tal tradición, se han venido colando en nuestra praxis jurídica. Primeramente por vía de interpretaciones administrativas del Servicio, más tarde por la vía de modificaciones legales. Piénsese en la Ley 19.705, del año 2000, que introduce el concepto de procesos de reorganización de grupos empresariales y de legítima razón de negocios, como limitación al ejercicio de la facultad de tasar contemplada en el art. 64 del Código Tributario. También pueden traerse

a colación los recientes fallos de la Segunda Sala de la Corte Suprema, en los casos Embonor, Muñoz y Keymarket. Nunca ha sido bueno trasplantar conceptos e instituciones de una tradición jurídica completamente extraña; peor aún, discurrir sobre dichas instituciones, sin haberlas estudiado allí donde se forjaron. Este es un gran mérito de la obra que se presenta, puesto que el lector no encontrará en lengua castellana, un análisis tan completo y actualizado, como la que los autores nos regalan.

En el Capítulo II, enseguida, los autores proceden al estudio del abuso de las formas jurídicas, proponiendo un concepto, y sus elementos. Como es sabido, el Proyecto de Ley proponía en esta materia una transcripción casi literal de la norma española contemplada en la LGT, modificada el año 2003. Dicha reforma sustituyó el fraude de ley tributaria de 1963 por la de conflicto de aplicación de la norma tributaria, fundándose, entre otras fuentes, en la Ordenanza Tributaria Alemana de 1977, que justamente distingue entre el abuso de formas jurídicas y la simulación. Pues bien, como es sabido, el Proyecto sufrió un atasco en el Senado, produciéndose una negociación extraparlamentaria que cuajó en un Protocolo de Acuerdo, sufriendo la materia en estudio importantes modificaciones. Se introdujo el deber de la Administración de reconocer la buena fe de los contribuyentes, la necesidad de un procedimiento judicial, para el establecimiento del abuso o la simulación, en fin, que el peso de la prueba le corresponde al Servicio. Pero, en lo que interesa, sin que exista constancia de alguna razón, se suprimió la exigencia de lo que nuestros autores denominan el test de la impropiedad, esto es, el empleo o utilización de una forma jurídica inadecuada, extraña, inusual o artificiosa, y que postulan reponer por la vía doctrinaria. La verdad es que sin dicha exigencia el concepto mismo carece de contenido, lo que aumenta la discrecionalidad de la Administración, de allí que compartamos su posición. En resumen, los autores postulan, como elementos del abuso: el empleo o utilización de una forma jurídica inadecuada; la obtención de un ahorro fiscal; y la ausencia de otra razón sustancial o motivo válido. Estiman, sin embargo, que el abuso es de carácter objetivo, y no subjetivo, de modo que no será necesaria la presencia y la prueba de la intención o ánimo elusivo. Tal ha sido la posición dominante en el Derecho Comparado. La reforma española de 2003, precisamente, buscó eliminar todo componente subjetivo al conflicto en la aplicación de la norma tributaria, de allí que se impusiera esta expresión en vez de la de fraude de ley tributaria. También la posición de la doctrina alemana, coincidente con su derecho civil patrimonial, donde se imponen los actos no causados y abstractos a diferencia del modelo impuesto por el Código de Bello. La cuestión nos parece trascendente y nada de clara. Y de nuevo ha sido nuestro legislador, copiando mal, el que nos presenta las dificultades, porque a diferencia de sus modelos, nuestro Código establece una nueva infracción tributaria en el art. 100 bis, destinada a sancionar a la persona natural o jurídica que planifique o diseñe las operaciones declaradas abusivas o simuladas. Claramente, tratándose de una responsabilidad infraccional, propia

del Derecho Administrativo sancionador, no puede concebirse tal responsabilidad sin culpa. A menos, que postulemos un régimen híbrido: el abuso es objetivo para el contribuyente, y subjetivo para el asesor fiscal; impropiedad técnica que anuncia muchos conflictos interpretativos. La elusión combatida por medio de una norma antiabuso, en el Derecho comparado, no da lugar a la configuración de una infracción y correspondiente sanción.

