ACTUALIDAD JURIDICA



Año III

N°5

Enero 2002

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Reforma Procesal Civil

El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria

Principales alcances de la nueva Ley Laboral

Los organismos de la defensa de la competencia



Universidad del Desarrollo Santiago – Concepción

JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año III, Nº 5 - Enero 2002



13285



Consejo Editorial

Gonzalo Rioseco M. *Presidente*Jaime Williams B.
Angela Cattán A.
Cecily Halpern M.
Mario Rojas S.
Bruno Caprile B.
Hugo Fábrega V. *Secretario*

Director

Pablo Rodríguez G.

Editor

Rafael Cruz F.

Representante Legal Ernesto Silva B.

ISSN N° 0717-5914 - Santiago de Chile Ediciones Universidad del Desarrollo

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

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

Impresión: OGRAMA S.A.

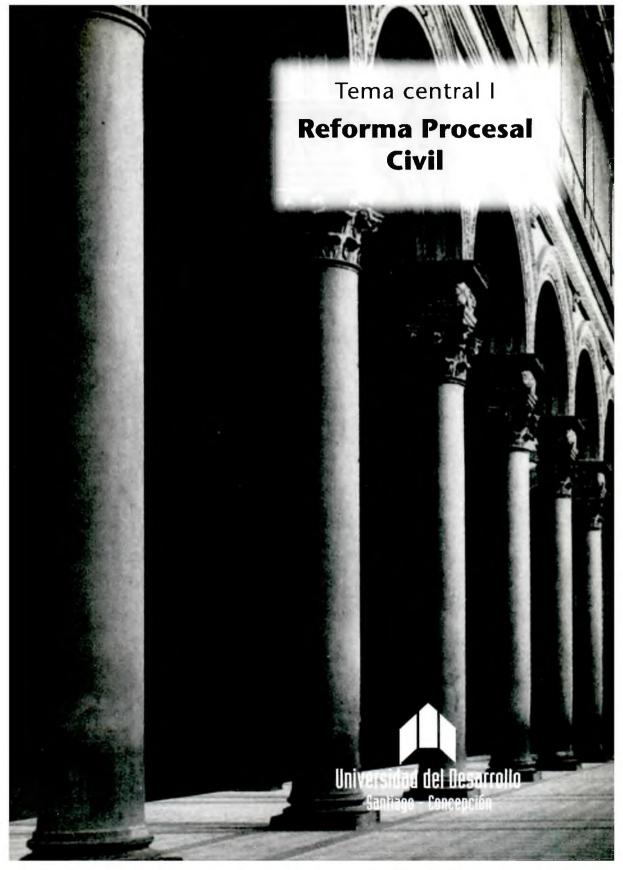
Indice de Contenidos

Tema central I: Reforma Procesal Civil

 Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil. C. Pecchi C., C. Maturana M		7
Código de Procedimiento Civil. C. Pecchi C., C. Maturana M. 25 Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil. E. Ortíz S	Reforma Procesal Civil. P. Rodríguez G	9
Código de Procedimiento Civil. C. Pecchi C., C. Maturana M. 25 Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil. E. Ortíz S	• Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el	
de Procedimiento Civil. E. Ortíz S	Código de Procedimiento Civil. C. Pecchi C., C. Maturana M	25
de Procedimiento Civil. E. Ortíz S	Posibles modificaciones al Libro I del Código	
 Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación. E. Tapia W		47
en materia de recursos de apelación y casación. E. Tapia W		
 El proceso monitorio. D. Kokisch M	•	53
 Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo. J. Arab N		
 Popurrí procesal. H. Oberg Y	•	
 Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión? F. J. Rabat C		
preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión? F. J. Rabat C		
Tema central II: Justicia Tributaria El Estado de Derecho y la justicia tributaria. P. Figueroa V		
Tema central II: Justicia Tributaria El Estado de Derecho y la justicia tributaria. P. Figueroa V		109
 El Estado de Derecho y la justicia tributaria. P. Figueroa V	Ziulcio o meru gestioni. 1. j. nubut e	107
 El Estado de Derecho y la justicia tributaria. P. Figueroa V		
 El Estado de Derecho y la justicia tributaria. P. Figueroa V	Tema central II: Justicia Tributaria	
 Reforma a la justicia tributaria. R. Ugalde	Tellia Cellelai III jasticia III saturia	
 Reforma a la justicia tributaria. R. Ugalde	• El Estado de Derecho y la justicia tributaria P. Figueroa V	123
 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E		
 Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A	• Reforma a la justicia tributaria R. Ugalde	
 Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A		
 Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A		
 Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A		
a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A	• Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E	
a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A	• Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E	
 Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O	Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E Ensayos y Estudios	
 Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen 	143
 Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. 	143
 Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima. E. Alcalde R	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. 	143 163 187
de los directores de una sociedad anónima. E. Alcalde R	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M. 	143 163 187 203
 Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos. C. Cárdenas S 255 Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas. M. Rojas S., E. Rojas S	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M. Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M. 	143 163 187 203
profesionales de la construcción por vicios constructivos. C. Cárdenas S 255 Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas. M. Rojas S., E. Rojas S	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M. Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M. Relaciones entre el interés social y el interés personal 	143 163 187 203 211
 Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas. M. Rojas S., E. Rojas S	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M. Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M. Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima. E. Alcalde R. 	143 163 187 203 211
en las sociedades de personas. M. Rojas S., E. Rojas S	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M. Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M. Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima. E. Alcalde R. Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los 	163 187 203 211 243
 La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta. R. Campusano	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M. Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M. Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima. E. Alcalde R. Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos. C. Cárdenas S. 	163 187 203 211 243
Apuntes para una propuesta. R. Campusano	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M. Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M. Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima. E. Alcalde R. Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos. C. Cárdenas S. Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes 	163 187 203 211 243 255
Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M. Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M. Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima. E. Alcalde R. Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos. C. Cárdenas S. Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas. M. Rojas S., E. Rojas S. 	163 187 203 211 243 255
	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M. Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M. Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima. E. Alcalde R. Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos. C. Cárdenas S. Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas. M. Rojas S., E. Rojas S. La enseñanza del derecho informático en Chile. 	163 187 203 211 243 255 275
del Derecho Romano. A. Cattán A	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M. Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M. Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima. E. Alcalde R. Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos. C. Cárdenas S. Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas. M. Rojas S., E. Rojas S. La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta. R. Campusano 	163 187 203 211 243 255 275
	 Estudio jurisprudencial del tribunal tributario. J. García E. Ensayos y Estudios Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado. H. Rosende A. Los organismos de la defensa de la competencia. O. Feliú de O. Principales alcances de la nueva ley laboral. C. Halpern M. Nueva institucionalidad sindical. A. M. Díaz M. Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima. E. Alcalde R. Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos. C. Cárdenas S. Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas. M. Rojas S., E. Rojas S. La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta. R. Campusano Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza 	163 187 203 211 243 255 275 305

Actividades de las Facultades

• Facultad de Derecho, sede Santiago. F. Vergara C	
Puntos de Vista	
• Derecho y Justicia. P. Rodríguez G.	345
Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez. P. P. Vergara V	3/10
der profesor don't abio kourigaez drez. 1.1. Vergara V	347
Libros. Resúmenes y Recensiones	
• Revista lus Publicum N° 7 (septiembre 2001)	357
• 30 años de la Revista de Ciencias Sociales	359



Una reforma necesaria

(Presentación)

El presente número de *Actualidad Jurídica* está dedicado a la reforma procesal civil. Para nadie es un misterio que la ciudadanía tiene un juicio adverso cuando se evalúa la actividad judicial. En ello inciden varios factores, pero parecen ser los predominantes la extrema tardanza con que se resuelven los litigios, la mala calidad de las sentencias y algunos focos de corrupción descubiertos al interior de los tribunales.

En los últimos años la Corte Suprema ha realizado un esfuerzo muy laudable para sancionar conductas contrarias a la ética, llegándose al extremo de exonerar a varios jueces, entre ellos, incluso, uno que formaba parte del Tribunal Supremo. Estos hechos han tenido la virtud de disipar muchas críticas y sospechas que se propagaban con facilidad, como consecuencia de la impunidad que, se suponía, gozaban los altos magistrados del Poder Judicial. No disponemos de encuestas actualizadas, pero nos parece obvio que la imagen de la Justicia ha experimentado una evolución positiva, al menos en este aspecto.

Abordar los otros problemas es más difícil. El retraso en la tramitación de los juicios no es de responsabilidad exclusiva de los jueces. En ello concurre una actitud obstruccionista y dilatoria, en la mayor parte de los casos, de los abogados, que, en lugar de cooperar lealmente con el tribunal obviando trámites inútiles e innecesarios, se empeñan en agotar sus derechos y recursos defensivos. Probablemente ello corresponda a una deficiente formación profesional, que deberá revisarse en el futuro, sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse para solucionar esta cuestión a corto plazo. Sin embargo, existe conciencia en el ámbito judicial de que los jueces están extremadamente recargados de trabajo y que es materialmente imposible atender eficientemente miles de procesos incoados anualmente en cada juzgado, principalmente en la ciudad de Santiago. Lo propio puede decirse en lo relativo a las Cortes de Apelaciones, saturadas de procesos que duermen durante años en sus anaqueles sin posibilidad alguna de entrar en tabla por razones de tiempo. Un solo dato puede describir

más expresivamente lo que sucede: en 50 años las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago han aumentado de 5 a 8..., en tanto los tribunales civiles aumentaron entre 5 y 30 juzgados. Más o menos lo mismo puede decirse de los tribunales del crimen. Se requiere, por lo tanto, un esfuerzo económico importante por parte del Estado para remediar un abandono tan evidente como sostenido en el tiempo.

En cuanto a la calidad de las sentencias, el problema tiene aspectos especiales. Desde luego, el recargo antes anotado impide que los jueces puedan destinar un tiempo mínimo adecuado a esta delicada actividad. Pero tampoco es desdeñable el hecho de que ellos carecen de la preparación y de los conocimientos que exige la dictación de fallos sobre materias cada día más especializadas y complejas. Cualquier reforma, por lo mismo, debe abordar estos y otros problemas con imaginación e ingenio y, por qué no decirlo, con un costo mínimo, atendida la tradicional debilidad de las arcas fiscales. De aquí nace la necesidad de revisar los procedimientos, las facultades de los jueces, las materias de su competencia, las diversas etapas en el desarrollo del proceso, detectar los escollos que impiden un avance satisfactorio, etc.

No cabe duda que a la **reforma procesal penal**, que sólo sobrevino cuando la justicia del crimen, como lo han reconocido las autoridades, colapsó, deberá seguir la **reforma procesal civil**. Es de esperar que ella no sea fruto de otra crisis, tan profunda y perjudicial para el prestigio del Poder Judicial como la que afectó a la judicatura penal. Este hecho justifica nuestra preocupación por el tema y la urgencia en convocar a los procesalistas más ilustrados al análisis de esta reforma, cada día más imperativamente necesaria.

Ojalá este esfuerzo no sea más que un primer paso en el estudio de esta reforma y que muchas otras Facultades de Derecho nos acompañen en la profundización de estos estudios.

Finalmente, queremos dejar testimonio de nuestros agradecimientos a los numerosos profesores que han oído nuestro llamado, motivados por los mismas inquietudes que dejamos plasmadas en esta páginas.

LA DIRECCIÓN

Reforma Procesal Civil



Pablo Rodriguez Grez

Decano Facultad de Derecho **Universidad del Desarrollo**

Luego de iniciada la vigencia de la reforma procesal penal, lo que hace presumir un mejoramiento en la calidad y el funcionamiento de la justicia del crimen, se abre paso la necesidad de encarar una modernización de la justicia civil.¹ Esta aspiración debe encuadrarse en el marco de nuestras experiencias y no en el de modelos extranjeros que poco tienen que ver con la idiosincrasia nacional.

Para fundamentar el planteamiento que expondremos, es necesario distinguir dos cosas totalmente distintas, aun cuando, en cierta medida, hoy día interdependientes: la celeridad o retraso en la tramitación de las causas civiles, y la calidad de la justicia.

Comencemos por reconocer que la justicia no puede ser inmediata, ya que un correcto juzgamiento implica la atenuación de las pasiones y emociones, y este escenario, como es lógico, sólo lo construye el tiempo. Pero tampoco puede postergarse indefinidamente el pronunciamiento judicial, sin daño grave para la sociedad y la justicia.

En este momento, un análisis objetivo de la realidad lleva a la convicción de que el deficiente funcionamiento de la justicia civil es consecuencia del recargo abrumador de trabajo de los jueces. Lo anterior, a su vez, se explica por varios factores, entre ellos porque el aumento de la población es porcentualmente muy superior al de los tribunales de primera y de segunda instancia, lo que trae consigo una mayor demanda insatisfecha de estos servicios; por el mejoramiento de los ingresos, experimentado a partir de la década del ochenta, lo cual provocó, como es natural, un incremento de los conflictos de interés que deben resolver los tribunales; y por la gratuidad de la justicia, lo que se hizo realidad al modificarse la ley sobre

¹ A nuestro juicio, uno de los escollos que más negativamente gravitarán en el éxito de la reforma procesal penal es el cambio abrupto que ella acarrea, al instaurar un sistema divorciado de nuestras tradiciones y de algunos rasgos caracterológicos del pueblo chileno. Es difícil que pueda prosperar un sistema que se sustenta en la veracidad y colaboración de testigos, peritos, víctimas, victimarios, etc. Desgraciadamente, nuestro pueblo, atendido su nivel de cultura cívica, no será fiel a este sistema y, muy probablemente, ello redundará en una mayor impunidad en una etapa en que es más necesario que nunca combatir la proliferación del delito.

timbres y estampillas, que encarecía considerablemente las actuaciones judiciales. Como lo hemos dicho tantas veces, es absurdo exigir a un tribunal que atienda oportunamente, estudie en profundidad y tenga pleno conocimiento de miles de causas, de la más variada índole, si éste no dispone del tiempo mínimo para realizar tan delicada función.

I. SOBRE LA TRAMITACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

El primer paso para el mejoramiento de la justicia civil, entonces, consiste en aumentar el número de tribunales, a fin de que los jueces dispongan del tiempo necesario para desempeñar responsablemente sus tareas. Cuanto se haga desatendiendo esta realidad tropezará con un escollo insuperable. Pueden, ciertamente, atenuarse las dificultades hoy existentes con reformas parciales e ingeniosas, pero si queremos mejorar efectiva y sustancialmente la calidad de la justicia civil y la eficiencia de los tribunales, debemos multiplicar su número, de modo que cada uno de ellos tramite no más de 1.000 procesos anualmente.

Los tribunales civiles, conforme a la actual legislación, conocen de materias ajenas a la tarea propiamente jurisdiccional. Desde luego, no deben ellos encargarse de los llamados juicios ejecutivos o de procedimientos meramente compulsivos (como los juicios sobre reconvención de pagos, desahucios, quiebras, notificación de protesto de cheques, etc.) Estos procesos, por lo general, no tienen por objeto resolver un conflicto, sino imponer coercitivamente el cumplimiento de una obligación. Por lo mismo, ellos constituyen un subsidio indirecto a la actividad de algunos agentes económicos (especialmente los bancos e instituciones financieras). Dicha materia es propia de fiscalías, financiadas por quienes requieren de sus servicios, puesto que se trata de encarar una contingencia (riesgo) propia de dicha actividad. Resulta inaceptable que sea el Estado, a través del Presupuesto Nacional, el que subsidie a los acreedores que no han obtenido el cumplimiento de las obligaciones asumidas por su deudor. Sólo deben elevarse a conocimiento del juez aquellas excepciones en que efectivamente exista una disputa jurisdiccional (como el valor probatorio de un instrumento, el cómputo del plazo de prescripción, etc.), y siempre que sea el acreedor quien entere un tributo que financie la actividad del tribunal. Asimismo, deben traspasarse algunas materias meramente administrativas a conocimiento de otras potestades. Tal ocurre con las posesiones efectivas, las rectificaciones de partidas, y, en general, los actos de jurisdicción no contenciosa. Finalmente, una serie de cuestiones de alta especialidad o relativas a ciertos negocios particulares (conflictos societarios, concesiones públicas, etc.) deben ser de arbitraje forzoso, sustrayendo a los tribunales ordinarios del conocimiento de los mismos,

atendida la naturaleza de los intereses en juego y la especialidad y ámbito de la disputa.

El segundo paso, entonces, para el mejoramiento de la justicia civil, consiste en descargar a estos tribunales de todas aquellas materias ajenas a su función jurisdiccional (así se trate de procedimientos ejecutivos, meramente compulsivos o de carácter administrativo), y de aquellas otras que, en razón de su especialidad y la intervención del Estado, requieren de jueces imparciales que no estén integrados a la estructura de los poderes públicos.

Es difícil entender por qué razón se ha puesto en hombros de la justicia civil materias tan disímiles como la constitución de la propiedad minera o la facción de un inventario solemne, por ejemplo, en circunstancias de que se trata de cuestiones propias de la administración. Lo anterior pudo ser aceptable en otro contexto social y económico, pero no en el actual.

La tramitación de las causas civiles experimenta retrasos considerables como consecuencia de la actividad de las partes, especialmente en el período probatorio, y el escaso tiempo de que disponen los jueces para "mantener al día" al tribunal.² Se ha hecho ya tradicional la facilidad con que un mandatario judicial puede retardar la tramitación de una causa, y las dificultades con que tropieza si quiere acelerarla. ¿A qué se debe ello? A que para retardar el curso progresivo del proceso, el mandatario tiene de aliado al juez, interesado en que la causa no quede en estado de ser fallada (a partir de lo cual empiezan a correr los plazos de que dispone para dictar la sentencia). Por el contrario, para acelerar el curso de proceso, tiene de adversario al juez, por una razón inversa. Lo que decimos no se percibe frecuentemente, pero con un mínimo de perspicacia puede detectarse con cierta facilidad.

No es exagerado, entonces, afirmar que el retardo en la tramitación de un juicio civil obedece a tres causas bien precisas: los conflictos que se suscitan durante el término probatorio, el tiempo que media entre la conclusión de la tramitación y la dictación de la sentencia, y el retardo que causan los incidentes que se promueven en todo el curso del proceso. Analizaremos cada una de estas causas.

² "Mantener al día" no es más que un eufemismo para significar que aparentemente el tribunal no sufre retraso en la tramitación de las causas y en la dictación de las sentencias.

a. Abuso del procedimiento incidental

Es evidente que las partes, durante el juicio, sea por celo defensivo o con el propósito deliberado de entorpecer su desarrollo, incurren en abusos, deduciendo toda suerte de incidentes dilatorios (cuestiones accesorias al juicio). La ley ha previsto esta situación, pero los remedios contemplados (consignación previa, plazos perentorios, condena en costas) no han surtido siempre efectos positivos. Lo anterior se ve magnificado, porque para dictar resoluciones de mero trámite el tribunal demora varios días, o recibe el incidente a prueba, o transcurren semanas y a veces meses antes de resolver. Una vez fallado el incidente, es posible deducir recursos procesales y si éstos llegan a suspender la substanciación del juicio, o el Tribunal de Alzada concede "orden de no innovar", es muy probable que transcurran años antes de que el proceso vuelva a ponerse en marcha. Es cierto que esto último es cada día menos probable, pero es igualmente cierto que por esta vía muchas causas se eternizan. Aquí, creemos nosotros, se encuentra una de las razones que provocan el retraso que se reclama. Existen casos en que una excepción dilatoria, por ejemplo, ha llegado a conocimiento de la Corte Suprema a través del recurso de casación en el fondo.

Se hace necesario, por lo tanto, sancionar drásticamente el abuso en que se incurre al deducir toda suerte de incidentes dilatorios, ya sea, como se dijo, por celo defensivo o con la intención deliberada de obstruir o retardar la tramitación de la causa.

¿Cómo resolver este problema?

Desde luego, todos los incidentes deberían tramitarse obligatoriamente en cuaderno separado,³ excluyendo, de esta manera, que se interfiera indebidamente la tramitación de la causa. Así las cosas, el cuaderno principal sólo contaría con las piezas esenciales (discusión y prueba). Todo incidente deducido en el curso del juicio debería tramitarse oralmente. Para estos efectos, planteada que sea la cuestión accesoria, el tribunal convocará a comparendo, a fin de oír a la parte contraria, y con el mérito de lo expresado o en su rebeldía, resolverá en la misma audiencia, dejándose de todo ello constancia en el acta respectiva. Sólo si fuere necesario acreditar hechos controvertidos que incidan sustancialmente en la cuestión discutida, se recibirá el incidente a prueba por el término de cinco días, al cabo de los cuales deberá resolverse sin mayor dilación. No se admitirán en este procedimiento alegaciones de entorpecimientos o la concesión de nuevos plazos.

³ Si bien es cierto que hoy existe una disposición que autoriza la formación de cuaderno separado, ella no se aplica por los jueces. Ignoramos la razón, pero no es difícil presumir que con ello se aceleraría el curso de proceso.

Con esta fórmula se logran varios objetivos. En primer lugar, no se interrumpe la tramitación de la causa, la cual puede seguir su curso, no obstante las cuestiones accesorias que surjan y que se incorporarán al cuaderno principal cuando sean resueltas. En segundo lugar, la decisión que debe adoptar el tribunal es inmediata y no entraba la substanciación y continencia del juicio. En tercer lugar, la recepción del incidente a prueba no constituye un tropiezo de duración indefinida, como suele ocurrir en la actualidad. En cuarto lugar, se desalienta toda iniciativa destinada a entorpecer la decisión final. En quinto lugar, se facilita el contacto y trato del juez con los litigantes en audiencias verbales, lo cual, a la larga, le dará una mayor expedición en el ejercicio de su ministerio.

Por último, es necesario innovar en la tramitación de los recursos que procedan contra lo resuelto por el tribunal en materia incidental. Todo recurso de reconsideración o reposición debe ser resuelto derechamente y en las siguientes 24 horas. Ante la Corte de Apelaciones los recursos que inciden en incidentes deben resolverse previas alegaciones orales, si ello es pedido por las partes, debiendo el tribunal interactuar con los abogados de manera que exista un intercambio fluido de puntos de vista respecto de la cuestión tratada. En otros términos los alegatos deben desarrollarse sobre los puntos fijados por el tribunal y con activa intervención de éste.

b. Sobre el término probatorio

A juicio nuestro, es aquí en donde suele retrasarse mayormente la tramitación de los juicios civiles en el procedimiento ordinario.

A este respecto deben adoptarse una serie de modificaciones que, sucintamente, indicaremos a continuación.

1. Al momento de presentarse la demanda, deberá el actor hacer una breve relación de los medios de prueba de que se valdrá, indicando, circunstanciadamente, los testigos que depondrán en su favor, los documentos que acompaña, el pliego de preguntas sobre que versará la absolución de posiciones que exigirá a la contraparte, los peritajes que solicitará con indicación de las calidades que deberán poseer los peritos, etc. Excepcionalmente, tratándose de la confesión, podrá complementarse el pliego de posiciones una vez contestada la demanda. Sólo podrá rendirse la prueba indicada, en caso alguno se autorizarán otros medios diversos de los señalados. Si se trata de documentos, todos ellos deben ser acompañados a la demanda, salvo que se hallen en poder de terceros, cuya exhibición debe ser decretada por el tribunal de acuerdo a los ante-

cedentes que en su libelo proporcione el actor. Las mismas reglas se aplicarán al o los demandados, todos los cuales deberán cumplir esta exigencia al contestar la demanda.

- 2. Concluido el período de discusión, el tribunal citará a las partes a un comparendo, a fin de que, de común acuerdo, fijen los hechos sobre los que no existe disputa y deberá recaer la prueba. Para estos efectos, cada parte entregará una minuta en que se indicarán los hechos que pretende acreditar. Se entenderán probados aquellos hechos en que las partes coincidan o que ambas acepten como verdaderos. En desacuerdo de las partes, el tribunal los establecerá en la misma audiencia.
- 3. El término probatorio de 20 días clausurará el juicio. Si no se hubiere allegado la prueba rendida o ella debe rendirse fuera del territorio jurisdiccional del tribunal, se prolongará el cierre del proceso por el tiempo que el tribunal estime de derecho, que no podrá, en ningún caso, ser superior a 60 días. Para evitar que una parte quede en la indefensión como consecuencia de que la prueba ofrecida deba rendirse en el extranjero, deberán modificarse las normas que regulan los exhortos internacionales, a fin de simplificar su despacho y tramitación, de modo que el plazo indicado no sea óbice para los fines probatorios previstos por el litigante. ⁴ Asimismo, los peritos deberán evacuar su tarea en el plazo fijado por el tribunal, el cual no podrá exceder los antes indicados. Sobre este punto se facultará al tribunal para ordenar la realización del peritaje tan pronto sea presentada la demanda, a requerimiento de la parte interesada en esta probanza. Especial hincapié merece la prueba de testigos. La experiencia demuestra que ésta debe ser reformulada en varios aspectos. Desde luego, las tachas deben ser resueltas antes de que el testigo preste declaración y la decisión del tribunal al respecto es inapelable. Los testigos deben prestar declaración sobre hechos precisos y específicos, dejando al margen sus opiniones personales. Las preguntas, repreguntas y contrainterrogaciones deben reducirse a lo estrictamente necesario.

Paralelamente, es necesario agravar la penalidad del perjurio, ya que se trata de una conducta que obstruye la justicia y que sirve, no pocas veces, para elaborar construcciones fraudulentas y dolosas en perjuicio de la verdad.

⁴ Particularmente importante nos parece autorizar los medios electrónicos modernos para estos efectos, eliminando las excesivas formalidades que hoy se exigen y que, a postre, son la razón de retrasos absolutamente injustificados.

- 4. Concluidos los plazos indicados, se dictará una resolución que ordena cerrar el proceso (citación para oír sentencia) y no se admitirá gestión, escrito o solicitud alguno. Sólo se entenderán incorporadas al cuaderno principal las cuestiones que hubieren sido resueltas por el Tribunal de Alzada al resolver sobre los incidentes pendientes.
- 5. Inmediatamente de concluido el término probatorio, el juez deberá, de oficio o a petición de parte, dictar la resolución que declara cerrado el proceso y pronunciar sentencia en los plazos legales, salvo que decrete medidas para mejor resolver, conforme sus facultades excepcionales.

c. Tiempo transcurrido entre el cierre del proceso y la dictación de la sentencia

Finalmente, es necesario modificar las normas que imponen a los jueces dictar fallo en los plazos legales, ya que de hecho, en muchos casos, ellos no se cumplen.

En caso de estar vencidos los plazos consagrados en la ley para la dictación de la sentencia sin que ella se haya pronunciado, cesará de pleno derecho la jurisdicción del juez, debiendo el Tribunal de Alzada designar otro juez para estos efectos. El nuevo juez que se designe dispondrá de los mismos plazos para cumplir esta tarea.

Es útil recordar que existen casos en que los tribunales de primera instancia han **demorado varios años** en pronunciar una sentencia, con el daño consiguiente para los litigantes.

Lo indicado no excluye los esfuerzos que se hagan para promover un avenimiento, pero éste no puede servir de pretexto para retardar el pronunciamiento de la sentencia definitiva. La citación de las partes para lograr un acuerdo transaccional no interrumpirá el curso de los plazos establecidos para este objeto.

II. SOBRE LA TRAMITACION EN SEGUNDA INSTANCIA

Gran parte del retardo en la tramitación de las causas civiles se explica por el tiempo que transcurre entre el ingreso de la causa a la Corte de Apelaciones y el fallo pronunciado por este tribunal, así se trate de incidentes o sentencias definitivas. Aun cuando parezca increíble, la incorporación del proceso a la tabla en la Corte de Apelaciones de Santiago, por ejemplo, demora más de dos años en caso de sentencias definitivas, y entre nueve meses y un año en caso de incidentes. En otras palabras, el juicio se suspende por este lapso, sin que exista medio alguno para evitarlo. La única razón que explica este fenómeno es la absoluta incapacidad de la Corte de Apelaciones de Santiago para enfrentar el número de causas que debe conocer y fallar. Basta pensar que para atender a la ciudad de Santiago, con la sola excepción del radio jurisdiccional de la Corte de Apelaciones de San Miguel, existen sólo ocho salas en el Tribunal de Alzada, una de las cuales debe avocarse a los juicios laborales exclusivamente. Es materialmente imposible atender la demanda de 30 juzgados civiles, 36 juzgados del crimen, 9 juzgados laborales, 9 de menores y otros tantos de policía local, con tan escaso personal. A lo anterior agréguese las tareas conexas de los ministros, tales como visitas permanentes en determinados tribunales y notarías, visitas extraordinarias (para el conocimiento de procesos de personas con fuero o de especial importancia), comisiones de servicio, integración de tribunales especiales, etc.

Es efectivo que a partir de la reforma procesal penal, este trabajo disminuirá significativamente, pero mientras ello no ocurra, no se vislumbra posibilidad alguna de que los procesos civiles tengan una tramitación razonablemente oportuna en el tribunal de segunda instancia.

Para enfrentar este problema se propone introducir, a lo menos, tres innovaciones:

- 1. Santiago, atendido el incremento poblacional de los últimos años, requiere de por lo menos cuatro Cortes de Apelaciones (sur, norte, oriente y poniente), con cinco salas cada una de ellas, descentralizando, de esta manera, la actividad judicial. Es materialmente imposible que tan solo 8 salas puedan enfrentar este volumen de trabajo, lo cual, unido a las demás tareas encomendadas a los ministros, agrava la situación, al extremo de que el retraso acumulado no podría, en el día de hoy, resolverse antes de tres años, partiendo del supuesto de que se suspendieran absolutamente los nuevos ingresos, lo cual resulta ciertamente absurdo.
- 2. Cada Ministro de Corte, por medio de turnos, debería estudiar y dar a conocer a los demás miembros de la sala los recursos pendientes, en una

audiencia en que tuvieran participación los representantes de las partes, a fin de aclarar sus pretensiones y argumentos. De este modo, al menos un miembro del Tribunal Alzada estaría informado en detalle del curso y particularidades del proceso, pudiendo trasmitir su experiencia a los demás integrantes. Terminada la audiencia de relación, correspondería oírse los alegatos, debiendo ellos circunscribirse a los puntos que el tribunal estimara convenientes, evitando reiteraciones o argumentos innecesarios o ya desechados. Concluidas las alegaciones, el tribunal debería informar a los abogados del resultado del recurso, quedando pendiente la redacción del fallo para los días siguientes. En la forma indicada se evitaría que la información a los jueces se proporcionara por un funcionario especialmente encargado de esta tarea (el "relator"), el cual, no obstante estudiar todos los detalles del proceso, no puede, sin embargo, intervenir en la decisión y aportar su opinión. Por otro lado, se evitaría una información incompleta y, como consecuencia de un análisis en conjunto con los representantes de las partes, toda influencia diversa de la fortaleza de los argumentos y razones hechas valer por cada litigante.

3. Es conveniente explorar un sistema destinado a desincentivar la judicialización de los conflictos intersubjetivos. Desde luego, se ha hecho ya tradicional que la tasación de las costas personales (honorarios de abogados) no quarde relación alguna con su verdadero monto. No pocas veces esta tasación es meramente simbólica. De ello se sique que litigar –en la práctica- resulta casi gratuito. Son conocidas algunas figuras del mundo financiero y empresarial que han transformado el litigio, al amparo de este subsidio, en fuente de enriquecimiento. En efecto, si el pleitista no tiene nada que perder, pero sí mucho que ganar, es lógico que recurra a los tribunales en demanda de beneficios, aunque ellos sean sólo quiméricos. A lo anterior debe agregarse un hecho que reviste, a juicio nuestro, la mayor trascendencia. Lamentablemente, muchas de las decisiones de nuestros jueces son imprevisibles. Ello implica reconocer la imposibilidad de anticipar razonablemente el resultado de una contienda judicial. Lo anterior constituye una de las fallas más gruesas de nuestro sistema, ya que, como es natural, por una parte, se debilita la certeza jurídica y, por la otra, se estimula la litigiosidad a la espera de una decisión que nadie puede prever con cierto grado de seguridad. Si se analizan estos factores, se puede comprender con facilidad por qué los juicios han aumentado en mayor proporción que el crecimiento de la población. Encontrar recursos que reviertan este fenómeno no es difícil. Entre ellos una efectiva condena en costas o multas punitivas en caso de abusos judiciales serviría para corregir este exceso, que, invariablemente, es utilizado por quienes disponen de medios económicos abundantes. Una vez más se advierten los efectos perversos de subsidios indirectos que distorsionan el funcionamiento de la tarea jurisdiccional.

III. EXCESIVO FORMALISMO

Nuestro derecho responde a una larga tradición de exagerado formalismo, lo cual no se aviene con las tendencias modernas. En los últimos años se han enmendado muchos de estos excesos, especialmente en lo relativo a las notificaciones. Pero aún subsiste una visión sacramental del proceso judicial. La interpretación de nuestros jueces, en su mayoría, opta por la aplicación de elementos que, como el literal, estancan y congelan el derecho. Una interpretación finalista permitiría resolver muchas cuestiones meramente procesales con un criterio más amplio, en procura de lograr resultados positivos.

Un ejemplo ilustra nuestra opinión. Para disminuir el recargo de juicios en los tribunales civiles, se dispuso que, concluido el período de discusión (cualquiera fuera el procedimiento y con solo las excepciones expresamente contempladas en la norma), el juez llamara a las partes a una audiencia de conciliación (Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil, artículos 262 a 268 inclusive). Para el éxito de esta diligencia se concibieron dos disposiciones especialmente importantes y prácticas. El artículo 262 dispuso que "el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo". A su vez, el artículo 263 fue todavía más lejos: "el juez obrará como amigable componedor. Tratará de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio. Las opiniones que emita no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa". En otros términos, el juez, actuando como arbitrador (artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales), debe proponer personalmente las bases sobre las cuales pueda llegarse a un acuerdo.

¿Qué ocurre en la práctica?

Los jueces, por su apego exagerado a las facultades tradicionales que les corresponden, o por falta de tiempo, o porque no tienen conciencia de las atribuciones que les han sido otorgadas, no hacen uso de esta herramienta formidable, no se dan el trabajo de estudiar los antecedentes, sondear a las partes y proponer, como dice la ley, las bases sobre las cuales alcanzar un arreglo. De suerte que son muy escasos los procesos que terminan por avenimiento logrado a instancias del tribunal.

Nótese que si el juez está autorizado para obrar como "amigable componedor", ello implica que queda facultado para fijar bases de avenimiento fundándose, incluso, en su prudencia y equidad. Sin perjuicio de lo anterior, puede emitir opiniones sin que ellas sirvan para inhabilitarlo. Agréguese a lo anterior que el artículo 262 inciso final del Código de Enjuiciamiento Civil, dispone que "el precedente llamado a conciliación no obsta a que el juez pueda, en cualquier estado de la causa, efectuar la misma convoca-

toria, una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda". En otros términos, la ley faculta al juez para citar a un nuevo comparendo de conciliación y, obrando con las mismas amplísimas facultades, promover un avenimiento. Tampoco los jueces hacen uso con frecuencia de estos poderes excepcionales. No puede dejarse de destacar que tanta importancia ha dado el legislador a la posibilidad de zanjar un conflicto mediante avenimiento, que elevó la citación prevista en el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, a la categoría de trámite esencial, causal de casación en la forma (artículo 768 N° 9 en relación al artículo 795 N° 2 del Código de Procedimiento Civil).

Felizmente, han quedado atrás algunos casos en que muchos recursos de casación, por ejemplo, fueron declarados inadmisibles porque no se había fijado la cuantía del juicio para los efectos del recurso de casación, no obstante haber sido fijada al iniciarse el juicio y para todos sus efectos.

Lo anterior revela que la cultura jurídica nacida del litigio, durante muchos años, extremó el formalismo, sobre la base de interpretar las disposiciones legales con un sentido esencialmente literal, al margen de su finalidad, desdeñando las oportunidades que se abren para hacer efectivamente justicia.

IV. ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL

Han quedado en el pasado aquellos notables magistrados que, hasta no hace mucho tiempo, dominaban todas las ramas del derecho. Hoy día el campo jurídico se ha ampliado considerablemente con la regulación de materias altamente especializadas, como sucede, por ejemplo, con el derecho económico, administrativo, ambiental, previsional, internacional, tributario, eléctrico, de daños, etc. Es ilusorio imponer a un juez la obligación de conocer en detalle todas estas ramas de las ciencias jurídicas. Apenas si éste puede dominar los grandes principios que subyacen en todo el ordenamiento y que, de una u otra manera, siguen gravitando en todas las normas jurídicas. Por lo mismo, es indispensable apoyar a los jueces, desde una doble perspectiva: permitirles tener acceso a cursos de especialización en aquellas materias de uso más frecuente; e incorporar lo que en otras países se ha dado en llamar "el amigo del tribunal" (especialista que lo asesora permanentemente en un determinado litigio).

Lo primero se intenta satisfacer a través de la Academia Judicial y los cursos obligatorios en el desarrollo de la carrera. Lo segundo no se ha intentado hasta este momento.

Creemos nosotros que en materias de alta especialización, el juez no puede quedar sin la debida asistencia y que los peritajes no son suficientes para suplir estas deficiencias. No puede omitirse el hecho de que las pericias son solicitadas por las partes, versan sobre puntos específicos y, como es obvio, en medida nada despreciable, son orientadas por los litigantes. Por consiguiente, el juez, en el curso del proceso y al momento de dictar sentencia, queda huérfano de apoyo especializado. Para superar esta limitación debería introducirse el "amigo del tribunal", persona designada por éste, con la debida idoneidad profesional, sujeto a la prohibición de tomar contacto con las partes, cuya única misión sería asesorar al juez en todo lo concerniente a su especialidad. No está de más indicar que su remuneración debería considerarse entre las costas del juicio y pagarse como tal.

Son cada día más numerosos los juicios que comprenden materias regidas por nuevas normas, generalmente basadas en conocimientos tecnológicos o científicos de difícil comprensión.

No prestar a los jueces esta asistencia, implica optar por una justicia improvisada y expuesta, como de hecho sucede, a caer en trampas, abusos o desviaciones inaceptables a los ojos de quienes dominan aquellas ramas del derecho.

Lejos estamos nosotros de abogar por una justicia onerosa. La justicia, debe ser gratuita, pero no debe ella subsidiar algunas actividades, que, como se demostró en lo precedente, se fundan en riesgos que no pueden ser transferidos al erario público. Los costos del proceso judicial encomendado a los tribunales ordinarios de justicia deben ser asumidos por las partes. El Estado no debe cubrir gastos que, como el propuesto, redundarán en beneficio de la calidad de la justicia y, en definitiva, en provecho de los particulares.

V. INCENTIVOS ECONÓMICOS

Como hemos tenido oportunidad de manifestar en otras publicaciones, somos partidarios de crear incentivos económicos que estimulen el trabajo de los jueces. Es malo medir con la misma vara, en materia de remuneraciones, a los jueces que alcanzan un alto rendimiento, y a aquellos otros que no hacen frente a sus tareas con igual dedicación y entusiasmo. Reconozco que crear un sistema adecuado es difícil, pero no es imposible.