En el Capítulo III, por último, los autores analizan los conceptos enunciados mediante el análisis de casos prácticos, muy bien elegidos y desarrollados, lo que constituye de por sí una originalidad en este tipo de obras y, por lo mismo, elogiable. Reconozco mi preocupación con esta parte de la obra, puesto que presenta la utilidad de colocar al lector frente a todas las dificultades conceptuales y prácticas que la entrada en vigencia de las nuevas potestades del Servicio necesariamente acarrearán al ejercicio de la profesión y, en general, a la asesoría de empresas.

Termino esta presentación, dejando constancia que no se ha querido efectuar un análisis exhaustivo de la obra, sino destacar algunos de sus aspectos más logrados, aconsejando vivamente su lectura. La problemática analizada no es fácil; por el contrario, ya dijimos que se trata de uno de los aspectos más densos, complejos y difíciles del Derecho tributario contemporáneo. Y que por lo mismo requiere finos y agudos conocimientos no solo de nuestra disciplina, sino del Derecho en general, conocimientos de que disponen de sobra nuestros autores, como se colige de la lectura de la obra que se presenta. Finalmente destaco la ecuanimidad y buen tino de los autores, puesto que frente a un tema tan delicado y de tantas proyecciones, no se pierden. Nunca faltan, en efecto, el rigor, la prudencia y la ecuanimidad, en materias que suscitan acalorados debates y que generalmente inducen a casi todos los autores a abanderizarse por alguna posición extrema. Tal logro no es menor, y se agradece. Felicito a los autores que han entregado a la bibliografía nacional una obra asombrosamente bien pensada, y que se ofrece de gran utilidad práctica.

Muchas gracias.

La Reforma Laboral explicada y comentada de Luis Lizama Portal, primera edición, Ediciones Luis Lizama Portal & Cía. Abogados, noviembre, 2016

Jueza del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago

Magíster en Derecho del Trabajo

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

Master en especialización tutela de derechos fundamentales:

la protección jurisdiccional en materia de genero y menores

UNIVERSIDAD DE JAEN

Doctora en Derecho

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

La presentación de la obra en comentario no puede iniciar sino destacando a su autor como una de las principales voces autorizadas en la materia. Se trata de un destacado académico y abogado laboralista, que cuenta con una amplia y exitosa trayectoria profesional, que incluye su experiencia en la Dirección del Trabajo, su participación activa en litigios laborales y en negociaciones colectivas, que han involucrado a un alto número de trabajadores, que ejerce activamente la docencia y que durante la tramitación del Proyecto de Reforma Laboral que dio origen a la Ley 20.940 que moderniza el sistema de relaciones laborales, se alzó como un actor destacado al manifestar en diversos medios de comunicación, foros y seminarios, sus críticas y objeciones respecto de diversos aspectos del proyecto inicial, esgrimiendo argumentos que, en una proporción importante, corresponden a los que luego serían acogidos por el Tribunal Constitucional en aquella sentencia de fecha 09 de mayo de 2016, que se pronunció respecto a los requerimientos de inconstitucionalidad de los cuales fue objeto la ley.

Ahora bien, como se indica en el prólogo de la obra y como es de justicia destacar, esta no corresponde a un trabajo individual de su autor, sino que se trata de una labor colectiva, producto de la colaboración del autor y de los demás abogados que integran el Estudio Luis Lizama Portal & Cia. Abogados, en particular de Héctor Garrido Charme, Jocelyn Aros Hernández, Osvaldo Parada Rodríguez, Camila Gallardo Urrutia, Young Park Rojas, Esteban Palma Lohse y Gonzalo Riquelme González, tratándose de la primera publicación del Estudio.

En cuanto al objeto de la obra, según indica su autor en el prólogo, esta pretende exponer, sistematizar e interpretar en términos puramente abstractos,

esta ley que aún no está vigente, intentando explicar el modo en que deberán ser resueltos aquellos “vacíos normativos e incoherencias lógicas evidentes” con que habría sido promulgada la ley, luego de su compleja y accidentada tramitación, ofreciendo una herramienta para interpretarla y aplicarla no solo a abogados, sino especialmente a los empleadores y trabajadores a quienes la norma va dirigida.