En el día de hoy las oportunidades y apetitos que se abren para las personas en un mercado lleno de productos sofisticados de alta calidad tecnoló-

gica, no dejan indiferente a nadie, salvo a anticuados u obsoletos comentaristas que revelan no haberse enterado de las posibilidades de todo orden que se presentan en la era moderna. Feliz o desgraciadamente, dejamos atrás las "boticas", el "biógrafo", el "almacén", el "zapatero", la "mercería", etc. Vivimos en un mundo en el cual el consumo parece imperar como ley suprema. Esta es la realidad y constituye un error ignorarla si se trata de velar por el buen funcionamiento de las instituciones. Lo que decimos nos impulsa a buscar una fórmula ecuánime que permita a nuestros esforzados jueces hallar un aliciente para abordar con éxito y eficiencia sus delicadas funciones.

La remuneración de un juez debería estar determinada por su productividad, como sucede con todos los profesionales en el mercado moderno.

En suma, creemos que una parte no menor de la remuneración de los funcionarios judiciales debería estar constituida por una asignación relacionada con su eficiencia, lo cual estaría dado por las conciliaciones que fue capaz de provocar, las sentencias dictadas y posteriormente confirmadas por el Tribunal de Alzada, y la oportuna tramitación de las causas que conoció. Es éste el incentivo más poderoso para conseguir una mayor dedicación y esfuerzo.

VI. UNA REFLEXIÓN FINAL

Para concluir estos apretados comentarios es necesario poner acento en un hecho generalmente omitido en los análisis jurídicos. La existencia de una justicia eficiente, oportuna y de buena calidad, conforma una de las bases esenciales de un modelo económico desarrollista, sin perjuicio de reconocer sus virtudes morales. De manera más clara, ella, por costosa que nos parezca, es una excelente inversión para la comunidad desde una perspectiva económica. Nadie se ha dado a la tarea de proyectar el costo que impone a la sociedad una justicia deficiente y mediocre, pero, sin duda, él es elevadísimo. Muchas inversiones, en este momento, se frenan o se reducen ante la amenaza de que puedan ser objeto de atentados que queden sin reparación.

La inseguridad se manifiesta, además, en el incremento de los costos de producción, en la intención de recuperar las inversiones en el menor plazo posible para neutralizar las amenazas que puedan sobrevenir, en altas tasas de retorno como consecuencia de la asunción de riesgos no proyectados, etc. Obsérvese lo que sucede en el sur de Chile frente a la ola de atentados perpetrados por elementos desquiciados que actúan bajo la consigna de reivindicaciones ancestrales. No tardará mucho en comprobarse

una caída vertical de las inversiones y proyectos forestales, que dañará la economía en general.

Los países que escatiman gastos en el área judicial, sin advertirlo, van creando una atmósfera de desconfianza e inseguridad que termina paralizando a los agentes económicos y con ello el crecimiento y el desarrollo. Es lo que ha sucedido en Chile desde tiempos inmemoriales. Entre nosotros se ha procurado crear un estatuto destinado a favorecer a los deudores, los infractores y delincuentes, con el burdo pretexto de que son ellos, en cierta medida, "víctimas de la sociedad". En lugar de amparar al acreedor que ve frustrado su derecho por el incumplimiento, o a quien es víctima de una infracción legal o de un delito, se tiende la mano al que se coloca al margen del derecho, otorgándole toda suerte de beneficios y franquicias para atenuar el rigor de la ley. Esta filosofía ha ido creando una atmósfera de excesiva tolerancia en lo jurídico y de relativismo en lo moral, que, sin darnos cuenta, perjudica a todos los miembros de la comunidad. Las deficiencias de nuestra justicia civil no son una cuestión autónoma, que se explique por errores circunstanciales. Se trata de una consecuencia cuyo antecedente se hunde en una nefasta filosofía paternalista y equivocadamente protectora.

Volver al principio fundamental de que el Estado y sus instituciones están al servicio del derecho, es la máxima que debería imponerse por encima de cualquier otra consideración. En caso contrario, seguirá deteriorándose progresivamente la convivencia, generándose una sociedad injusta, incapaz de superar sus limitaciones y de crear mejores condiciones de vida.

Desgraciadamente, la JUSTICIA no es un producto que permita medir con facilidad el costo que conlleva su deterioro. Si así fuere, no cabe duda que ella no habría llegado al grado de abandono en que la han colocado los otros poderes del Estado durante muchas generaciones. Reivindicar su importancia y mejorar su funcionamiento es tarea de todos, abogados, economistas, políticos, investigadores, legisladores, etc.

Sólo en el último tiempo se advierte una preocupación por estas materias. Para ejemplarizar lo que señalamos, es bueno recordar lo que ocurrió con la justicia penal. La reforma procesal se abordó cuando colapsó la "justicia del crimen", situación que aún sufre la mayor parte de la población. De allí que se llegue al extremo de sostener, casi sin excepción, que la nueva "justicia penal" no puede ser peor que la que todavía subsiste en las principales regiones del país. No debemos esperar que ocurra lo mismo con la justicia civil para reaccionar. Hacerlo es una mala política y con ella se cosechan, inevitablemente, muchos daños y perjuicios.

Lo que queremos significar es que la autoridad debe enfrentar este problema antes de que los males que de él derivan se acentúen; que negar a la justicia los recursos que ella demanda acarrea deficiencias y distorsiones que afectan todo proyecto de crecimiento y desarrollo; que la seguridad jurídica es, a la postre, una excelente inversión social; y que es necesario poner fin a una larga tradición que, directa o indirectamente, en lugar de amparar a las víctimas de incumplimientos, infracciones y delitos, protege a quienes quebrantan el derecho en la vida social. Cuando se comprenda esta realidad cambiará la percepción de las cosas y se abrirá camino la posibilidad de enmendar los errores que hemos cometido en el pasado.

Un mayor número de tribunales y de jueces; descongestionar los juzgados civiles, extrayendo de ellos toda actividad ajena a su tarea jurisdiccional; eliminar subsidios a favor de quienes no los necesitan y en perjuicio de los que efectivamente los requieren; introducir nuevos apoyos a los jueces para que sean capaces de abordar materias altamente especializadas; modificar algunas normas de procedimiento para dar fluidez a actuaciones hoy día demasiado formales en consideración a la época que vivimos, son algunas de nuestras proposiciones para modernizar la justicia civil y hacerla accesible a quienes la necesitan.





Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil

Carlos Pecchi Crocce

Director Departamento Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo



Cristian Maturana Miquel

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de Chile

1. Generalidades

En los diversos estudios que se han realizado para lograr la modernización del sistema procesal civil y procurar una justicia cierta y efectiva, surgen invariablemente dos alternativas para obtener tales propósitos: la primera, descartar totalmente el ordenamiento procesal vigente e ir a la elaboración de un nuevo Código, o, por el contrario, utilizar elementos del que nos rige actualmente y limitarse a introducir reformas a las normas de procedimiento para hacerlas más ágiles y expeditas en la solución de los litigios.

Sabido es que, hasta hace algunas décadas, los procedimientos civiles se caracterizaban, fundamentalmente, por su alto grado de formalidad, y por inspirarse en los principios de escritura, dispositivo absoluto, mediación, no concentración, con prueba legal o tasada y con fuertes limitaciones de los poderes del tribunal.

Ese viejo procedimiento ha ido reemplazándose, paulatinamente y progresivamente en la mayoría de los países europeos y americanos, por uno nuevo, orientado en principios formativos opuestos, como la oralidad, la inmediación, la concentración, la publicidad, las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con una preeminencia de un principio inquisitivo atenuado en la dirección formal del proceso y en el poder de investigar los hechos discutidos en el pleito. Pero, lamentablemente, podemos constatar que pese a variadas e importantes modificaciones introducidas a nuestro antiguo Código de Procedimiento Civil, ese aire renovador no ha llegado aún plenamente a nuestro país.

Así las cosas, lo óptimo sería seguir la primera de las alternativas expuestas e ir derechamente a la elaboración de un nuevo Código Procesal Civil. Al respecto, debemos concordar con la posición tan significativa asumida por el recordado profesor español don Niceto Alcalá Zamora, cuando, durante su permanencia en Chile como profesor invitado de la Universidad de Concepción, nos señalaba que "la planeada reforma del enjuiciamiento chileno no puede reducirse a unos ligeros cambios, que aun en el supuesto de conducir a soluciones acertadas, sólo proporcionarían alivio pasajero. Hay, pues, que acometerla de frente y a fondo, a fin de reemplazar los actuales Códigos Procesales, Civil y Penal, por unos nuevos que satisfagan plenamente las exigencias de una mejor justicia. Pensar de otro modo significaría tanto como creer que cabe curar el cáncer con cataplasmas de linaza o con gárgaras de bicarbonato".

Ya se ha concretado su aspiración en el campo criminal con la reciente promulgación del nuevo Código Procesal Penal. Formulamos votos para que pronto se concrete la tarea restante de elaborar un nuevo cuerpo legal civil, siguiendo en lo posible el texto del Código Procesal Civil Modelo, aprobado en mayo de 1988, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, no con la pretensión de regir como tal en ningún país, sino que de constituirse en un aporte importante en la labor de integración de los pueblos del área y contribuir al mejoramiento de la justicia de los mismos. En efecto, los principios que lo orientan han influido con gran fuerza en las distintas legislaciones nacionales que los han incorporado a sus códigos procesales que han visto la luz desde entonces.

Sin embargo, en espera de que exista en nuestro país la voluntad política para ir a la elaboración de un nuevo Código Procesal Civil y contar con la predisposición de la autoridad para otorgar los medios económicos que una tarea de esta envergadura lleva implícitos, nos limitaremos a exponer en el presente trabajo sólo las principales modificaciones que, en nuestro concepto, deberían introducirse a nuestro actual Código, y específicamente en materia del procedimiento ordinario, para lograr la debida eficacia del proceso civil, esto es, que cumpla su cometido de una aplicación oportuna y real de la justicia, ya que una larga y anormal duración del litigio importa su denegación.

2. Medidas prejudiciales

En el mundo moderno, atendido el dinamismo e informalidad de los negocios y la constante y expedita movilidad de sus partícipes, las medidas prejudiciales cada vez adquieren una mayor trascendencia, para preparar la entrada al juicio, asegurar pruebas que puedan fácilmente desaparecer y cautelar la pretensión que se hará valer mediante la posterior interposición de una demanda.

Todas estas medidas prejudiciales nos demuestran, cuando son ejercidas por parte del futuro demandante, que se encuentra realizando una actividad que es efectiva para la posterior satisfacción de su pretensión dentro del proceso, debiéndose por ello reconocer que en ese caso cesa la inactividad que conduce a la prescripción cuando se cumple el plazo que a su respecto establece la ley.

Debemos recordar que a propósito de las letras de cambio y pagarés, dispone el artículo 100 de la Ley 18.092 que la prescripción se interrumpe respecto del obligado a quien se notifique la gestión judicial necesaria o conducente para deducir la demanda o preparar la ejecución.

Este principio debería ser contemplado como regla general respecto de las medidas prejudiciales como medio para interrumpir la prescripción, porque en todos ellos se demuestra la existencia de una actividad por parte del titular de un derecho para hacerlo efectivo.

Sin embargo, claramente dicha interrupción de la prescripción se debe encontrar condicionada a que el futuro demandante interponga la demanda dentro de un determinado plazo, luego que hubiere sido notificado de la resolución judicial que le hubiere acogido a tramitación una medida prejudicial.

Si transcurrido dicho plazo no se hubiere deducido la demanda, debemos entender, por el solo ministerio de la ley, que la medida prejudicial que se hubiere solicitado no ha producido el efecto de interrumpir la prescripción.

3. Medidas precautorias

En el mundo moderno, un procedimiento civil debe ser expedito para la solución del conflicto que se ha planteado ante el tribunal, pero sobre todo debe ser eficaz, en el sentido de asegurar que se podrá hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia que se dicte y que el retardo del proceso no ha de causar un perjuicio irreparable a quien ha acudido ante los tribunales clamando por justicia.

Las medidas cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las medidas cautelares tienden ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y mal, esto es, la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento que tendría si se hubiese dictado inmediatamente.

El principio que justifica la dictación de una providencia cautelar radica en que la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.

La tendencia de la legislación durante estas últimas décadas ha sido la de ir ampliando las medidas cautelares, contemplándose diversas figuras para tutelar en mejor forma la eficacia del proceso, las que se discute que puedan encuadrarse dentro de la regulación que realiza de las medidas precautorias nuestro Código de Procedimiento Civil.

Especial importancia revisten en la materia las medidas cautelares innovativas, esto es, aquellas que no persiguen conservar el estado de hecho existente al momento en que son decretadas, sino tienen por objeto operar en vía provisoria o anticipada los efectos constitutivos e innovativos de la providencia principal para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el cual ésta pudiera llegar a constituir tales efectos (por ejemplo, el derribo de un árbol que ofrece peligro, ordenado por el juez en virtud de la denuncia de daño temido).

Como un ejemplo de la regulación que se efectúa de estas medidas en el derecho comparado, podemos señalar la contemplada en el Nº 7 del artículo 727 de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, que entró a

Universidad del Desarrollo

regir el 8 de enero de 2001, según la cual "podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: 7º. La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a efecto".

El periculum in mora que justifica la dictación de este tipo de providencias cautelares radica en que la indecisión de una relación controvertida durante el curso del proceso y el que ella perdure hasta la emanación de la providencia definitiva, podría derivar a una de las partes daños irreparables.

La relación de instrumentalidad que vincula esta providencia cautelar a la principal consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario.

La función instrumental se explica en este grupo de providencias cautelares dando a la controversia, en espera de la providencia definitiva, una solución provisoria que presumiblemente se aproxime más a la que será la solución definitiva, de modo que ésta, operando re adhuc integra y sin solución de continuidad, pueda tener sobre la relación sustancial la misma eficacia práctica que habría tenido si se hubiese dictado sin retardo: la providencia cautelar funciona aquí, si se nos permite un parangón, como las fuerzas de protección destinadas a mantener las posiciones hasta el momento de la llegada del grueso del ejército, a fin de evitar a éste las pérdidas mayores que le costaría la reconquista de las posiciones perdidas.

Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que en la regulación de las medidas cautelares debe regir el principio de igualdad de las partes en el proceso, por lo que necesariamente deberán contemplarse requisitos adicionales a los del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* para el otorgamiento de la medida.

En otras palabras, atendida la mayor amplitud que se contempla respecto de la tutela cautelar que puede requerir el demandante en el proceso moderno, se debe reconocer como contrapartida la exigencia general que se otorgue una caución suficiente por parte del actor, la que importará una verdadera contracautela para proteger los derechos del demandado en caso que ella se hubiera otorgado injustificadamente y con ella se causen perjuicios a éste.

De conformidad con ello, entendemos que resulta necesario ampliar los casos de tutela cautelar para contemplar las medidas cautelares innovativas o que importan una decisión interina anticipada en espera que a través de un proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, pero como contrapartida debe contemplarse como regla general el otorgamiento de una caución efectiva por parte del actor para que ella le sea otorgada, a fin de responder de los perjuicios que se causaren al demandado con su otorgamiento injustificado.

Esta amplitud respecto de la tutela cautelar permitirá no incentivar la interposición de los recursos de protección, en los cuales a través del otorgamiento de la orden de no innovar se puede en muchos casos llegar a obtener una medida cautelar de carácter innovativo, la que se cuestiona respecto de su existencia y procedencia dentro del procedimiento ordinario.

4. Audiencia de conciliación y recepción de prueba

En el Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica se establece un modelo de proceso por audiencia, en que ésta, la audiencia, aparece como elemento central del proceso. La función más principal le está asignada a la audiencia preliminar, que persigue tres formalidades fundamentales:

- a) conciliadora, para procurar que las partes lleguen a un acuerdo que impida el juicio;
- b) saneadora, para lograr la depuración de cuestiones no referidas al fondo del asunto, y
- c) abreviadora, entendida la expresión en el sentido que le otorga el profesor Barbosa Moreira, tendiente a establecer el objeto del proceso y de la prueba.

Al respecto, el artículo 266 del Código señala que la audiencia preparatoria se documentará en acta resumida, en la cual, además de las constancias generales, se establecerá: 1) la pretensión inicial de cada parte; 2) las soluciones propuestas por éstas y por el tribunal; 3) la conciliación acordada o persistencia del litigio, indicándose con precisión los aspectos en que concuerden y aquellos en los cuales disienten.

Esta audiencia preliminar, que tuvo su origen en la antigua Ordenanza Procesal Civil (ZPO) austríaca de Franz Klein del año 1895, ha sido recogida y perfeccionada por los códigos modernos, entre ellos, el Código General del Proceso uruguayo de 1988.

En efecto, y como se consigna en su exposición de motivos, en dicha audiencia "se trata de llegar prioritariamente a una conciliación (parcial o total) y, en su defecto, se realiza el debate y se fijan los puntos en disputa de manera clara y concreta". O sea, de no llegarse a una conciliación total, se establece el objeto del proceso y de la prueba.

Por ello, el artículo 341, referido al contenido de la audiencia preliminar, prescribe que en ella se cumplirá, además de la ratificación de los actos de la demanda y de la contestación, de la tentativa de la conciliación y de la aclaración de los puntos oscuros y dudosos en la formulación de los escritos, la siguiente actividad:

"6. Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba; pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes, disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan; recepción de los que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación de otra complementaria para el diligenciamiento de los restantes, acordándose lo necesario para que en ocasión de esa audiencia complementaria se diligencien totalmente las pruebas que no se hubieren recibido en la audiencia preliminar".

Aun más, las partes están obligadas a comparecer a dicha audiencia en forma personal, salvo motivo fundado a juicio del tribunal, que justificare la comparecencia por representante (art. 340.1).

La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, prescribe el artículo 340.2, se tendrá como desistimiento de su pretensión.

Si el inasistente fuere el demandado, el tribunal dictará sentencia de inmediato y tendrá por cierto los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario (art. 340.3).

El Código Procesal Civil Modelo destina en su libro II un capítulo a la conciliación como un proceso preliminar, prescribiendo en su artículo 263 que "antes de iniciar cualquier proceso, el futuro actor deberá pedir audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado". Es decir, debe considerarse esta audiencia previa de conciliación como un requisito de admisibilidad de la futura demanda.

Señala su artículo 29 que "el proceso ordinario será precedido por la conciliación, sin perjuicio de las diligencias preparatorias que se solicitaren y comenzará con la demanda".

En la exposición de motivos del citado Código se dispone expresamente que "en la alternativa –conciliación antes o durante el juicio – optamos por recoger los dos institutos, por entender que así se cubre mejor la necesidad de la composición de los litigios".

Siguiendo al Código tipo, el Código General del Proceso uruguayo también establece dos oportunidades para el intento de conciliación: en la audiencia previa de conciliación (arts. 293 al 298), que es de índole anteprocesal, y en la audiencia preliminar (arts. 340 y 341), que resulta de carácter interprocesal.

En cuanto al sujeto conciliador, esto es, a la persona que ha de mediar en los intentos de conciliación, sea anteprocesal o interprocesal, ha surgido discusión en la doctrina si debe ser un juez o un tercero que forme parte del personal del tribunal y que posea la necesaria capacitación en las técnicas de conciliación.

Agreguemos al respecto que tanto el Código tipo como el General del Proceso de Uruguay, se inclinan en el sentido que el sujeto conciliador debe ser siempre el órgano jurisdiccional competente para conocer del conflicto, no obstante y para el caso de la audiencia preprocesal, el Código Modelo abre la alternativa de que sea un juez de menor jerarquía en la escala judicial.

De conformidad con lo anterior, creemos que la audiencia que se contempla actualmente como trámite obligatorio de conciliación y que en general no ha aportado un mayor avance en la tramitación del procedimiento civil, requerirá una aplicación clara del principio de la inmediación, concentración y de poder de dirección del tribunal, no sólo con el mero objetivo de obtener la solución del conflicto sobre la base de las proposiciones que el tribunal formule para que se logre la conciliación, sino que también debe servir para el evento que el acuerdo no se alcance, para sanear todos los vicios que se hubieren podido generar con anterioridad en el proceso y determinar claramente los hechos sobre los cuales ha de rendirse la prueba dentro de esa misma audiencia.

5. Ampliación de las excepciones que pueden hacerse valer como mixtas dentro del juicio ordinario

Conforme a la jurisprudencia de nuestros tribunales, se ha sostenido que determinadas excepciones que afectan la existencia del proceso o su eficacia sólo pueden hacerse valer como excepciones perentorias, lo que implica muchas veces, en caso de ser ellas acogidas, haber tenido que

tramitar un largo y dilatado proceso ordinario sin que el conflicto promovido sea resuelto.

Como clarísimo ejemplo de esta situación, se ha sostenido que la falta de jurisdicción y de legitimación activa o pasiva para obrar constituyen excepciones de carácter perentorio, y como tales ellas deben ser falladas sólo en la sentencia definitiva. En otras palabras, ello significa que deberá tramitarse íntegramente un proceso para que el tribunal nos señale que no podrá pronunciarse acerca del conflicto por carecer de jurisdicción, o por haberse promovido el proceso entre quienes carecen de interés en el conflicto.

Para superar esta situación debería contemplarse que las partes puedan hacer valer como excepciones dilatorias la falta de cualquiera de los presupuestos procesales de existencia o de eficacia del proceso, sin perjuicio de dejar su resolución para definitiva si estimaren que ellas fueren de lato conocimiento.

6. Los medios de prueba, la distribución de la carga de la prueba y el sistema probatorio

6.1. Los medios de prueba

En nuestro proceso civil se contempla como máxima que los únicos medios de prueba son los enumerados taxativamente por la ley, de modo que las partes no pueden pedir ni el juez acordar actividad probatoria no prevista en la ley.

Nos encontraremos en presencia de una limitación absoluta respecto de la prueba en los casos en que el legislador haya enumerado los medios de prueba y las partes pretendan rendir en el proceso civil para acreditar un hecho utilizando un medio de prueba no contemplado en la ley.

Los medios de prueba que se hubieren creado por el avance o desarrollo científico y que no se encontraren contemplados dentro de la enumeración legal deberán asimilarse o incorporarse a alguno de estos medios de convicción para poder hacerlos valer en el juicio. Así, por ejemplo, en el artículo 341 del C.P.C. no se contemplan como medios de prueba las fotografías, las grabaciones, filmaciones, correos electrónicos, etc.

Si se quiere hacer valer otro medio de prueba no incorporado en la enumeración, se debe asimilar a otro medio de convicción establecido dentro de la enumeración del artículo 341. En nuestro procedimiento civil pretende regir la doctrina legalista o de la prueba legal.

En ella, el legislador procede, a través de las leyes reguladoras de la prueba, a establecer en forma taxativa los medios de prueba que pueden las partes utilizar en el proceso para acreditar las afirmaciones fácticas que fundamentan la pretensión y a establecer el valor probatorio de cada uno de ellos.

En Chile, los artículos 1698 del Código Civil y 341 del C.P.C. señalan taxativamente los medios de prueba que pueden ser utilizados dentro del proceso, con lo cual se excluye la utilización de cualquier otro medio que no esté establecido en la ley.

La aparición de nuevos medios por los avances tecnológicos importa la existencia de una realidad que requiere ser reconocida por el legislador a través de la modificación de los textos legales que contemplan los medios de prueba, pero aquellos no podrían ser reconocidos por los jueces sin que exista una reforma legal previa, incurriéndose en ese evento en una infracción de ley.

Esta situación ha experimentado una evolución sólo en materia penal, puesto que el legislador ha establecido en el artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal, agregado por la Ley 18.857, de 6 de diciembre de 1989, que "podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe". No obstante, aun respecto de estos medios se ha establecido el sistema de la tarifa legal, puesto que el referido precepto legal establece que "estos medios podrán servir de base a presunciones o indicios". En consecuencia, en el proceso penal es posible admitir los modernos medios de prueba por parte del tribunal, pero ellos nunca podrán servir por sí solos para dar por acreditado un hecho, al establecerse que sólo podrán constituir una base sobre la cual se debe construir una presunción o indicio.

Para paliar esta rigidez del sistema de prueba legal se contemplan los sistemas analógico y de la prueba libre o discrecional.

De acuerdo con el sistema analógico, se sostiene que la enumeración que se efectúa por el legislador respecto de los medios de prueba es taxativa en cuanto al género, pero no en cuanto a la especie.

Es por ello que los medios de prueba creados por el avance tecnológico serán admisibles si ellos guardan analogía o son asimilables a los señalados por el legislador. Así se señala que será documento una fotografía, una radiografía y eventualmente una grabación fonográfica.

Los que sustentan esta doctrina señalan que no es necesario que se modifique la legislación para la incorporación como medio de prueba de aquellos elementos creados por el avance tecnológico, sino que ello puede realizarse a través de una interpretación progresiva y analógica.

Al respecto, el destacado procesalista uruguayo Eduardo Couture ha señalado que "la impresión dactiloscópica para suscribir documentos de alfabetos, el análisis de la sangre en la investigación de la paternidad, la radiografía en materia de accidentes en general y del trabajo en particular, la autopsia en los casos de envenenamiento o muerte violenta, el registro de la voz en los actos de transmisión radiotelefónica, la fotografía, etc., son otros tantos medios de prueba no previstos y algunos ni siquiera previsibles en el período de nuestra codificación procesal. Y todos ellos han sido acogidos por la jurisprudencia porque su valor de convicción es excepcional, justamente en los casos en que los otros medios de prueba ofrecen muy exiguos resultados.

Ante esta aparente contradicción entre la doctrina y la vida del derecho, no parece necesaria una larga reflexión. Cuando los jueces dan ingreso a medios de prueba no previstos, a pesar del supuesto principio de indisponibilidad de ellos, es porque razones más fuertes instan a su aceptación. Ninguna regla positiva ni ningún principio de lógica jurídica brindan apoyo a la afirmación de que el juez no puede contar con más elementos de convicción que los que pudo conocer el legislador en el tiempo y en el lugar en que redactó sus textos. Por el contrario, lo jurídico, lo lógico y hasta lo humano es que el juez no cierre los ojos a las nuevas formas de observación que la ciencia pone, con imaginación siempre renovada, ante él. El progreso del derecho debe mantener su natural paralelismo con el progreso de la ciencia; negarlo significa negar el fin de la ciencia y el fin del derecho". Cuando se trata de fijar el régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se hace necesario asimilarlos a los especialmente previstos. Así, la impresión dactiloscópica, la fotografía, la radiografía, se rigen por los principios de la prueba documental; es asimismo un documento en sentido amplio, el disco sensible en que se ha grabado una voz, un ruido o un sonido musical; la prueba hematológica, la autopsia y la misma radiografía (en cuanto representaciones a interpretar) caen dentro del campo de la prueba pericial, etc.

"Puede admitirse, pues, en conclusión, que la enumeración de los medios de prueba no es taxativa, sino enunciativa, y que nada prohíbe al juez ni a las partes acudir a medios de prueba no especialmente previstos, siempre que los sometan a las garantías generales que son características del sistema probatorio". (Eduardo Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Páginas 262 y 263. Ediciones Depalma, Buenos Aires).

De acuerdo con el sistema de la prueba libre o discrecional, la enumeración de los medios de prueba se efectúa sólo con un carácter referencial.

En este sistema se deja al juez en libertad para admitir u ordenar los que considere aptos para la formación de su convencimiento (Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Página 553. Zavalia Editor, 1988).

En consecuencia, se debe aceptar la utilización de todo nuevo medio de prueba, no por tenerse que asimilar por una interpretación analógica a los ya existentes, sino porque se adopta una apertura dentro del sistema que permite su incorporación en forma libre y discrecional para acreditar los hechos.

En este sistema se mantiene, eso sí, la prohibición de utilizar algunos medios por razones de legalidad, moral y de libertad personal.

En cuanto a su forma de rendición, se aplican analógicamente aquellas formas de producción establecidas por la ley o se entrega al tribunal la regulación de la forma en que ella deberá materializarse.

Finalmente, la apreciación en cuanto al valor de estos medios de prueba queda entregada al tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Para solucionar en forma definitiva este problema, debe modificarse el Código de Procedimiento Civil, contemplándose una norma semejante a la prevista en el Nº 3 del artículo 299 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, según la cual "cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

Con una regulación semejante de los medios de prueba permitiremos que el proceso se desarrolle para reproducir la realidad que debe ser juzgada y que experimenta avances tecnológicos con una velocidad siempre superior a aquella que puede poseer el legislador para encuadrarla dentro de la norma rígida.

6.2. La distribución de la carga de la prueba

La distribución de la carga de la prueba consiste en determinar a cuál de las partes dentro del proceso le corresponderá asumir el riesgo de que no se produzca la prueba respecto de los hechos dentro del proceso, debiendo en tal caso el juez fallar en su contra.

En nuestro ordenamiento jurídico, reglamenta la distribución de la carga de la prueba la norma de aplicación general contemplada en el primer inciso del artículo 1698 del C.C.

Esta disposición, si bien refleja el concepto de la carga de la prueba, es incompleta al no contemplar una serie de situaciones que pueden presentarse en torno de la materia en estudio, esto es, de la carga de la prueba, al referirse solamente la ley a la existencia o extinción de la obligación (hechos constitutivos y hechos extintivos), y por otra parte no se ajusta a las modernas teorías que deben regir para determinar la distribución de la carga de la prueba.

En la actualidad, se sostiene que la carga de la prueba de los presupuestos de hecho de una norma jurídica le corresponde a la parte a quien beneficia la aplicación de ella.

Esta teoría parte de la base de que es imposible elaborar una regla general fundada en los criterios que contemplan sólo la situación procesal de las partes (demandante o demandado) o que toma aisladamente el hecho objeto de la prueba (constitutivo, extintivo, invalidativo y convalidativo).

Para determinar a quien grava la carga de la prueba se debe considerar la posición que el hecho ocupa en relación con el fin jurídico perseguido por cada parte, es decir, con la norma legal que lo contempla como presupuesto de su aplicación. De esta premisa se deduce la regla general de distribución de la carga de la prueba, según la cual quien resulte favorecido por la norma legal, porque consagra el fin jurídico que persigue, soporta la carga de probar el supuesto de hecho de ella (a menos, naturalmente, que por estar admitido o confesado por la otra parte no requiera de más prueba, o que esté exento de ésta por gozar de presunción legal, ser un hecho notorio, evidente o tratarse de una negativa indefinida).

De acuerdo con ello corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o expresada de otra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera sea su posición procesal. O como dice el art. 177 del C.P.C. colombiano: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" (Devis Echandía Hernando. *Teoría General de la Prueba*. Tomo I. Pág. 490, 1988, Zavalia Editor).

Por otra parte, debemos tener presente que la carga de la prueba conduce, mirado desde un punto de vista individual y dando aplicación al principio dispositivo, a determinar a quién corresponde probar los hechos en el proceso.

Desde este punto de vista, se ha señalado en forma clásica que la carga de la prueba se determina según el rol que el sujeto asuma en el juicio.

Una visión más moderna nos indica que la carga de la prueba le corresponde a la parte que pretende beneficiarse de la norma jurídica en la cual fundamente una pretensión, defensa o excepción, siendo ésta la que debe probar el presupuesto de hecho contenido en la norma.

Todas estas reglas están dirigidas al juez, para los efectos de tenerlas presentes en caso de insuficiencia de las pruebas rendidas en el proceso al momento de fallar; y a las partes, quienes deben conocer dicha distribución durante el curso del proceso para los efectos de acreditar los hechos que fundamentan su pretensión.

Las referidas tesis han sido criticadas por el procesalista argentino Augusto Morello "por partir de una posición acentuadamente liberal del derecho procesal, al centrarse en el polo referencial del interés de las partes, que opera así como única polea de impulso y transmisión del principio dispositivo y de una visión privatística del quehacer judicial.

De suerte que quedan pospuestos (o en una posición demasiado subalterna) otros valores que, según entendemos, igualmente deben ser rescatados, haciéndoselos jugar en una interpretación armonizante, con la significación que ellos revisten y que permiten insuflar, al reparto probatorio, un matiz que en numerosas circunstancias cobra registro decisivo.

Nos referimos obviamente al principio de la solidaridad, que obliga a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba.

Es una regla de experiencia verificable en el banco de ensayo de lo que acontece en el tráfico judicial –en materia contractual, de vicios del acto jurídico, simulación o fraude, de prestación de servicios, entre muchas similares– que por el conocimiento de las circunstancias, el menor costo en la tarea de aportar la prueba, ser el medio que dispone el más adecuado, económico o de directo acceso o realización, etc., a una sola le es más cómodo proponerla y practicarla y no así a la otra ni al propio órgano jurisdiccional. Por consiguiente "debería" aquélla desplegar, en ese tramo, la conducta diligente y útil al resultado eficaz de su necesario aporte.

Es decir, llevarla a cabo con preferencia a la que en el reparto parecía imputada por la norma como adjudicataria.

Lo anterior desemboca en una bien entendida funcionalidad del principio de cooperación (o de efectiva colaboración), que a su vez se radica en el más comprensivo y de mayor fuerza operativa, que es el de la solidaridad. Y ambos en el de la buena fe.

Con lo cual se descalifican, por ejemplo, aquellos comportamientos que se limitan a la fácil negativa (tratándose, v. gr., de la remisión de mercaderías, una vez fijadas las pautas de la venta, de la factura para postular la ausencia de convención sobre el precio) o el omitir, como espectador más que como partícipe necesario, lo que la jurisdicción aguarda de ese litigante.

En estos supuestos, no parece suficiente ni valioso el solo manejo de la regla conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificaciones que opone a aquéllos.

Ante ese cuadro el juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la conducta obrada por las partes, reparará la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas. Expresándolo con las palabras del artículo 163 inciso 5° apartado 2° del Código Procesal, esa falta de cooperación activa, entre otras matizaciones, traduce la conducta observada por las partes durante la substanciación del proceso y podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, inclusive los indicios y presunciones, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.

El solidarismo y la buena fe sustentan una postura que avanza sobre criterios prioritariamente liberales que han de ceder paso a los anteriormente mencionados, integrándose en la hermeneútica de un balanceo armonizador, con las exigencias actuales en pro de un obrar eficiente y justo.

La idea que sustentamos es la de que siendo la finalidad de la jurisdicción prestar el buen servicio de justicia (para lo cual no debe malograrse la búsqueda de la verdad esencial o verdad jurídica objetiva), el comportamiento contrario a esa lógica y diligente cooperación o colaboración hacia el órgano, no parece auspiciable y su quebrantamiento, por el contrario, lleva los riesgos pertinentes en perjuicio de quien hace oídos sordos a tales exigencias. No es bastante ya refugiarse en la defensa del propio interés

con olvido del valor superior de una solidaridad que, en una concepción humanista, emerge inesquivable para el logro cabal de la finalidad esencial de hacer justicia.

Acaso pueda resumirse lo antes expuesto a través de una conciliación funcional más intensa entre los deberes y las cargas, en el sentido de comunión de propósitos, pero con un despliege más afinado de sus contenidos, conforme al horizonte público con que hoy se demandan esos requerimientos (Augusto M. Morello. *La Prueba. Tendencias Modernas*. Capítulo Tercero. Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba. Páginas 55 a 64. Abeledo Perrot. Buenos Aires).

En nuestro derecho se contemplaría con carácter excepcional la aplicación del principio de solidaridad en la carga de la prueba dentro del juicio de mínima cuantía. Al efecto, establece el artículo 724 del C.P.C. que "la prueba se apreciará en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia, y según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él". En el mismo sentido y apreciando el deber de colaboración, se autoriza al tribunal para la división de la confesión en el proceso penal en caso que no resulten comprobadas las circunstancias eximentes o atenuantes que éste hubiere agregado en su confesión, teniendo presente para ello los antecedentes, carácter y veracidad del procesado y la exactitud de su exposición.

De acuerdo con ello, sostenemos que debe excluirse del Código Civil todo lo relativo a la prueba de las obligaciones y regularlas dentro del Código de Procedimiento Civil, contemplándose una regulación de distribución de la carga de la prueba basada en la posición que el hecho ocupa en relación con el fin jurídico perseguido por cada parte, es decir, con la norma legal que lo contempla como presupuesto de su aplicación. Por otra parte, debería contemplarse la posibilidad de aplicar el principio de la solidaridad por parte del tribunal al apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, respecto de las partes que poseyendo los medios de prueba en su poder injustificadamente no los hubieren aportado al proceso, dado que en definitiva la dictación de sentencias que se apartan de los hechos traicionan la finalidad pública del proceso, que no es otra que la justa composición del litigio, al cual deben cooperar todas las partes de éste.

6.3. El sistema de apreciación de la prueba

Los sistemas o reglas de valoración de la prueba son aquellos destinados a determinar la eficacia probatoria de los diversos medios de prueba.

De acuerdo con ello los sistemas de valoración de la prueba, como su nombre lo indica, están destinados básicamente a determinar el valor de un medio determinado de prueba; pero además se refieren a la exigencia de acreditar un hecho mediante un específico medio de prueba; la exclusión de un medio de prueba para los efectos de acreditar un hecho; y la valoración comparativa entre las diversas pruebas rendidas.

Atendiendo al sujeto que establece las reglas para determinar el valor de la prueba y la oportunidad en que ello se verifica, podemos distinguir:

- Sistema de valoración legal, apriorística y extrajudicial
- Sistema de valoración judicial o a posteriori, distinguiendo dentro de este sistema el de la sana crítica y de la libre convicción.

La distinción entre los sistemas de la prueba formal, legal o tasada, y prueba racional, moral o libre se efectúa a propósito de la valorización que debe efectuarse por el tribunal de las pruebas rendidas en el proceso.

La valoración de la prueba puede efectuarse estableciéndose anticipadamente por el legislador el criterio que deberá seguir el tribunal para ponderar la prueba (sistema de apreciación apriorística o extrajudicial) u otorgándose libertad al juez para que, en el proceso mismo, decida y determine el mérito que otorgará a la actividad probatoria para dar por establecidos los hechos (sistema de apreciación a posteriori o judicial).

Dentro del sistema de apreciación apriorística o extrajudicial de la prueba se encuentra el principio de la prueba formal y dentro del sistema de apreciación a posteriori o judicial se encuentra el principio de la prueba racional.

De acuerdo a Wyness Millar, en "el primero, prueba formal o legal, el valor de la prueba es fijado por reglas firmes a las que el juez ha de atenerse hasta contra su convicción; conforme al segundo, prueba racional o moral, el tribunal puede valorar libremente la prueba y decidir al respecto de acuerdo a su conciencia. En resumen, en uno se orienta hacia la convicción objetiva del juez y otro hacia la subjetiva".

Los sistemas probatorios se individualizan considerando los aspectos referentes a la forma en que se establecen los medios de prueba, el procedimiento que se ha de seguir para rendir la prueba; y fundamentalmente la determinación del valor probatorio de los medios de prueba y su valorización por el tribunal.

Estos principios de valorización de la prueba van ligados a otros principios formativos del procedimiento que conllevan hacia la aplicación de alguno de esos sistemas.

Así el orden consecutivo discrecional, la inmediación y la oralidad conducen a la aplicación del sistema de la libre convicción. En cambio, el orden consecutivo legal, la mediación y la protocolización conducen normalmente a la aplicación del sistema de prueba legal o tasada y en algunas ocasiones al sistema de la sana crítica si concurre también la inmediación.

De acuerdo a lo señalado por Couture, "los criterios de valoración de la prueba son, a nuestro modo de ver, tres:

- a) **Pruebas legales**: imputación anticipada en la norma de una medida de eficacia.
- b) Sana crítica: remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valoratorio del juez.
- c) Libre convicción: remisión al convencimiento que el juez se forma de los hechos en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aun contra la prueba de autos".

En un sistema en que los órganos que ejercen la función jurisdiccional revisten el carácter de letrados y en los cuales se delega el ejercicio de la soberanía no es concebible concebir un sistema de libre convicción.