Para cumplir con tal objeto el libro de articula en seis capítulos, a través de los cuales se agrupan la historia de la ley y los principales temas tratados por ella, siguiendo el mismo orden de materias que ofrece la Ley 20.940. Tales capítulos son: 1. Los objetivos fundamentales de la nueva ley y su compleja aprobación; 2. Las organizaciones sindicales; 3. La negociación colectiva; 4. La huelga; 5. Los procedimientos judiciales en la negociación colectiva; 6. Otros temas.

El primer capítulo contiene una breve exposición relativa a la tramitación del proyecto, señalando cuáles eran los objetivos perseguidos por el Gobierno a través del proyecto y la forma en que su contenido fue variando, durante la tramitación legislativa y hasta llegar a la promulgación de la ley. Además de incorporar una breve reseña de los requerimientos de inconstitucionalidad deducidos respecto de distintas materias tratadas en la ley, del modo en que estos fueron resueltos y del veto supresivo que presentara el Ejecutivo, a través de los cuales se dio su forma definitiva al proyecto. Se trata de un capítulo principalmente descriptivo, en que pese a los numerosos análisis que el autor formuló respecto del proyecto durante su etapa de discusión y luego de su promulgación, y que ciertamente podrían haber enriquecido el aporte de la obra, se opta por una reseña más bien objetiva, sin comentarios o valoraciones adicionales, lo que, es posible suponer, dice relación con los objetivos del texto, destinado a acercar y facilitar la comprensión de la reforma no solo a los profesionales del área, sino especialmente a sus destinatarios directos, esto es, trabajadores y empleadores.

En el segundo capítulo el autor se adentra en la Ley 20.940, precisamente, a través de las primeras materias que contiene la ley, en cuanto a modificaciones a los libros III y IV del Código del Trabajo, dejando de lado, por ahora, las modificaciones relativas a normas del Libro I del Código del Trabajo. De este modo, el análisis inicia con las reformas referidas a las organizaciones sindicales, esto es, constitución y disolución de sindicatos, quórums y requisitos formales, así como en relación a sus directivas. Se destacan aquellas normas mediante las cuales se busca eliminar las prácticas abusivas a las que había dado lugar la constitución de sindicatos y el abuso de los fueros como mecanismo para invalidar despidos; la promoción del derecho de sindicación, analizando, entre otros aspectos, prerrogativas del sindicato, tales como las horas de permiso sindical, el derecho de información, el fuero y la protección a la libertad sindical a través de la sanción a

las prácticas antisindicales; además de analizar el fomento a la equidad de género. Manteniendo el enfoque descriptivo y sintético que será el tono de todo el libro.

El capítulo tercero aborda la negociación colectiva, destacando como primera cuestión que el texto definitivo de la ley no incorpora un concepto de negociación colectiva, tras eliminarse en el veto supresivo enviado por el Ejecutivo aquel inicialmente aprobado por el Congreso y que fuera declarado como inconstitucional por el Tribunal Constitucional, siendo este el primer gran flanco de la ley que se estima quedará sujeto a discusiones e interpretaciones posteriores, proponiendo el autor un concepto propio de negociación colectiva. Además, se analiza el derecho a la negociación colectiva en relación a su consagración constitucional; los tipos de negociación colectiva, según la circunstancia de sujetarse o no a determinado procedimiento y las partes que participen de ella, anunciando como objeto de debate jurisdiccional y doctrinario posterior el modo en que deberá concretarse la negociación de los grupos negociadores; el objeto de la negociación colectiva, sus etapas y las distintas formas de ponerle término, incluyendo tanto el acuerdo de las partes, como la mediación y arbitraje; continúa el capítulo con el estudio de los distintos instrumentos colectivos, sus características, contenido, vigencia y demás cuestiones relevantes; para concluir con las prácticas desleales que se puedan producir durante la negociación colectiva.

El capítulo cuarto se centra en la huelga, analizando las características y formas de ejercer el derecho, distinguiendo entre huelga legal, que es aquella que se hace efectiva por los trabajadores que negocian representados por un sindicato (empresa o interempresa) conforme al procedimiento reglado y forzoso establecido en el Título IV del Libro IV del Código del Trabajo, sosteniendo que el grupo negociador también podrá ejercer este derecho, lo que sin duda será también materia de discusión posterior, y aquellas modalidades de huelga que se encuentran al margen del Código del Trabajo; luego, se exponen los límites al ejercicio al derecho a huelga, según las modificaciones contenidas en la Ley 20.940, en relación tanto a los casos en que esta se encuentra prohibida, como a los servicios mínimos que eventualmente tendrán que prestar los trabajadores en huelga, a la reanudación de faenas, y a otros límites, tales como los derivados del respeto a la libertad de trabajo de los trabajadores que no participan de la huelga; a continuación se repasa el procedimiento de convocatoria y aprobación de la huelga, así como su ejecución efectiva y el derecho del empleador a disponer el cierre temporal de la empresa o *lock out*.

El capítulo quinto se avoca al estudio del nuevo Título VIII del Libro IV del Código del Trabajo, referido a los procedimientos judiciales en la negociación colectiva, señalando las distintas materias que podrán ser objeto de revisión o conocimiento judicial, el tribunal competente y el procedimiento en que cada una será conocida y resuelta.

Por último, el capítulo sexto se refiere a las otras materias modificadas por la ley y que no se encuentran directamente relacionadas con el ejercicio del derecho de negociación colectiva, sin perjuicio que su objetivo sería complementar o reforzar los cambios estructurales al sistema de relaciones laborales. Aquí encontramos el análisis de las modificaciones al artículo 2° del Código del Trabajo, en relación a la incorporación de nuevos criterios sospechosos de discriminación; las modificaciones a los sistemas excepcionales de distribución de la jornada de trabajo y descansos, a través de la incorporación de los denominados “pactos de condiciones especiales de trabajo”; la vigencia de la ley; las modificaciones a otros cuerpos legales; y las nuevas instituciones creadas por la ley, en particular, al Consejo Superior Laboral.

En definitiva, se trata de una obra que debiera generar un alto interés, por cuanto, de manera casi inmediata a la promulgación de la ley, propone una sistematización y explicación de su contenido de manera exhaustiva, en términos simples y claros, que permitirán su acercamiento a ella tanto por parte de la comunidad jurídica, como también por sus destinatarios directos, esto es, empleadores y trabajadores, transformándose en una útil herramienta de trabajo para todo aquel que deba aplicar esta nueva ley. Sin embargo, se extraña la agudeza de los comentarios y análisis a los que nos tiene acostumbrado el autor, así como la comparación de las materias modificadas con aquellos criterios actualmente sostenidos por la jurisprudencia administrativa y judicial, elementos que cuya presencia sin dudas habría aportado un mayor peso jurídico a esta obra.

Quince días en el desierto americano, de Alexis Tocqueville, traducido por Alejandrina Falcón. Argentina, Editorial Libros del Zorzal, 2007

ALEJANDRA VICTORIA CABRERA PACHECO

Abogada

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

Profesora de Derecho Político

Universidad Internacional SEK

Al iniciar la lectura de este pequeño libro del autor de "*La Democracia en América*" podríamos pensar que relata alguna aventura excéntrica de un autor, francés de nacimiento y noble de cuna, conocido por sus visionarios análisis políticos, sociales y económicos sobre Inglaterra, Francia y EE.UU. Contrariamente, el libro titulado en su idioma original *Quinze jours dans le désert* nos lleva desde el inicio y sin rodeos hacia una realidad que probablemente pocos conocían en la época en que fue escrito.

La obra relata la travesía que, como indica su título, lleva a cabo el autor durante quince días junto a su amigo Gustave Beaumont mientras se encontraban en EE.UU. haciendo una investigación acerca del sistema carcelario norteamericano. El día 23 de julio de 1831, los viajeros arrendaron dos caballos, compraron una brújula y municiones y se pusieron en marcha "... tan despreocupados por el porvenir y con el corazón liviano como dos estudiantes que dejan el colegio para pasar las vacaciones en casa de sus padres".