Al respecto el profesor Colombo señala que "libre es el que tiene facultad de obrar o no obrar", según el diccionario de la Real Academia. También lo es el que no está sujeto.

En materia probatoria, libre es el juez que puede dar o no dar por probados los hechos, cualesquiera que sean las pruebas que haya en el proceso. Este juez no está sometido a medios, procedimientos ni reglas de valoración". Dentro del sistema de la libre convicción se persigue que el juez llegue, a través del proceso, a la verdad real –más propiamente dicho, se alcance la certeza histórica judicial.

El proceso debe conducir a un acercamiento a la verdad, la que debiera ser universal, objetiva y material.

El tribunal debe fundar su fallo de tal manera que permita a toda la comunidad tener el convencimiento que, a través de los antecedentes acumulados en el proceso se ha llegado al establecimiento de hechos que corresponden a la verdad y se ha dado a través de la sentencia a cada uno lo que le corresponde ("Socialización de la sentencia").

En nuestro Código de Procedimiento Civil, recibe una aplicación preferente el sistema de la prueba legal o tasada, que es el extremo opuesto al sistema de la libre convicción.

Este sistema de la prueba legal se originó como una reacción a la demasía de los jueces cometida en los procesos en que predominaba el principio inquisitivo y que en su tiempo significó una forma de arbitrariedad.

Mediante el sistema de la prueba legal se pretendió restablecer la autoridad de quienes tenían el poder público y garantizar a los justiciables el fallo del proceso conforme al mérito de éste, preestableciendo normas obligatorias para los jueces en cuanto a la forma en que debían valorizar las pruebas rendidas.

En el sistema de la prueba legal o tasada, sólo se persigue que a través del proceso se llegue a una verdad suficiente acerca de cómo acaecieron los hechos, aun cuando el tribunal no adquiera la convicción plena de cómo éstos ocurrieron por la aplicación de las normas preestablecidas por el legislador. En este caso más propiamente se puede decir que el juez alcanza una certeza histórica legal respecto de los hechos.

En este sistema es el legislador y no el juez quien determina la forma en la que debe valorizar la prueba, teniendo éste sólo un papel de aplicador de la norma jurídica para determinar el valor que ha de tener cada medio de prueba.

El sistema de la prueba legal se caracteriza por la existencia de leyes reguladoras de la prueba, esto es, "el conjunto de disposiciones que dentro de un sistema probatorio, y fundamentalmente dentro del sistema de la prueba legal o tasada, establecen los medios de prueba utilizables por las partes y aceptables por el juez, su valor, la forma en que las partes

deben llevarlos a cabo y la manera como el tribunal debe apreciarlos o ponderarlos".

Se ha criticado este sistema porque disminuye la persona del juez al otorgársele un papel limitado de sólo aplicador de la norma rígida a los medios de prueba para arribar a una certeza histórica legal que le permita fallar el conflicto, y porque en el mundo moderno no se contemplan los medios de prueba que se generan por los avances tecnológicos y consiguientemente el valor de ellos, produciéndose una disociación entre el mundo real y el mundo jurídico formal que rige la apreciación de la prueba.

En el mundo moderno rige el sistema de la sana crítica, el que nació como consecuencia de los extremos a los que pueden conducir al juez los otros dos sistemas: la liberalidad absoluta de un sistema que puede conducir a la arbitrariedad, si el juez actúa motivado más por impulsos afectivos que por la lógica y el contenido mismo del expediente; y la rigidez del otro, que puede conducir a la división de la convicción.

De acuerdo a lo señalado por Couture, "la sana crítica está integrada por reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

De lo expuesto por Couture, se desprende que el sistema de la sana crítica está basado en la aplicación de dos principios:

- a) El juez debe actuar de acuerdo a las reglas de la lógica.
- b) El juez debe actuar aplicando las reglas de la experiencia.

Nuestra jurisprudencia ha señalado que "la sana crítica", según la doctrina, es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio racional, puestos en juicio. Conforme a su acepción gramatical, puede decirse que es el análisis, hecho en forma sincera y exento de malicia, de las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto. Las reglas que la constituyen no están formuladas en la ley. Trátase, por ende, de un proceso intelectual, interno y subjetivo del que analiza una opinión expuesta por otro, o sea, consiste en una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces del fondo" (C.S. 1-04-1971 Rev. Dº Jur. Nº 68 sec. 1º p. 76 Supl. Rep. C. Civ.1983, Pág. 27, Fallo 20).

En el sistema de la sana crítica es posible que existan, al igual que en el sistema de la prueba legal, normas que preestablezcan los medios de prueba, la carga de ella, la forma y oportunidad en que deberá rendirse, puesto que lo realmente trascendente para diferenciar ambos sistemas radica en la función que deberá desempeñar el juez en el instante procesal de valorizar la prueba.

El Código de Procedimiento Civil debe ser modificado para establecer un sistema de sana crítica para la apreciación de la prueba, dado que con ello se establece un sistema que permitirá que siempre el mundo jurídico se encuentre ajustado a la evolución tecnológica que experimente el mundo real, sin perjuicio de tener presente que éste es sistema que se ha incorporado para regir en los diversos procedimientos que se han regulado por nuestro legislador a partir de mediados del siglo pasado.

No obstante lo anterior, deberá contemplarse como excepción para que rija el sistema de la prueba legal o tasada en las materias que digan relación con la prueba de los contratos solemnes, los que deben ser acreditados por medio de su solemnidad, y en los que dice relación con los títulos ejecutivos, dado que sólo pueden revestir tal carácter los expresamente contemplados por el legislador.

De la breve exposición anterior, que abarca sólo algunas materias, podemos apreciar que las modificaciones que se requieren respecto de nuestro Código de Procedimiento Civil son más bien de carácter estructural, las que requieren sustentarse en una organización judicial que cuente con los jueces y los recursos necesarios para una adecuada, moderna y expedita resolución de los conflictos, en aras de una justa y eficaz convivencia social.

Sin perjuicio de ello, las reformas por nosotros mencionadas podrán importar un adelanto para acercarnos a lo que debe ser un proceso civil moderno dentro de la sociedad del siglo XXI.



Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil

Eleodoro Ortiz Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal

Universidad del Desarrollo



Junto con la promulgación del nuevo Código Procesal Penal la comunidad jurídica empezó a preguntarse qué ocurriría con el Código de Procedimiento Civil, si se estudiaría una modificación semejante a la del nuevo Código de Enjuiciamiento Penal, o sólo se le introducirían modificaciones parciales, o, por último, continuaría sin cambio alguno.

En el ambiente procesal no cabe duda alguna que nuestro Código de Enjuiciamiento Civil no puede continuar rigiendo en su texto actual.

Pero la cuestión consiste en decidir si sólo se modifica o, por el contrario, se le sustituye íntegramente.

Parece evidente que una reforma en el campo procesal civil tan radical como la que se hizo en materia procesal penal no resulta, por ahora al menos, factible. El alto costo económico que ello significaría lo hace ilusorio en la actualidad.

Sin embargo, soy un convencido de que nuestro Código de Procedimiento Civil tiene méritos indiscutibles y que bastan modificaciones en determinadas áreas para dejarlo a tono con las exigencias que formula el mundo jurídico.

En el ámbito concreto de las disposiciones comunes a todo procedimiento, pensamos que es necesario introducir modificaciones en materia de tercerías, de plazos y de abandono del procedimiento.

Tercerías

Como se sabe, nuestro Código permite, en general, la intervención de terceros siempre que concurran tres exigencias básicas:

- a) Que se trate efectivamente de terceros, es decir, que no figuren como partes directas del juicio;
- b) Que tengan un interés actual en los resultados del juicio, y
- c) Que el proceso no haya concluido (el artículo 22 dice que sí, durante la secuela del juicio, y el artículo 23 dice que los terceros podrán intervenir en cualquier estado del proceso).

Pues bien, lo dicho es plena y lógicamente aplicable a los terceros coadyuvantes, pero no ocurre lo mismo en relación con los terceros independientes y con los terceros excluyentes, que concurren al proceso formulando pretensiones propias, distintas de las partes directas.

Por ello, el Código Procesal Civil Modelo para Latinoamérica restringe la oportunidad de intervención de los terceros excluyentes, y lo mismo es válido para los independientes, a sólo la primera instancia del juicio. Nuestro Código, como se vio, no pone limitaciones en cuanto a la oportunidad en que los terceros pueden intervenir, aceptando que lo puedan hacer en cualquier estado del juicio, lo que significa que su intervención puede producirse en primera instancia, en segunda instancia e, incluso, ante la Corte Suprema, con toda la secuela de trastornos que ello significa, sobre todo en el último evento, para la tramitación normal del proceso.

En razón de lo dicho, parece aconsejable admitir la intervención de terceros coadyuvantes sólo en alguna de las instancias del proceso y limitar la posibilidad de introducción de terceros independientes o excluyentes únicamente a la primera instancia.

Otro problema que presenta la intervención de terceros y que nuestro Código no soluciona, es el de determinar qué procedimiento debe seguirse cuando se introducen al proceso terceros independientes a excluyentes. El problema no se presenta con los coadyuvantes, ya que éstos se identifican procesalmente con alguna de las partes directas, pero la intervención de terceros independientes o excluyentes significa, en verdad, la iniciación de un nuevo juicio entre el tercero y las partes directas.

Sería, entonces, conveniente agregar una disposición que establezca que la demanda del tercero se tramitará en cuaderno separado y que una vez

citadas las partes para oír sentencia en el cuaderno principal –o en el separado si llega antes a ese estado– se esperará que el otro cuaderno llegue a la misma etapa procesal, producido lo cual ambos cuadernos se acumularán y se fallarán en una sola sentencia.

Plazos

Si hay una materia procesal en la que reina una absoluta arbitrariedad y una total anarquía, ella es la de los plazos.

En el Código existen plazos para todos los gustos, de dos, tres, cuatro, cinco, seis, ocho, diez o más días, lo que dificulta el ejercicio profesional y convierte el estudio del Derecho Procesal en un verdadero suplicio para los alumnos

Tomemos, a vía de ejemplo, los artículos 79 y 80 del Código. Dice el artículo 79: "Podrá un litigante pedir la rescisión de lo que se haya obrado en el juicio en rebeldía suya, ofreciendo probar que ha estado impedido por fuerza mayor.

Este derecho sólo podrá reclamarse dentro de tres días, contados desde que cesó el impedimento y pudo hacerse valer ante el tribunal que conoce del negocio".

Por su parte, el artículo 80 expresa: "Si al litigante rebelde no se le ha hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio, podrá pedir la rescisión de lo obrado, ofreciendo acreditar que, por un hecho que no le sea imputable, han dejado de llegar a sus manos las copias a que se refieren los artículos 40 y 44, o que ellas no son exactas en su parte substancial.

Este derecho no podrá reclamarse sino dentro de cinco días, contados desde que aparezca o se acredite que el litigante tuvo conocimiento personal del juicio".

Como puede observarse, los artículo 79 y 80 se refieren a incidentes de nulidad muy similares y, sin embargo, establecen para un caso un plazo de tres días y para el otro uno de cinco días, lo que no encuentra, en nuestro concepto, ninguna explicación racional.

Con el objeto de sistematizar la reglamentación de los plazos y de introducir cierta racionalidad en la extensión de los mismos, somos partidarios decididos de introducir un sistema en que todos los plazos de días sean múltiplos de cinco, lo que, creemos, no introduce ninguna dilación en la tramitación del proceso y, en cambio, tiene la enorme ventaja de simplificar su aplicación y estudio.

Así, considerando sólo los plazos de días contemplados en el Libro I del Código, proponemos las siguientes modificaciones:

Artículo 31 inciso 4°: cambiar la expresión "dentro de tercero día" por "dentro de quinto día". Como se recordará, esta disposición cobra aplicación cuando no se acompañan por la parte respectiva las copias que exige el legislador, en cuyo evento, además de otras medidas, el tribunal debe ordenar que se acompañen, actualmente dentro de tercero día. Proponemos que lo sea dentro quinto día.

Artículo 69 inciso 1°: este precepto se refiere a aquellas diligencias cuya práctica se ordena con citación, estableciendo que, en tal caso, la actuación no puede llevarse a efecto sino pasados tres días después de la notificación de la parte contraria. Proponemos que se cambie el número tres por cinco, pensando que nadie saldrá perjudicado con ello y las ventajas para el sistema ya se han explicado.

Artículo 85 inciso 1°: La verdad es que este precepto es absolutamente impreciso para determinar la oportunidad en que deben proponerse los incidente originados en hechos que ocurren durante el juicio. Por ello pensamos que sería conveniente precisar que, en este caso, el incidente debe ser promovido dentro del plazo de cinco días, contados desde que el hecho llegue a conocimiento de la parte respectiva.

Artículo 89: en lugar de otorgarse al demandado incidental un plazo de tres días para responder la respectiva demanda incidental, proponemos, siguiendo la línea que hemos insinuado, que este plazo sea de cinco días.

Artículo 90 incisos 1° y 2°: El inciso 1° del artículo 90 señala que la duración del término probatorio en los incidentes es de ocho días. Proponemos fijarlo en diez días.

El inciso 2° señala que dentro de los dos primeros días del término probatorio debe acompañarse la lista de testigos. Nuestra proposición es que la lista, sin perjuicio de otras modificaciones que puedan insinuarse en materia de procedimientos, deba ser acompañada dentro de los primeros cinco días del probatorio.

Artículo 99: Este artículo preceptúa que, pedida la acumulación de autos por alguna de las partes, se concederá a la otra un plazo de tres días para

responder. En la línea propuesta, creemos que este plazo debe ser de cinco días.

Artículo 132 inciso 1°: el plazo de tres días de la citación a que se refiere este precepto debe ser cinco días, de acuerdo con lo dicho para el artículo 69.

Artículo 141: el plazo debe ser de quinto día, según lo que hemos venido diciendo.

Artículo 159 N° 6° inciso 2°: el plazo de ocho días a que allí se hace referencia debe aumentarse a diez días, según nuestra proposición.

Artículo 159 inciso penúltimo: es valedero para este caso lo dicho en el párrafo anterior.

Artículo 166 inciso final: debe reemplazarse la expresión "dentro de tercero día" por "dentro de quinto día".

Abandono del procedimiento

Recordemos que el artículo 154 establece que "podrá alegarse el abandono por vía de acción o de excepción, y se tramitará como incidente". Por su parte el artículo 155 agrega que "si, renovado el procedimiento, hace el demandado cualquiera gestión que no tenga por objeto alegar el abandono, se considerará renunciado este derecho".

Estas normas, tal cual están concebidas, amparan la mala fe y protegen al demandado doloso, puesto que se le permite alegar el abandono por vía de excepción mientras no realice alguna gestión en el proceso, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde que se renovó el procedimiento.

Parece más acorde con la buena fe que debe guiar el proceder de las partes, lo que dispone el artículo 209.1 del Código Procesal Civil Modelo, según el cual "La caducidad opera de pleno derecho, no obstante no podrá ser declarada ni de oficio ni a petición de parte, luego que se hubiera realizado algún acto, por cualquiera de los sujetos del proceso, que importe su reanudación".

Dejando de lado la evidente contradicción en que incurre el precepto transcrito, puesto que si la caducidad ha operado de pleno derecho no podrá ser posible reanudar el procedimiento, es rescatable, en nuestra opinión, la idea de que el abandono sólo puede ser alegado por vía de

acción, de manera que, renovado el procedimiento por cualquiera de los sujetos del proceso, precluye la posibilidad de alegar el abandono del procedimiento.

Otra idea que contiene el Código Modelo y que bien puede ser adaptada a nuestro Código Procesal es que el derecho de alegar el abandono precluye cuando **cualquiera de los sujetos del proceso** realiza algún acto que tiene por objeto dar curso progresivo al procedimiento.

En suma, limitar la posibilidad de alegar el abandono sólo a la vía de acción o, en subsidio, fijar al demandado un plazo de diez días para hacerlo a contar de la respectiva notificación y establecer que precluye de alegarlo cuando cualquiera de los sujetos del proceso realiza los actos correspondientes a su prosecución, parecen medidas indispensables para hacer imperar la buena fe procesal.

Seguramente en los trabajo sobre temas a cargo de otros profesores surgirá la posibilidad de introducir otras modificaciones al Libro I, pero considerado éste aisladamente, las propuestas parecen las más necesarias y convenientes.

Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación

Enrique Tapia Witting

Profesor de Derecho Procesal

Universidad del Desarrollo



APELACIÓN

Suma:

- I. Pretendemos abordar la limitación de la competencia del tribunal de segunda instancia a hechos nuevos
- II. Luego procuraremos aclarar la forma en cómo el tribunal de apelación se impone del recurso, que según la ley se tramita como en los incidentes. III. Nos referiremos enseguida al sistema de la apelación diferida, y finalmente
- IV. Al plazo para comparecer ante el Tribunal de Alzada.

Para adentrarnos en estos temas será necesario que previamente y en forma muy sucinta nos refiramos a ciertas normas y principios generales atinentes al recurso de apelación.

La apelación, según el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior.

Constituye una manifestación del principio dispositivo, no hay apelaciones de oficio. Nunca puede un tribunal enmendar, por la vía de una apelación que no dedujo una parte y por ende inexistente, de propia iniciativa presuntos agravios.

El objeto del mismo está constituido por el agravio y su necesidad de reparación por el tribunal superior. En consecuencia su fin es la enmienda, con arreglo a derecho, del agravio que ha podido producir la resolución a alguna de las partes.

"Enmendar" quiere decir deshacer, corregir, arreglar la resolución en la parte gravosa, pero no importa invalidar, como es la finalidad de la casación. El tribunal de alzada puede dictar íntegramente una nueva sentencia. Pero la sentencia de primera instancia jamás desaparece. Ambos fallos constituyen en definitiva una unidad.

El objeto, como se dijo, era la revisión por el superior.

Ahora bien, si el objeto es la revisión por el superior surge una pregunta: ¿La apelación es un medio de reparación de los errores cometidos en la sentencia apelada o de los errores cometidos en toda la instancia?

La respuesta tiene importancia práctica, porque si significa lo primero, la segunda instancia no puede consistir en una revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en primera instancia, ni se podrían deducir nuevas excepciones, ni aportar nuevas pruebas. Sólo habría que basarse en el material de primera instancia.

Si fuera lo segundo, habría una revisión de toda la instancia y serían admisibles nuevas proposiciones de derecho, nuevas pruebas que por error, negligencia o ignorancia, no fueron aportadas en la instancia anterior.

Históricamente en la Constitución "Ampliorem", Justiniano propuso que la proposición de la apelación confiere al juez la plena cognición de la causa, con el poder de decidir sin limitaciones en un sentido o en otro, según las resultas del proceso, y por tanto, la posibilidad de reformar la sentencia tanto a favor del apelante, como a favor del apelado.

Toda la doctrina tradicional alemana, francesa e italiana trabajó sobre esta base, llegando a señalar que se trataba de una revisión completa de la instancia anterior, sólo limitada a que no podía deducirse una nueva demanda. Así el derecho alemán llegó a hablar de una segunda primera instancia (Zweite Ersteistanz).

Se produce luego un cambio en que el juez de segundo grado sólo puede conocer aquellas partes de la sentencia que fueron objeto de apelación (tantum devolutum quantum apellatum), una reforma de la sentencia puede tener lugar únicamente dentro del ámbito de la apelación y solamente en favor de aquel que la ha propuesto.

Sin embargo y siguiendo luego la evolución en el derecho austríaco, que se aparta en este aspecto del alemán, del francés, considera la apelación como una impugnación limitada, o sea, sólo un remedio para rever la sentencia impugnada, y así Schönke ha dicho que la apelación no es un reme-

dio dirigido a una plena revisión de todo el material de hecho de la primera instancia, sino que un control de la sentencia del juez de primera instancia.

Como oportunamente analizaremos, esta última será la posición que adoptaremos: la segunda instancia es control y no creación.

Pero más aún, es control sólo de los agravios que el recurrente representa, no de cualquier error en el que hipotéticamente pudo incurrir el sentenciador de primer grado.

Pero sigamos en este análisis general, para llegar debida y ordenadamente a nuestras conclusiones.

Interposición del recurso

1. Quién puede apelar.

La ley nada ha dicho y por ende debemos recurrir a los principios generales y se ha entendido que para hacerlo es menester reunir dos requisitos:

a. Ser parte: pueden serlo tanto las directas como las indirectas o terceros, o sea, el demandante o el demandado, y si son varios (litis consorcio), obren o no por una misma cuerda, todos o cualquiera (artículo 16 Código de Procedimiento Civil) o los terceros, coadyuvantes, excluyentes o independientes (artículos 22 y 23 en relación con el 16).

Sin embargo, debemos recordar que los terceros excluyentes y los independientes no pueden llegar al proceso por medio de la apelación, pues ellos, al tenor del artículo 22, "se entenderá que aceptan todo lo obrado antes de su presentación".

b. Ser agraviado, esto es, perjudicado con la resolución. No se ha accedido a todo o a parte de lo solicitado, ni se ha negado a la contraria todo lo por ella pedido.

¿Podría apelar quien ha triunfado, pero que desea mantener el estado de litis pendencia? La respuesta es categórica, no podrá hacerlo.

Formalmente la apelación deberá ser fundada y contener peticiones concretas.

La fundamentación del recurso, se ha dicho, es el contenido intelectual del acto, o sea, del elemento agravio de la apelación.

Con ella se persiguen, en lo que por ahora nos interesa, tres fines precisos:

- 1. Que la extensión de la competencia del tribunal superior quede demarcada por las peticiones concretas y no pueda extender su fallo a otros puntos, salvo excepciones;
- 2. Asegurar en la segunda instancia efectivamente el principio de la igualdad. Así al conocer la parte contraria no sólo las peticiones que formula el contendor, sino que también las razones de hecho y derecho, puede controvertirlas. Si no fuera así, evidentemente su igualdad procesal se vería amagada.
- 3. Se persigue terminar con las apelaciones infundadas, lo que a su vez trae consigo el no dilatar en forma injustificada el procedimiento. Normalmente un letrado bajo su firma se abstendrá de indicar sinrazones.

Se cumple así con el principio de la economía procesal.

Formalmente, entonces, habiendo la parte perjudicada presentado dentro de término su recurso, en el que se han fundamentado los agravios e indicado las peticiones concretas que se someten a la edición del superior, el juez debe conceder el recurso, y ordenar su remisión o de fotocopias, en su caso, al superior.

En esencia en esa resolución va envuelto el efecto devolutivo, que es el que tiene por objeto otorgar competencia al tribunal superior; por él el superior asume la plena facultad de revocar la sentencia, dentro de los límites del recurso.

Sus poderes consisten, además, en confirmar íntegramente el fallo, o confirmarlo en parte y revocarlo en otra o en modificarlo. Puede también declarar inadmisible el recurso

Sin embargo, siempre tiene, en materias civiles, un límite fundamental: el juez superior no puede empeorar la situación del apelante, a menos que haya mediado también recurso del adversario. Es el principio de la reformatio in peius, o de la reforma en perjuicio. El apelante sólo puede ganar, jamás perder. Ello sin perjuicio que pueda ser condenado al pago de las costas si no se da lugar a lo que pedía.

Esta prohibición de reforma no es sino la consecuencia de ciertos principios generales:

- 1. Nemo iudex sine actore, principio dispositivo.
- 2. Prohibición de proceder de oficio (artículo 10 Código Orgánico de Tribunales).
- 3. Principio o elemento del agravio en cuanto él es la medida de la apelación. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso. *Tantum apellatum tantum devolutum*.

En suma la competencia del superior, dada por el efecto devolutivo del recurso, encuentra sus fronteras en:

1. Cuestiones que forman el pleito (pretensión y defensas).

El tribunal superior, al igual que el de primera instancia, encuentra su límite en aquellos asuntos que las partes han sometido a su conocimiento. En virtud del principio dispositivo el superior no puede extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente por las partes a su conocimiento y juzgamiento. Por ello, conforme al artículo 160, la sentencia debe pronunciarse "conforme al mérito del proceso y no podrá extenderse a puntos que no hayan sido sometidos expresamente a juicio por las partes".

Excepcionalmente, desde este punto de vista el tribunal superior, previa audiencia del ministerio público, podrá hacer de oficio en su sentencia las declaraciones que por ley son obligatorias a los jueces, como lo dice el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil.

Así, por ejemplo, podrá declarar una nulidad absoluta del acto cuando ella aparece de manifiesto en el mismo.

Ahora bien, ¿cuándo quedan fijadas las cuestiones sometidas al tribunal para su decisión?

No hay duda que en primera instancia, e incluso en un momento bien preciso, la contestación de la demanda, pues en la réplica y la dúplica no pueden alterarse las acciones y excepciones que hayan sido objeto principal del juicio (artículo 312).

2. Como lógica consecuencia de constituir la apelación un control jurisdiccional, el límite del superior también está en las cuestiones falladas en primera instancia.

Estas constituyen un segundo límite a la extensión del efecto devolutivo, vale decir, a la competencia del tribunal de segunda instancia, puesto que

no puede extender su fallo más allá de lo que se comprende en el de primera instancia.

Por excepción puede hacerlo respecto de las cuestiones ventiladas en primera instancia y que no fueron comprendidas en la sentencia por ser incompatibles con lo resuelto, conforme al artículo 208.

También en el procedimiento sumario goza de mayor competencia, pues a petición de parte puede fallar todas aquellas cuestiones no resueltas por el juez a quo, según el artículo 692.

3. Límites impuestos por las partes en el recurso.

El principio dispositivo otorga a las partes amplias facultades para limitar la competencia del tribunal superior y ello se refleja especialmente en las peticiones concretas que debe contener el recurso.

4. Límites respecto de los recurrentes.

Es lo que se conoce con el nombre de la personalidad del recurso. Los efectos de la apelación son personales y no reales, no hay, como se ha dicho, un "beneficio común", sino una "ventaja unilateral".

Los fundamentos de estos límites, por lo que se ha venido indicando, se encuentran entonces en los siguientes principios:

- a. La voluntad crea y extingue derechos. Así quien consintió en la sentencia porque la considera justa, como agraviado tenía dos caminos: consentir o apelar, si optó por el primer camino, su voluntad lo liga definitivamente a ese consentimiento.
- b. Por el efecto devolutivo, el tribunal superior no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurso, y nada lo autoriza a cambiar la parte de la sentencia no recurrida.

Con estos aspectos generales, abordemos el problema que al inicio le asignábamos el N° l.

I. Prohibición de traer al proceso nuevos hechos

Hemos recordado que la apelación obedece al principio dispositivo, son las partes las que soberanamente deciden si recurren o no y qué aspecto o aspectos de la sentencia les causan agravio que piden enmendar.

Por ello, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil, si la apelación no es fundada o no contiene peticiones concretas, "el tribunal correspondiente deberá declararla inadmisible de oficio".

Planteábamos en la primera parte de este trabajo la alternativa de si la apelación consiste sólo en la enmienda de la resolución recurrida o si por el contrario ella constituye un medio de reparar los errores cometidos en toda la primera instancia.

La solución la da sin duda el artículo 208, que excepcionalmente permite al tribunal de alzada fallar aquellas cuestiones que no han sido decididas por la sentencia apelada, por ser incompatibles con las resueltas en primera instancia.

En otras palabras tal norma está señalando que el tribunal superior sólo fallará aquellos asuntos comprendidos en la sentencia de primera instancia, y sólo excepcionalmente podrá hacerlo respecto de aquellos otros que resulten incompatibles con lo decidido en ella.

Corrobora claramente lo señalado lo dispuesto en el artículo 216 del mismo Código al decir que la adhesión a la apelación es pedir la reforma de la sentencia apelada en la parte que la estime gravosa el apelado. No se pide la reparación de todos los errores de la primera instancia, sólo los cometidos en la sentencia.

Se trata, entonces, la segunda instancia de control y no creación.

Ello nos lleva a una primera conclusión práctica, la segunda instancia no puede consistir en una revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en primera instancia. Sólo habrá que basarse en el material fáctico producido en ella. Por tal motivo no se podrán deducir nuevas excepciones, ni aportar nuevas pruebas

Proponemos en consecuencia la derogación del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, la modificación del artículo 310 del mismo cuerpo de leyes, en el sentido de que las excepciones que ahí se tratan sólo podrán oponerse en la primera instancia.

La absolución de posiciones únicamente podrá solicitarse en primera instancia, hasta la citación para oír sentencia, y los documentos podrán acompañarse únicamente en esa instancia y hasta el señalado momento procesal. Se modifican así los artículos 385 y 348 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a las medidas para mejor resolver. El juez es el tercero imparcial que debe decidir la contienda entre dos sujetos parciales. Desde luego, si esta parcialidad no existiera, tampoco podría haber proceso, pues ella constituye un elemento de su esencia, tal como es esencial en la jurisdicción la neutralidad del titular del órgano.

En tales condiciones y no queremos abordar, en este trabajo, el tema de la amplitud de los poderes del juez en relación con la prueba, en la primera instancia, pues, además de tratarse del tribunal que debe conocer en amplitud los hechos del proceso, se han dado también buenas razones de justicia para que tenga, aunque limitada, iniciativa probatoria.

Esta posibilidad, que, estimamos, representaría en la alzada acentuar la desigualdad de los litigantes, pues en definitiva únicamente se podrá favorecer al apelante, va indudablemente en contra de la propia actividad de las partes, que verán concretadas pruebas que no rindieron o no quisieron rendir.

Finalmente, por lo señalado y por contravenir los principios de la igualdad procesal y dispositivo, se debe derogar lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 227 del mismo Código, que permite a los jueces de segunda instancia decretar medidas para mejor resolver.

Todas estas modificaciones legales pretenden agilizar la decisión de la apelación, darle al recurso su justo alcance, en orden a otorgarle sólo un sentido de control, al permitir a los jueces de las Cortes de Apelaciones un mayor estudio a los aspectos jurídicos de cada caso.

Finalmente ello obligará a los litigantes a tener una mayor preocupación en la primera instancia, a mostrar en ella todos sus antecedentes, todas sus defensas, lo que también permitirá a los jueces un mejor fallo al contar con todo el material del pleito.

II. Tramitación de las apelaciones según la regla de los incidentes

En diversas disposiciones, como ser, entre otras, en los artículos 691 del Código de Procedimiento Civil, para los juicios sumarios, 822, para los actos no contenciosos, 550, para los juicios posesorios, 606, de arrendamiento, 441 del Código del Trabajo, 233 del de Minería, etc., se establece que la tramitación de la apelación se ajustará a las reglas contempladas para los incidentes. ¿Qué significado práctico y real tiene hoy día ese mandato del legislador? Para una adecuada solución pensamos que debe abordarse el tema desde la situación existente antes de la dictación de la Ley N° 18.705, y así debemos distinguir:

1°. Normas aplicables a la situación antes de la dictación de la Ley N° 18.705, de 24 de mayo de 1988.

El artículo 214 del Código de Procedimiento Civil establecía textualmente: "Si el tribunal superior declara no haber lugar al recurso, devolverá el proceso al inferior para el cumplimiento del fallo.

En caso contrario mandará el tribunal que se traigan los autos en relación, excepto cuando se trate de sentencia definitiva, y en este evento dispondrá que expresen agravios los apelantes. Estos tendrán el plazo de diez días para presentar los escritos respectivos.

La expresión de agravios deberá contener las peticiones concretas que formule el apelante respecto de la sentencia apelada".

Como se observa, si se trataba de la apelación de una sentencia definitiva pesaba sobre el apelante la carga procesal de expresar agravios, vale decir, de presentar, dentro del término de diez días contados desde su notificación del decreto que le ordenaba expresar agravios, no fatales, un escrito en que debía manifestar las razones que lo llevaban a impugnar la sentencia de primer grado. En el lenguaje actual del Código, diríamos que debería fundamentar el recurso, y esencialmente mencionar las peticiones concretas que formule respecto de la sentencia apelada, o sea, qué es lo que le pide al tribunal de alzada que decida. Únicamente esta última exigencia era requisito fundamental del escrito, puesto que si faltaba, conforme a lo que señalaba el artículo 201 del mismo Código, a petición de la apelada, debía declararse desierto el recurso.

En todas las demás apelaciones y que no se refirieran a la sentencia definitiva el tribunal ordenaba de inmediato traer los autos en relación.

Cualquiera que sea la naturaleza de la resolución apelada, el término para hacerlo era el mismo: plazo fatal de cinco días contados desde la notificación de la resolución que se pretende impugnar. No se requería de formalidad alguna e incluso podía hacerse oralmente en el acto de la notificación (artículo 57 Código de Procedimiento Civil).

Frente a esta situación de tanta holgura, solamente tratándose de sentencias definitivas la ley ponía de cargo del recurrente la carga, al menos, de señalar cuáles eran las peticiones concretas, específicas que requería del tribunal superior, sólo en este momento se delimitaba la competencia del Juez ad quem, pero no se restablecía el principio de la igualdad procesal, ya que si bien el apelado podía de este modo conocer cuáles eran los lindes que la contraria imponía al juez, al no estar sujeto a la carga de

señalar los motivos del agravio (reiteradamente se falló que la falta de razones no tenía sanción), quedaba siempre en la imposibilidad de controvertir adecuadamente los motivos de su contrincante.

Desde otro ángulo y considerando que la prontitud en la decisión constituye un elemento de la esencia de la justicia y que el excesivo número de trámites atenta en contra de la economía procesal, uno de los principios fundamentales del procedimiento, la situación imperante en la época determinaba necesariamente una dilación, basta recordar que el apelante tenía diez días para expresar agravios, plazo individual y que si eran varios, se alargaba interminablemente, y luego se daban otros diez días para contestar.

Todos los inconvenientes mencionados llevaron a modificar la situación, procurando poner remedio a esos males y lograr una mayor rapidez en la decisión de las apelaciones. Nace así la Ley 18.705.

2°. Período que media entre la Ley 18.705 y la 18.882.

En lo que ahora nos interesa se cambia el plazo para apelar, se contemplan formalidades en su interposición, se elimina la expresión de agravios y su contestación.

- a. De acuerdo a lo que dispone el inciso 1° del artículo 189 del Código de Procedimiento Civil, el plazo para apelar sigue siendo de cinco días, pero el inciso 2° de la misma disposición lo aumenta a diez, tratándose de sentencias definitivas.
- b. Se exige que la apelación contenga los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

De acuerdo a lo que dispone el artículo 201, si la apelación no es fundada, el tribunal correspondiente deberá declararla inadmisible de oficio.

El mismo artículo 189 de que se viene hablando exige también que el que entabla el recurso deberá indicar, señalar las peticiones concretas que formula.

Si recordamos lo que dijimos en relación con el período anterior, la carga de formular las peticiones concretas únicamente existía en relación a las sentencias definitivas, puesto que era un requerimiento dado para la expresión de agravios. En la época que estamos analizando, y ello rige también en el presente, como veremos, lo es para todas las apelaciones.

La importancia de este mandato del legislador es que la extensión de la competencia del tribunal superior queda demarcada, delimitada por esas peticiones.

Desde el instante en que la ley exige al apelante cumplir con las dos precisiones que hemos venido señalando en el momento de deducir el recurso, carece de sentido la expresión de agravios y por ello la Ley 18.705 suprimió ese trámite.

¿Qué pasó entonces con nuestro problema, o qué efecto producía el mandato del legislador en orden a tramitar la apelación como en los incidentes?

Evidentemente que ninguno, puesto que no existía diferencia en la tramitación del recurso, sea que se tratare de las sentencias definitivas impugnadas o de otra resolución, o de cualquier incidente.

La norma, entonces, que ordenaba esta forma de tramitar las apelaciones no tuvo posibilidad de aplicarse, el sistema procesal imperante en la época era inconciliable con su mandato. No cabe duda, por ende, que fue tácitamente derogada.

En efecto, este tipo de derogación se produce "cuando una ley disciplina toda la materia regulada por una o varias leyes precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre las disposiciones de éstas y las de la nueva ley". Se ha producido, sin duda, este tipo de derogación, puesto que habiendo partido el legislador de principios directivos diferentes, habiendo reordenado la materia en forma distinta, introducir el precepto que se comenta de la ley antigua resulta no incompatible, sino que absolutamente incomprensible. No cabe duda que la intención del legislador al dictar la Ley 18.705 ha sido abarcar toda la materia que dice relación con las formalidades y tramitación de la apelación.

3°. Período actual desde la la Ley 18.882.

El problema que nos ocupa cobró nuevamente vida desde la vigencia de la Ley 18.882, de 20 de diciembre de 1989, que ha diferenciado la tramitación de la apelación de las sentencias definitivas y la de los incidentes.

En efecto, el artículo 199 dice textualmente "La apelación de toda resolución que no sea sentencia definitiva se verá en cuenta, a menos que cualquiera de las partes, dentro del plazo para comparecer en segunda instancia, solicite alegatos".

"Vencido este plazo, el tribunal de alzada ordenará traer los autos en relación, si se hubieren solicitado oportunamente alegatos. De lo contrario, el Presidente de la Corte ordenará dar cuenta y procederá a distribuir, mediante sorteo, la causa entre las distintas salas en que funcione el tribunal."

"Las Cortes deberán establecer horas de funcionamiento adicional para el conocimiento y fallo de las apelaciones que se vean en cuenta."

De este modo, se ha sostenido que ordenando la ley que la tramitación de una apelación se sujete a las reglas de los incidentes, el Tribunal de Alzada debe, salvo petición de alegatos, ordenar que se proceda a su vista en cuenta y no en relación.

Estimamos errónea esta interpretación por las siguientes razones:

A. Un primer motivo que podemos denominar histórico o de contexto. El mandato del legislador en cuanto ordena u ordenaba que la tramitación de señaladas apelaciones "se ajustará a las reglas establecidas para los incidentes", estaba dado en un contexto legislativo en que la tramitación de la apelación de las sentencias definitivas era al menos demorosa y en el afán de la ley de no retardar la resolución de las apelaciones en aquellos juicios especiales en que se requería especial prontitud, por ejemplo, en los interdictos posesorios, en los juicios ejecutivos, buscó una fórmula en que, manteniendo la adecuada defensa de las partes y reflejadas en las formalidades de la vista de la causa, suprimió el largo período de renovación de la discusión, representado por la expresión de agravios y su contestación.

En cambio, hoy día esa misma oración de la ley, en cuanto a tramitar la apelación como en los incidentes, habría cambiado de significación y ya no se refiere a la supresión del trámite indicado, sino que a una etapa procesal muy diferente y que va desde el decreto en relación, la colocación de la causa en tabla y su vista y que culmina en el alegato.

Jamás pudo, entonces, estar siquiera en el ánimo del legislador que concibió aquella norma, que ella podía importar, no la supresión de unos escritos, sino que de todo un período procesal.

B. No nos parece, en segundo lugar, que una norma, si es que se pretende que no ha existido a su respecto una derogación, como lo hemos manifestado, haya podido, después de permanecer sin ninguna posibilidad de aplicación y sin ningún sentido entre la vigencia de la Ley 18.705 y la Ley 18.882, cobrar súbitamente vida y se haya "adaptado" –que no otra cosa significaría su modo práctico de ser hoy día— a una nueva situación, a un nuevo sistema.

C. Finalmente resulta útil recordar que la gran cantidad de procedimientos en que estaba dada y para los cuales fue concebida la norma de que se trata, dejaría reducida la vista de la causa a tan escaso número de apelaciones, que ella pasaría a ser una regla excepcional de conocimiento de los asuntos en la segunda instancia.

En efecto, el mandato legal en orden a tramitar las apelaciones como en los incidentes se encuentra dado, entre otras disposiciones, en los artículos 550 para los juicios posesorios, 606 en los juicios especiales del contrato de arrendamiento en que se ratifique el desahucio, se dé lugar a la retención y a la restitución de la cosa; 614, apelaciones dadas en los juicios sobre terminación inmediata del contrato de arrendamiento; 691 para los juicios sumarios; 699 para los de menor cuantía; 822, para los actos no contenciosos, etc., todos ellos del Código de Procedimiento Civil.

Además, en los artículos 233 del Código de Minería, al hacer aplicable el procedimiento sumario; 235 N° 5 del mismo Código; 441 del Código del Trabajo, etc.

Por lo reseñado, proponemos se elimine la referencia que se hace en las disposiciones legales que señalábamos al comienzo, de tramitar la apelación conforme a las reglas de los incidentes.

Finalmente en esta materia resulta útil recordar que la ley ordena la tramitación de determinados asuntos de acuerdo a las reglas de los incidentes, por ejemplo en el inciso 2° del artículo 697, del Código de Procedimiento Civil; sobre pago de ciertos honorarios, sobre cumplimiento llamado "incidental" de ciertas resoluciones judiciales, artículo 234, del mismo Código, etc. No se trata simplemente de un incidente y por tanto el fallo que en ellos se dicta es una sentencia definitiva y la vista de las apelaciones recaídas en ellas deberá hacerse de acuerdo a esa naturaleza jurídica. Se ha podido observar que en la práctica muchas veces las apelaciones erradamente se ven en cuenta, lo que ha traído consigo la invalidación consiguiente por la Corte Suprema.

III. Apelaciones diferidas

Dice el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil en su N° 7°: "Deducida apelación contra resoluciones que no se refieran a la competencia o a la inhabilidad del tribunal, ni recaigan en incidentes sobre algún vicio que anule el proceso, el juez tendrá por interpuesto el recurso para después de la sentencia que ponga término al juicio. El apelante deberá reproducirlo dentro de los cinco días subsiguientes al de la notificación de la sentencia y en virtud de esta reiteración, lo concederá el tribunal".

Esta disposición se encuentra inserta en el párrafo correspondiente a los juicios de menor cuantía, vale decir, de aquellos cuya cuantía de lo disputado excede de 10 y no pasa de 500 UTM, equivalente en el mes de diciembre de 2001 a \$ 14.262.

Se agrega más adelante que las apelaciones se tramitarán como en los incidentes y se verán conjuntamente la de la sentencia definitiva con las que se hayan concedido, conforme a la norma antes transcrita.

Tal fenómeno procesal relativo a las apelaciones se conoce con el nombre de apelación diferida.

En nuestro concepto, tal situación trae consigo una evidente economía en el tiempo, un ahorro de gastos derivados de fotocopias o compulsas, de formaciones de cuadernos separados e incluso de posibles decisiones contradictorias, derivadas únicamente de la falta de aplicación del artículo 66 del Código Orgánico de Tribunales.

Propiciamos la aplicación de la apelación diferida en todos los procedimientos, como, por lo demás, lo consagra el Código Procesal Modelo para América Latina.

IV. Plazo para comparecer en la segunda instancia

Como el recurso ha sido interpuesto por una parte, o por ambas, y conforme a la pasividad, corresponde a ellas la carga de llevar adelante el recurso.

Así deberán necesariamente comparecer ante el tribunal ad quem, para seguir adelante con la impugnación. Si no lo hacen, el recurso no podrá ser resuelto.

El artículo 200 dice: "Las partes tendrán el plazo de cinco días para comparecer ante el tribunal superior a seguir el recurso interpuesto, contado este plazo desde que se reciban los autos en la secretaría del tribunal de segunda instancia".

Cuando los autos se remitan desde un tribunal de primera instancia que funcione fuera de la comuna en que resida el de alzada, se aumentará este plazo en la misma forma que el de emplazamiento para contestar demandas, según lo dispuesto en los artículos 258 y 259.

Características del plazo:

- a. Es un plazo de días. Por ello, de acuerdo al artículo 66, se suspende durante los feriados.
- b. Es fatal, conforme al artículo 64.
- c. Se cuenta desde el ingreso de los autos a la secretaría.

Respecto del apelado, el artículo 202 dice: "Si no comparece el apelado, se seguirá el recurso en su rebeldía por el solo ministerio de la ley...", por tanto su comparecencia no es necesaria para seguir el recurso.

Sanción por la no comparecencia:

Según el artículo 201: "Si la apelación se ha interpuesto fuera de plazo o respecto de resolución... y si el apelante no comparece dentro de plazo, deberá declarar su deserción previa certificación que el secretario deberá efectuar de oficio. La parte apelada, en todo caso, podrá solicitar la declaración pertinente verbalmente o por escrito.

Del fallo que, en estas materias, dicte el tribunal de alzada podrá pedirse reposición dentro de tercero día. La resolución que declare la deserción por la no comparecencia del apelante producirá sus efectos respecto de éste desde que se dicte y sin necesidad de notificación".

En relación al apelado, el artículo 202 dice que "...se seguirá el recurso en su rebeldía por el solo ministerio de la ley, y no será necesario notificarle las resoluciones que se dicten, las cuales producirán sus efectos respecto del apelado rebelde desde que se pronuncien".

Hay en esta disposición una doble excepción a las reglas generales:

- 1. La rebeldía produce efectos generales y no sólo respecto de un trámite.
- 2. Las resoluciones producen efecto respecto de este rebelde desde que se dicten.

La aplicación de sanciones por la no comparecencia parte, sin embargo, de aclarar debidamente cuál es realmente el término para comparecer en la segunda instancia.

Vimos que el artículo 200 distingue si los autos se remiten desde un tribunal que funciona dentro de la comuna en que el de alzada tiene su sede o si, por el contrario, son remitidos desde uno de primera instancia que funciona fuera de esa comuna. La primera situación es muy clara, el plazo es simplemente de cinco días contados como se ha señalado y con todas las características antes mencionadas.

Pero la confusión comienza con la extensión de ese término, en caso que los autos se remitan desde un tribunal que funciona fuera de la comuna del de alzada.

En efecto, la ley acuerda dos aumentos, de acuerdo a la referencia que hace a los artículos 258 y 259 del mismo Código.

El artículo 258 en su inciso 2° otorga un aumento de tres días más si el demandado es notificado o se encuentra, como dice la ley, dentro del territorio jurisdiccional, pero fuera de los límites de la comuna que sirva de asiento al tribunal.

Si el inciso 2º del artículo 200 limitara su referencia sólo a la norma señalada, con la que por lo demás guarda armonía incluso en sus términos, no existiría problema alguno. Pero la ley hace también aplicable el segundo aumento, que ahora contempla el artículo 259, para aquellos casos en que el notificado se encuentre en un territorio jurisdiccional diverso, o fuera del territorio de la República, y que consiste en sumar al aumento anterior el contemplado en la tabla de emplazamiento.

Esta situación es absolutamente explicable para la situación que específicamente reglamenta el emplazamiento para contestar demandas. Sin embargo su traslado a un momento procesal distinto es, en nuestro concepto, desafortunado.

En efecto, el artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales dice, en lo que ahora interesa, que las Cortes de Apelaciones conocerán:

3° En segunda instancia:

- a. De las causas civiles y del trabajo y de los actos no contenciosos de que hayan conocido en primera los jueces de letras de su territorio jurisdiccional o uno de sus ministros, y
- b. De las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por un juez de garantía.

Como se aprecia, el aumento del artículo 259 no se ve cuándo se puede dar, a no ser en un caso excepcional de subrogación de una Corte por otra. Todas las apelaciones, salvo en la hipótesis planteada, provienen de

tribunales situados dentro del territorio jurisdiccional de la propias Corte de Alzada.

Ahora bien, como el artículo 200 es aplicable en materia de casación, y pensamos especialmente en los casos en que conoce la Corte Suprema, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 779 del mismo Código de Procedimiento Civil, la situación es aun menos explicable, puesto que tal recurso debería provenir de un tribunal ubicado fuera del territorio nacional para que se diera la hipótesis que hemos llamado de un segundo aumento.

En suma, la solución, pensamos, pasa únicamente por suprimir la referencia al artículo 259 que hace el artículo 200.

En caso contrario, si la apelación, o la casación en su caso, proviene de un tribunal situado fuera de la comuna asiento del superior, el plazo para comparecer será de ocho días más el aumento de la tabla de emplazamiento. ¿Cuándo se podría aplicar? Pero esta solución nos parece incluso contraria a la letra de la ley e injustificada en este tiempo en que las comunicaciones son expeditas.

RECURSO DE CASACIÓN

Sin adentrarnos en problemas doctrinarios, nos proponemos en esta parte referirnos solamente a aspectos meramente prácticos, que pensamos podrían redundar, especialmente, sea en una mayor rapidez en la decisión del recurso, sea en uniformar criterios para resolver determinadas materias.

1. Ampliación de las facultades del tribunal a quo frente a la interposición de un recurso de casación

La ley en el artículo 776 ha simplificado enormemente en este aspecto la labor del tribunal a quo.

En efecto, hoy día el tribunal a quo se limita a examinar:

- a) Si el recurso se ha interpuesto en tiempo; y
- b) Si ha sido patrocinado por abogado habilitado.

Este examen, si el tribunal es colegiado, se hace en cuenta (artículo 776 del Código de Procedimiento Civil).

Ninguna mención hace la ley en esta disposición ante la posibilidad que se deduzca el recurso en contra de una resolución que no pueda ser impugnada por esta vía.

Pensamos que, si bien el punto constituye una omisión, sería deseable, para evitar dilaciones, que se la restableciera expresamente, como causal de la inadmisibilidad a declararse por el juez a quo.

Nos fundamos en que todo acto jurídico procesal y la interposición de los recursos de casación no es más que una especie de ello, debe reunir determinados requisitos subjetivos y objetivos, y entre éstos, admisible, o sea, autorizado por el ordenamiento jurídico. En el caso que el acto no esté autorizado por el ordenamiento jurídico, el órgano jurisdiccional no lo puede admitir.

Si se recurre contra una sentencia respecto de la cual no lo concede la ley, tal impugnación no está jurídicamente admitida y por ende el órgano jurisdiccional no podría emitir un pronunciamiento de mérito al efecto; careciendo, entonces, los actos jurídicos que le dieran curso de toda posibilidad de lograr su fin propio.

Por tanto, en la hipótesis que se estudia, estimamos que el tribunal a quo sería el adecuado para declararlo inadmisible.

La ley, sin embargo, en los artículos 781 para la casación en la forma y 782 para la casación en el fondo encomienda esa labor al tribunal ad quem, creemos recargándolo sin mayor razón en sus labores. La explicación a la situación del presente se encuentra en la circunstancia que si se permitiera al tribunal a quo declarar tal inadmisibilidad, el tribunal ad quem se vería privado de su facultad de anular la sentencia de oficio, si existiera alguna causal de casación. Pensamos que tal remota posibilidad es dudosa, pues el superior no podría en estas circunstancias entrar al análisis de una resolución que jurídicamente no podría estar en su conocimiento.

Por ende, proponemos restablecer al tribunal a quo la facultad para decidir acerca de la inadmisibilidad de la casación interpuesta en contra de una resolución que no la hace procedente.

2. Supresión de la calidad de trámite esencial de la conciliación

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 768 N° 9° constituye una causal del recurso de casación en la forma haberse faltado a algún trámite o diligencia declarado esencial por la ley. En relación con tal norma el artículo 795 dice que en general son trámites o diligencias esenciales en la primera

o en la única instancia en los juicios de mayor o menor cuantía y en los juicios especiales: 2° El llamado a las partes a conciliación, en los casos en que corresponda conforme a la ley.

Pues bien, conforme al inciso penúltimo del propio artículo 768, el tribunal puede desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece que el recurrente no ha sufrido un perjuicio sólo reparable con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo.

Son difíciles de imaginar las hipótesis en que la falta de llamado a conciliación pueda acarrear un perjuicio para el recurrente y menos que pueda influir en lo decisorio de una sentencia.

Proponemos por ende para evitar nulidades por este motivo, que únicamente traerán dilaciones injustificadas en el proceso, eliminar el llamado a conciliación de la enumeración del artículo 795 del Código ya citado.

Si se quiere evitar el desuso de esta institución por esta razón, proponemos la obligatoriedad del tribunal a quo de hacer el llamado omitido, a menos que tratándose de la Corte Suprema estimara inoficioso o dilatorio efectuarlo.

Creemos que no sucede lo mismo con otro trámite elevado a la categoría de esencial y que es meramente formal, como la citación para oír sentencia, pues él mismo marca de manera cierta el término de la actividad de las partes para presentar escritos o pruebas.

3. Preparación del recurso de casación

Dice el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil: "Para que pueda ser admitido el recurso de casación en la forma es indispensable que el que lo entabla haya reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley.

No es necesaria esta reclamación cuando la ley no admite recurso alguno contra la resolución en que se haya cometido la falta, ni cuando ésta haya tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se trata de casar, ni cuando dicha falta haya llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia.

Es igualmente innecesario para interponer este recurso contra la sentencia de segunda instancia por las causales cuarta, sexta y séptima del artículo 768, que se haya reclamado contra la sentencia de primera ins-

tancia, aun cuando hayan afectado también a ésta los vicios que la motivan.

La reclamación a que se refiere el inciso primero de este artículo deberá hacerse por la parte o su abogado antes de verse la causa, en el caso del número 1° del artículo 768".

Esto se conoce con el nombre de preparación del recurso.

La ley concede el recurso con el fin de corregir vicios que pueden producirse en la tramitación y fallo de los juicios, pero no desea que un proceso se invalide después de dictada sentencia, fundándose en un vicio que se cometió durante su tramitación y por ello exige una condición previa para interponerlo y es que la parte reclame del vicio en el momento en que se produjo o al llegar a su conocimiento.

Esta exigencia se fundamenta en la probidad, esto es, en impedir que se prevalga de su propio dolo o mala fe.

En concepto del legislador la parte que no reclama oportunamente consiente en él y no puede invocarlo posteriormente como fundamento de la casación.

Es necesario que la parte haga todo lo posible para corregir el vicio por los otros medios que le confiere la ley y en el orden en que se los concede, para llegar como último recurso a perseguir la invalidación de la sentencia, haciendo valer el vicio en el que no ha consentido.

Excepciones. Casos en que no se requiere reclamación:

La reclamación constituye la regla general. Sin embargo hay casos en que existe una imposibilidad material o una procesal de reclamar del vicio en la oportunidad en que se produjo y otros casos son de tal gravedad que hacen aconsejable no exigir esta reclamación.

- 1. Si el vicio se cometió en una resolución en contra de la cual la ley no concede recurso alguno. Por ejemplo, una dictada en única instancia, como la que recibe un incidente a prueba (artículo 90); como la dictada por un juez árbitro al renunciarse a la apelación, etc.
- 2. Si el vicio se cometió en el pronunciamiento mismo de la sentencia. Por ejemplo, los contemplados en los números 1 al 8 del artículo 768.
- 3. Si el vicio ha llegado a conocimiento del recurrente después de pronunciada la sentencia, por ejemplo, un rebelde.

4. Si se trata de los vicios de ultra petita, infracción a la cosa juzgada y el contener decisiones contradictorias (artículo 768 N° 4, 6 y 7), de que adolezca la de primera instancia para recurrir en contra de la de segunda que los repita (769 inciso 3°).

Con relación a la cosa juzgada, si bien no necesita ser reclamada, sí ha necesitado ser alegada.

Nos preocupa precisamente esta última excepción a la exigencia de reclamación.

Ninguna duda tenemos de que si el fallo de primer grado contiene decisiones contradictorias y el de segundo las mantiene, esta sentencia no va a poder ser cumplida. Es tal la gravedad de la anomalía que el tribunal ad quem no puede permanecer en la indiferencia si ella ha sido invocada como causal del recurso y necesariamente deberá invalidar la sentencia.

Sin embargo pensamos que tratándose de los vicios de ultra petita o de infracción a la cosa juzgada, cometidos en la primera instancia, si las partes han consentido, al no pedir su corrección por el juez superior, al menos contemplándolas como fundamentos de la apelación, se produce, al hacerlo valer ahora como causal de nulidad, un cambio que altera la igualdad procesal, ya que ambos habían consentido en la situación.

Proponemos, en cambio, como adelantamos, que sea suficiente reclamación el que esas omisiones hayan sido representadas por medio del recurso de apelación, pero no toda ausencia de reclamación.

4. Facultad de la Corte Suprema para rechazar el recurso de casación en la forma en cuenta

Dice el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente: "Elevado un proceso en casación de fondo, el tribunal examinará en cuenta si la sentencia objeto del recurso es de aquellas contra las cuales lo concede la ley y si éste reúne los requisitos que se establecen en los incisos primeros de los artículos 772 y 776.

La misma sala, aun cuando se reúnan los requisitos establecidos en el inciso precedente, podrá rechazarlo de inmediato si, en opinión unánime de sus integrantes, adolece de manifiesta falta de fundamento".

Pues bien, en materia de recursos de casación en la forma se constata constantemente por la Corte Suprema la existencia de recursos que si bien son formalmente admisibles, en definitiva, sea porque los hechos en que se fundan no conforman la causal alegada, sea, porque la causal es efectivamente inexistente, etc., ellos van a terminar siendo desestimados. Pero para llegar a esta decisión, amén del tiempo que ha debido transcurrir, ha producido un innecesario desgaste tanto a abogados como a la jurisdicción, realmente injustificables.

Proponemos, en consecuencia, que se agregue una norma similar a la existente para la casación en el fondo, al artículo 781, relativo a la casación en la forma.

5. Confección de fotocopias o compulsas

Cargas del recurrente.

1. Sobre el recurrente pesa la carga procesal de depositar, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la notificación de la resolución que concede el recurso, en la secretaría del tribunal, la cantidad de dinero que el secretario estime necesaria para cubrir el valor de las fotocopias o de las compulsas respectivas. De este depósito el secretario debe dejar constancia en el proceso, señalando su fecha y monto.

Si el recurrente no deja el dinero dentro del término señalado, sin duda ya no podrá hacerlo después. En efecto, se trata de un plazo fatal o preclusivo –basta para ello leer el artículo 64 del Código– transcurrido el cual, sin necesidad de actividad alguna del juez o de las partes, se extingue irrevocablemente la facultad de ejecutar el acto. Pero la ley en el caso de la casación que nos preocupa no ha señalado expresamente una sanción para esta omisión.

En efecto, el actual artículo 197 consta de tres incisos, el antiguo tenía sólo dos. Pues bien, el artículo 776 ordena en primer término al tribunal cumplir con lo estatuido en el inciso 1° del artículo 197. Al recurrente lo remite a su inciso 2°, y nada se dice de su inciso 3°, que es el que hoy día, respecto de la apelación en el sólo efecto devolutivo, señala la sanción para el caso que no se cumpla con el depósito del dinero, que consiste en tener al recurrente por desistido del recurso sin más trámite (esta sanción se encontraba mencionada en el antiguo texto en el inciso 2° del referido artículo 197, y por ello la remisión del antiguo artículo 778 a ese inciso solucionaba todo el problema).

A pesar de las modificaciones introducidas a la casación por las leyes 18.882 y la actual 19.374, la situación se mantiene desde la Ley 19.705.

No obstante, nos inclinamos a creer que al pesar sobre el recurrente la

carga procesal de depositar el dinero en un término fatal y al no hacerlo, debe sufrir, como lógico efecto, la consecuencia gravosa de su omisión y por tanto no puede serle permitido continuar con su recurso, el que se extingue.

De tanta trascendencia puede resultar la omisión que basta con pensar que si no se forma el cuaderno de fotocopias o compulsas, se transgrede también lo dispuesto en el artículo 773, inc. 1° del Código de Procedimiento Civil, por cuanto imposibilitaría ejecutar la sentencia, cuyo cumplimiento normalmente no suspende el recurso de casación. Esto trae ahora, desde este ángulo, el que el acto jurídico procesal no cumpla con todos sus requisitos objetivos, por los que debe velar el juez. Se produciría, así las cosas, una paralización del procedimiento, puesto que mientras no se confeccione las fotocopias o compulsas —lo que, como se ha dicho, ya no podrá hacerse— no se podría elevar la causa al superior para decidir el recurso y menos el cuaderno de fotocopias o compulsas al juez que debe conocer del cumplimiento.

Nos inclinamos por la solución que hemos insinuado, derivada especialmente de la naturaleza del plazo, y no por un hipotético abandono del procedimiento. En efecto, si esta última fuera la solución, fácil sería para la parte que perdió paralizarlo por largos meses, y por lo demás, como sólo la puede hacer valer el demandado, el actor quedaría sin posibilidad alguna de proseguir la tramitación.

Sería de desear, para evitar posibles estériles alegaciones, una reforma al respecto.

6. Causales del recuso de casación en contra de sentencias dictadas en juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales

Procede también, dice el inciso 2° del artículo 766, refiriéndose a las resoluciones anulables por medio de la casación, respecto de las sentencias que se dicten en juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales, con excepción de aquellos que se refieren a la constitución de las juntas electorales y las reclamaciones de los avalúos que se practiquen en conformidad a la Ley 17.235, sobre Impuesto Territorial y de los demás que prescriban las leyes.

En los negocios a que se refiere el inciso 2° del artículo 766, se dice en el artículo 768 que sólo podrá fundarse el recurso de casación en la forma en alguna de las causales indicadas en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 7° y 8° de este artículo y también en el número 5° cuando se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido.

Queda afuera, como se aprecia, la causal del N° 9° de esa disposición, vale decir, el haberse omitido un trámite o diligencia declarados esenciales por la ley.

La Constitución Política de la República ordena al legislador establecer un racional y justo procedimiento, o sea uno en que al menos se den a las partes las mismas posibilidades de defensa y de prueba, por ello pensamos que debe constituir suficiente causal de casación formal en estos juicios el haberse faltado a las normas de un racional y justo procedimiento. Nos referimos a haberse omitido el emplazamiento de las partes o la recepción de la causa a prueba, entre otras.

7. Casación de forma de oficio

El artículo 775 dice: "No obstante lo dispuesto en los artículos 769 y 774, pueden los tribunales, conociendo por vía de apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa e indicar a los mismo los posibles vicios sobre los cuales deberán alegar.

Si el defecto que se advierte es la omisión del fallo sobre alguna acción o excepción que se haya hecho valer en el juicio, el tribunal superior podrá limitarse a ordenar al de la causa que complete la sentencia, dictando resolución sobre el punto omitido, y entre tanto suspenderá el fallo del recurso".

Sólo dos reflexiones en torno a esta materia.

a. La ley dice que se permite al tribunal invalidar cuando adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, se ha entendido, por parte de la jurisprudencia, que la casación en la forma de oficio no sería posible en aquellos juicios en que la ley no permite deducir casación, como por ejemplo en los juicios especiales, cuando el vicio no está contemplado expresamente como motivo para que las partes deduzcan este recurso.

Creemos que tal límite no ha estado en el ánimo del legislador, sino que éste ha facultado en forma amplia a los tribunales superiores para actuar de oficio ante la presencia de vicios que hacen procedente el recurso. Las partes están limitadas para interponer el recurso, pero los tribunales no pueden estarlo. En efecto, la ley sólo exige la presencia objetiva de un vicio que dé lugar al recurso. No se debe olvidar que la casación está esta-

blecida en resguardo de las garantías de un debido proceso, de evidente interés social.

b. Oír a los abogados sobre el vicio.

Sin duda el artículo 775 contiene como única exigencia para que los tribunales puedan hacer uso de sus facultades oficiosas, el de oír sobre el particular a los abogados que concurran a estrados.

Sin embargo, si la situación es observada por el tribunal durante el estado de acuerdo, de común ocurrencia, el dar cumplimiento con aquella norma obligaría a una dilación, muchas veces innecesaria, del asunto, pues obligaría a colocar nuevamente la causa en tabla, para en esta nueva audiencia proceder solamente a escuchar a los letrados que concurran.

El proceso monitorio

Domingo Kokisch Mourgues

Profesor de Derecho Procesal
Universidad Central
Universidad Andrés Bello

I. Introducción

Resulta evidente que en los últimos diez años ha existido en nuestro país un gran interés por el derecho procesal penal, no sólo en el ámbito universitario y especializado en el derecho, sino en todos los rincones de la sociedad chilena, y no hay duda que la denominada reforma procesal penal ha enriquecido el debate jurídico sobre un tema que estuvo latente por muchos años, como fue la mutilación del proceso penal chileno sin la presencia de un Ministerio Público en primera instancia, para ejercer la acción penal pública, lo que ponía de manifiesto, simplemente, una ceguera jurídica cultural injustificable.

Ahora el aludido defecto se ha reparado, pero como ocurre en cualquiera obra del hombre, sólo pone de manifiesto las carencias que en el mismo orden de cosas existen en otras materias, por ejemplo en el derecho procesal civil y, en especial, en un proceso que sirva con mayor eficacia para la debida protección del crédito.

En efecto, es una verdad indiscutible que el proceso monitorio es un procedimiento judicial con mayor éxito en los ordenamientos jurídicos europeos, hasta el punto de que en Alemania casi la totalidad de las reclamaciones judiciales de cantidad se encauzan a través del proceso monitorio.

Precisamente este proceso se aplica en aquellos supuestos en que no se discute la existencia del derecho de crédito, y el deudor se niega exclusivamente a efectuar el pago. Resulta totalmente innecesario acudir a un largo y costoso proceso. Basta simplemente que el juzgado notifique al presunto deudor la pretensión del acreedor de percibir su crédito, para que se pase sin más a la ejecución. Únicamente en el supuesto de que el requerido discutiera la existencia de la deuda se abriría el proceso de declaración. Si paga la deuda, ni siquiera existiría proceso. Y si no paga ni discute la existencia de la deuda, el proceso de declaración devendría innecesario, procediendo el paso directo al proceso de ejecución.

Aun cuando dicho procedimiento parezca muy sencillo, plantea importantes problemas de naturaleza jurídica y práctica que deben estudiarse.

Daniel Henendorf manifiesta que la tardanza del sistema judicial ha formado parte de su estructura por siglos, además de la lentitud adicional ad hoc constituida en los lugares en máquina de pedir. Destaca también la gran cantidad de recursos que el derecho procesal pone al alcance de los abogados inescrupulosos, que así retrasan el advenimiento de la sentencia y "ganan tiempo", si es que eso es ganarlo en buena ley.

Luego la tarea de simplificación, entonces, comienza por la mutación del sistema procesal en materia civil, con la introducción del proceso monitorio.

II. Origen y evolución histórica del proceso monitorio

El origen del proceso monitorio, según apuntan la mayoría de las investigaciones efectuadas hasta el momento presente, ha de situarse durante la Alta Edad Media en la Península Itálica: "el genio italiano, que en la observancia de las formas no había alcanzado las exageraciones de otros pueblos, cuando a las necesidades de la civilización que renacía resultaron mezquinas y estrechas las formas del proceso longobardo, enlazó a la vida presente la tradición romana, y con la exposición doctrinal del proceso justinianeo, con su aceptación no servil en las legislaciones municipales, templada por aquellos residuos del pasado que se habían encarnado en la vida nuestra y por la expresión de necesidades nuevas, preparó al mundo la nueva ciencia procesal".¹

En el siglo XIII se creó en Italia "el praeceptum o mandatum da solvendo cum clausula iustificativa", base del actual proceso monitorio, el que fue una subclase de proceso sumario, surgido para superar el siempre largo y dispendioso proceso ordinario y nacía con una estructura delimitada: "el proceso se iniciaba con una orden del juez de pagar o hacer alguna cosa (de solvendo vel trahendo). Esta orden o mandato venía emanada sin una previa cognición (ante causa cognitionem). Las posibles objeciones a la admisibilidad del praeceptum o mandatum derivantes de la falta de cognición previa, venían resueltas con la justificación que el proceso recibe de la claúsula que en él se contiene (si sennseris reus te gravatum, compareas coram nobis complementum institioe receptuturus). En razón de esta cláusula, el curso del procedimiento podía llegar a estos dos resultados opuestos: o el deudor intimado no comparecía, y entonces el mandato se confirma-

¹ CHIOVENDA, G.: "Las formas en la defensa judicial del derecho", en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, trad. De SENTÍS MELENDO, Ed. E.J.E.A., Vol I, Buenos Aires, 1949. Pág. 137.

Universidad del Desarrollo

ba pasando en autoridad de cosa juzgada, o bien el deudor comparecía, y entonces su sola comparecencia hacía que el procedimiento especial cesara, teniéndose que seguir los trámites del juicio ordinario".²

Y en esta novedosa y peculiar estructura radicaba precisamente la completa originalidad de este proceso, puesto que mientras los procesos derivados de la famosa decretal de 1306 del Papa Clemente V que versan sobre la totalidad del asunto y tan solo tenían una tramitación procedimental abreviada, el juicio sumario ejecutivo y otros, entre los cuales figuraba el proceso monitorio, tenían en cambio "una cognición reducida, sumaria, no total". Pero a diferencia del juicio ejecutivo, el proceso monitorio servía a la rápida creación de un título ejecutivo en aquellos casos en los que el acreedor no disponía, entre los medios de prueba, de un instrumento ejecutivo para fundamentar su derecho.

Así lo expone acertadamente de manifiesto el profesor Tomás y Valiente: "el acreedor insatisfecho que no poseyese un título ejecutivo y no se resignase a acudir al proceso ordinario, se presentaba ante el Juez y solicitaba de él la emisión del mandatum da solvendo cum clausula iustificativa. Si el Juez accedía a la petición del acreedor (y para ello ni siquiera necesitaba aportar una prueba documental del crédito), emitía el mandatum, orden de pago dirigida contra el acreedor. Pero en este mandato colocaba la cláusula si senseris te gravatum compareas coram nobis o nisi sensiris te gravatum".³

Esto es, en síntesis, la raíz de un proceso sumario que perseguía una clara finalidad ejecutiva, como es la de crear un título ejecutivo con la máxima celeridad posible. Este se expandió al derecho germano, entre los siglos XIV y XVI, quienes reelaboraron este proceso a la luz de principios informadores que regían su ordenamiento jurídico y fueron precisamente ellos quienes alcanzaron resultados más seguros y convincentes, logrando consolidar definitivamente este proceso especial en Europa. Así se cumple ese pretendido axioma que dice que el genio latino innova, pero el racionalismo alemán ejecuta eficientemente.

Así el Mahnverfahren alemán o el Mandatsverfahren austríaco surgían, fruto de una depurada técnica legislativa que se consolidaría firmemente de la praxis de los tribunales civiles. Mientras, en Italia, el viejo praeceptum o mandatum da solvendo cum clausula iustificativa no arraigaría en el diario quehacer profesional de los prácticos, y sería objeto de múltiples y diseminadas disposiciones normativas que no recogerían un texto articulado apli-

² GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADÍ, F.: *El procedimiento monitorio. Estudio de derecho comparado*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972, pág. 17.

³ TOMÁS Y VALIENTE: Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio, op. cit., pág. 51.

cable con carácter general a todo tipo de supuestos, sino meras aplicaciones parciales de este proceso.⁴

Posteriormente, fruto de los múltiples avatares que sufriría la Historia (como son, por ejemplo, los flujos comerciales, migratorios, o los cambios de regímenes, dinastías o gobiernos), el proceso monitorio se expandiría por el resto de países europeos (especialmente por los Países Escandinavos y por los antiguos Países del Este), consolidándose fuertemente así en la mayoría de sus ordenamientos jurídicos.

Para finalizar esta reseña debo referirme a la función actual del *Mahnverfahren* en Alemania, en que el número de procesos que actualmente se sustancia es elevadísimo. Así en el año 1939 el número de juicios monitorios se elevó a 4.515.821 contra 1.654.952 ordinarios. En el año 1993 la cifra de mandatos de pago emitidos en todo el país se elevó hasta 7,4 millones, de los cuales más de un 50% (3,74 millones) se tramitaron por ordenador (en 1976 se simplificó aun más este procedimiento para sentar las bases para un tratamiento informático de él).

III. Concepto, clases y caracteres esenciales del proceso monitorio

1. Concepto

Don Juan Pablo Correa Delcasso, en su obra *El Proceso Monitorio*, José María Bosch Editor, página 211, define el proceso monitorio de la siguiente manera: "proceso especial plenario rápido, que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictor, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley", definición a la que llega después de examinar los orígenes y la evolución histórica de ese proceso, así como la moderna regulación normativa de *la procédure d'injonction de payer* francesa, del procedimiento *d'ingiunzione* italiano y del *Mahnverfahren* alemán.

Otro autor que define el proceso monitorio es G. Cristofolini, citado por don Juan Pablo Correa, como "aquel procedimiento a través del cual, concurriendo las condiciones requeridas por la ley, el juez emite una resolución sobre el fondo (normalmente idónea a provocar la ejecución forzosa), a petición de una de las partes, sin el previo contradictorio de la

Véanse en este sentido los siguientes estudios: SEGNI, A., "El procedimiento intimatorio en Italia", en R.D.PRIV., 1927, págs. 305 y siguientes, así como otro de este mismo autor, "L'opposizione del convenuo nel procedimento monitorio", en Scritti Giuridici, Vol. II, Ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1965, págs. 957 y siguientes.

parte frente a la cual la resolución ha sido emitida". Tres críticas le hace Correa a esta definición. Por un lado, el juez no emite en todos los casos un pronunciamiento sobre el fondo; en determinadas ocasiones ni siquiera lleva a cabo un mínimo de examen probatorio y ni siquiera lo hace él, sino uno de sus auxiliares, como sucede hoy día en Alemania con el *Rechtspfleger*. Por otro lado la resolución que emite en el proceso monitorio siempre es idónea para provocar la ejecución forzosa (no sólo "normalmente"), puesto que si finaliza este proceso con una sentencia, interpuesta una oposición por el deudor, como si termina de inaudita altera parte, dicha resolución produce siempre efectos de cosa juzgada. Por último, señala Correa Delcasso, de la anterior definición no se desprende con claridad uno de los caracteres esenciales del proceso monitorio, como es el de la inversión de la iniciativa del contradictorio.

Otra definición de proceso monitorio puede verse en un escrito de Siciliani en el *Nuovo digesto italiano* que dice: "El proceso monitorio es un proceso a contradictorio pospuesto y eventual", pero la gran mayoría de los autores no lo define, sino que se limita a caracterizarlo por sus notas esenciales, y entre ellas destacan la inversión de la iniciativa del contradictorio, significando que en el trámite ordinario, primero se discute, luego se prueba y por último se sentencia; en cambio, en el procedimiento monitorio se procede exactamente al contrario, es decir, a su inicio la sigue la sentencia sin haber oído al deudor, quien es notificado posteriormente de la misma. A esta resolución por lo general se le llama decreto, pero no deja de ser un verdadero fallo, ya que el sentenciado puede consentir esa decisión o discutirla conservando incólume su derecho de defensa.

2. Clases de procesos monitorios

Sobre el particular deben seguirse las doctas enseñanzas de Calamandrei, quien después de un profundo estudio de derecho comparado descubrió dos clases de proceso monitorio existentes en Europa, así como sus características fundamentales.

La distinción entre proceso monitorio puro y proceso monitorio documental que hizo Calamandrei a comienzos del siglo XX ha sido admitida por la casi unanimidad de la doctrina italiana.

Según este procesalista italiano, existen dos tipos bien diferenciados de procesos monitorios, que denomina "puro" y "documental". El proceso monitorio puro presenta, según este autor, dos características esenciales: "1° que la orden condicionada de pago se libra por el juez a base de la sola afirmación, unilateral y no probada, del acreedor; 2° que la simple oposición no motivada del deudor hace caer en la nada la orden de pago, de manera que

el juicio en contradictorio, que puede eventualmente desarrollarse en mérito de tal oposición, no se dirige a decir si la orden de pago debe ser revocada o mantenida, sino a decidir ex novo sobre la originaria acción de condena, como si la orden de pago no hubiera sido nunca emitida".⁵

El proceso monitorio documental se distingue, por el contrario, del proceso monitorio puro, en que "el mandato de pago presupone que los hechos constitutivos del crédito sean probados mediante documentos" y en que "mientras en el proceso monitorio puro la orden de pago pierde toda su eficacia por la simple oposición no motivada del deudor, en el proceso monitorio documental la oposición del deudor no hace caer sin más el mandato de pago, pero tiene, en cambio, el efecto de abrir un juicio de cognición en contradictorio. En el cual el tribunal, valorando en sus elementos de derecho y de hecho las excepciones del demandado, debe decidir si éstas son tales que demuestren la falta de fundamento del mandato de pago o si, por el contrario, éste merece, a base de las pruebas escritas ya proporcionadas por el actor, ser, sin embargo, mantenido y hecho ejecutivo".6

De lo expuesto concluye acertadamente, en mi concepto, don Juan Pablo Correa, en su libro antes citado, "que de la misma manera que, se dice, la técnica ha de estar al servicio del hombre y no el hombre al de la técnica, el proceso, y en este caso el proceso monitorio, ha de estar al servicio del derecho material y no el derecho material al del proceso: la regulación normativa de cada país, que son las que determinan el establecimiento de unas disposiciones legales propias en función de los principios que presiden su ordenamiento jurídico-procesal. Consecuentemente, en el proceso monitorio, si el ordenamiento jurídico en cuestión admite que un juez o un auxiliar suyo pueda dictar un mandato de pago sin una previa comprobación de los hechos aportados al proceso, el legislador optará por la técnica del proceso monitorio puro, mientras que si se inclina por un mayor control judicial en la fase de emisión del mandato de pago, optará por la técnica del proceso monitorio documental. En el primer supuesto, la fase de oposición al mandato de pago tendrá un carácter más abierto, no limitado por la interposición por parte del deudor de un determinado número de excepciones tasadas en la ley, puesto que el control judicial sobre la legitimidad de la pretensión invocada por el acreedor será nulo o prácticamente inexistente, y en el segundo supuesto la oposición tendrá un carácter más cerrado y limitado, porque el ordenamiento jurídico dará por sentado que el mayor control efectuado por el juez en la fase de emisión del mandato de pago hará como filtro de eventuales oposiciones de carácter infundado".

⁵ CALAMANDREI: El procedimiento monitorio, op. cit., pág. 33.

⁶ CALAMANDREI: El procedimiento monitorio, op, cit., pág. 38.

3. Caracteres esenciales del proceso monitorio

Siguiendo la teoría formulada por Calamandrei, don Juan Pablo Correa extrae sus caracteres esenciales, donde opta por dividir el estudio en dos bloques: el primero, de los caracteres fundamentales, y el segundo, de los que denomina complementarios, a través de los cuales expone con mayor amplitud el contenido y significado de cada uno de ellos.

3.1. Caracteres fundamentales del proceso monitorio

3.1.1. Rápida creación de un título ejecutivo con efecto de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley.

Como hemos podido comprobar a lo largo del presente estudio, el proceso monitorio es un proceso plenario abreviado que tiene por finalidad la rápida creación de un título ejecutivo en aquellos casos en los que el carácter aparentemente incontrovertido de la deuda reclamada por el acreedor hace presumir que la resolución dictada inaudita altera parte por el órgano jurisdiccional no será contestada por el deudor. Como afirma el fundador de la Ciencia del Derecho Procesal, "el ordenamiento jurídico, considerando lo inútil que es el retraso que sufre la ejecución en el proceso ordinario con conocimiento completo, en los casos en los que el demandado o se adhiera a la demanda o permanezca en rebeldía o, en suma, nada excepcione, permite el uso de este proceso, presumiendo que el demandado no tendrá nada que alegar".