Este viaje los lleva desde la ciudad de Nueva York hacia Búfalo en la ribera del lago Erie. Desde ahí toman un barco por las costas de Pensilvania y Canadá, hasta Detroit, describiendo el autor esta última ciudad como..."una pequeña ciudad de dos o tres mil almas, fundada por los jesuitas en 1710 y que aún alberga una enorme cantidad de familias francesas". Pasando por Pontiac, llegan finalmente hasta el pequeño poblado de Saginaw el cual era a la época, el límite de la colonización americana.

Los tópicos tratados en la obra son de gran importancia en la actualidad, aunque solo comenzaron a serlo desde mediados del siglo xx en adelante, por lo que se puede decir con propiedad que Tocqueville fue adelantado a su época en estas materias, tal como lo sería en tantas otras tratadas en sus obras posteriores.

El autor se muestra como una persona de gran sensibilidad, sentido común y sensatez ante la realidad que le toca ver en este corto viaje. Al recorrer el relato e ir experimentando las profundas descripciones y opiniones que en él se vierten, parece un viaje mucho más largo de lo que fue en los hechos, lo que denota la meditación y el análisis que Tocqueville debe haber llevado a cabo al redactar su obra.

El libro trata principalmente tres materias: su preocupación por la situación de las tribus originarias, la vida de los colonos europeos, en especial ingleses y franceses, y finalmente, el estado de la naturaleza y el paisaje de las zonas que visitó el autor y que corresponden a la parte noroeste de EE.UU., hasta la frontera con Canadá.

El mismo Tocqueville en las primeras líneas, adelanta el principal motivo de su viaje: curiosidad; la curiosidad por "recorrer los confines de la civilización europea". Como añadido, y si el tiempo se los permitía, visitarían algunas tribus indias. Alude en varias oportunidades durante la obra, a su deseo de llegar a lugares vírgenes, donde aún la civilización no había dejado su huella, cosa impensable en Europa. El autor se encontraba al tanto de algunos pormenores de la colonización americana y tuvo la suficiente objetividad para no intentar ver en América una copia de Europa. Pero claramente no se imaginaba que la realidad superaría ampliamente las noticias que llegaban a él.

El autor inicia la obra reconociendo a las tribus originarias de Norteamérica como "... el primero y legítimo dueño del continente americano..." y a los colonizadores como la raza que va "usurpando su lugar". Da luces acerca del daño que la colonización, que llevaba a la fecha casi trescientos años, ha producido en las tribus, en su forma de vida, en sus costumbres, incluso en su forma de vestir. Logra mostrar al lector los efectos físicos, psicológicos y morales de la civilización europea en la América nativa. El relato se vuelve por momentos dramático, al manifestar el autor la gran impresión e impotencia que le producen algunas experiencias a las que se enfrenta cuando tiene contacto con los pueblos nativos. Más de una vez se cruza con gente que veía no en la guerra sino en el aguardiente que se les vendía a bajo precio, el arma que, de hecho, mataba más indígenas.

Tocqueville logra asimismo transmitir gráficamente al lector la destrucción que han ido dejando a su paso los colonos europeos en lo que nosotros conocemos hoy como medio ambiente, en otras palabras, en los bosques, ríos, lagos, praderas y animales. Relata el nacimiento de pueblos, ciudades y obras de ingeniería, que producen en los americanos gran satisfacción. Esta orgullosa actitud se repite en los nacidos en esa tierra, al reconocerse a sí mismos como los únicos capaces de enfrentarse, dominar y sobrevivir en un lugar como Norteamérica, territorio tan salvaje que hacía que incluso los inmigrantes más esforzados, que