En este proceso se construye por lo tanto, como en un proceso ordinario cualquiera, un título ejecutivo que constituye "la llave indispensable para abrir la puerta de la ejecución", o si se prefiere "la tarjeta de entrada sin la cual no es posible atravesar el umbral del proceso ejecutivo", ni obtener consecuentemente una ejecución sin título (nulla ejecutio sine titulo). Este es por lo tanto el primero de sus caracteres fundamentales: la labor de "construcción" de un título ejecutivo que en su seno se realiza, y que determina que pueda ser considerado como un especial proceso de cognición.⁸

⁷ El estudio de la utilidad práctica del proceso monitorio es enfocado desde una perspectiva económica por HORSMANS, G.: La procédure d'injonction ou le recouvrement simplifié de certaines créances dans les pays du Marché Commun, Ed. Établissement Émile Bruylant, Bruxelles, 1964, págs. 19 y siguientes.

⁸ No puede afirmarse en ningún modo, como hace J. MALAGÓN BARCELÓ, en su trabajo en torno a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil, en *R.G.L.J.*, Tomo 167, pág. 645, que el proceso monitorio "sirve para acudir provisionalmente a la pretensión documentada del acreedor, inaudita parte, cuando existe causa justificada para creer que el deudor no tiene excepciones que alegar".

El proceso monitorio y el juicio ejecutivo son dos instituciones totalmente distintas, pese a provenir de un mismo origen o tronco común. El proceso monitorio, proceso especial y de naturaleza declarativa, sirve a la rápida creación de un título ejecutivo que produce efecto de cosa juzgada mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, mientras que a través del juicio ejecutivo lo que se persigue es la ejecución de una serie de títulos ejecutivos que pueden ser objeto de un incidente declarativo que se inserta de manera incidental dentro del procedimiento mismo.

3.1.2. Inversión de la iniciativa del contradictorio.

En el proceso monitorio, en efecto, "la finalidad de llegar con celeridad a la creación del título ejecutivo se alcanza desplazando la iniciativa del contradictor del actor al demandado. Mientras en el proceso de cognición ordinario el título ejecutivo no nace sino después que el actor haya instaurado regularmente el contradictorio, el cual resulta perfectamente superfluo en todos aquellos casos en los que el demandado comparecido nada tiene que oponer a la demanda del actor, o en absoluto se abstiene de comparecer, en estos procesos especiales el título ejecutivo nace por el solo hecho que el demandado no demuestre, haciendo oposición dentro del término establecido, la utilidad, de la cual él es el mejor juez, de abrir el contradictorio (...). El juicio sobre la oportunidad de abrir el contradictorio y, por consiguiente, la iniciativa de provocarlo, debe dejarse a la parte en cuyo interés el principio del contradictorio tiene inicialmente vigor, esto es, al demandado".

Este es el auténtico factor que, combinado con la finalidad práctica a la que tiende este proceso, determina en nuestra opinión todos y cada uno de los efectos que se producen en el seno del mismo. En efecto, en la Alta Edad Media italiana, cuando los juristas de aquella época crearon por primera vez el praeceptum o mandatum da solvendo cum clausula iustificativa, lo hicieron con vistas a superar la extrema lentitud y onerosidad de un proceso ordinario de cognición, el solemnis ordo iudiciarius, que se mostraba además particularmente inoperante cuando por el cauce del mismo se reclamaba un especial tipo de deudas aparentemente incontestables y de escaso valor económico. El mecanismo procedimental que escogieron entonces estos juristas fue precisamente el de invertir la iniciativa del contradictorio, porque permitía por un lado la rápida obtención de un título ejecutivo (habida cuenta que la resolución era dictada por el juez inaudita altera parte y al poco tiempo producía plenos efectos de cosa juzgada si no era contestada en un determinado plazo por el presunto deudor, al igual que una sentencia dictada al final de un proceso plenario), y por otro lado porque no vulneraba un

principio básico inherente a todo proceso como era y es el principio de la contradicción (puesto que el demandado siempre podía en un momento procedimental ulterior ejercitar su legítimo derecho de defensa).

Se trataba en definitiva, con este innovador proceso, de dar una salida rápida y efectiva a un determinado grupo de demandas que se planteaban ante los órganos jurisdiccionales existentes en aquel entonces, y que por su carácter presumiblemente incontrovertido no requerían de un largo y dispendioso solemnis ordo iudiciarius.

Desde que el jurista de aquella época se fijaba como objetivo básico y primordial otorgar una rápida tutela judicial efectiva a un determinado grupo de reclamaciones aparentemente exentas de complejidad alguna, y descubriera al poco tiempo después de la técnica de la inversión de la iniciativa del contradictorio, para llevarlo a cabo, todo lo demás, por así decir, "sobró", pues se supeditó a estos dos elementos, teleológico y procedimental, que acabamos de enunciar. Sobró en efecto un exhaustivo examen por parte del correspondiente mandato de pago, hasta tal punto que ni tan siguiera existió en sus inicios; sobró esta necesidad "clásica" de que interviniera el deudor en la primera fase del proceso, no sólo porque se partía de la base que no tendría nada que alegar (habida cuenta el carácter "aparentemente incontrovertido" del crédito), sino también porque en un momento ulterior se le brindaba la posibilidad de contestar la resolución dictada en su ausencia y en contra de sus intereses; sobraron incluso también todo tipo de interrogantes que pudieron surgir en torno a los posibles efectos del mandato de pago devenido título ejecutivo, pues forzosamente habían de ser éstos idénticos a los de una sentencia ordinaria de condena, si al fin y al cabo lo único que se había hecho era desplazar, que no anular, la fase del contradictorio.

Podemos afirmar por lo tanto que el proceso monitorio, tanto ayer como hoy, no es ni más ni menos que una adaptación del proceso de cognición ordinario a las necesidades prácticas del derecho material que por él mismo se sustancia, y al que le ha sido desplazada una de sus principales fases, la fase del contradictorio, a un momento procedimental posterior. La combinación de estos dos elementos que acabamos de analizar, teleológico por un lado (finalidad que persigue este proceso) y material por otro (inversión de la iniciativa del contradictorio que se verifica en el mismo), es por lo tanto la que mejor define al proceso monitorio y la que explica el porqué de sus dos otros elementos más característicos, que entraremos seguidamente a analizar.

3.2. Caracteres complementarios del proceso monitorio

Estos aspectos de este proceso son aquellos que derivan, esto es, son una consecuencia lógica de los dos anteriores que se califican como fundamentales.

3.2.1. Especialidad.

El proceso monitorio es ante todo un proceso especial "por razones jurídico-procesales", porque especial es su estructura procedimental con respecto al proceso declarativo ordinario tipo. En efecto, mientras en un proceso civil declarativo ordinario cualquiera se cumple el esquema procesal tradicional de origen continental (demanda, contestación a la demanda, fase de prueba y sentencia, en ocasiones precedido de una eventual etapa instructoria, como sucede en Francia y en Italia, por ejemplo), en el proceso monitorio, en cambio, como en su día expuso brillantemente Calamandrei, esta clásica sucesión de actos procesales se ve alterada, verificándose un desplazamiento hacia un momento procedimental posterior, de lo que en un proceso ordinario tipo constituye la fase de contestación a la demanda. Esta traslación a un momento procedimental posterior del derecho de defensa de la parte contraria, junto a una resolución del órgano jurisdiccional competente de carácter provisional que se inserta justo después de la fase de admisión y examen de la demanda, son las que caracterizan y personalizan a este proceso, y las que le confieren por lo tanto este rango de "proceso especial" que unánimemente le han otorgado tanto los códigos de enjuiciamiento civil europeos como la mayor parte de la doctrina continental.9

3.2.2. Proceso plenario rápido.

Así se le caracteriza, no sólo porque en él la cognición, cuando existe, es "reducida, sumaria, no total", sino porque la inversión de la iniciativa del contradictorio condena en la mayoría de los casos a una estructura procedimental reducida (puesto que si no se interpone una oposición contra el mandato de pago, el proceso monitorio finaliza en un plazo muy breve de tiempo), frente a otros procesos que tan sólo tienen una estructura abreviada, es de cognición plena, en el proceso monitorio la orden de pago se dicta por el juez sin conocimiento del deudor, sin un control previo por lo tanto de todos y cada uno de los medios de prueba.

⁹ En España, por ejemplo, califican al proceso monitorio como proceso especial CUTIÉRREZ DE CABIEDES, Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España, op. cit., pág. 416; FAIRÉN GUILLÉN, V., Temas del ordenamiento procesal, Tomo II, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, págs. 768 y siguientes; GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, Derecho procesal civil, Vol II, Ed. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976, págs. 48 y siguientes.

El juez o el auxiliar jurisdiccional competente para conocer de un determinado proceso monitorio emite a menudo el susodicho mandamiento "en base a la sola afirmación unilateral y no probada del acreedor", 10 afirmación que ulteriormente podrá ser refutada por el deudor si opta por ejercitar sus legítimos derechos de defensa en un proceso declarativo posterior. Pese a las diferencias de matiz que puedan existir entre los diversos procedimientos monitorios europeos, lo cierto es que la finalidad última a la que se encamina este proceso es a la rápida creación de un título ejecutivo en aquellos supuesto en los que existe, al menos en apariencia, un alto índice de probabilidades que la reclamación efectuada por el acreedor responde a una prestación seria y legítima. La apariencia de verosimilitud que pueden revestir unas determinadas pruebas o documentos, o sencillamente el valor que en un determinado ordenamiento jurídico se le atribuya a las afirmaciones unilaterales y no probadas del acreedor, determinarán que la fase de cognición se vea considerablemente reducida o que desaparezca incluso por completo, como sucede por ejemplo en el actual proceso monitorio alemán. Partiendo de la base de que por un lado la ratio misma del proceso monitorio consiste precisamente en la rápida creación de un título ejecutivo mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, y por otro de un hecho probado, como son las pocas oposiciones que en la práctica se formulan contra los mandatos de pago, habremos de convenir que en una gran mayoría de supuestos la única "cognición" que verdaderamente se dará en la práctica será precisamente la que habrá precedido a la emisión del mandato de pago, por reducida que ésta sea, siempre y cuando además esta última resolución judicial no se haya dictado mecanizadamente, sin atender a ningún tipo de prueba escrita (como sucede en el moderno derecho alemán, por ejemplo).

La calificación de plenario rápido se hace en el sentido que lo realiza el profesor Fairén Guillén "juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo", en *Temas del Ordenamiento Procesal*.

IV. Naturaleza jurídica del proceso monitorio

Sobre esta materia compartiremos la opinión de Correa Delcasso como una imposibilidad manifiesta de elaborar una conclusión en torno a la naturaleza jurídica de los diferentes procesos monitorios europeos como institución única y por otra parte una necesidad de analizar separadamente las dos fases en las que se descompone el proceso monitorio, lo que permitiría delimitar en cada país (Italia, Francia y Alemania) la naturaleza jurídica del mandato de pago por un lado (primera fase) y del proceso moni-

¹⁰ CALAMANDREI, El procedimiento monitorio, op. cit., pág. 33.

torio finalizado inaudita altera parte o mediante la interposición de una oposición por parte del deudor por otro (segunda fase).

Este análisis que realiza brillantemente Correa Delcasso en su libro antes aludido, escapa de este modesto trabajo, que se puede calificar de "provocativo" para incentivar el estudio y discusión de este tema u otros similares.

V. Conclusión

De lo expuesto se debería abogar por una pronta introducción del proceso monitorio en Chile, aun cuando se podría objetar dada la enorme cantidad de procesos especiales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pero lo cierto es que nos encontramos ante un proceso especial que en la práctica, por su enorme importancia, se ha convertido, como se dijo, en el proceso de cognición ordinario de la gran mayoría de los países europeos. Más de siete millones de demandas anuales, sólo en la República Federal de Alemania, avalan la gran efectividad práctica de este proceso. La introducción de este procedimiento en Chile no sólo es, por lo tanto, aconsejable, sino que también recomendable, porque eliminaría de nuestro juicio ejecutivo algunos títulos ejecutivos impropios y que entorpecen su rápida y normal sustanciación, consecuencia de una concepción legislativa equivocada respecto de la auténtica función que ha de cumplir el proceso ejecutivo. Así se sostiene que ambos procesos, lejos de ser incompatibles, resultan complementarios y responden a la idea común de la tutela rápida y eficaz de créditos suficientemente probados y con garantías suficientes.

Proposiciones de reforma al juicio ejecutivo

Juan Arab Nessrallah

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El juicio ejecutivo se encuentra regulado en el Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, que recoge la necesidad de hacer cumplir una obligación existente, ante la renuencia de quien debe cumplirla. Es un procedimiento especial diseñado para ser tramitado fluidamente, preocupándose el legislador de evitar dilaciones innecesarias, partiendo del principio que la obligación existe, siendo del demandado la carga de la prueba y ésta sólo puede versar sobre algún modo que la extinga. Esta característica es fundamental para diferenciar el juicio ejecutivo con el juicio ordinario, que es declarativo, es decir, la discusión fundamentalmente se basa en probar la existencia de una obligación, siendo entonces el demandante el encargado de probarla. Con todo, las normas del juicio ordinario se aplican supletoriamente al juicio ejecutivo, según lo dispone el articulo 3° del Código de Procedimiento Civil.

Nuestro Código de Procedimiento Civil fue promulgado en el año 1893 y desde esta fecha ha sufrido diversas modificaciones tendientes a mejorar sus instituciones y atender a las nuevas circunstancias que la sociedad ha vivido. La aplicación práctica del juicio ejecutivo no ha sido modificada ni afectada por reformas al Código, siendo las más recientes la Ley 18.705, Ley 18.882, Ley 19.374 y Ley 19.426. Estas leyes han modificado substancialmente el procedimiento civil, pero no han introducido modificaciones importantes al juicio ejecutivo, pues sólo han sido modificaciones puntuales de índole formal, de adecuación de normas, que no afectan al fondo del procedimiento.

Existen fallos jurisprudenciales que no han sido acogidos por el legislador en orden a estructurar un nuevo diseño al procedimiento ejecutivo, que sólo han sido reconocidos para incorporar, en el ámbito de las tercerías, a la de posesión.

Este trabajo tiene por objeto proponer modificaciones al juicio ejecutivo, que si bien no tienen por objeto alterar la estructura del procedimiento, tienen por finalidad hacerse cargo de los distintos criterios aplicados por la jurisprudencia y por las vivencias prácticas y conocimiento empírico de la materia.

Siguiendo el mismo orden, se propone modificar el artículo 434, en cuanto a que a los instrumentos privados que no constituyan o no tengan el carácter de mercantiles, como la letra de cambio, cheque o pagaré, en la gestión preparatoria, se hagan aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 18.092, en el sentido que si se desconoce la firma del citado a reconocerla, se permita al acreedor, por la vía incidental, dentro de la misma gestión, probar la autenticidad de la firma, y no obligarlo, como ocurre actualmente, a tener que recurrir a un procedimiento de lato conocimiento para probar la autenticidad o veracidad de la firma en cuestión; situación, como es público y notorio, que suele durar largos años, cuando por la vía incidental se podría obtener el mismo propósito, evitándose de este modo que deudores inescrupulosos nieguen su firma, a pesar de saber o de constarles su autenticidad.

En cuanto a la confesión de deuda, la práctica indica que los citados manifiestan diversas respuestas, aceptando los tribunales consignar una larga declaración, que explica el origen de la deuda, si esta existe, cómo se ha cumplido o por qué no se ha cumplido, otras veces se reconviene al demandante, señalándolo como el verdadero deudor, etc. Es decir, normalmente la alegación es un modo de extinguir una obligación, y como no se puede extinguir lo que no existe, tales declaraciones son un reconocimiento expreso de la obligación y su modo de extinción puede alegarse en la secuela posterior del juicio ejecutivo. La confesión debe analizarse a la luz de la norma de la divisibilidad de la confesión contenida en el artículo 401 del Código Civil. El artículo 435 se refiere a las "respuestas evasivas" para dar por confesada la deuda y los tribunales han interpretado restrictivamente este concepto, no dando lugar a la preparación de la vía ejecutiva cuando la confesión no es clara y precisa, lo que atenta contra el espíritu mismo de la norma, que, si se complementara, podría ser un útil instrumento para la constitución de títulos ejecutivos y ampararía el derecho de muchas personas que realizan actos jurídicos o de comercio, como mutuos u otros, pero sin el conocimiento técnico para acreditar el acto. Siendo más eficiente la norma en su función de constituir títulos ejecutivos, se obligaría al deudor a cumplir sus compromisos, verdadera pedagogía social.

Dentro de las gestiones preparatorias debiera incorporarse una norma legal que permitiera al citado, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia, en la confesión o reconocimiento de firma, poder comparecer por escrito, sin necesidad de hacerlo personalmente a la presencia judicial, liberándolo de la obligación establecida en las normas contenidas en la Ley 18.120 sobre comparecencia en juicio.

En lo relativo al imperativo que tiene el tribunal de declarar de oficio la prescripción cuando el título presentado tenga más de tres años desde su exigibilidad, aplicando el aforismo jurídico que dice "donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición", debe autorizarse al tribunal para declarar la prescripción de todas las acciones ejecutivas, aun las de corto tiempo, como letras de cambio, cheques o pagarés, que es de un año, sosteniéndose por la mayoría de la jurisprudencia que el artículo 442 es de derecho estricto y no cabe hacer una interpretación por extensión, rigiendo en consecuencia, para los efectos de la prescripción, la norma del artículo 2493 del Código Civil, en el sentido que la prescripción debe alegarse.

También se propone terminar con la dualidad de calidad del depositario que establece el Código, terminando con los depositarios provisionales y definitivos, debiendo referirse sólo al depositario, porque en la totalidad de los casos las personas nombradas depositarios lo son bajo la forma de provisional, no llegándose a nombrar el definitivo. A objeto que exista unidad en este sentido, se hace aconsejable nombrar a las personas exclusivamente en el carácter de depositarios, por lo que debería modificarse el artículo 451.

Cuando se practica la notificación personal subsidiaria, el ministro de fe tiene discrecionalidad absoluta para designar día, hora y lugar para practicar el requerimiento de pago, situaciones que han provocado no menores problemas prácticos, puesto que de acuerdo a los artículos 459 y siguientes, el plazo para deducir oposición se computa según sea el lugar en donde el deudor ha sido requerido de pago. Como en estos casos normalmente se es requerido de pago en ausencia, el ministro de fe no cumple con la obligación que le señala la ley de hacer saber al deudor en el mismo acto el término que la ley le concede para deducir oposición, conforme lo indica el inciso 2º del artículo 462, y por cuya razón no existe al efecto un criterio único en nuestros tribunales para computar el plazo que tiene el deudor para oponerse, en el sentido que debe considerarse el lugar donde se entregó la cédula de espera o aquel que el ministro de fe fijó para practicar el procedimiento, proponiéndose que sea el domicilio del deudor y ordenar al ministro de fe que practique el requerimiento en un plazo breve.

El artículo 465 regula la interposición de las excepciones, disponiendo que éstas deben presentarse en un mismo escrito, conforme los principios del

juicio ejecutivo, de evitar trámites innecesarios para lograr su objetivo de hacer cumplir una obligación indubitada. La norma hace una excepción con la de incompetencia, que debe resolver el tribunal desde luego, pudiendo reservarla para la sentencia definitiva. Funda esta excepcionalidad en que si se actúa ante un tribunal presuntamente incompetente, es inoficioso tramitar todo el juicio si finalmente lo es, por lo que se concede esta facultad de ser resuelta desde luego.

Consideramos acertada la decisión legislativa, pero no aparece un argumento sólido para no extender esta excepcionalidad a las demás excepciones dilatorias descritas en los números 2° a 4° del artículo 464, como son la falta de capacidad del demandante, litis pendencia o ineptitud del libelo, que dicen relación con asuntos de forma del juicio, que pueden ser resueltos por el ejecutante. En la práctica, el actor, para evitar una dilación innecesaria del procedimiento, se allana a la excepción dilatoria opuesta, a veces en detrimento de sus propios derechos, por lo que consideramos que todas las excepciones dilatorias deberían tener el mismo tratamiento de la de incompetencia, pudiendo avanzarse en los demás trámites del juicio, especialmente en los apremios, para que, cuando se resuelva la excepción, pueda discutirse el fondo del asunto. En todo caso, para una mayor eficiencia y economía, la interposición de cualquiera excepción dilatoria debería dar lugar a la formación de un cuaderno separado para no entorpecer la tramitación del cuaderno de apremio.

También se aconseja que en el caso de declararse inadmisible las excepciones alegadas, se libere al tribunal de la obligación de dictar sentencia definitiva, dejándose claramente establecido que regirá lo dispuesto en el artículo 472, en el sentido que si no se oponen excepciones, se omitirá la sentencia y bastará el mandamiento de ejecución y embargo para que el acreedor pueda perseguir la realización de los bienes y el pago, de conformidad a las disposiciones del procedimiento de apremio.

Otro elemento que distrae al tribunal del conocimiento de los trámites esenciales del juicio ejecutivo son las tercerías, instrumentos puestos al servicio de los extraños al juicio que tienen derechos que esgrimir en el proceso, reglamentándose estas tercerías en los artículos 518 y siguientes. El artículo 521 hace una excepción sobre la tramitación de la tercería de dominio, que la somete al fuero ordinario sin los trámites de réplica y dúplica; es decir, se aplican todos los plazos de dicho procedimiento, como los del término probatorio de 20 días o de observaciones a la prueba de 10 días, extendiéndose de este modo y solamente refiriéndose a estos plazos a más de un mes de tramitación, sin considerar otros trámites o incidentes que pueden ser planteados. Siendo un tercero el actuante, normalmente contradictor del ejecutante y sin interés en resolver el asunto de fondo, la

sola interposición de esta tercería es motivo de retraso y entorpecimiento de la acción ejecutiva. El artículo 523 dispone que no se dará curso a la tercería de dominio si no cumple con los requisitos que establece, entendiéndose que el tercerista debe apoyar su pretensión fundadamente, suspendiendo el procedimiento de apremio si se apoya en instrumento público otorgado con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda. Nos encontramos ante un tercerista que tiene graves y calificados títulos para reclamar su derecho; el dominio es el más importante de los derechos reales que normalmente se manifiesta en la vida jurídica con títulos indubitados, por lo que no existe una razón inapelable para no darle el mismo tratamiento a la tercería de posesión, que quizás por la complejidad que significa a veces probarla, sí necesitaría de un procedimiento más lato. Si se ha presentado tercería de dominio y no de posesión, es porque el tercerista no tiene duda sobre la legitimidad de sus títulos, todos previos a la fecha de la demanda ejecutiva, fáciles de acreditar, por lo que bastaría con el breve término probatorio de los incidentes para hacerlo. Mayor razón hay cuando se ha suspendido el procedimiento de apremio, porque significa que el derecho esgrimido es de tal contundencia que existen fundadas presunciones sobre el dominio del tercerista. En este caso, no tiene sentido dilatar la resolución de la tercería, porque cualquier demora sólo perjudica al ejecutante. El artículo 521 debería modificarse, expresando solamente que las tercerías se tramitarán como incidente, o en su defecto. indicar que, cuando se ha concedido la suspensión del procedimiento, se tramitará la tercería de dominio como incidente.

Consecuente con lo expuesto, se propone a su vez modificar el artículo 477, en el sentido que la renovación de la acción ejecutiva proceda exclusivamente cuando la acción ejecutiva sea rechazada por las excepciones enumeradas en los números 7 y 11 del artículo 464, toda vez que las propuestas que se han formulado en los puntos precedentes, las excepciones dilatorias, deben tramitarse en cuaderno separado, en forma incidental, sin suspender el curso de la causa principal, por cuya razón ellas no han de ser resueltas en la sentencia definitiva, como ocurre actualmente.

Se propone que en lo relativo a la tasación que debe efectuarse respecto de los bienes que requieren de este trámite previo a su enajenación forzada, siempre se exigía que la citación se practique por peritos nombrados por el tribunal, ya que como es de público conocimiento, la diferencia entre la denominada avaluación fiscal con la comercial es substancialmente diferente, con lo cual muchas veces suele suceder que se subastan estos bienes sólo por el avalúo fiscal, provocándose un grave daño a los deudores, toda vez que el producido de esta enajenación es exiguo, el cual ni siquiera sirve para cubrir la deuda.

Por una razón formal, se propone asimismo modificar el artículo 502, el cual señala que cuando haya de procederse a nuevos remates, se deben reducir a la mitad los plazos para los avisos, en circunstancias que de conformidad con el artículo 489, el primero de los avisos debe publicarse con una anticipación de quince días.

En lo referido a las tercerías, debe estudiarse la conveniencia de mantener las "tercerías de prelación" y la "tercería de pago", toda vez que la práctica ha demostrado que la concurrencia de este "tercero" en los juicios ejecutivos es muy poco utilizada, por lo engorroso que resulta desde el punto de vista práctico, toda vez que debe tramitarse por la vía incidental, el procedimiento es complejo, ya que deben interponerse en contra del ejecutante y del ejecutado, dirigiendo acciones distintas en contra de estas partes principales, ya que en contra del primero es el pagar preferentemente o a prorrata, y en contra del segundo se ejerce una acción ejecutiva, que motiva que aquella acción debe ajustarse a la tramitación incidental. Por estas razones, en la gran mayoría de los casos estas personas inician sus propios juicios ejecutivos, recurriendo a la institución del "reembargo", para cautelar sus acciones, conforme al procedimiento indicado en el artículo 528.

De conformidad a lo expuesto, se sugiere el siguiente proyecto de ley, para modificar las normas que actualmente regulan el juicio ejecutivo:

Proyecto de ley

ARTICULO UNICO: Introdúzcanse las siguientes modificaciones al Libro Tercero, título I del Código de Procedimiento Civil:

- 1. Agréganse los siguientes incisos 3° y 4° al artículo 435:
- "Si el citado desconoce la firma, se seguirá en tal caso el procedimiento establecido en los artículos 110, 111 y 112 de la Ley 18.092, produciéndose los mismos efectos citados en esta disposición legal".
- 2. Remplázase en el N° 1 del artículo 443 la frase "la designación del día, hora y lugar que fije el ministro de fe para practicar el requirimiento", por la siguiente: "el requerimiento deberá practicarse al día siguiente hábil, en la oficina o despacho de este ministro de fe, teniendo el deudor el mismo plazo para oponerse, según sea el lugar en que se le dejó esta citación".
- 3. Reemplázase en el artículo 442 la frase "si el título presentado tiene más de tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible",

por "si la acción ejecutiva se encuentra prescrita de acuerdo a lo que dispone el artículo 2515 del Código Civil o leyes especiales".

- 4. Reemplázase en el artículo 451 y toda otra disposición legal las expresiones "depositario provisional o definitivo", por la expresión "depositario".
- 5. Sustitúyase el inciso final del artículo 466 por el siguiente: "Si las estima inadmisibles se estará a lo dispuesto en el artículo 472 de este Código, en caso de declarar una o más excepciones admisibles, el tribunal recibirá a prueba la causa o se citará a las partes a oír sentencia".
- 6. Reemplázase el inciso final del artículo 465 por el siguiente; "Deducidas las excepciones enumeradas en los números à a 5 del artículo 464, ellas deberán tramitarse incidentalmente en el cuaderno principal, suspendiendo el curso de la causa principal, pero sin afectar ninguna de las actuaciones que deben realizarse en el cuaderno de apremio, hasta la traba del embargo inclusive".
- 7. Agréganse al artículo 465 los siguientes incisos: "Si alguna de las excepciones opuestas fuere la incompetencia del tribunal o la litis pendencia, el juez la resolverá antes de las demás. Cuando considere procedente alguna de éstas y la litis anterior no pendiere ante él, mandará remitir los autos al juez que considere competente, absteniéndose de resolver sobre las otras excepciones".
- 8. Sustitúyase el artículo 477 por el siguiente: "La acción ejecutiva rechazada por haberse acogido las excepciones enumeradas en los números 7 y 11 del artículo 464, podrá renovarse con arreglo a los preceptos de este título".
- 9. En el artículo 486 derógase el inciso primero; y en el segundo reemplázase la expresión "En este caso la tasación", por la siguiente: "La tasación".
- 10. En el artículo 502 reemplázase la frase "reduciéndose a la mitad los plazos fijados para los avisos", por: "reduciéndose a ocho días el plazo fijado para los avisos".
- 11. Deróganse las siguientes disposiciones: los números 3 y 4 del artículo 518; los artículos 525, 528 y 529.
- 12. Reemplázase el artículo 521 por el siguiente: "Las tercerías de dominio, de posesión, de prelación y de pago se tramitarán como incidentes".

Popurri procesal

Héctor Oberg Yáñez

Profesor de Derecho Procesal Universidad del Desarrollo

En el campo de nuestra normativa procesal hay algunas materias que a nuestro entender podrían ser modificadas y que redundarían en una mejor administración de justicia. Probablemente pueden considerarse no de tanta relevancia doctrinaria como para ser objeto de preocupaciones de las autoridades competentes, pero que miradas desde un punto de vista pragmático sí podrían contribuir a un adelanto en la actividad tribunalicia y, al mismo tiempo, importar un "agiornamiento" a esa imagen de la Justicia que aún mantenemos algunos, y que pretendemos traspasar a nuestros alumnos para que también la sientan y la respeten como suya.

ı

El Titulo X del C.O.T. trata de los magistrados y del nombramiento y escalafón de los funcionarios judiciales, y uno de sus párrafos (el N° 9) versa sobre la expiración y suspensión de las funciones de los jueces y de las licencias, uno de cuyos últimos artículos (art. 347) establece anodinamente lo siguiente:

"El Presidente de la Corte Suprema y los presidentes de las Cortes de Apelaciones podrán autorizar hasta por tres días la inasistencia de los ministros de los tribunales respectivos. Si ésta debiera prolongarse por más de ese plazo, sólo podrá ser autorizada por el Presidente de la República.

Además, los Presidentes de Cortes de Apelaciones podrán conceder permisos hasta por tres días en cada bimestre a los jueces de su territorio jurisdiccional". Los Presidentes de la Cortes de Apelaciones darán cuenta al Presidente de la Corte Suprema, en el último día de cada mes, de las licencias que hubieren concedido en conformidad a este artículo".

Pues bien, la norma en cuestión ha servido y sirve hoy en día para crear una situación anómala en el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, particularmente en los de segunda instancia y en la Corte Suprema, al desvirtuarse su sentido último por aquellos que aparecen como los favorecidos. En efecto, se entiende por éstos que esa disposición, que literalmente establece una facultad para los respectivos Presidentes, ha creado un verdadero derecho de inasistencia para los Ministros, del cual se hace uso religiosamente, tenga o no un motivo que la justifique. Aun más, del inc. 3º del art. 347 del C.O.T., se ha concluido que de este permiso o licencia debe hacerse uso mensualmente, pese a que el texto no es suficientemente explícito en este sentido, ya que únicamente se indica allí la obligación de los Presidentes de las Cortes de Apelaciones de dar cuenta al Presidente de la Corte Suprema "en el último día de cada mes, de las licencias" concedidas en esta forma. Luego, cada ministro en cada mes toma tres días de permiso, sin que el Presidente del tribunal cuestione esta conducta. Al respecto, no debe olvidarse que el ejercicio de la presidencia es rotativo, y adquiere entonces vigencia el brocardo hoy por ti, mañana por mí.

La situación descrita conlleva a una clara perturbación de la actividad jurisdiccional en los tribunales superiores al tener que recurrir en forma permanente a la integración de la o las correspondientes salas para poder funcionar, lo que permite en ocasiones que en las Cortes de Apelaciones las salas se integren con mayoría de abogados integrantes, o que sencillamente la sala afectada por la ausencia del titular no funcione. Agréguense a lo anotado aquellas ausencias basadas en la asistencia obligatoria a ciertos cursos que imparte la Academia Judicial, licencias médicas, visitas extraordinarias, etc., y se podrá visualizar una administración de justicia de y en los tribunales superiores bastante preocupante, por decirlo de una manera elíptica, donde el retardo en la vista de las causas ha pasado a ser algo usual.

De esta suerte, la derogación del art 347 del C.O.T. aparece como necesaria, amén de representar un privilegio injustificado para sus usuarios en el alcance que le han dado, por las razones que se han dejado expuestas

П

Un tema menor, pero no por ello carente de trascendencia, alude a la notificación por el estado diario. En efecto, un aspecto que siempre ha sido objeto de críticas en el ejercicio profesional, se refiere a la falta de

notificación por el estado diario de una resolución, cuando ella no se realiza en el mismo día en que aquella fue dictada, y es preciso pedirla entonces formalmente al tribunal para que éste la decrete, y sólo así practicarla. ¿No sería conveniente y útil para nuestra justicia, tan mirada en menos, agregar un inciso o readecuar la redacción del inc. 1° del art. 50 del C. de Procedimiento Civil para que el tribunal pueda decretarla de oficio para que se lleve a cabo al día siguiente hábil, sin más? ¿O si se prefiere, que ella simplemente se verifique al día siguiente sin más trámite? Se está en presencia de una innovación que no requiere de sesudas justificaciones ni de un respaldo económico. Sólo se pretende que la judicatura salga del papel pasivo que en forma clásica se le sigue atribuyendo.

Un texto que se propone, por vía ejemplar, podría indicar: "La forma de notificación de que trata el art. 50 se hará extensiva, en su caso, a las resoluciones que no se incluyeron en el estado diario del día en que ellas fueron dictadas, la que se practicará al día siguiente hábil al de su pronunciamiento, sin necesidad de petición de parte y sin previa orden del tribunal".

Ш

Intimamente ligado a la notificación por el estado diario se presenta un problema serio, y que en más de una ocasión ha servido para sorprender a uno de los litigantes. No se ignora que este tipo de notificación opera sobre la base de una ficción, cual es que por el hecho de incorporarse ciertos datos en una nómina que se confecciona diariamente, una resolución se entiende notificada a las partes contendientes, y que éstas deben concurrir entonces cada día a la secretaría del tribunal para averiguar si en la causa se dictó realmente una resolución. Fueron las leyes Nºs 18.705 y 18.804 las que alteraron aquellos artículos (46-50), que disponían el envío de una carta certificada a las partes, informándoles sobre el hecho de haberse realizado una notificación por el estado diario de una determinada resolución dictada en el litigio. Así se resguardaban los principios de seguridad y certeza procesal, tan caros a la doctrina jurídica y actualmente inexistentes en este rubro.

Convendría, por ende, reinsertar el envío de la carta certificada a los litigantes cuando se verifique una notificación por el estado diario, evitando así situaciones de indefensión o de mala fe.

IV

En el campo de las reformas procesales sería atendible modificar la Ley N° 18.120, sobre comparecencia en juicio, en el sentido de eliminar en su art. 2° inc. 1° la referencia que se hace al "estudiante actualmente inscrito en tercero, cuarto o quinto año de la Escuela de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de algunas de las universidades autorizadas, o por egresado de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes. La autoridad universitaria competente certificará, a petición verbal del interesado, el hecho de estar vigente la matrícula o la fecha del egreso, en su caso. La exhibición del certificado respectivo habilitará al interesado para su comparecencia". Y en el inc. 2° del mismo artículo, para concordarlo con el primero, eliminar la frase "a que se refiere el inciso anterior", y agregar a continuación de la frase "Escuelas de Derecho", la oración siguiente: "de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de algunas de las universidades autorizadas".

En consecuencia el texto definitivo de este artículo 2° en sus incisos 1° y 2° quedaría del tenor siguiente: "Ninguna persona, salvo en los casos de excepción contemplados en este artículo, o cuando la ley exija la intervención personal de la parte, podrá comparecer en los asuntos y ante los tribunales a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, sino representada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión o por un procurador del número.

Las Corporaciones de Asistencia Judicial podrán designar como mandatarios a los egresados de las Escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de algunas de las universidades autorizadas, cualquiera sea el tiempo que hubiere transcurrido después de haber rendido los exámenes correspondientes, para el sólo efecto de realizar la práctica judicial necesaria para obtener el título de abogado".

La razón de esta modificación radica en que actualmente esta autorización para asumir como procurador judicial se ha transformado en un tinterillaje legal ante la proliferación de las Escuelas de Derecho que imparten esta carrera; mandatarios que, además de ejercer deslealmente tal función, no están sujetos en dicha actividad a ningún control de la autoridad.

Esta norma tuvo su origen en la antigua ley del Colegio de Abogados N° 4.409, de 1° de septiembre de 1941 –exactamente en el art. 41–, que se traspasó a la Ley N° 18.120 con ligeras variantes, y que si bien pudo ser beneficiosa en aquella época por la escasez de letrados, es lo cierto que en estos momentos no se justifica.

V

Otra faceta que conspira en contra de una buena imagen de la Justicia, es el atraso y retraso con que se proveen los distintos cargos judiciales por las autoridades pertinentes, a pesar de que el art. 246 del C.O.T. establece en forma perentoria una sanción, al disponer que: "Ninguna plaza de la magistratura podrá permanecer vacante, ni aun en el caso de estar servida interinamente, por más de cuatro meses. Vencido este término, el juez interino cesará de hecho en el ejercicio de sus funciones, y el Presidente de la República proveerá la plaza en propiedad". Es lo cierto que en la realidad lo transcrito no se cumple. Por lo demás, no hay ningún plazo para que el tribunal correspondiente proceda a confeccionar las quinas o ternas. y queda, entonces, librada al criterio o discrecionalidad de la autoridad pertinente dicha facción. Así, ha sido posible constatar lo dicho con los nombramientos de ciertos Ministros de Cortes de Apelaciones, en que hubo una demora superior a un año para lograr tales designaciones. La razón que justificaría esta demora podría hallarse -pienso- en darles la posibilidad a aquellos candidatos que a la postre no fueron nominados, para participar nuevamente en posteriores ternas o quinas, y dar de este modo cumplimiento a las disposiciones del C.O.T., relativas a la formación de las ternas o cinquenas, que consideran distintos factores para ser incluidos en las mismas, los que se verían incumplidos en caso contrario.

Sin embargo, este procedimiento se ha mostrado engorroso, dilatorio, poco práctico y permite la utilización de prácticas ajenas a lo que debe entenderse como un quehacer éticamente aconsejable de parte de todos los actores involucrados. Y, por cierto, eliminar de una vez por todas el consabido besamanos que deben cumplir, en forma casi religiosa, los candidatos. ¿Por qué no propiciar un sistema similar al que hoy existe para la designación de los abogados integrantes, y comprender así en una sola nómina a todos los oponentes que reúnan los requisitos para ser nombrados en el cargo, y que la autoridad del caso elija de entre todos ellos al o a los que considere idóneos, de una sola vez? Se eliminarían de esta manera los sucesivos llamados a concurso, las influencias para figurar en las ternas o quinas, los interminables plazos para llegar a un nombramiento, se evitarían los plenos deliberantes sobre el punto, el cual se transformaría –si se quiere- en un órgano meramente constatador de estar incluidos en la nómina todos aquellos que en derecho les corresponde, facultad que ejercería el Presidente del Tribunal y actuando como ministro de fe el secretario del mismo. Se ahorraría tiempo y se daría un imagen más limpia de todo el procedimiento seguido, del cual sólo se excluirían aquellos que manifiesten por escrito su voluntad en contrario. Por cierto, para la formación de tal nómina se fijará un plazo perentorio, constituyendo su incumplimiento para los tribunales superiores un notable abandono de sus deberes, que podrá ser denunciado por cualquier persona hábil a la autoridad competente; y respecto de los tribunales inferiores, se considerará tal conducta como una falta grave que se sancionará precisamente con la suspensión de funciones por un lapso no inferior a dos meses.

VI

1. Un problema recurrente y sin una solución adecuada hasta la fecha es el del acceso a la justicia. Se han ideado fórmulas a tal fin, como por ejemplo, crear un Servicio Nacional de Asistencia Jurídica, o una Asistencia Móvil o ambulatoria, como se ha visto en ciertas localidades de nuestra región, pero ninguna de ellas ha entregado un resultado satisfactorio, pues se olvida un principio elemental, cual es que quien imparte la justicia que se demanda es un tercero imparcial, que si bien está inserto en el medio social, está sobre las partes o los interesados requirentes de la solución de un determinado problema. En otras palabras, de quien se demanda esta solución es, en términos jurídicos, de los órganos jurisdiccionales, nuestros tribunales de justicia en sus diversas jerarquías, nos gusten o no. ¿Y qué ha pasado con ellos? Una rápida revisión nos lleva a la conclusión que, paradojalmente, en vez de contar con una jerarquía ordinaria relativamente extensa en su base, con el transcurso del tiempo ella ha disminuido. En efecto, la Ley N° 18.776, de 18 de enero de 1989, derogó el Título II, arts. 14 al 27, del C.O.T., suprimiendo así los jueces de distrito y de subdelegación. Se continuaba, de este modo, el proceso iniciado con antelación a través de la Ley N° 17.590, de 31 de diciembre de 1971, que también suprimió la mayor parte de los jueces de letras de menor cuantía, contemplados en el art. 29 del C.O.T., quienes sufrieron el golpe de gracia con el D.L. N° 2.416, de 10 de enero de 1979, al elevar a la categoría de jueces de letras de mayor cuantía a aquellos que aún restaban. Forma elegante de eliminarlos del panorama estructural de nuestro Poder Judicial.

Así, entonces, en alrededor de 25 años nos encontramos con un Poder Judicial que comienza en su eslabón más bajo con los jueces de letras e inmediatamente con las Cortes de Apelaciones, finalizando con la Corte Suprema, que corona este Poder Jurisdiccional. Pues bien, no se necesita tener conocimientos especiales para observar que un sistema como el descrito pueda absorber todas las necesidades de justicia del conglomerado social, ya que a mayor abundamiento es menester prescindir, en esta dación de justicia que se pide, de la Corte Suprema, considerando la naturaleza de las funciones que se le atribuyen; y limitando la intervención de las Cortes de Apelaciones, en general, a una segunda instancia. ¿Y qué queda para obtener acceso a la justicia? Sólo los jueces de letras, que en el mejor de los casos "en cada comuna habrá, a lo menos uno...", que tendrá como

territorio jurisdiccional la respectiva comuna (art. 27 C.O.T.). Y sabido es que este deseo del legislador no se cumple, y aparecen las mentadas agrupaciones de comunas para suplir la insuficiencia jurisdiccional que se presenta que si bien desde un punto de vista tribunalicio y económico puede ser una solución, es lo cierto que desde la perspectiva de los justiciables no lo es. Nos encontramos, por ende, frente a una indefensión, a una inigualdad en el acceso a la justicia, y, por cierto, a una crítica irrazonable que reciben directamente los tribunales, sin pensar que ellos carecen del poder y la facultad decisoria para resolver tal situación; lavándose las manos -cual un Pilatos- las autoridades que realmente deben propiciar los mecantamos para poner fin a tales desigualdades.

Sin ahondar más en las ideas precedentemente anotadas, y tratando de buscar una fórmula que aúne pareceres y que no repugne en demasía, somos de opinión que la base primaria del Poder Judicial debe ser más extensa y comprender otras diferentes jerarquías de tribunales que permitan hacer efectivo el real acceso a la justicia, lo que se lograría, por ejemplo, reviviendo hoy aquellos jueces inferiores conocidos con los nombres de jueces de distrito, de subdelegación y de menor cuantía -con el nombre que quiera dárseles-, pero, y esto es fundamental, que tengan su sede en localidades ubicadas fuera de la comuna que hoy ya es sede de un juzgado de letras. Hay que dejar de lado la división política administrativa del país, que desde tiempo inveterado se ha ligado a la distribución de nuestros tribunales, pues ha quedado demostrado latamente que es insuficiente para cubrir a satisfacción las peticiones de justicia. Por eso, estimamos que hay que marginar -al menos con la recreación de los juzgados mencionados- la aludida división política administrativa, que por lo demás se presenta como insuficiente para estos fines, e ir a una división territorial exclusivamente judicial que abarque en forma efectiva el territorio nacional, para tener así un real acceso a la justicia.

Obviamente a estos nuevos jueces habrá que darles una competencia atractiva, tanto por la cuantía como por la materia, y no una ridícula como fuera otrora, uniendo a ello un procedimiento breve y expedito, que consulte el real interés de los afectados y que resguarde también el interés público que implica la existencia de estos órganos jurisdiccionales; se daría, asimismo, a la actividad del juez un papel preponderante para la solución del conflicto, quien, para este objeto, apreciará las probanzas rendidas libremente.

2. Ligado a lo expuesto precedentemente, y como una forma de agilizar nuestra justicia, y aunque para muchos doctos suene a herejía, es lo cierto que gran parte del retardo en la tramitación de las causas se produce en la etapa final, es decir, en el pronunciamiento de la sentencia, toda vez que

el número de procesos que van quedando en estado de fallo excede con mucho a aquellos que el juez -hombre al fin- racionalmente puede decidir. ¿Y cuál es la proposición que formulamos? Algo simple y que va, eso sí, contra todo lo sustentado hasta el momento por la doctrina, los autores e incluso por los propios tribunales a través del recurso de casación, y ese pensamiento no es otro que la eliminación de la motivación de los fallos. No su fundamentación, pues son dos ideas distintas. Se basa esta manifestación en el hecho, fácil de constatar, que a las partes no les interesan las razones, los argumentos del juez en la decisión del asunto controvertido. Al ganancioso le basta con obtener, ganar el pleito, la motivación de por qué el juzgador llega a una determinada conclusión, que es favorable a sus pretensiones, no es de su interés, simplemente no la entiende. Es un lenquaje extraño a su comprensión. Al perdidoso, por su lado, también le son irrelevantes los argumentos que pueden contenerse en la sentencia que no accede a sus peticiones, por trascendentes que ellos sean jurídicamente. Lo que capta es que al perder la controversia, debe cumplir ciertas prestaciones que se le imponen, sobre todo si ellas tienen un carácter pecuniario o que afecten a su persona. A los únicos, en definitiva, que dan satisfacción los dichos del órgano decidor son a los abogados y, por cierto, a los propios jueces, que de esa forma entienden cumplida su misión. Para el resto de los profanos simplemente se está ante una pérdida de tiempo, de ahí la crítica de la lentitud de la justicia; de dinero, y hablamos de esta suerte de la carestía de la justicia; de incomprensible, porque esa justicia así expresada no se entiende; de una justicia insensible, porque sólo se apoya en la ley; de una justicia clasista, porque sólo aquellos que tienen un poder económico desahogado pueden ocurrir a ella; etc. etc.

Empero, y lo reiteramos, no propiciamos la arbitrariedad de o en las decisiones, por el contrario, éstas deberán seguir siendo fundadas. En otros términos, deberán contener las citas de las disposiciones legales que las avalan, o las máximas de experiencia o el o los hechos públicos y notorios, o los principios de equidad que los sustentan. Dicho con las palabras de don Andrés Bello: "¿Es su sentencia la aplicación de una ley a un caso especial? Cite la ley. "¿Su texto es oscuro, y se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya. ¿Tiene algún vicio el título que rechaza? Manifiéstelo. ¿Se le presentan disposiciones al parecer contradictorias? Concílielas, o exponga las razones que le inducen a preferir una de ellas. "¿La ley calla? Habrá a lo menos un principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio. De algunos antecedentes ha tenido por fuerza que deducirlo. ¿Qué le impide manifestarlos, cualesquiera que sean? No forma él estos juicios por una secreta inspiración. No hay un poder sobrenatural que mueva sus labios, como los de la Pitia". Solamente así será posible encarar la llamada modernización de la justicia, y que a la postre lo será del proceso, digamos más bien del procedimiento, y por ende nuestra justicia será un poco más rápida y tal vez más expedita. No se puede asegurar que así ocurra ciertamente, pero al menos se habrá hecho un intento más en tal sentido. Y eso es lo trascendente.

No consideramos valedera aquella posición que puede estimar que de sequir el camino que se propicia, el papel asignado tradicionalmente a la Corte Suprema de ser orientadora en la interpretación del derecho a través del recurso de casación en el fondo –que debería desaparecer– no se realizaría, pues hace ya bastante tiempo que, de hecho, tal rol lo dejó de cumplir dicho tribunal; basta para probar tal aserto el examen de sus propias estadísticas. Lo que menos desea este supremo tribunal es conocer de la materia que le es propia, aun cuando el legislador ha tratado por todos los medios de simplificar la casación. La división en salas tampoco ha servido a este fin, pese a que los teóricos así lo creían, ya que los prácticos -los ministros- son los llamados a dar vida a los preceptos respectivos, y éstos no contaron en su oportunidad con un asentimiento pleno de aquéllos. No hay un guerer hacer las cosas, de innovar. De esta suerte, entonces, la eliminación a que se alude no es un menoscabo ni una capitis diminutius para los jueces. Muy por el contrario, representará un gran alivio en sus labores. Lo dicho concuerda, por lo demás, con aquellas ideas que in peto están contenidas en el nuevo Código Procesal Penal: eliminar todo aquello que atente contra una justicia rápida y expedita; manifestación que es posible extenderla a todo el quehacer tribunalicio, y no sólo respecto del proceso penal.

Es factible concluir, recordando a Cicerón, que "la injusticia de una sentencia arbitraria es un atentado contra la ley, más grave que todos los hechos de los particulares que la quebrantan, porque corrompe la fuente misma de la justicia; es un crimen como el de los monederos falsos, que ataca al príncipe y al pueblo".



Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?

Fernando José Rabat Celis

Profesor de Derecho Civil
Universidad del Desarrollo

I. Introducción

Se ha fallado por nuestros tribunales de justicia que no cabe declarar el abandono del procedimiento en las llamadas por la doctrina "gestiones preparatorias de la vía ejecutiva", contempladas en los artículos 435 y 436 del Código de Procedimiento Civil. Conforme este criterio, para que sea procedente el abandono del procedimiento, es necesaria la existencia de un juicio, el que sólo comienza cuando se notifica la demanda respectiva, lo cual no existe en esta etapa de diligencias prejudiciales.

En nuestro entender, y que por lo demás será la tesis que plantearemos en este artículo, el criterio señalado es errado, toda vez que las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva constituyen **un juicio declarativo especial** y, como tal, les son aplicables las "disposiciones comunes a todo procedimiento", dentro de las cuales se encuentra el abandono del procedimiento.

II. La gestión preparatoria de la vía ejecutiva constituye un juicio especial declarativo

Estimamos, en primer término, que esta gestión tiene una naturaleza declarativa, conforme se desprende de la propia lectura del artículo 435 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, toda vez que, en múltiples ocasiones, quien se dice acreedor carece de un título ejecutivo.

Esta circunstancia le impide a quien se dice titular de un crédito iniciar el procedimiento compulsivo previsto en la ley para exigir el cumplimiento de su obligación, por cuanto le falta uno de los requisitos previstos por el legislador para dar comienzo a la ejecución, esto es, la existencia de un instrumento que acredite en forma indubitada su derecho.

No obstante ello, puede ocurrir que quien se dice acreedor esté en posesión o se encuentre provisto de un **principio de prueba por escrito**, esto es, de un acto escrito del demandado que haga verosímil el hecho litigioso, en los términos del artículo 1711 del Código Civil.

En ambos casos, esto es, si quien se dice acreedor no está en posesión de un principio de prueba por escrito o si, por el contrario, está en posesión de uno, el sujeto que quiera dar inicio a la ejecución se encuentra frente a una necesidad imperiosa: la creación de un título ejecutivo perfecto a través de un procedimiento judicial, el que puede ser:

- a. Un procedimiento ordinario declarativo, cuya finalidad será, por medio de la sentencia definitiva firme, crear el título ejecutivo, el que consistirá en el fallo mismo (artículo 434 N° 1 del C.P.C.);
- b. O bien, podrá recurrir a un procedimiento especial, cuya finalidad será la misma que en el anterior caso, esto es, la creación de un título ejecutivo, pero esta vez por medio de un juicio especial declarativo, cuya finalidad será el reconocimiento de la firma o la confesión de la deuda, todo ello certificado mediante la correspondiente resolución judicial, si el demandado comparece, o declarado por el juez de la causa, si el presunto deudor no asiste a la audiencia de estilo o da respuestas evasivas.

De lo que llevamos dicho, se sigue que en el procedimiento previsto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, el acreedor opta por deducir una acción declarativa que le permite procurarse un antecedente indubitado, esto es, un título en el cual conste de manera fehaciente la obligación.

Es por ello que el profesor Julio Salas Vivaldi¹ afirma que "no vacilamos en reiterar que (la gestión preparatoria de la vía ejecutiva) se trata de verdaderos juicios cuya finalidad es la creación de un título ejecutivo y que se originan por una pretensión del acreedor dirigida contra el deudor". Para avalar este aserto, se sostiene que:

a. El procedimiento reglado en los artículos 435 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se inicia mediante la interposición de una acción declarativa, con el preciso fin de obtener el reconocimiento de la firma o la confesión de la deuda.

[&]quot;Situación del Título Ejecutivo en la Instancia Abandonada", Julio Salas Vivaldi, Revista de Derecho Universidad de Concepción, número 180, año LIV, período julio-diciembre de 1986, páginas 85 y siguientes.

 Esta acción y este procedimiento difieren totalmente de la acción ejecutiva y del procedimiento compulsivo que ésta origina.

A nuestro juicio, esta característica es fundamental, ya que no pueden confundirse el juicio ejecutivo con la preparación de la vía ejecutiva, toda vez que aquel es un procedimiento compulsivo que se inicia con un título indubitado, en cambio, éste es un juicio declarativo, cuya finalidad es, precisamente, constituir o crear ese instrumento indubitado.

c. Es decir, en los casos del artículo 435 es necesario que el accedor deduzca una acción judicial, que provocará el inicio de un procedimiento declarativo cuya finalidad será que el presunto deudor reconozca su firma estampada en un instrumento privado o confiese la deuda.

En segundo lugar, la gestión preparatoria de la vía ejecutiva es un juicio especial. En efecto, el Libro III del Código de Procedimiento Civil se titula "De los Juicios Especiales", correspondiendo el primero de ellos a los "Juicios Ejecutivos en las Obligaciones de Dar". Este Título I comienza con la enunciación de los títulos ejecutivos, para continuar, precisamente, en los artículos 435 y 436, con las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva.

En consecuencia, si estas gestiones se encuentran establecidas y regladas en su tramitación en el Libro III del Código de Procedimiento Civil, ellas son, necesariamente, un juicio especial.

A mayor abundamiento, si se recurre a la historia fidedigna del establecimiento de la ley², las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva se encontraban regidas por la Ley de **Juicios Ejecutivos**, de fecha 8 de febrero de 1837, a las que se aplicaba, además, el Decreto de fecha 4 de abril de 1838, que disponía la forma en que debía procederse cuando estaba imposibilitada para comparecer ante el Juez la persona que debía reconocer documentos presentados en juicio, norma que se aplicaba a toda clase de juicios y especialmente a la gestión preparatoria de la vía ejecutiva.

Pero, además, el procedimiento destinado a la preparación de la vía ejecutiva es un juicio especial, atendida la terminología que utiliza el legislador, para individualizar a las partes que participan en él.

En efecto, es un hecho pacífico que en aquellos casos en que existe una contienda entre partes, es decir, cuando se requiere del pronunciamiento de los tribunales de justicia con el objeto de que ellos diriman una contro-

² Fallo pronunciado por la I. Corte de Apelaciones de La Serena, con fecha 6 de octubre de 1911, publicado en la Gaceta de los Tribunales, tomo II, número 1113, página 656.

versia, el legislador singulariza a los contendores como demandante, esto es, quien ejerce la acción, y como demandado, es decir, en contra de quien se deduce el libelo.

Siguiendo con esta nomenclatura, el artículo 465 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil dispone que "no obstará para que se deduzca la excepción de incompetencia, el hecho de haber intervenido el demandado en las gestiones del demandante para preparar la acción ejecutiva".

En consecuencia, ha sido el propio legislador quien, en el momento de referirse a las partes que intervienen en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva, las ha llamado, correctamente, como "demandante" y "demandado", con lo cual quiere significar que esta gestión, en cuanto a su naturaleza, corresponde a un juicio.

En todo caso, existe una serie de autores, y aun sentencias pronunciadas por nuestros tribunales, que se han referido a las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva como una gestión no contenciosa, asimilándolas, de este modo, a los "Actos Judiciales No Contenciosos", reglamentados en el Libro IV del Código de Procedimiento Civil.

En nuestra opinión, una afirmación de esta naturaleza es errónea, entre otros motivos, precisamente, por la forma con que el legislador singulariza a los partícipes en este tipo de "actos judiciales no contenciosos". Así, el artículo 826 del Código de Procedimiento Civil se refiere a los "solicitantes", y el artículo 827 del mismo cuerpo de leyes a los "interesados", distinguiéndose de este modo las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva de los actos judiciales no contenciosos.

Pero todavía hay más. Si el deudor, una vez citado, no comparece o da respuestas evasivas, el acreedor requerirá de una resolución judicial que declare, según el caso, la existencia de la deuda y/o la autenticidad de la firma, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 435 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil.

Esta resolución judicial, qué duda cabe, puede ser impugnada por el deudor, a través de la vía de los recursos procesales, produciendo, al término de la instancia, el efecto de cosa juzgada³ y configurando el título ejecutivo sólo una vez que el fallo quede ejecutoriado.

³ Se ha discutido en doctrina si ésta corresponde a una cosa juzgada sustancial o formal, materia que escapa al alcance de este trabajo. En todo caso, la diferencia radica, básicamente, en la posibilidad de oponer, luego, a la ejecución la excepción de falta de requisitos del título, prevista en el artículo 464 número 7 del Código de Procedimiento Civil.

Existe, además, otro antecedente de texto que nos ayuda a despejar todo asomo de duda en orden a que la gestión preparatoria de la vía ejecutiva no es una simple "gestión", sino que se trata precisamente de un juicio especial iniciado a solicitud de un demandante.

Así resulta de lo dispuesto en el **artículo 111 de la Ley sobre Letra de Cambio y Pagaré**. En efecto, esta norma dispone que si se tachare de falsa la firma, en los casos del artículo 434 N° 4 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, la tacha se tramitará como **incidente** y corresponderá al **demandante** acreditar que la firma es auténtica.

Nótese que el caso del artículo 434 N° 1, a que alude el artículo 111 precitado, es precisamente aquel en que nos encontramos, toda vez que se trata del "instrumento privado, reconocido judicialmente o mandado tener por reconocido", es decir, aquella situación en que el supuesto acreedor se encuentra en posesión de un principio de prueba por escrito, en virtud del cual recurre ante los tribunales de justicia a fin de obtener la creación de un título ejecutivo perfecto, que le permita dar inicio a la ejecución.

De la disposición en comento, en relación con esta materia, deben resaltarse dos conceptos que utiliza el legislador y que nos demuestran que nos encontramos justamente en presencia de un **juicio especial, contencioso y declarativo**. Estos conceptos son:

- a. El de incidente, esto es, en los términos del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, toda cuestión accesoria a un juicio, de lo cual se sigue, con toda claridad, que la gestión del artículo 435 es un juicio especial.
- b. El de **demandante**, es decir, el sujeto activo en el proceso, quien ha deducido la acción judicial y que, como lo veíamos, es precisamente la denominación que se utiliza para los efectos de individualizar al sujeto que da inicio a un proceso judicial.

En conclusión, teniendo en cuenta estos antecedentes, se sigue, necesariamente, que en el evento de optar el acreedor por iniciar el procedimiento previsto en los artículos 435 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, él provocará el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, mediante la interposición de la correspondiente acción judicial, cuya pretensión estará encaminada, previa citación y notificación de la demandada, a la dictación de una sentencia judicial, que acceda o deniegue la pretensión requerida, todo lo cual significa que la gestión preparatoria de la vía ejecutiva es un **juicio especial declarativo**.

III. El abandono del procedimiento es una consecuencia del concepto de carga procesal

Creemos que el concepto de carga procesal es un elemento fundamental para comprender de mejor modo la procedencia del abandono del procedimiento como una institución aplicable al juicio especial declarativo de la gestión preparatoria de la vía ejecutiva.

En efecto, el proceso y la relación procesal que éste origina están íntimamente vinculados con el concepto de **carga procesal**, esto es, aquel imperativo, del propio interés, que se manifiesta bajo la amenaza de un perjuicio.

En consecuencia, quien da inicio a una relación procesal, por certeza y seguridad jurídica, se halla bajo el estigma de la carga procesal, la que se manifiesta en la necesidad en que se encuentra el demandante de instar al pronunciamiento judicial dentro de plazo legal. De lo anterior, se sigue que la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento de dicho plazo.

En aquellas situaciones en que se haya deducido la acción declarativa tendiente a obtener la creación de un título ejecutivo, la carga procesal a que está sujeto el demandante se refiere a la realización por el actor de las gestiones útiles que lleven a lograr la comparecencia del demandado ante la presencia judicial, de manera tal que el tribunal acceda o rechace la pretensión del peticionario, esto es, constituya o no el título ejecutivo de que carece quien se dice acreedor.

Lo expuesto tiene además un fundamento legal que es elocuente. En efecto, el artículo 100 de la Ley 18.092 sobre Letra de Cambio y Pagaré, dispone que la prescripción de las acciones cambiarias se interrumpe sólo respecto del obligado a quien se notifique la demanda judicial de cobro de la letra, o la gestión judicial necesaria o conducente para deducir la demanda o preparar la ejecución.

Agrega la misma disposición, en su inciso final, que la interrupción se produce, también, por el reconocimiento expreso o tácito del obligado, en su calidad de tal.

En consecuencia, el inicio de la acción declarativa tendiente a la creación de un título ejecutivo tiene por finalidad no sólo la obtención de un antecedente indubitado que permita iniciar la ejecución, sino que también la de interrumpir la prescripción extintiva que corre en contra de quien se dice acreedor. Esta situación es de vital importancia para las pretensio-

nes del actor, toda vez que el plazo de prescripción de las acciones cambiarias es de corto tiempo (1 año contado desde el día del vencimiento del documento).

En este mismo sentido, el artículo 2503 del Código Civil dispone que la interrupción civil de la prescripción se produce por la interposición de todo recurso judicial. A este respecto, agrega el inciso 2° de dicha norma que, en todo caso, quien ha ejercido dicho recurso no podrá alegar la interrupción, entre otras situaciones, cuando se haya declarado abandonada la instancia⁴ (artículo 2503 inciso 2° número 2 del Código Civil).

De este modo, una interpretación coherente y armónica de ambas disposiciones, las que, en todo caso, versan sobre un mismo asunto, nos lleva a concluir que una forma de interrumpir la prescripción de la acción cambiaria es mediante la notificación de la gestión preparatoria de la vía ejecutiva, la cual persigue el reconocimiento del obligado, de su calidad de tal.

No obstante lo anterior, existe sobre el demandante una carga procesal, consistente en que deberá procurar que dicho procedimiento se tramite con celeridad, toda vez que si transcurren más de 6 meses contados desde la fecha de la última resolución recaída en alguna gestión útil, el supuesto acreedor podría verse en la imposibilidad de alegar dicha interrupción de la prescripción, cuando se hubiere solicitado por el demandado y decretado por el tribunal el abandono del procedimiento.

Así las cosas, una vez notificada la demanda con que se da inicio a la gestión preparatoria de la vía ejecutiva, quien se dice acreedor obtiene un beneficio de la mayor importancia, toda vez que dicha notificación judicial interrumpirá la prescripción extintiva que corre en contra de su crédito. En cambio, para el supuesto deudor, dicha notificación constituirá una situación de incertidumbre, que además le irrogará un perjuicio, desde el momento en que ya no podrá operar la prescripción de la acción a su favor.

De lo dicho, surge naturalmente una pregunta: ¿Es justo que el acreedor, luego de la notificación de la acción declarativa que contempla el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, se encuentre libre de toda prescripción extintiva que corra en su contra?

Creemos que la única respuesta a dicha interrogante es negativa, ya que, en caso contrario, al acreedor inescrupuloso le bastará con notificar la

⁴ Si bien el artículo 2503 se refiere a la instancia, no cabe duda que luego de la dictación de la Ley 18.705 debe entenderse que se trata del "abandono del procedimiento".

gestión preparatoria de la vía ejecutiva para asegurarse de por vida –incluyendo la de sus herederos– que su crédito no prescribirá, lo cual es contrario a la lógica, a la ley y a la equidad.

A mayor abundamiento, en algunas oportunidades la jurisprudencia ha negado lugar a la solicitud de declarar abandonada una gestión preparatoria de la vía ejecutiva, asimilando esta "gestión" con los actos judiciales no contenciosos y con las medidas prejudiciales preparatorias y probatorias.

Estimamos que este criterio es errado, toda vez que entre la acción declarativa de creación de un título ejecutivo y las otras dos instituciones mencionadas existe una diferencia clara y fundamental. En efecto, esta distinción radica precisamente en la posibilidad cierta de que la gestión preparatoria de la vía ejecutiva, por expreso mandato legal, interrumpe la prescripción de la acción, lo que no ocurre en los otros dos casos.

IV. El abandono del procedimiento es una disposición común a todo procedimiento, y como tal aplicable al juicio especial de creación de un título ejecutivo

La institución del abandono del procedimiento se encuentra regulada en el Título XVI del Libro I del Código de Procedimiento Civil, llamado "Disposiciones Comunes a todo Procedimiento". Lo anterior significa que los artículos 152 y siguientes del mismo cuerpo de leyes se refieren y tienen aplicación en los diversos procesos, en forma general. Es decir, este incidente es procedente en cualquier tipo de procedimientos, salvo que la ley no lo permita.

Lo dicho es plenamente concordante con lo dispuesto en el artículo 3° del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su natura-leza.

De la disposición en comento, se sigue que las reglas relativas al procedimiento ordinario, se aplicarán:

a. A toda gestión, trámite o actuación: Nosotros hemos sostenido que la gestión de que trata el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil corresponde, en derecho, a un juicio especial, cuyo objetivo es la constitución de un título ejecutivo. De manera tal, que en este punto no cabe duda que el artículo 3° es aplicable a la especie.

- b. Que no estén sometidos a una regla especial diversa: Si se examina el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, se concluye que no existe ninguna disposición especial respecto a la tramitación de esta gestión, pudiendo incluso ocurrir que se origine un incidente, tal como lo señala el artículo 111 de la Ley 18.092.
- c. Cualquiera que sea su naturaleza: Con este requisito, el legislador ha procurado una aplicación general del procedimiento ordinario, de manera tal que "donde la ley no ha distinguido, no es lícito al intérprete distinguir".

Agreguemos, además, que la ley no ha prohibido expresamente la procedencia del abandono del procedimiento, respecto del juicio especial previsto en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil dispone que **no podrá alegarse** el abandono del procedimiento en los juicios de quiebra, ni en los de división o liquidación de herencias, sociedades o comunidades. Nótese que ésta es una disposición prohibitiva y, por lo tanto, su interpretación y aplicación deben ser restrictivas.

De lo anterior se sigue, con toda claridad, que el abandono del procedimiento tiene lugar en toda gestión, trámite o diligencia, cualquiera que sea su naturaleza, salvo los casos expresamente excluidos por el legislador, dentro de los cuales no se encuentra la acción declarativa de constitución de un título ejecutivo y, por lo tanto, en caso alguno le está permitido al intérprete imponer prohibiciones que el legislador no haya establecido con anterioridad.

V. Fundamentos del abandono del procedimiento

La Excma. Corte Suprema ha fallado⁵ que los fundamentos del abandono del procedimiento consisten en:

a. Impedir que el proceso se paralice en forma indefinida, con el daño consiguiente al interés de las partes y evitar la inestabilidad de los derechos y en especial la incertidumbre del derecho del demandado y la prolongación arbitraria del procedimiento, como consecuencia de una conducta negligente.

⁵ Hay diversas sentencias de la Excma. Corte Suprema que se han pronunciado a este respecto, como son las dictadas con fecha 18 de diciembre de 1968 y 6 de agosto de 1987.

b. Es una sanción procesal para los litigantes que cesan en la prosecución del proceso omitiendo toda actividad y tiende a corregir la situación anómala que crea entre las partes la subsistencia de un procedimiento largo tiempo paralizado.

De los conceptos vertidos en la sentencia transcrita, se pueden agrupar los fundamentos del abandono del procedimiento, del modo que sigue:

a. La existencia de un interés público comprometido6:

Esta finalidad busca aliviar el cúmulo de responsabilidades de los tribunales de justicia, liberándolos de las cargas o deberes que les impone la permanencia indefinida de los procedimientos, de manera que en las circunstancias de inactividad procesal prolongada no se hallen los tribunales atiborrados de pleitos innecesarios que abulten inoficiosamente sus estrados, sin esperanza de resolución.

En otras palabras, mediante esta institución se reducen los costos financieros de administrar justicia, se reduce la carga de trabajo y se agiliza la administración de justicia, ya que se exonera a los tribunales de resolver aquellas cuestiones que las partes no han querido llevar a su solución final.

b. La certeza o seguridad jurídica:

Este es un principio esencial de nuestro derecho, que inspira a una serie de otras instituciones, siendo la más relevante la prescripción.

En efecto, no es aconsejable que las partes permanezcan indefinidamente ligadas por un juicio, pues ello altera su situación normal. Así lo entendió además el legislador, ya que en el Mensaje del Código de Procedimiento Civil se señala que el abandono del procedimiento "tiende a corregir la situación anómala que crea entre los litigantes la subsistencia de un proceso largo tiempo paralizado".

En consecuencia, se persigue con el abandono del procedimiento evitar el daño que origina a los intereses de las partes la circunstancia de inestabilidad e incertidumbre de los derechos del demandado.

La importancia de esta finalidad que persigue esta institución, se ve resaltada por lo dispuesto en el artículo 2503 del Código Civil, en relación con el artículo 100 de la Ley 18.092, ya que, como lo dijimos, es contrario a la certeza y seguridad jurídica que baste la notificación de la demanda destinada a obtener la creación del título ejecutivo para

⁶ El Abandono del Procedimiento, Rodrigo Ramírez Herrera, Tomo I, Ediciones Congreso, año 2000, páginas 78 y siguientes.

entender interrumpida la prescripción, sino que, además, dichas disposiciones deben interpretarse armónicamente y a la luz del concepto de carga procesal, de lo cual se sigue que aquel litigante negligente será sancionado por la vía del abandono del procedimiento y, consecuentemente, con la prescripción extintiva de su crédito.

c. Es una sanción procesal:

Esto significa que el abandono del procedimiento es un verdadero "castigo" procesal, impuesto por la ley para sancionar a aquellos litigantes negligentes que cesan en la prosecución del proceso, omitiendo toda actividad, e irrogando los consecuentes perjuicios, tanto para la actividad jurisdiccional, cuanto para los derechos del demandado.

VI. Jurisprudencia

Por último, hemos querido referirnos a algunas sentencias pronunciadas por nuestros tribunales de justicia, las que creemos nos servirán para ilustrar la materia que hemos tratado en este artículo:

- a. Se ha fallado que pueden formularse incidentes en la gestión contemplada en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil. Incluso, se ha resuelto que cabe formular la incidencia previa de declinatoria de jurisdicción.
 - Esta jurisprudencia apoya nuestra tesis, toda vez que, si se pueden formular incidentes, ello se debe a que la gestión preparatoria de la vía ejecutiva es un juicio especial, en atención a lo dispuesto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil.
- b. En segundo lugar, queremos traer a colación aquella sentencia pronunciada por la l. Corte de Apelaciones de La Serena, a la que ya nos hemos referido, en la cual se falló "que no puede negarse que sea un juicio la gestión preparatoria de la vía ejecutiva, toda vez que en esta gestión concurren los elementos del juicio, aun tomando esta palabra en su acepción más restringida, toda vez que: figuran dos partes con derechos e intereses en contradicción; la pretensión del demandante está constituida por la aspiración de mejorar su propia condición ante el presunto deudor; se somete el asunto a conocimiento y decisión del juez competente; termina por un acta extendida ante el mismo juez o por una resolución judicial que manda tener por reconocida la firma o por confesada la deuda; y pueden formularse incidentes o deducirse apelaciones".

c. Por último, hemos querido referirnos a una sentencia pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 11 de junio de 1999, en los autos rol de ingreso número 4.463-1998.

En este fallo, se acogió una petición en orden a declarar abandonado el procedimiento en una **tercería de posesión**. Si bien la materia es distinta a la analizada en este artículo, en el primero de los considerandos de esta resolución se hace referencia a un asunto que es de nuestro interés

En efecto, se señaló en esta sentencia que la tercería de posesión es un procedimiento especial, que no puede calificarse como un simple incidente, puesto que tiene una individualidad propia y, por lo tanto, se trata de un juicio especial, al que le son aplicables las normas del procedimiento ordinario, acorde con el artículo 3° Código de Procedimiento Civil.

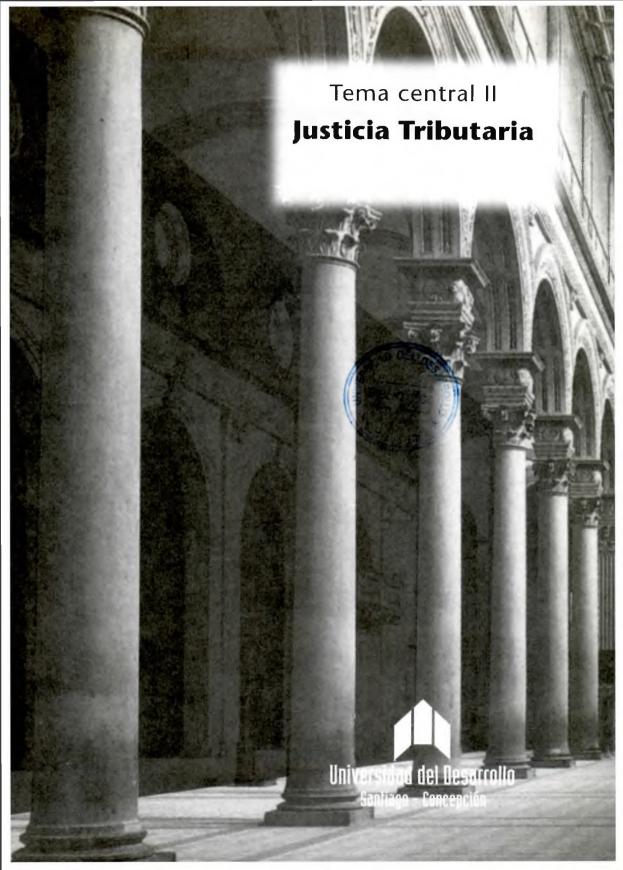
Es decir, en esta sentencia se recogen los mismos presupuestos a que nos hemos referido, esto es, la necesidad de respetar la individualidad propia de cada procedimiento, al que, no siendo contrario a su natura-leza, le serán aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, ello por aplicación del artículo 3° del mismo Código.

VI. Conclusión

De lo expuesto en este artículo, estimamos que la gestión preparatoria de la vía ejecutiva es un juicio especial declarativo, ello atendido su ubicación normativa, la nomenclatura con que el legislador individualizada a los litigantes y por la vía incidental a que recurre el legislador para resolver ciertos problemas que pueden presentarse en la tramitación de este juicio.

En todo caso, este proceso tiene una naturaleza declarativa, ya que persigue construir un título ejecutivo, de manera tal que el acreedor cuente con un antecedente indubitado que le permita iniciar la ejecución.

A mayor abundamiento, en atención a que esta gestión preparatoria de la vía ejecutiva es un juicio, a ella le son aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento y, en particular, el abandono del mismo, el cual, procede, además de las razones de texto invocadas, por la circunstancia de que esta institución recoge importantes principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico, como son el de carga procesal, la certeza y la seguridad jurídica.



El Estado de Derecho y la justicia tributaria

Patricio Figueroa Velasco

Profesor

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

Es motivo de legítimo orgullo para los chilenos el asegurar que en nuestro país se vive en un Estado de Derecho, en forma tal que todos los órganos del Estado quedan sometidos a la Constitución y deben respetar las garantías constitucionales que ella consagra. Esta "supremacía constitucional" recibe su aplicación en dos principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, que son: a) El principio de la "reserva legal", en cuya virtud las materias que según la Constitución deben ser reguladas por la ley escapan absolutamente de las atribuciones de cualquiera otra autoridad, incluido el Presidente de la República; y b) El principio del "debido proceso", conforme al cual todas las personas quedan protegidas judicialmente en el ejercicio de sus derechos, en forma que cualquier juicio que les pueda afectar debe emanar de un órgano que, conforme a la ley, ejerza jurisdicción y debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. "Corresponderá al legislador –dice la Constitución– establecer siempre las garantías de un procedimiento y de una investigación racionales y justos", lo que involucra que el juez deberá necesariamente ser imparcial, independiente y gozar de inamovilidad. Cabe señalar que entre las que necesariamente deben ser materia de ley conforme al texto constitucional, están las relativas a los tributos, tanto en cuanto a su creación, supresión o reducción.

Después de haber señalado, en breve síntesis, los principios jurídicos más relevantes que rigen nuestro **Estado de Derecho**, cabe preguntarse si nuestro sistema tributario se enmarca o no en tales principios, o, dicho en otros términos, si el contribuyente tiene efectivamente las garantías que debiera proporcionarle el sistema jurídico establecido por la Constitución Política.