llegaban con gran ímpetu y deseos de éxito, prefirieran quedarse en ciudades ya consolidadas antes que enfrentar lo que Tocqueville llama “el desierto”. El autor nos muestra de modo bastante honesto y sin prejuicios las dificultades de los colonos para ir conquistando las tierras que adquieren; suelos baratos pero difíciles de sobrellevar. Al no ser aptas para la agricultura, y malamente para la ganadería, deben ser sometidas a grandes esfuerzos y mucho trabajo, a lo menos durante el primer año, lo que los lleva a enfrentar situaciones de pobreza, enfermedad y abandono extremos, produciendo graves efectos físicos en ellos, entre otros, una prematura vejez. No deja el autor de hacer presente el profundo espíritu de sacrificio de los colonos, quienes a pesar de la lejanía y el trabajo duro, mantienen su personalidad educada, sus profundas creencias religiosas y su deseo de seguir en contacto con la civilización. El autor transcribe algunos diálogos que tuvo durante su viaje con distintas personas, los que van dando una idea de las características de quienes encuentra en su camino, y de los temas que más interesan en ese momento y lugar a quienes viven por esas tierras, entre otros, hacer negocios.

Con todo, la objetividad del autor no le permite omitir la profunda desazón que le provoca la personalidad contradictoria del colono, una especie de doble estándar entre sus creencias religiosas y su desprecio por la situación de las tribus originarias. Tocqueville nos indica que algunos americanos hablan bien de los nativos, que los aprecian por su honestidad y los alaban por su tranquilidad y buenas relaciones de vecindad. Pero la mayoría de los colonos hacen gran hincapié en el hecho de que esas tierras pertenecen a quienes son capaces de sacar partido de ellas y los indígenas al no ser capaces de civilizarse, había sido destinados a una destrucción inevitable. De esta opinión es posible apreciar, como indica Tocqueville, la incapacidad de la mente europea de concebir la existencia de culturas que tuvieran una relación distinta con la naturaleza y la tierra como no fuera sacar el mayor provecho posible de ella.

¿Cómo pudo un hombre tan joven, de estirpe noble, ancestros europeos, abogado, magistrado y poco después también parlamentario, entender la esencia de los hechos que relata, expresando una visión tan sensible y profética de cuestiones que solo ciento treinta o ciento cuarenta años después adquirieron relevancia y comenzaron a estudiarse? Una situación como la descrita solo se explica por la existencia en Tocqueville de una mentalidad amplia, abierta; un hombre que sin ser un santo, fue portador de bondad y buenos sentimientos, características que le permitieron ir mucho más allá de la realidad que le tocó vivir. Hoy en día, lo describiríamos como poseedor de conciencia social y ambiental, características que se dieron en él de modo bastante prematuro, como es posible apreciar.

El libro en comento resulta absolutamente recomendable y necesario para quien se interese en la obra de Alexis de Tocqueville. Su relato en primera persona,

nos muestra abiertamente la personalidad del autor; pero no solo aquellas características visionarias que lo hicieron tan conocido entre quienes leyeron *"La Democracia en América"*, sino una faceta mucho más íntima, que permite conocer el día a día de un importante período de su vida, acercándonos más a él y a su pensamiento. Ello permite interiorizarse del gran sentido de justicia de que era poseedor, sin importar el sexo, origen o condición de las personas que encontró en su travesía.

Índice

Revista Derecho Público Iberoamericano

Facultad de Derecho UDD

N° 9 - Octubre de 2016

Derecho Administrativo

Iván Aróstica Maldonado. *Sanciones y restricciones administrativas en un entorno de leyes compendiosas.*

Derechos Fundamentales y Medio Ambiente

Rodrigo Poyanco Bugueño. *Libertad positiva, libertad fáctica y derechos sociales: Un análisis problemático.*

Rubén Miranda Gonçalves. *La protección del patrimonio cultural subacuático en la Convención sobre la protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001.*

Teoría Política

Miguel Ayuso Torres. *Pueblo y populismo: nuevas perspectivas.*

Francisco de Borja Gallego Pérez de Sevilla. *Religión secular y utopía política: la búsqueda de una definición.*

Rafael Martín Rivera. *Revisión histórica del Code Napoléon: solemne avenencia entre revolución y tradición.*

ENSAYOS

Mario Correa Bascuñán. *Medio ambiente y bien común.*

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss. *La pretensión de inaplicabilidad de Curtidos Bas S.A, El fallo que declaró inconstitucional el inciso 2° del artículo 62 del DFL 458/1976.*

Alejandro Villanueva Turnes. *La decisión del Tribunal Constitucional Español en relación con las bonificaciones para residentes en la Comunidad Autónoma en*

el Impuesto de Sucesiones y Donaciones. Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2015 de 18 de marzo.