La respuesta a la consulta anterior, a nuestro juicio, resulta negativa, si consideramos las siguientes circunstancias:

- 1. Es efectivo que las obligaciones tributarias están establecidas en la ley, pero en la práctica el alcance de las obligaciones tributarias lo fija el Director del Servicio de Impuestos Internos, quien –muchas veces–, llevado por su rol de recaudador tributario, emite resoluciones, instrucciones y circulares que exceden de sus atribuciones legales, como tuviera oportunidad de señalarlo públicamente hace algún tiempo el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile;
- 2. Las facultades que el Código Tributario ha entregado al Director de Impuestos Internos son de una amplitud incompatible con el sistema constitucional del tributo-ley, ya que este funcionario no sólo está facultado para interpretar las disposiciones tributarias, fijar normas e impartir instrucciones, sino que puede "dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos" (art. 6° C. Trib.), con lo que se transforma en el autor de la "letra chica" de las leyes tributarias y todos sabemos que lo que mata es la "letra chica";
- 3. Las facultades interpretativas y fiscalizadoras de las leyes tributarias por parte del Director del Servicio de Impuestos Internos suelen representar un grave peligro para los contribuyentes, que se ven afectados en sus actividades económicas o en sus derechos con tales actuaciones, especialmente si se tiene presente que la ley establece: "En ningún caso serán reclamables las circulares o instrucciones impartidas por el Director o por las Direcciones Regionales al personal, ni las respuestas dadas por los mismos o por otros funcionarios del Servicio a las consultas generales o particulares que se les formulen sobre aplicación o interpretación de las leyes tributarias" (art. 126 C. Tributario), agregando el inciso final: "Tampoco serán reclamables las resoluciones dictadas por el Director Regional o por la Dirección Regional sobre materias cuya decisión este Código u otros textos legales entreguen a su juicio exclusivo";
- 4. La disposición legal antes transcrita se fundamentaría en la circunstancia de que las instrucciones del Servicio de Impuestos Internos sólo son obligatorias para los funcionarios del Servicio, pero no para los contribuyentes, quienes frente a una liquidación o giro tributario en su contra podrían reclamar ante el tribunal competente; sin embargo, este argumento carece de realidad, si se considera:
- a) Que el contribuyente que no se ajusta a la interpretación de la ley tributaria emanada del Servicio queda expuesto a que se le cobren los tributos según el criterio del Servicio, con multas, intereses penales (1,5% mensual) y reajustes; y

- b) Que si bien el contribuyente puede reclamar concretamente de una liquidación, giro o resolución de impuesto que le afecte, ¿ante quién debe presentar su reclamo? Debe presentarlo ante el juez tributario de Impuestos Internos, es decir, ante un funcionario comprometido con su Servicio, que no será imparcial ni independiente. Fácil es comprender el resultado que aguardará a su reclamo. De este fallo podrá apelarse ante la C. de Apelaciones respectiva, pero el término definitivo del juicio, aparte de sus elevados costos, podrá significar una espera de 3 años o más, y si el resultado fuere negativo para el contribuyente, la deuda habrá alcanzado proporciones gigantescas y ruinosas;
- 5. La interpretación de las leyes tributarias por parte del Servicio de Impuestos Internos en muchos casos extrapola la norma legal, la extiende a casos no contemplados expresamente en ella, amplía el hecho gravado o incluye nuevos sujetos del impuesto, resultando tremendamente injusto que tales interpretaciones no sean reclamables mientras no se transformen en un cobro directo al contribuyente, ya que si éste rechaza la interpretación del Servicio, tendrá todos los gastos, riesgos e inconvenientes que acabamos de señalar. Si realmente estamos en un **Estado de Derecho**, el legislador debería arbitrar y regular medios para que los contribuyentes, ya sea particularmente o a través de entes gremiales, profesionales o de distintas actividades económicas, pudieran impugnar ante un tribunal de derecho las normas que estimen ilegales. El ordenamiento jurídico permite impugnar la constitucionalidad de una ley, pero no permite impugnar la "letra chica" de las leyes tributarias contenidas en las circulares e instrucciones de Impuestos Internos.
- 6. Extraordinariamente elocuente sobre esta materia resulta la opinión del distinguido tratadista uruguayo de Derecho Tributario, profesor don Ramón Valdés Costa, quien en su obra Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano (Montevideo, 1982), refiriéndose a los distintos tribunales tributarios existentes en los países de Latinoamérica, expresa que "el chileno es el que ofrece más blanco a las críticas" (pág. 213), señalando más adelante que hay "una tendencia generalizada en los derechos positivos y casi unánime en la doctrina, en favor del establecimiento de una justicia especializada en materia tributaria, de plena jurisdicción, organizada en base al principio de la igualdad de las partes, lo que implica su total independencia del Poder Ejecutivo, y que además reúna características de eficiencia a través de la idoneidad de los magistrados y de un procedimiento sencillo, breve e inquisitivo" (pág. 229). En verdad, estamos lejos en nuestro país del cumplimiento de estos principios básicos de justicia tributaria;

7. Las consideraciones anteriores hacen especialmente relevante la declaración pública que hiciera el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile –a que ya nos referimos– cuando expresa: "Finalmente, hacemos presente a la opinión pública, al Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, la necesidad de retomar a la brevedad el estudio de un proyecto de ley que cree los Tribunales Tributarios independientes de la administración, con el objeto de garantizar efectivamente el derecho a la defensa jurídica que tiene toda persona".

La creación en nuestro país de tribunales independientes e idóneos constituye una muy antigua aspiración ciudadana, que a decir verdad ningún Gobierno se ha interesado seriamente en llevar a efecto. Los encargados de las finanzas públicas se han sentido tradicionalmente mucho más inclinados a la mantención de un sistema injusto, pero que evidentemente facilita la recaudación tributaria, desanimando al contribuyente para hacer valer sus derechos. Parece poco realista interesar a un Ministerio de Hacienda y al Servicio de Impuestos Internos a renunciar a la posición privilegiada que les otorga el sistema tributario chileno para cobrar impuestos. Creemos que se trata de un criterio de corto plazo, ya que un sistema tributario justo incentiva la inversión, la actividad económica y el afianzamiento de los valores de una democracia. Otra dificultad adicional para cambiar el actual sistema radica en el costo económico que tendría la creación de este tipo de tribunales a lo largo del país, como también la dificultad de tener jueces idóneos en una especialidad tan compleja como la tributaria.

En razón de lo anterior, y sin perjuicio de abogar por el éxito de la labor actualmente encomendada a una comisión designada por el Gobierno para estudiar los cambios al sistema de justicia tributaria, creemos que algunas medidas de fácil implementación podrían aminorar los graves defectos que hemos señalado tiene nuestra justicia tributaria. Estas medidas podrían ser: a) Establecer un mecanismo que permita someter a un control de juridicidad las interpretaciones del Servicio de Impuestos Internos relacionadas con las leyes tributarias, que evitara que el contribuyente tuviera que accionar individualmente frente al hecho consumado de que el Servicio le aplique injustificadamente una norma tributaria; y b) Permitir a los contribuyentes someter sus demandas o reclamaciones tributarias a la decisión de un juez independiente, con la calidad de árbitro de derecho en cuanto al fondo y de arbitrador en cuanto al procedimiento. Creemos que en esta forma podría crearse un Cuerpo de Arbitros idóneos en las principales ciudades del país, especializados en materias tributarias, que irían estableciendo con los años una interesante jurisprudencia. Alternativamente a la vía arbitral, el contribuyente podría optar por el sistema de "reclamos tributarios" que contempla la actual legislación, considerando que es gratuito para el contribuyente. Este procedimiento permitirá que la justicia tributaria de segunda instancia, constituida actualmente por las Cortes de Apelaciones, pueda recurrir no sólo –como ocurre ahora– a la interpretación interesada y única del Servicio de Impuestos Internos, sino que a la interpretación que emanare de los fallos de estos árbitros tributarios. Pensamos que debería complementarse este sistema estableciendo en las principales Cortes de Apelaciones del país una sala especializada para conocer de materias tributarias, cuyo fallo podría, al igual que ahora, ser materia del recurso de casación ante la Corte Suprema. Las medidas propuestas no irrogarían gastos al erario nacional y pueden implementarse muy rápidamente. "Los contribuyentes no pueden seguir esperando".



Reforma a la justicia tributaria

Rodrigo Ugalde Prieto

Profesor

Universidad del Desarrollo

Por muchos años se ha hablado de la necesidad de reformar nuestro sistema de **justicia tributaria** en primera instancia. Sin duda que se trata de un cambio necesario, más aún, **imprescindible**, pues no existe en esta materia una adecuación de la normativa legal a lo que dispone la Constitución Política de 1980, que asegura a todas las personas, sin distinción, el derecho a un proceso racional y justo, legalmente tramitado, lo que necesariamente implica que las respectivas resoluciones sean dictadas por tribunales independientes. Así se desprende del inciso 5° del N° 3° del artículo 19 de la Constitución Política de 1980, que dispone:

"Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

Esta normativa constitucional no hace más que recoger los principios universales sobre la materia consagrados en la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, cuyo artículo 10° dispone:

"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

Por su parte, el artículo 8° de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, "Pacto de San José de Costa Rica ", expresa en su N° 1:

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

En materia tributaria este principio universal y reconocido constitucionalmente en nuestro país no se cumple cabalmente, pues las reclamaciones sobre impuestos e infracciones a la legislación tributaria que no sean sancionadas con pena corporal son resueltas –en primera instancia– por funcionarios de la propia Administración Tributaria, los que forman parte del mismo organismo que determina las diferencias de impuestos o que notifica las infracciones.

Así, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 115 del Código Tributario, son los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos los que conocen y resuelven de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias no sancionadas con pena corporal, pudiendo los Directores Regionales autorizar a otros funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando "por orden del Director Regional". Es decir, el Código Tributario autoriza a estos funcionarios para delegar **facultades jurisdiccionales**, delegación que se encuentra generalizada en todas las Direcciones Regionales del Servicio de Impuestos Internos a partir del año 1993, a pesar de ser abiertamente inconstitucional de acuerdo a lo establecido en el artículo 73 de la Constitución Política de 1980, según el cual:

"La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos".

O sea, de acuerdo a la Carta Fundamental, todas las causas civiles y criminales deben ser resueltas **exclusivamente** por los tribunales establecidos por la ley, es decir, de acuerdo a la Constitución Política el conocimiento y fallo de las causas civiles y criminales les corresponde **sólo a los tribunales establecidos por la ley**, con **exclusión** de cualquier otro órgano o persona. Obviamente ello incluye aquellas controversias que se presenten entre la Administración Tributaria y los contribuyentes.

En materia tributaria no ocurre así, pues la **jurisdicción** ha sido delegada por el Juez establecido por la ley, esto es, el **Director Regional**, en los Jefes de los Departamentos Jurídicos.

Tanto es así que mediante el resolutivo **segundo** de la Resolución N° EX. 6288, de 27 de octubre del año 1998, el Director Nacional del S.I.I. autorizó a los Directores Regionales para delegar en el Jefe del Departamento Tribunal Tributario la facultad de conocer y resolver las reclamaciones de

los contribuyentes en contra de las liquidaciones, giros, pagos y resoluciones, que deban tramitarse con arreglo a los procedimientos establecidos en el Título II y en el Párrafo 1° del Título III del Libro Tercero del Código Tributario y de conocer y resolver todas las denuncias por infracciones que deban tramitarse de acuerdo a los procedimientos contemplados en los Párrafos 1° y 2° del Título IV del mencionado Libro Tercero.

Previamente en el resolutivo **primero** de la misma resolución se estableció que: "El "Departamento Jurídico", establecido en las Direcciones Regionales del Servicio de Impuestos Internos por el dispositivo B de la Resolución N° 379, de 4 de diciembre de 1991, pasará a denominarse "Departamento Tribunal Tributario". El Jefe del Departamento Tribunal Tributario podrá ser denominado también "Juez Tributario".

O sea, no sólo estamos frente a un caso de delegación de facultades jurisdiccionales, sino que, además, de la creación de un tribunal y de un juez por vía de resolución administrativa.

Más allá de la inconstitucionalidad de la delegación de facultades jurisdiccionales que opera en esta materia, pues la jurisdicción es indelegable, lo cierto es que a todos estos funcionarios el sistema legal imperante les impide resolver las reclamaciones al margen de las instrucciones del Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos –que no es juez–, ya que de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario y en la Ley Orgánica de dicho organismo (D.F.L. N° 7 de 1980) la resolución de este tipo de causas debe efectuarse de acuerdo a: "las instrucciones del Director". Así resulta de lo dispuesto en el inciso final de la letra B del artículo 6° del Código Tributario y de lo previsto en la letra b) del artículo 19 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos.

O sea, si sobre la materia controvertida en el reclamo tributario respectivo existe un criterio prefijado por la Dirección Nacional de Impuestos Internos –por ejemplo en una Circular, en una Resolución o en un Oficio–, el juez tributario debe resolver la reclamación aplicando el señalado criterio de la Dirección, aun cuando en el juicio haya sido probado lo contrario.

Una situación como ésta hace que la normativa tributaria contradiga el principio constitucional precitado y, además, coloca a nuestro país en una muy mala situación frente a los restantes países de Latinoamérica (para no compararnos con Europa), puesto que en la gran mayoría de los países latinoamericanos sus legislaciones consagran la **independencia** respecto del Poder Ejecutivo de los tribunales encargados de la resolución de las controversias tributarias.

Para probar lo que se afirma, a continuación citamos la autorizada opinión del profesor uruguayo de Derecho Tributario don Ramón Valdés Costa, el que refiriéndose a las cuestiones fundamentales de la justicia administrativa señala:

"La independencia funcional de los tribunales.

Es sin duda la cuestión fundamental, no sólo por las razones de orden general a favor de la independencia de los jueces, sino también por la específica de que el Poder Ejecutivo es parte en el proceso sometido al fallo de aquéllos.

Existe acuerdo unánime al respecto, pero las soluciones legislativas difieren y en la doctrina se registran distintas concepciones de esa independencia.

En la consideración del tema hay que distinguir dos problemas: el de la ubicación del órgano dentro de la estructura estatal y el de la efectiva independencia de sus integrantes con relación al Poder Ejecutivo y muy especialmente a la administración activa. Acerca de este último aspecto no existen discrepancias doctrinales y la recomendación no puede ser otra que la de asegurar esa independencia en el mayor grado posible.

La mayoría de los derechos positivos latinoamericanos consagran la independencia con respecto al Poder Ejecutivo. De los catorce países analizados, ocho así lo establecen: cinco, Bolivia, Brasil, Panamá, Paraguay y Venezuela, ubican esta jurisdicción dentro del clásico Poder Judicial; los cuatro restantes, Colombia, Ecuador, Guatemala y Uruguay, sin mencionar expresamente a este Poder, organizan el contencioso administrativo y tributario en forma totalmente independiente del Poder Ejecutivo y al mismo nivel jerárquico que las cortes supremas de justicia.

Los cinco países restantes dan a sus tribunales administrativos fiscales una independencia variable. Las críticas formuladas al régimen de Chile por su propia doctrina son bien elocuentes y se puede decir que en ambos hay una confusión de juez y parte. Argentina y Costa Rica, al contrario, han asegurado por distintas vías la independencia con respecto a la administración activa, especialmente la segunda, por el deber que impone al tribunal de no aplicar los actos administrativos, incluso reglamentos, ilegales".

(Cita de la página 305 de la obra *Instituciones de Derecho Tributario*, del Profesor Valdés Costa. Editorial Depalma, Buenos Aires).

De ahí que urge que en nuestro país sea realizada una modificación legislativa que garantice la **independencia** de quienes están encargados de la resolución de las controversias tributarias, a fin de que nuestro sistema de justicia tributaria en primera instancia cumpla con el principio constitucional comentado y, además, coloque a Chile a tono con el resto de los países latinoamericanos.

El ideal sería que fueran creados los Tribunales Tributarios como organismos absolutamente independientes de Impuestos Internos.

Si ello no es posible, a lo menos se les debe dotar a los funcionarios que resuelven este tipo de controversias de **independencia** para resolver las reclamaciones tributarias, de modo que no tengan que ajustarse en sus fallos a las instrucciones de la Dirección Nacional de Impuestos Internos y tengan su carrera funcionaria garantizada.

La discusión acerca de la necesidad de reformar la justicia tributaria se retomó al tratarse en el H. Congreso Nacional el proyecto de ley sobre **Normas para combatir la evasión tributaria**, aprobado en virtud de la Ley 19.738, de 19 de junio del año 2001. Ante las múltiples intervenciones que hacían ver la **desproporción** entre las facultades de Impuestos Internos y los derechos de los contribuyentes, que pusieron en cierto riesgo la aprobación de este proyecto, el Sr. Ministro de Hacienda señaló textualmente:

"En todo caso, quiero insistir en que el Ejecutivo comparte la apreciación formulada por distinguidos miembros del Congreso, en el sentido que en la actualidad existe asimetría entre el poder que pudieren tener los servicios fiscalizadores, incluyendo el Servicio de Impuestos Internos, y los derechos de las personas para reclamar o pedir el conocimiento de sus causas por tribunales independientes".

"Por esta razón, el señor Ministro de Justicia, que me acompaña, presidirá una comisión de alto nivel, designada por el Presidente de la República, la cual contará con 14 miembros, cuyos nombres serán dados a conocer probablemente la próxima semana. Su obligación será evacuar un proyecto de tribunales especializados no sólo en el ámbito tributario, sino que en el de lo contencioso-administrativo, en un plazo fatal de 180 días, a contar de la aprobación de esta iniciativa de ley".

(Intervención del Sr. Ministro de Hacienda don **Nicolás Eyzaguirre** en la Sesión N° 36 de la H. Cámara de Diputados celebrada el día 17 de enero del año 2001).

El plazo señalado por el Sr. Ministro de Hacienda vence el día 19 de diciembre del año 2001 y es de esperar que en la señalada fecha el proyecto de ley prometido sea ingresado para su discusión en el H. Congreso Nacional.

A la fecha de redacción de este comentario (19 de noviembre del año 2001) aún no ingresaba al H. Congreso Nacional el referido proyecto de ley y solamente se contaba con un documento denominado Bases generales para el establecimiento de una justicia tributaria independiente y acorde con los requerimientos del debido proceso, el que se elaboró por la Comisión Ejecutiva integrada por representantes del Ministerio de Hacienda, Economía, Secretaría General de la Presidencia y Justicia y del Servicio de Impuestos Internos.

Por ser de interés para el estudio que se realice del proyecto de ley, una vez que sea ingresado al H. Congreso Nacional, a continuación se transcribe dicho documento:

Bases generales para el establecimiento de una justicia tributaria independiente y acorde a los requisitos del debido proceso¹

1. Generalidades

El establecimiento de una justicia tributaria independiente y acorde a los requerimientos de la garantía constitucional que exige la existencia de un justo y racional procedimiento persigue dos objetivos básicos: el primero, la creación de tribunales tributarios independientes, el segundo, la estructuración de un procedimiento tributario.

En este marco se construirá una nueva y moderna justicia tributaria, en la cual los asuntos que versen sobre materias tributarias serán resueltos por un tribunal especializado, tanto en primera como en segunda instancia, que desempeñará su cargo con independencia e imparcialidad. Estos asuntos se someterán a un procedimiento tributario único, simplificado y expedito, que permita a las partes (contribuyentes y SII) hacer sus alegaciones y defensas y producir la prueba en un pie de igualdad procesal. Todo ello una vez agotada la vía administrativa previa que siempre procede y que permite evitar el surgimiento de un procedimiento jurisdiccional.

2. Resolución de conflictos tributarios en sede administrativa

La actividad del Servicio de Impuestos Internos se traduce en actos administrativos, de los cuales y por voluntad del legislador en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se puede reclamar mediante la interposición de recursos administrativos.

En este caso, el agotamiento previo de la vía administrativa será obligatorio para el particular que pretenda interponer una reclamación tributaria. Con todo y como contrapartida de esta obligación que pesa sobre el contribuyente, la interposición de estos recursos suspenderá el plazo para interponer dicha reclamación, es decir, para dar inicio al procedimiento tributario.

¹ Documento elaborado por la comisión ejecutiva integrada por representantes de los Ministerios de Hacienda, Economía, Secretaría General de la Presidencia y Justicia, y del Servicio de Impuestos Internos.

3. Tribunales tributarios independientes

a) Tribunal tributario independiente

Se creará el cargo de juez tributario, existiendo un juzgado tributario por cada Dirección Regional. Con ello dejará de estar radicada la competencia en materia de jurisdicción tributaria en el Director Regional del SII o en sus delegados. Esta independencia jurisdiccional trasunta en el hecho que estos tribunales quedan sometidos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Sin embargo, estos jueces continuarán perteneciendo al Servicio, desde el punto de vista administrativo. Además, los funcionarios del tribunal, salvo el secretario, y los recursos materiales serán proporcionados por el Servicio.

b) Nombramiento de los jueces tributarios

El procedimiento de nombramiento de los jueces tributarios será de naturaleza mixta, interviniendo el Poder Judicial y el Presidente de la República.

Será la Corte de Apelaciones quien propondrá una terna compuesta por personas que, además de los requisitos para ser juez, acrediten tener conocimientos especializados en materia tributaria. Esta terna se presentará al Presidente de la República para que designe de entre ellos a quien servirá el cargo.

Para la implementación de esta nueva justicia, considerando que el SII mantendrá dentro de su organización a los jueces tributarios, en la primera designación será el propio servicio el organismo encargado de elaborar una lista. Esta lista se remitirá a la Corte de Apelaciones, la que confeccionará una terna basándose en la propuesta del SII. Integrará la terna por derecho propio quien actualmente se esté desempeñando como juez tributario al interior del servicio. Posteriormente, esta terna se remitirá el Presidente de la República para que efectúe la designación.

Los jueces tributarios estarán sujetos a los mismos deberes y prohibiciones que afectan a los funcionarios del SII, como asimismo a los que afecten a los miembros del Poder Judicial, según lo dispuesto en los artículos 311 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

En cuanto a su responsabilidad, estarán sometidos a lo dispuesto en los artículos 324 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

c) Inamovilidad en el cargo de juez tributario

El cargo de juez tributario pertenecerá a una planta especial, quedando, desde el punto de vista de sus remuneraciones, al mismo nivel que un directivo. Esta planta especial se justifica por existir una provisión de los cargos distinta que la contemplada para los otros profesionales y por la importancia de otorgar independencia a estos jueces por lo menos al nivel de directivos.

Dejarán de ser funcionarios de la exclusiva confianza del Director, con ello adquieren inamovilidad, toda vez que no pueden ser cesados en sus cargos discrecionalmente, salvo que se configure a su respecto una causa legal.

Esta inamovilidad no implica irresponsabilidad. Los jueces tributarios, en su calidad de tales como lo expresamos precedentemente, serán responsables de toda prevaricación o torcida administración de justicia, según lo dispuesto en los artículos 324 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

d) Subrogación de juez tributario

Con el mismo criterio de independencia que inspira la creación del cargo de juez tributario, quien lo subrogue contará con las mismas atribuciones y se le exigirán los mismos requisitos.

Es por ello que el cargo de secretario del tribunal pertenecerá a la misma planta que el del juez tributario, pero se encontrará un grado por debajo de éste, quien será su superior directo. El secretario reemplazará y subrogará al juez tributario, en caso de ausencia.

Si el secretario se ausentare y se hiciese necesario subrogarlo, esta subrogación recaerá en el juez tributario del territorio jurisdiccional más cercano y que tenga mejores vías de comunicación (ambos son criterios generales que deberán ser afinados según el caso).

e) Competencia del tribunal tributario

El tribunal tributario será competente para conocer de los litigios que se susciten entre los contribuyentes y el Servicio dentro del territorio jurisdiccional que detente la Dirección Regional en la que el juez ejerza sus funciones.

Conocerán, en general, de las reclamaciones que interpongan los contri-

buyentes en contra de liquidaciones, giros, resoluciones, avalúos o sanciones infraccionales que les sean notificados por el SII.

f) Independencia en la interpretación de la legislación tributaria

El juez tributario, no obstante su calidad de funcionario del SII, queda eximido en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales de la obligación de adecuarse a las instrucciones impartidas por el Director Nacional. Pasando a ser independiente en la interpretación de la ley tributaria y en la resolución de los asuntos que sean de su conocimiento.

g) Tribunal de segunda instancia

Se contempla la existencia de salas especializadas en cada una de las Cortes de Apelaciones del país, integradas por ministros y abogados integrantes que posean conocimientos específicos en materia tributaria. Sin perjuicio de ello y para una mayor especialización, esta sala deberá integrarse preferentemente por ministros titulares.

Con esto se pretende que los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones dictadas por los tribunales tributarios sean resueltos en forma expedita y por un tribunal especializado.

Sin embargo debemos considerar que esto no implica necesariamente la creación de nuevas salas en las Cortes de Apelaciones, sino que más bien una adecuación en su funcionamiento. Es decir, en aquellas cortes en que el número de salas y de ingresos lo justifique, una de las salas conocerá exclusivamente de estas materias, sin perjuicio de la posibilidad que conozca de otras, caso en el cual las causas tributarias gozarán de preferencia para su vista y fallo, y donde sólo exista una sala gozarán de preferencia.

4. Procedimiento tributario

a) Materias y plazos para reclamar de actuaciones del SII

La vía administrativa termina una vez resueltos y rechazados los recursos administrativos interpuestos por el contribuyente, cuando éste reclama derechamente del acto administrativo emanado del SII, ya se trate de una liquidación, de una sanción por infracción a la legislación tributaria, de un avalúo o de una resolución del Servicio.

Se fijarán distintos plazos para interponer el reclamo, dependiendo de la naturaleza del acto administrativo reclamado.

b) Procedimiento tributario

El procedimiento tributario deberá propender a dos finalidades esenciales, la celeridad y la simplificación de las etapas procesales.

En líneas generales y en cumplimiento de dichos fines, el procedimiento contemplará las siguientes etapas procesales, cada una de ellas con sus respectivos plazos legales y fatales.

El reclamo tributario que interponga el contribuyente deberá cumplir con los requisitos del artículo 254 del CPC.

Presentada la reclamación por el contribuyente dentro de plazo, se da inicio al procedimiento tributario. Esta se notifica al SII, remitiéndole copia íntegra de la presentación del contribuyente y de su proveído. La interposición del reclamo tributario suspende la ejecución y todos los efectos del acto impugnado (se suspende el cobro del tributo).²

Al SII se le concederá un plazo legal, de días hábiles, fatales, no prorrogables, para evacuar el traslado, escrito en el que deberá hacer valer todas sus alegaciones y defensas y cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil.

Posteriormente el tribunal procederá, si fuere necesario, a recibir la causa a prueba. La resolución que reciba la causa a prueba fijará los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los que deba recaer, y será notificada a las partes en la forma que determine la ley.

Se abrirá un término probatorio para que las partes aporten las pruebas que estimen necesarias para acreditar los hechos fijados en la resolución que recibe la causa a prueba.

Vencido el probatorio, las partes tendrán un plazo legal, fatal y de días hábiles para presentar observaciones a la prueba. Además dentro de este plazo deberán rendirse todas las pruebas que quedaron pendientes en el probatorio (ofrecidas, decretadas y no rendidas).

Vencido este plazo, el tribunal dictará la resolución autos para fallo, fecha desde la cual tendrá un plazo determinado para dictarlo.

² La suspensión del cobro del impuesto debe tener como correlato el reconocimiento al Servicio de Impuesto Internos del derecho a impetrar medidas cautelares, para evitar de esta forma que el contribuyente enajene u oculte sus bienes. Además, si la suspensión se mantiene durante la segunda instancia dichas medidas también deberán mantenerse.

La valoración de la prueba se sujetará al principio de la apreciación de la prueba en conciencia o sana crítica. Sin perjuicio de conferir a la documentación contable un tratamiento especial.

Notificado el fallo a las partes, éstas podrán deducir recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Durante la tramitación del juicio se podrá deducir siempre recurso de reposición en contra de las resoluciones que se dicten. Pero sólo para el caso que se deduzca apelación de la sentencia definitiva, la parte podrá reclamar de los vicios procesales que a su juicio se hayan incurrido en la substanciación de la causa.

c) Notificaciones judiciales

Si lo que se persigue es una justicia tributaria moderna y expedita, las notificaciones se efectuarán por cualquier vía que a juicio del tribunal asegure que la persona notificada tome efectivamente conocimiento de la resolución.

Dentro de las formas de notificación podemos contemplar la carta certificada e, incluso, el fax. La sentencia definitiva, sin embargo, deberá notificarse, a lo menos, por cédula a ambas partes. Las formas de notificación más perfectas reemplazarán a las menos perfectas.

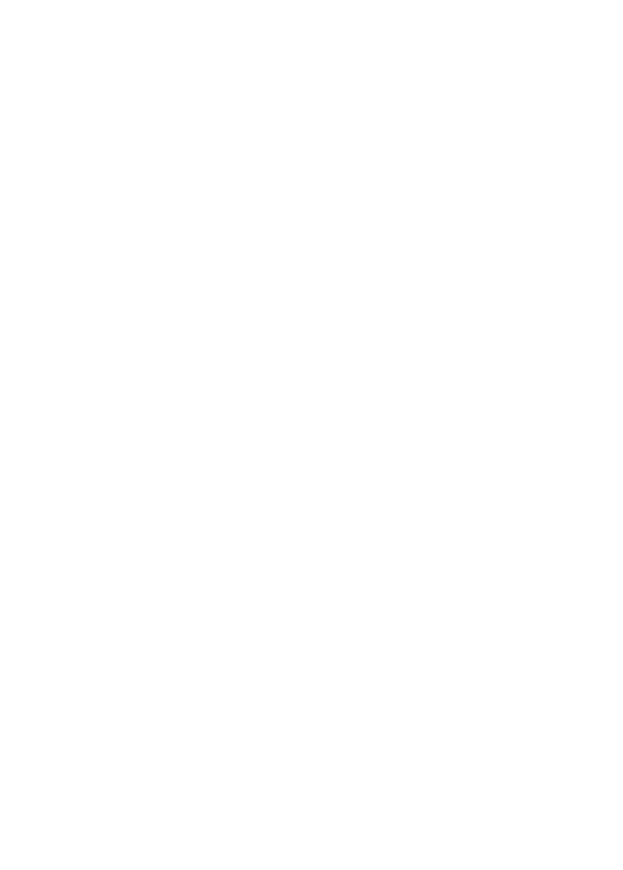
d) Naturaleza de la actuación del SII

En los juicios tributarios el SII tendrá la calidad de parte. En primera instancia se hará representar por el abogado regional correspondiente. En segunda instancia, esta representación corresponderá al mismo Servicio o al Consejo de Defensa del Estado.

En tal calidad el SII podrá solicitar se decreten por el tribunal las medidas cautelares necesarias que eviten la distracción de bienes por el contribuyente, producir e impugnar pruebas, recurrir en contra de las resoluciones que dicte el juez tributario y, en general, hacer todas las alegaciones y defensas que sean procedentes y necesarias para una adecuada defensa de los intereses fiscales.

5. Conclusiones

- El establecimiento de esta nueva justicia tributaria es un avance desde el punto de vista procesal importante. El Servicio de Impuestos Internos deja de ser juez y parte en la resolución de los asuntos tributarios y en el procedimiento tributario se respetan los principios de la bilateralidad de la audiencia, publicidad y celeridad, expresiones del concepto del debido proceso.
- Por otra parte, se asegura la independencia e imparcialidad del juzgador, al atribuirsele al juez tributario la facultad de interpretar libremente la legislación tributaria, al modificarse el procedimiento de nombramiento y conferírsele inamovilidad en el cargo.
- Este sistema normativo que se implementaría en materia tributaria, que como lo decíamos constituye un avance, deberá en el futuro perfeccionarse con la creación de tribunales contenciosos administrativos en primera instancia, que dentro de las materias de su competencia conocerán de las causas tributarias.
- Por último, dejamos constancia que éste es el planteamiento por el que se inclina el Servicio de Impuestos Internos. En una primera etapa los tribunales tributarios deberían permanecer dentro de la estructura orgánica del Servicio, con independencia en la interpretación de la legislación tributaria y con un procedimiento acorde a los requerimientos del debido proceso.



Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario

Jaime García Escobar

Profesor de Derecho Tributario

Universidad del Desarrollo

El presente trabajo tiene por finalidad realizar un breve estudio jurisprudencial sobre el tema de la constitucionalidad del Tribunal Tributario, desde sus orígenes hasta las últimas resoluciones que han dictado los tribunales superiores de justicia referidas al problema en cuestión.

I. Facultades jurisdiccionales de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos

Los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos poseen la facultad de "Resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes de conformidad a las normas del Libro Tercero", según dispone el art. 6° letra B N° 6 del Código Tributario. A mayor abundamiento, el art. 115 del referido cuerpo legal establece que: "El Director Regional conocerá en primera o en única instancia, según proceda, de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias, salvo que expresamente se haya establecido una regla diversa".

Ambas normas otorgan al Director Regional el carácter de Juez Tributario para la resolución de las reclamaciones que deduzcan los contribuyentes, tanto en el procedimiento general de reclamo tributario de los arts. 123 y siguientes, cuanto en los procedimientos especiales de los arts. 149 y siguientes, así como de los procedimientos infraccionales de los arts. 161 y 165, todos del Código Tributario.

Parte de la doctrina ha estimado que esta estructura jurisdiccional no cumpliría con los requisitos de imparcialidad e independencia exigibles a todo juez. Lo anterior, toda vez que el Director Regional, en último término, es el jefe superior de los fiscalizadores que emitirán las liquidaciones y denuncias, de forma tal, que deberá resolver acerca del trabajo de sus propios subordinados.

Por otra parte, en su relación con el Director del Servicio de Impuestos Internos, el art. 19 letra b) del D.F.L. N° 7, de 1980, sobre Ley Orgánica de

esta Institución, dispone que: "Les corresponde a los Directores Regionales dentro de sus respectivas jurisdicciones: ... b) Resolver las reclamaciones tributarias que presenten los contribuyentes y las denuncias por infracción a las leyes tributarias, en conformidad al Libro III del Código Tributario y a las instrucciones del Director". Vale decir, piensan algunos, se trataría de un juez que dicta su sentencia, no de acuerdo al mérito del proceso y a lo dispuesto por la ley, sino que a las instrucciones de un tercero, como es el Director del Servicio, su jefe superior, de quien es, a su vez, funcionario de su exclusiva confianza.

Criticando esta situación, el destacado tratadista de Derecho Tributario don Ramón Valdés Costa, en su obra *Instituciones de Derecho Tributario*, Editorial Depalma, 1992, página 298, señala: "...Los tribunales administrativos de Chile tienen, en cambio, vinculaciones tan estrechas con la administración activa que no permiten considerarlos como órganos jurisdiccionales independientes, lo que indudablemente disminuye la garantía jurisdiccional".

En un fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de noviembre de 1979, redactado por el Sr. Ministro don Ricardo Gálvez Blanco, en su considerando decimonoveno se señala:

"Que la dificultad del sentenciador de primera instancia estriba en su doble condición de miembro de un Servicio, dentro de una jerarquía y obediencia internos, y de tribunal de primera instancia que resuelve reclamaciones.

Como funcionario administrativo, el Director Regional debe cumplir instrucciones, normas y órdenes de su superior, actuando dentro de ese plano las interpretaciones administrativas del Director del Servicio; pero como tribunal, su papel jurisdiccional lo desliga de su dependencia administrativa y lo obliga a aplicar las reglas de hermenéutica que establecen los preceptos legales sobre la materia en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil, para que soberanamente y como intérprete fiel aplique una ley en su genuino sentido.

Si al fallar un reclamo se acoge sin más una interpretación administrativa, otorgándole la calidad de norma con valor igual o superior a una ley, estaría renunciando a su función fundamental de juzgador y, al mismo tiempo, reconocería su falta de independencia para impartir justicia, ya que acataría la posición de uno de los contendientes con el solo argumento de su autoridad jerárquica superior".¹

¹ Revista Gaceta Jurídica, N° 29, página 5.

Por otra parte, también se critica la estructura judicial tributaria que establece el Código Tributario, en el sentido que se entrega el ejercicio de funciones jurisdiccionales a profesionales que carecen de criterio jurídico, toda vez que no se trata de un tribunal de derecho servido por un abogado.

Ahora bien, justificando la situación actual, (aun cuando ya se habían dictado resoluciones delegatorias de las facultades en los Jefes de los Departamentos Jurídicos), en el mensaje enviado a la Cámara de Diputados por el Sr. Presidente de la República, que posteriormente se transformaría en la Ley N° 19.738, de 19.06.01, se señala que la referida delegación "...ha permitido conformar tribunales tributarios dotados de personal técnico, contar con mejores fallos y con una reducción del tiempo de duración de los procesos".

"El sistema reseñado ha resultado, en general, eficiente. Así, en los reclamos de liquidaciones, en el curso del año 1999, los tribunales tributarios, en un 58% de los casos, han aceptado parcial o totalmente la posición del contribuyente. En cuanto a los reclamos de denuncios, le han dado lugar al 24% de ellos".

"De los reclamos de liquidaciones y denuncios en que el tribunal tributario no ha dado lugar al reclamo del contribuyente, aproximadamente el 10% han sido apelados ante las Cortes de Apelaciones. De estos casos, la Corte ha fallado parcial o totalmente a favor del contribuyente en un 53% de los casos de denuncios y 26% de los casos de liquidaciones".

"El sistema ha originado diversas ventajas en la primera instancia. Desde luego, nos encontramos en presencia de un tribunal de derecho, que debe ceñirse estrictamente a la ley en sus procedimientos y resoluciones y que es servido por un juez letrado, respaldado por conocimientos especiales y relevantes de aspectos jurídico-tributarios y contables. Se entrega, además, una justicia de acceso gratuito, pues para reclamar no se requiere patrocinio de abogado, pudiendo comparecer y actuar el contribuyente personalmente".²

"No obstante lo anterior, un adecuado sistema de justicia tributaria requiere de instancias de revisión que garanticen plenamente los derechos

² Me parece que se le hace un flaco favor al contribuyente cuando se le permite defenderse personalmente. En efecto, como bien lo señala el Mensaje del Sr. Presidente de la República, las cuestiones tributarias normalmente resultan ser de "alta complejidad", y por lo mismo, para su acertada defensa se requiere de la asesoría jurídica que sea menester, otorgada por profesionales abogados, y no por otros asesores que, no siendo abogados, pueden carecer del criterio jurídico y conocimiento necesarios para la acertada defensa del contribuyente.

del contribuyente. En la actualidad, las Cortes de Apelaciones cuentan con algunas limitaciones importantes para ejercer ese rol, por verse obligadas a resolver sobre materias de alta complejidad, sin contar con una especialización y un respaldo técnico adecuado".

"Mi Gobierno se propone enfrentar esta situación, estableciendo una instancia independiente del Servicio de Impuestos Internos que pueda resolver de manera expedita y con el adecuado respaldo técnico, las apelaciones de las resoluciones administrativas y de los fallos de primera instancia de los jueces tributarios. Para este efecto, es fundamental que dicha instancia cuente con un adecuado nivel de especialización y que las apelaciones sean resueltas a través de un procedimiento expedito".

"Para hacer efectivo este objetivo y asegurar de un mejor modo los derechos de los contribuyentes, mi Gobierno propiciará, en un plazo no superior a seis meses, una iniciativa legal que perfeccione la justicia tributaria".³

II. La delegación de facultades

En el año 1993, por instrucciones del Director del Servicio de Impuestos Internos, los Directores Regionales del Servicio delegaron sus facultades para resolver reclamaciones y denuncias en los Jefes de los Departamentos Jurídicos de la época, evidentemente profesionales abogados. El marco normativo que permitió realizar la delegación está dado por el art. 6° letra B N° 7, del Código Tributario, norma que faculta a los Directores Regionales para autorizar a otros funcionarios para resolver determinadas materias, aun las de su exclusiva competencia, o para hacer uso de las facultades que le confiere el Estatuto Orgánico del Servicio, actuando por "orden del Director Regional".

Por otra parte, el art. 116 del referido cuerpo legal señala que: "El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando "por orden del Director Regional".

Finalmente, el art. 20 del D.F.L. N° 7, de 1980, sobre Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, dispone que: "Los Directores Regionales

³ El Mensaje en cuestión fue enviado a la Cámara de Diputados en el mes de agosto del año 2000. A la fecha, el Gobierno no ha propiciado una iniciativa legal que perfeccione la justicia tributaria. Ahora bien, extraoficialmente se tiene información en cuanto a que en el Ministerio de Justicia se está trabajando en un anteproyecto referido al tema.

podrán, de acuerdo a las normas impartidas por el Director, autorizar a funcionarios de su dependencia, para resolver determinadas materias o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando "por orden del Director Regional".