RECENSIONES

Jacques Henry. *Islamisme 2.0*

Índice

Revista Ius Publicum N° 37/2016

Escuela de Derecho

Universidad Santo Tomás

Estudios

CARLOS A. CASANOVA: *¿Es lícito al cristiano el uso de la fuerza?*

RODRIGO PABLO PÉREZ: *Una aproximación al alcance de las expresiones moral y buenas costumbres.*

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN: *Jaime Guzmán y la subsidiariedad.*

RAÚL MADRID RAMÍREZ: *Abortistas y partidarios del aborto.*

RAMIRO A. MENDOZA ZÚÑIGA: *Acerca del rol de una Municipalidad en el ámbito de la seguridad y de los medios tecnológicos de vigilancia que utilice conforme al derecho nacional.*

REGINALD HORN SANTANDER: *El decaimiento del acto administrativo como una causal natural de extinción de los mismos.*

EDUARDO SOTO KLOSS: *El llamado decaimiento del acto administrativo ¿otra invención suprema?*

Crónica

Reflexiones tomistas: ESTHER GÓMEZ. *Reflexiones éticas:* Cardenal François-Xavier Nguyễn Van Thuan, C. Sande, Andrés Montero, Gonzalo Cordero, Gonzalo Rojas Sánchez. *Reflexiones fuertes:* ALEKSANDR SOLZHENITSYN, P. RAÚL HASBÚN Z., JUAN MANUEL DE PRADA, STEVEN W. MOSHER Y ANNE MORSE.

Documentos

MAGISTERIO PONTIFICIO: CARDENAL JOSEPH RATZINGER: *Europa en la crisis de las culturas. Subiaco (1°04.2005). Viaje Apostólico de Su Santidad Benedicto XVI a Valencia (España) con Motivo del V Encuentro Mundial de las Familias Encuentro Festivo y Testimonial. Discurso del Santo Padre Benedicto XVI. Ciudad de las Artes y las Ciencias (8 de julio de 2006). Discurso del Santo Padre Francisco a los Miembros*

de la Unión Católica Italiana de Profesores, Dirigentes, Educadores y Formadores [UCIIM]. Aula Pablo VI (14 de marzo de 2015). Viaje Apostólico del Santo Padre Francisco a Polonia con ocasión de la XXXI Jornada Mundial de la Juventud. Santa Misa para la Jornada Mundial de la Juventud. Homilía del Santo Padre. Campus Misericordiae - Cracovia (31 de julio de 2016). Homilía del Padre Paul Scalia en funeral de su padre. Hacia una convivencia esperanzada y solidaria. Homilía del Cardenal Ricardo Ezzati en el Te Deum / Catedral de Santiago de Chile (18.9.2015). Presentación ante la Comisión de Salud del Senado por la despenalización del aborto en tres causales. Conferencia Episcopal de Chile (21 de junio de 2016). "Querido laico, no idolatres el ateísmo" (Conversación con Fabrice Hadjadj). La KCB creó la "Teología de la liberación".

Actualidades

*Ideología de género: Una revolución en contra de la naturaleza humana
Reforma constitucional*

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (10.8.2015) / Rol 2684. *Curtidos Bas S.A.* - Inaplicabilidad (Artículo 62 inc. 2° Ley General de Urbanismo y Construcciones) (Comentario Eduardo Soto Kloss)

Recensiones Y reseñas bibliográficas

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre _____

Dirección _____

Dirección de despacho _____

Comuna _____

Ciudad _____ País _____

Teléfono _____ Fax _____

Profesión/Carrera _____

Universidad/Instituto _____

Empresa/Institución _____

Giro _____

R.U.T. _____ E-mail _____

Tipo de Suscripción

Nueva Renovación 1 Año 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

“Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda.”

por la suma de \$ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCION*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 22.000	\$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56-2-299 92 71
Fax: 56-2-299 92 71
E-mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56-41-268690
Fax: 56-41-268669
E-mail: cferrando@udd.cl