Un ejemplo de estas resoluciones es la N° 4.031, de 03 de junio de 1993, dictada por el Director de la XIII Dirección Regional Metropolitana Santiago Centro del Servicio de Impuestos Internos, cuyo texto es el siguiente:

"Vistos: lo dispuesto en los artículos 6°, letra B, Nº5 6 y 7, y 116 del Código Tributario y 20 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, y en la resolución N° Ex. 3.472, de fecha 25 de mayo de 1993, del señor Director del Servicio.

Considero:

- 1. Que los artículos citados en los Vistos me facultan para delegar en el Jefe del Departamento Jurídico Regional de mi dependencia, las facultades para conocer y fallar las reclamaciones de los contribuyentes en contra de liquidaciones, giros, pagos, resoluciones y denuncias.
- 2. Que se considera necesario establecer procedimientos que permitan una más pronta resolución de los mencionados reclamados.

Resuelvo:

1° Delega en el Jefe del Departamento Jurídico de este Regional las facultades para conocer y fallar todas las reclamaciones que presenten los contribuyentes y que deban tramitarse con arreglo a los procedimientos establecidos en el Título II, en el párrafo 1° del Titulo III y en los párrafos 1° y 2° del Título IV del Libro Tercero del Código Tributario, sin perjuicio de las facultades delegadas en la resolución N° 11.293, de 16 de septiembre de 1992, publicada en el Diario Oficial de 29 de septiembre de 1992.

2° Deróganse las delegaciones de facultades que sobre esta misma materia se hayan efectuado con anterioridad en el Jefe del Departamento de Resoluciones.

Anótese, comuníquese y publíquese en extracto en el Diario Oficial. Héctor Rodríguez Villalobos, Director Regional".

De esta forma, nace el Tribunal Tributario, ante quien se tramitan las reclamaciones y denuncias tributarias y quien debe resolver las mismas.

Parte de la doctrina estima que, si bien la situación ha mejorado respecto a lo que existía antes, no se ha resuelto cabalmente el problema, ello se ve refrendado de acuerdo a lo señalado por el Sr. Presidente de la República y a través del anteproyecto que se estudia en el Ministerio de Justicia, referidos anteriormente. Se ha mejorado en el sentido que hoy día los jueces tributarios son letrados, vale decir, profesionales abogados con un desarrollado criterio y conocimiento jurídicos, lo que en principio permite la dictación de sentencias técnicamente mejores, toda vez que el antiguo juez tributario era un contador auditor o un ingeniero comercial que carecía de aquéllos.

Pero a despecho de lo señalado por el Sr. Presidente en el Mensaje de lo que se transformaría en la Ley N° 19.738, aun se encuentra en aplicación la norma del art. 19 letra b) del D.F.L. N° 7, de 1980, sobre Ley Orgánica del Servicio, en el sentido que el juez tributario debe fallar de acuerdo a las instrucciones del Director. Además, permanece vigente la situación administrativa en cuanto a que los Jueces Tributarios son funcionarios de la exclusiva confianza del Director del Servicio. Algunos estiman que estas situaciones podrían afectar a la independencia de los Jueces Tributarios.

III. Recursos en contra de las resoluciones delegatorias

En contra de las resoluciones delegatorias se interpusieron diversos recursos, que fueron resueltos en favor de la juridicidad de la delegación de facultades. A título meramente ejemplar, citaremos las siguientes sentencias:

- 1. Recurso de protección interpuesto por don Javier Echeverría Alessandri, Ingreso I. Corte de Apelaciones de Santiago N° 1.174-94. Con fecha 24 de mayo de 1994, éste fue rechazado en virtud de las siguientes consideraciones:
- "2"... En efecto, se le objeta a este último el haberse atribuido una calidad que no tendría, cual es, la de Juez Tributario. Ello, habría quedado de manifiesto al aceptar la comparecencia y la calidad de parte del Director Regional en un proceso que tramita por delegación de facultades de dicho funcionario y en el que debe actuar "por orden" del mismo, lo que a juicio del recurrente no era posible, precisamente, porque el Director Regional es el Juez Tributario, y el recurrido, sólo un delegatario de sus facultades...".
- "... En cuanto a la garantía constitucional infringida por las actuaciones descritas, se sostiene que ésta es la del artículo 19 N° 3 de la Constitución

Política de la República, esto es, la de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta".

"4° Que de las disposiciones legales infraescritas¹ se infiere inequívocamente que el Director Regional se encuentra facultado por la ley para hacer delegación de sus facultades jurisdiccionales, y particularmente, de aquellas necesarias para conocer y fallar reclamaciones y denuncias "obrando por Orden del Director Regional".

"5° Que habiendo quedado zanjado que, en la especie, el recurrido es el Juez Tributario establecido por la ley, ciertamente no puede cuestionar ni anular dicha calidad –que es lo que en definitiva se pretende por el recurrente–, la circunstancia de que éste haya dictado una resolución aceptando en el proceso que substancia la comparecencia y la calidad de parte del Director Regional, el que ha delegado previamente sus facultades jurisdiccionales, precisamente en el funcionario recurrido".

"Si bien pudiera discutirse la pertinencia y procedencia de dicha actuación, ella no desdice en caso alguno la calidad de Juez Tributario que el recurrido tiene en la especie –que es el problema de fondo–, y en todo caso, no tiene el alcance de poder vulnerar la garantía constitucional cuya protección se ha impetrado a través del presente recurso, cual es, la del artículo 19 N° 3, inciso cuarto, de la Carta Fundamental".

"6° Asimismo, y en cuanto a la objeción formulada en el recurso de no haber actuado el recurrido al dictar la resolución impugnada haciendo formalmente referencia a que lo hacía "por orden del Director Regional", debe tenerse presente que no es dable, en el actual estado del desarrollo jurídico cultural del país, hacer depender la eficiencia jurídica de una actuación del uso de frases o fórmulas sacramentales, las que tienen por objeto sólo dejar de manifiesto que el delegado está actuando en virtud de una delegación de atribuciones y que no significan en caso alguno que las facultades jurisdiccionales permanezcan en el delegante; bastando al efecto, que resulte de manifiesto, en forma precisa y auténtica, la circunstancia de existir una delegación de atribuciones, lo que evidentemente ha sucedido en la especie".

2. Recurso de queja interpuesto por doña Eugencia Adriana Zamorano Soto, rechazado por la Excma. Corte el 01.06.1994, sobre la base de los mismos argumentos detallados en el punto anterior, esto es, que de acuerdo a lo

⁴ Los arts. 6° letra B N° 7 y 116 del Código Tributario y 20 del D.F.L. N° 7, de 1980.

dispuesto en el art. 6° letra B N° 7 y 116 del Código Tributario, y art. 20 del D.F.L. N° 7, de 1980, los Directores Regionales del Servicio pueden delegar sus facultades jurisdiccionales, de modo que la sentencia pronunciada por el Abogado Jefe del Departamento Jurídico ha sido dictada conforme a derecho.

3. Recurso de inaplicabilidad interpuesto por don Patricio Junemann, ingreso Excma. Corte N° 2979-97, fallado el 6 de agosto de 1999. La sentencia en cuestión rechaza el recurso de acuerdo a las siguientes consideraciones:

"3° Que, según se dejó consignado en la parte expositiva de este fallo, el recurrente tacha de inconstitucional las normas contenidas en los artículos 6° letra B número 7 y 116 del Código Tributario y 20 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, en virtud de las cuales el Director de la Regional Metropolitana Santiago-Centro del Servicio de Impuestos Internos dictó la Resolución Exenta N° 4031, de 2 de julio de 1993, por la cual delegó en el Jefe del Departamento Jurídico de dicha Regional las facultades para conocer y fallar todas las reclamaciones que presenten los contribuyentes; funcionario que se encuentra tramitando el reclamo que el recurrente presentó, en contra de la liquidación signada con el N° 889, de fecha 17 de junio de 1997, por impuesto global complementario, Año Tributario 1995, el que se encuentra en estado de que se resuelva la solicitud de reposición, que aquél planteó en contra de la resolución que recibió la causa a prueba, según consta en el atestado que rola a fojas 84".

"Que, en consecuencia, las normas legales que se cuestionan por la presente vía no dicen relación con las materias substantivas que fundamentan la reclamación tributaria que el recurrente formuló respecto de la liquidación de impuestos que se cursó por el funcionario fiscalizador, o alguna incidencia de ese juicio que esté por resolverse. En efecto, los impugnados son preceptos de carácter orgánico, que regulan las funciones y atribuciones del Servicio de Impuestos Internos y, en especial, la facultad de que se encuentran investidos los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos, que les permiten autorizar a un funcionario determinado para que conozca de las reclamaciones que han deducido los contribuyentes. En esas condiciones, se debe necesariamente concluir que lo que se pretende por esta vía no es evitar que se apliquen determinados preceptos en la resolución del asunto que se sometió a la consideración del juez tributario, por ser contrarios a normas de rango constitucional, sino que impedir que aquél cumpla su cometido y que se anule, en definitiva, todo lo actuado por y ante él. Como dicha pretensión se aparta de la finalidad que tuvo

presente el constituyente al instituir el recurso de inaplicabilidad, el deducido en autos debe ser declarado inadmisible".

La sentencia en cuestión se acordó contra el voto de los Ministros señores Correa, Libedinsky, Ortíz, Tapia, Chaigneau, Pérez y Alvarez H., quienes fueron de la opinión de declarar admisible el recurso, en virtud de los siquientes argumentos:

- "1°. Que si bien es efectivo que las normas legales que se impugnan por la presente vía no tienen atingencia con la materia sustantiva que se discute en la reclamación deducida, en contra de liquidaciones por supuestas diferencias en el pago de determinados tributos; no es menos cierto que revisten la naturaleza de normas procesales de carácter orgánico, que necesariamente deben incidir en la decisión de la gestión que se encuentra pendiente y, como tales, son susceptibles de ser impugnadas como inconstitucionales".
- "2°. Que, por consiguiente, atendida la naturaleza procesal de las normas legales que se tachan de inconstitucionales, es efectivo que ellas no van a determinar el contenido del fallo, en lo referente a si deben o no ser dejadas sin efecto las liquidaciones reclamadas por el contribuyente; pero sí deberán ser necesariamente aplicadas por los sentenciadores para llegar a decidir aspectos tan fundamentales, previos a toda posible decisión sobre el fondo, como si es nulo o válido el fallo apelado, si dicho fallo fue o no pronunciado por el juez que constitucional y legalmente correspondía, y, en último término, para resolver si, en el caso de que se trata, se ha vulnerado o no la garantía del debido proceso, que exige, indudablemente, como primer y fundamental requisito, que el órgano jurisdiccional que decide el juicio haya sido creado por una norma con rango de ley. Por consiguiente, como concurren en el presente recurso todos los requisitos que lo hacen procedente, no correspondería declararlo inadmisible".

IV. Las nulidades de derecho público

En el mes de agosto del año 2000, algunas salas de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, omitiendo pronunciarse sobre el fondo de los recursos de apelación sometidos a su conocimiento, invalidaron las sentencias apeladas, reponiendo las causas al estado de que el Juez Tributario competente otorgase el debido trámite a las reclamaciones. La síntesis de los fundamentos de estas resoluciones es la siguiente:

1. El Código Tributario en el art. 6° letra B N° 6 y el art. 18 b) de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos establecen que a los Directores Regionales les corresponde resolver las reclamaciones que presenten los contribuyentes, coincidiendo con lo establecido en el art. 115 del Código Tributario.

Tales disposiciones entregan el ejercicio de la función pública de conocer los conflictos jurídicos surgidos entre particulares y el ente fiscalizador, a los Directores de las Direcciones Regionales del Servicio de Impuestos Internos.

- 2. La potestad antes indicada corresponde a la función jurisdiccional. No se trata del agotamiento de la vía administrativa previa antes de recurrir a los tribunales, puesto que concurren las exigencias requeridas por la doctrina a este respecto: la forma (procedimientos, partes y juez), el contenido (controversia con relevancia jurídica, una pretensión procesal concreta) y la función (asegurar la paz social por medio de decisiones justas y eventualmente coercibles).
- 3. Los artículos 6° letra B N° 7 y 116 del Código Tributario, y 20 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, autorizan a los Directores Regionales a delegar el conocimiento y fallo de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes, a funcionarios de su dependencia, quienes deberán observar en su labor las normas impartidas por el Director.
- 4. La Constitución Política establece una serie de principios en materia tributaria. Uno de ellos es el del debido proceso (obviamente no sólo aplicable a la cuestión impositiva), que comprende la existencia de tribunales permanentes y establecidos antes de la iniciación del juicio; así como que el juez sea imparcial, que el procedimiento sea contradictorio, bilateral y con igualdad de derechos para las partes, y finalmente, que la decisión sea imparcial e independiente. En tal sentido, se citan un conjunto de normas constitucionales, tales como: el art. 19 N° 3, el art. 61, el art. 63, el art. 73 y el art. 74.

Se agrega que todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso, según sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1987.

5. Nuestro ordenamiento constitucional dispone que la facultad de crear tribunales corresponde exclusiva y excluyentemente a una ley orgánica constitucional. De esta forma, el establecimiento de Tribunales Tributarios ha sido materia de ley. Las mismas a las que se aplica la norma quinta transitoria de la Constitución Política, en cuanto ordena que las leyes que regían a la fecha de su entrada en vigencia, se entiende, satisfacen las

exigencias que se establecen para las leyes orgánicas constitucionales, entre tanto no se dicten los textos legales correspondientes y, por lo mismo, seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución.

6. Por el contrario, la determinación de las atribuciones jurisdiccionales de que se ha dotado a los Jefes de Departamentos, subordinados del Director Regional, emanan de resoluciones por las cuales esta última autoridad se las delega, sin que su competencia se encuentre precisada en normas de rango legal.

Esta circunstancia ha permitido que una autoridad administrativa, por medio de resoluciones exentas, delegue la atribución de competencias jurisdiccionales a funcionarios subordinados a ella, carácter discrecional y precario que se contrapone con la estabilidad y certidumbre que inspiran el establecimiento de tribunales, transgrediéndose la garantía del debido proceso, en lo relativo a la estabilidad, certidumbre, independencia e imparcialidad del juzgador.

- 7. Entre las normas legales y constitucionales en análisis existiría evidentemente antinomia, la cual debe ser resuelta conforme al principio que la ley posterior deroga a la anterior en todo aquello en que no exista armonía entre ambas. De esta forma, cabría tener presente que el Decreto Ley N° 830, sobre Código Tributario, se publicó el 31 de diciembre de 1974. Por su parte, el Decreto con Fuerza de Ley N° 7, sobre Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, entró a regir el 15 de octubre de 1980. Por su parte, la Constitución Política de la República, rige desde el 11 de marzo de 1981.
- 8. De acuerdo a lo anterior, los arts. 6° letra B N° 7 y 116 del Código Tributario y 20 de la Ley Orgánica del Servicio, se encontrarían tácitamente derogados por la Constitución de 1980.
- 9. En todo caso, de estimarse vigentes las normas legales precitadas, la improcedencia de la delegación de facultades jurisdiccionales que sin duda contempla la Carta Fundamental, y teniendo en consideración el principio de la supremacía constitucional, la autoridad administrativa tiene el deber primero y esencial de aplicar en sus actuaciones lo dispuesto por el Constituyente. Las resoluciones que dicte deben ajustarse al texto constitucional, no obstante cualquier disposición de carácter legal que le confiera competencias o facultades que lo desconozca o transgreda. Este razonamiento debe llevar –a la autoridad administrativa pertinente del Servicio a restarles fuerza vinculante a las autorizaciones dispuestas por el legislador para delegar sus facultades jurisdiccionales.

10. Que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución Política y a las normas dictadas conforme a ella, actuando válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que precise la ley respectiva. La infracción a estas disposiciones genera las responsabilidades y sanciones consiguientes, entre ellas, la nulidad del acto o resolución (arts. 6° y 7° de la Constitución); nulidad que el juez puede y debe declarar de oficio, cuando aparece de manifiesto en el procedimiento de que conoce, privando de eficacia a las resoluciones delegatorias, toda vez que se fundamentan en normas legales derogadas, como por estar en contradicción con las normas, principios y garantías individuales que nuestra Carta Fundamental establece sobre la jurisdicción.

V. Recursos interpuestos por el Fisco

En contra de las resoluciones que invalidaban las sentencias de primera instancia, ordenando se volvieran a tramitar las reclamaciones ante el tribunal competente, el Fisco interpuso diversos recursos. Los fundamentos de ellos son los siguientes:

- 1. Recursos de casación en la forma y en el fondo. Los vicios de casación en la forma alegados son los siguientes:
- a) Haber sido dictadas por tribunales incompetentes. Esta causal está establecida en el art. 768 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, con relación a lo dispuesto en el art. 140 del Código Tributario. Esta norma privaría de competencia a las I. Cortes de Apelaciones para emitir el pronunciamiento de la invalidación del fallo de primera instancia, toda vez que dispone: "En contra de la sentencia de primera instancia no procederá el recurso de casación en la forma ni su anulación de oficio".
- b) Haber incurrido en el vicio de ultra petita. Esta causal se encuentra prevista en el art. 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil. Las sentencias recurridas se habrían extendido a puntos no sometidos a su decisión, toda vez que los contribuyentes no impugnaron la competencia del Juez Tributario que conoció de los reclamos.
- c) Haber sido dictadas sin resolver el asunto controvertido. Causal establecida en el art. 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil. Esta se produjo por cuanto lo que se encontraba sometido a la decisión de los sentenciadores eran los recursos de apelación interpuestos por los contribuyentes mismos, que no fueron resueltos.

Los fundamentos de los recursos de casación en el fondo que se dedujeron son los siguientes:

- a) Errores de derecho: Las sentencias vulneraban los artículos 19 N° 3, 38, 61 incisos 2° y 3°, 63 incisos 2° y final, 73, 74 y artículo 5° transitorio de la Constitución Política del Estado; los artículos 1° y 5° del Código Orgánico de Tribunales; los artículos 6° letra B N° 6 y 7, 115 y 116 del Código Tributario; los artículos 19 y 20 del D.F.L. N° 7 y el artículo 52 del Código Civil.
- b) Forma como se produjo la infracción: A las normas legales y constitucionales citadas se les ha otorgado un alcance que contraviene su sentido claramente expresado en ellas y en su contexto.

De acuerdo a ellas, las facultades jurisdiccionales pertenecen exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

Según las sentencias recurridas, los artículos 6° letra B N° 7 y 116 del Código Tributario y art. 20 del D.F.L. N° 7, de 1980, contravendrían la Constitución Política afectando el principio de legalidad, por cuanto una autoridad administrativa –el Director Regional del Servicio– sería quien establece los tribunales tributarios por medio de una resolución de delegación de facultades, de modo tal, que éstos no estarían establecidos por la ley.

Lo anterior no sería así, por cuanto los Tribunales Tributarios se encuentran creados por la ley (que tiene rango de orgánica constitucional) y no por la decisión de los Directores Regionales. El tribunal creado por la ley es el Director Regional o el funcionario dependiente a quien éste autorice. Por lo tanto, la ley radica la jurisdicción tanto en el Director Regional como en el funcionario a quien aquél designe.

Por otra parte, la situación descrita y la forma utilizada por el legislador que crea este tribunal especial, para el procedimiento de designación de quien ejerce el cargo de juez, se da en otros diversos casos en que el legislador faculta igualmente a determinados funcionarios para designar a la persona que ejerza el cargo de juez, en el tribunal creado por la ley.

El art. 213 del Código Orgánico de Tribunales establece que en las comunas o agrupaciones de comunas en que haya un solo juez de letras, cuando se dan las circunstancias que señala la norma, el cargo será desempeñado por alguno de los abogados de la terna que anualmente formará la Corte de Apelaciones respectiva.

Los arts. 215 y 217 del citado cuerpo legal, crean el sistema de integración

de las Salas de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, con abogados que no integran el Poder Judicial, designados por el Presidente de la República sobre la base de una terna formada por la respectiva Corte.

El art. 561 del Código Orgánico de Tribunales establece el nombramiento de un ministro en visita extraordinaria. Dicha norma autoriza a las Cortes de Apelaciones a decretar visitas extraordinarias, para objetos determinados, disponiendo que sus facultades serán las del juez de primera instancia y que en contra de las resoluciones que dicten podrán deducirse los recursos legales. Vale decir, ejerce facultades jurisdiccionales una persona distinta del juez visitado.

El art. 222 del citado Código permite a las partes o a la autoridad judicial designar un sentenciador mediante el nombramiento de jueces árbitros para resolver asuntos litigiosos.

Finalmente, los recursos en cuestión efectuaban un análisis en cuanto a la naturaleza jurídica de la sentencia contra la que se recurría. Llegando a la conclusión que se trataba de una sentencia interlocutoria que ponía término al procedimiento. Ello porque al anular el fallo, establecía el derecho permanente para el contribuyente en cuanto a que éste ya no tenía eficacia en su contra. Por otra parte, al disponer la sentencia que se repusiese al estado que el juez tributario diere el debido trámite a la reclamación, estaba resolviendo u ordenando la realización de un conjunto de trámites que servirían de base para el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Los recursos de casación interpuestos fueron declarados inadmisibles, toda vez que la sentencia recurrida obviamente no era definitiva y tampoco era sentencia interlocutoria que pusiese término al juicio o hiciese imposible su continuación.

- 2. El Fisco dedujo queja disciplinaria en contra de los ministros de la I. Corte de Apelaciones de Santiago que suscribieron las resoluciones que invalidaban las sentencias de primera instancia. Las graves faltas en que habrían incurrido los señores ministros serían las siguientes:
- a) Se habría transgredido lo dispuesto en el art. 140 del Código Tributario, norma que impide la interposición de recursos de casación en la forma en contra de la sentencia de primera instancia, así como su anulación de oficio.

Al invalidar las sentencias, los señores ministros habrían contravenido expresamente esta disposición.

- b) El art. 10 del Código Orgánico de Tribunales señala: "Los Tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio". También habrían infringido esta norma, toda vez que no existía ley alguna que los facultara para actuar de oficio al declarar la nulidad de la resolución apelada, sino por el contrario, existe una disposición que les prohíbe declarar nulidades de oficio.
- c) Los señores ministros habrían desconocido el régimen orgánico establecido en el Código Tributario, normas que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 5° transitorio de la Constitución, tienen el carácter de orgánicas constitucionales. No son las resoluciones de los Directores Regionales las que crean los tribunales tributarios, sino el art. 116 del Código Tributario, no haciendo éste nada más que poner en actividad la ley.
- d) Los señores ministros ven una antinomia, que no existiría, entre los preceptos del Código Tributario y los arts. 19 N° 3, 38, 61, 73 y 74 de la Carta Fundamental, y por lo mismo concluyen que aquellos se encuentran tácitamente derogados. Cercenan, de ese modo, la facultad exclusiva y excluyente que el art. 80 de la Constitución Política entrega a la Excma. Corte Suprema, en cuanto a resolver y declarar inaplicable, para casos particulares, todo precepto legal contrario a la Constitución, sin distinción alguna, norma constitucional que no puede ser evadida bajo el sofisma de tratarse de un simple asunto de derogación.
- e) Los señores ministros habrían incumplido su obligación de emitir pronunciamiento sobre el asunto sometido a su decisión, violando el principio básico del derecho procesal y constitucional, como es el de la inexcusabilidad, contenido en el art. 73 inciso 2° de la Carta Fundamental: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión".

Ahora bien, la referida queja disciplinaria fue declarada sin lugar, sin expresión de causa.

3. Existe, en el tema que nos ocupa, una especial situación, consistente en que, con fecha 5 de junio del presente año, la I. Corte de Apelaciones de Santiago revocó la sentencia de primera instancia dictada en la reclamación tributaria deducida por la contribuyente "Guillermo Verdugo P. Y Cía. Ltda.", en cuanto se rechaza el reclamo interpuesto contra las liquidaciones N° 1038 a la 1040, dejando subsistente la liquidación N° 1041.

Pero el fallo en cuestión además señala que se habría producido un vicio de nulidad que afecta a todo lo obrado en autos, toda vez que la sentencia de primera instancia habría sido dictada por quien carecía de jurisdicción, entendiendo por tanto tácitamente derogados los arts. 6° letra B N° 7 y 116 del Código Tributario, y art. 20 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos. De esta forma, la sentencia concluye que el procedimiento y la misma han sido sustanciado y dictada por autoridades administrativas sin jurisdicción.

Posteriormente, conociendo la Excma. Corte Suprema de un recuso de casación en el fondo deducido por el Fisco contra la sentencia de segunda instancia dictada por la I. Corte de Apelaciones, advirtió, durante el estado de acuerdo, que en la segunda instancia, y consecuencialmente, en el escrito de casación, se había planteado oposición entre disposiciones constitucionales y legales, siendo una materia que debía resolver el Pleno del Excelentísimo Tribunal, competencia que éste aceptó con posterioridad.

El Fisco evacuó el traslado conferido en autos, manifestando que a las normas legales tantas veces citadas se les imputa ser contrarias a la Constitución Política de la República.

La primera disposición constitucional que se vería afectada es el inciso 4° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución, norma que dispone que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta. El Fisco estima que siendo un "hecho imposible de refutar que la facultad que le otorga el art. 116 del Código Tributario al Director Regional para autorizar a un funcionario del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias, no es una comisión especial de ninguna manera y menos en el sentido que le da la disposición constitucional. En efecto, las facultades del Director emanan de la ley, es decir, de las mismas disposiciones que se pretenden insconstitucionalizar y que ya han sido anteriormente transcritas. Es así como el artículo 115 del C.T. le otorga plena competencia al Director Regional para conocer en primera o única instancia, según proceda, de las reclamaciones deducidas por los contribuyentes y de las denuncias por infracción a las disposiciones tributarias; a su vez, el artículo 116 del mismo cuerpo legal, autoriza al Director Regional para que designe a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamos y denuncias. Al respecto debe tenerse presente que en el propio Código Orgánico de Tribunales se reconoce la existencia de tribunales especiales regidos por leyes propias, lo que sucede con los que reglamenta el Código Tributario...".

"La segunda exigencia constitucional, esto es, que el tribunal se halle establecido con anterioridad, es aún más evidente. En efecto, el Tribunal Tributario como tal y el juez sustanciador fueron establecidos por el Código Tributario y por la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos con mucha anterioridad a la ocurrencia de los hechos de los cuales les corresponde conocer. Este hecho le quita al Tribunal todo carácter de comisión especial".

"La otra norma supuestamente infringida sería, según lo señala la resolución de la Corte de Apelaciones, el art. 73 de la Constitución Política de la República, disposición esta que tiene una profunda relación con el inciso 4° N° 3 del art. 19 de la Carta Fundamental. En efecto, esta disposición reitera lo ya dicho por la precitada disposición, es decir, que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley".

"Hemos visto que las disposiciones legales antes citadas establecen claramente los tribunales que deben conocer de ellas".

"En el caso de los tribunales tributarios cuyo juez es la persona autorizada por el Director Regional para conocer y fallar reclamaciones y denuncias (art. 116 D.T.), resulta evidente que no se está ante un juzgamiento efectuado por una comisión especial, sino por el tribunal establecido por la ley y creado con anterioridad al hecho del cual conoce".

"En cuanto a la circunstancia que el Juez Tributario hubiere sido designado con posterioridad a la ocurrencia del hecho del cual conoce, no constituye tampoco una excepción dentro de nuestro sistema judicial. Es así como en el caso de arbitrajes obligatorios los jueces árbitros son designados, por las partes, con posterioridad a la concurrencia de los hechos de los cuales están llamados a conocer, por disposición de la ley".

"Igual cosa ocurre en los casos señalados en los artículos 215 y 217 del Código Orgánico de Tribunales...".

"Ahora bien, la facultad de conocer y fallar las reclamaciones y denuncias que ostenta el Director Regional y su autorización a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias, no solamente está amparada en la ley tributaria –artículos 115 y 116 del Código Tributario–, sino también en el artículo 7° de la propia Constitución Política de la República. Este establece que los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley".

"De acuerdo a lo señalado, el tribunal creado por la ley es el Director Regional y el funcionario dependiente a quien éste autorice. La jurisdicción

-facultad de "decir el derecho" – la ley la radica en el Director Regional y también en el funcionario a quien éste autorice para conocer y fallar reclamaciones y denuncias. No hay por lo tanto "delegación de facultades jurisdiccionales" o "delegación de jurisdicción", ya que el Director Regional no ha traspasado su facultad jurisdiccional, sino sólo ha designado al funcionario destinado a ejercer su propia facultad jurisdiccional prevista en la ley".

VI. Ultimas resoluciones que se han dictado

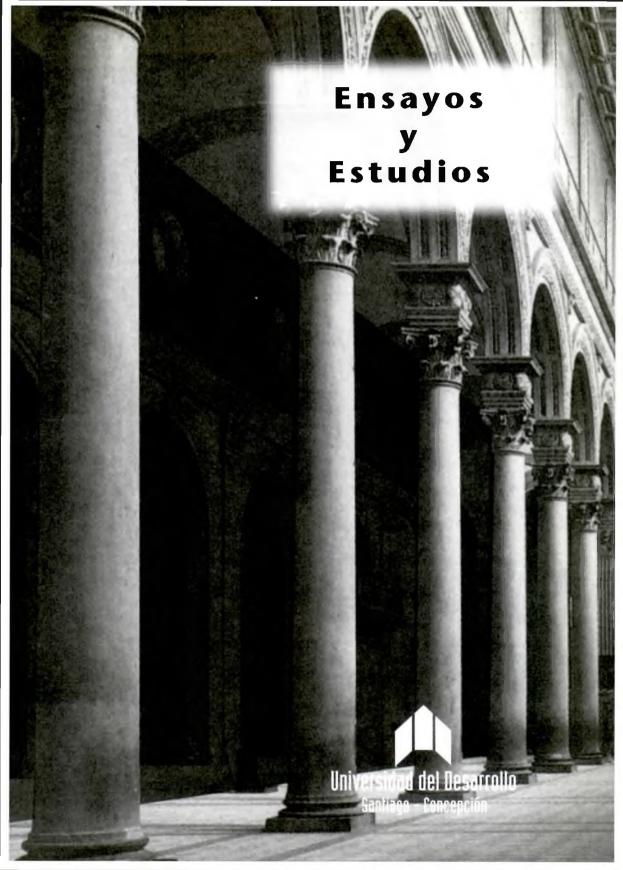
Finalmente, algunas Cortes de Apelaciones del país han dictado resoluciones rechazando las nulidades de derecho público. Puede citarse, al efecto, la sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, en recurso de apelación interpuesto por don Fernando José Maurel Willson, ingreso 2353-01, de 25 de julio del presente año; sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones de La Serena, en recurso de apelación interpuesto por don Raúl Gálvez Muñoz, ingreso 25.065-2001. Ambas sentencias hacen suyos los argumentos esgrimidos por el Fisco.

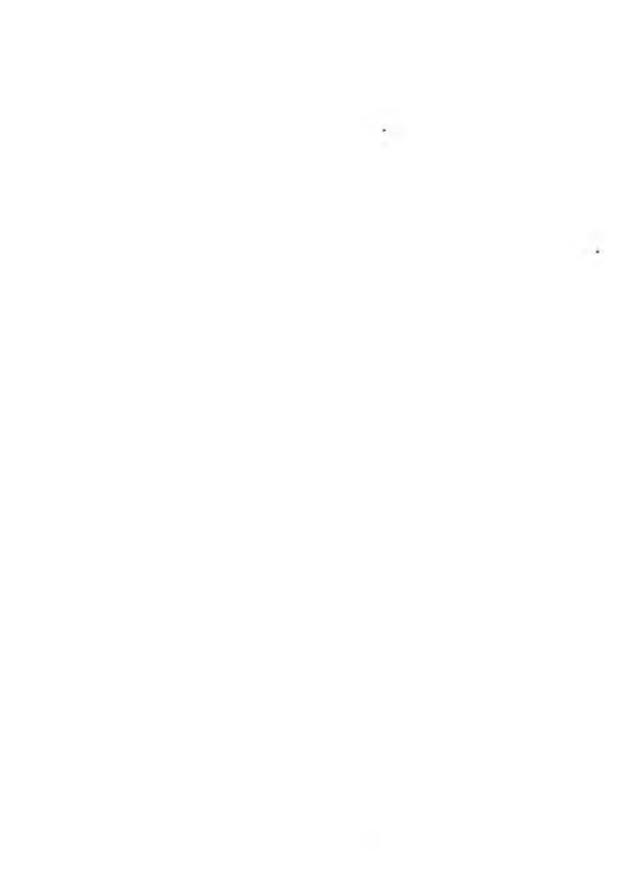
VII. Conclusiones

Reconociendo que se trata de un tema complejo, resulta bastante sustentable la tesis del Fisco, en cuanto a que no se trata de un problema de delegación de jurisdicción, sino de integración del tribunal establecido por la ley. En tal sentido, se tienen diversos casos, tales como los abogados integrantes en las Cortes de Apelaciones y Excma. Corte Suprema, los ministros en visita, los jueces árbitros, etc.

Ahora bien, de prosperar la tesis de la invalidación de los fallos de primera instancia, a juicio del suscrito, "el remedio será peor que la enfermedad", en cuanto a que las facultades jurisdiccionales las tendrían que volver a ejercer los Directores Regionales, esto es, un tribunal lego en derecho, con la segura posibilidad que las sentencias vuelvan a ser técnicamente deplorables, como lo eran antaño.

Evidentemente, se trata de un problema grave, que urge ser resuelto por V.S. Excma., a través del fallo de la inaplicabilidad a que se ha hecho referencia.





Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado

Hugo Rosende Alvarez

Director Departamento Derecho Privado
Profesor de Derecho Civil
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

Para nadie, de los que profesan el derecho, es desconocido que el acto jurídico es el motor que mueve el mundo normativo, cualquiera sea el ámbito que se recorra, ya sea en el derecho público, privado, procesal, civil, comercial, administrativo, laboral, tributario, etc. Sin embargo, el tratamiento de los principios que lo informan es escaso, con excepciones, como la obra del profesor Jorge López Santa María¹ acerca de los contratos. La doctrina mayoritaria se refiere a este tema sólo de manera tangencial al referirse a otros tópicos de su mayor interés. Sin pretender más que insinuar el estudio sobre esta cuestión, nos permitimos dar nuestra visión sobre el asunto.

Por otro lado, nos impulsa a referirnos a los principios que gobiernan el acto jurídico de derecho privado el estímulo, que es a la vez un desafío, dado por nuestro decano a los profesores en orden a modificar los métodos de enseñanza del derecho, a partir de la explicación de los principios que informan las instituciones que se dan a conocer a los estudiantes, para luego prepararlos en las destrezas o técnicas que les permitan aplicar sus conocimientos con creatividad a casos concretos a fin de obtener resultados o soluciones justas y equitativas. Desde esta perspectiva, nuestro intento constituye un ensayo llamado a ser enriquecido por el aporte de los docentes en sus respectivas áreas del quehacer jurídico.

Finalmente este trabajo está dirigido a los alumnos de derecho, animado por el deseo de que sus estudios se simplifiquen y les resulte más entendible el mundo jurídico a la vez que más atractivo su aprendizaje y aplicación. Sea, pues, nuestro propósito el de entusiasmar a los estudiantes en el arduo y apasionante empeño de servir a los demás en el ejercicio de las virtudes que emanan del alma de la toga.

¹ López Santa María, Jorge, Los Contratos. Principios fundamentales de la contratación, tomo I, tercera parte, págs. 233 a 330, y tomo II, págs. 337 a 407. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, 1998.

II. El acto jurídico

La doctrina clásica dice que el acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a producir consecuencias jurídicas, que pueden consistir en crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes, porque la ley sanciona dicha manifestación de voluntad.²

Los franceses enseñan que "el acto jurídico es toda manifestación de voluntad destinada a producir un efecto jurídico, de modificar una situación jurídica.³ Aubry y Rau, refiriéndose a las convenciones dicen que son "un acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto de interés jurídico", es decir, el acuerdo puede tener como finalidad modificar una situación jurídica mediante la creación, extinción modificación de un derecho.⁴

Coviello⁵ define el acto o negocio jurídico como "la manifestación de voluntad, de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van enderezadas a realizar el fin práctico de aquéllas".

Rodríguez Grez⁶ dice que acto jurídico es una regla de efectos relativos, creada por su autor o las partes que concurren a su perfeccionamiento, cuyo objetivo es generar una nueva situación jurídica intersubjetiva, de la cual resulta la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones, y que se integra al ordenamiento jurídico porque cumple con los requisitos que éste establece.

² En este sentido Víctor Vial del Río y Alberto Lyon Puelma en *Actos jurídicos y personas*, volumen primero, "Teoría General del Acto Jurídico", Víctor Vial del Río, Pág. 31. Ediciones Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, tercera edición, año 1998.

³ Henri, Léon y Jean Mazeaud y François Chabas, *Leçons de Droit Civil*, Septiéme, Tomo II, premier volume, edition, page 47, Editions Montchrestien.

⁴ Idem, pág. 47.

⁵ Nicolás Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*. Pág. 344. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1938.

⁶ Pablo Rodríguez Grez, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil Chileno*, págs. 109 a 111. Editorial Jurídica de Chile. Año 1995.

III. Principios que rigen en el acto jurídico de derecho privado

El profesor Ramón Domínguez Aguila ha puesto el acento en la constitucionalización del derecho civil chileno, lo que, en su opinión, ha producido un fenómeno curioso, "porque para proteger los principios, derechos e instituciones propios del derecho privado, se ha utilizado el texto normativo de derecho público por excelencia, que es la Constitución, y así, por medio de ésta y de los medios técnicos que ella proporciona y propios del derecho público, se renueva el derecho privado hasta el punto de introducirse éste en el derecho constitucional o, más exactamente, hasta el punto que el derecho constitucional tiende a abarcar los fundamentos del derecho privado civil y comercial".⁷

Ahondando en su análisis, el mismo autor expresa un reciente artículo⁸ que por constitucionalización del derecho se entiende "por una parte la recepción en la norma fundamental del Estado de Derecho y principios provenientes de las diversas divisiones en que tradicionalmente se separa el derecho, para dotarlos de la protección que entrega esa norma fundamental y, por la otra, la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, para todos los órganos del Estado, incluso sus tribunales, como también para los particulares".

Se da así, desde el punto de vista técnico, un proceso en dos direcciones: "la incorporación a la Constitución de derechos hasta entonces supuestamente privados y el efecto de subordinación que se produce desde la Constitución al resto del ordenamiento".9-10

⁷ El Decano don Pablo Rodríguez Grez, con una dosis de humor y buena cuota de verdad afirma que se ha "civilizado la Constitución". Ramón Domínguez Aguila, "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno", págs. 107 y ss., Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 93, N° 33, 1996.

Ramón Domínguez Aguila, "La Constitucionalización del Derecho", Universidad Finis Terrae, 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001, pág. 37, editor Enrique Navarro Beltrán. Editorial Conosur Ltda. 2001.

⁹ Idem, pág. 38.

¹⁰ Alvaro Ortúzar Santa María, en *El Abuso del Derecho ante la Constitución*, en colaboración con el profesor Enrique Navarro Beltrán, en prensa, págs. 2 y 3, recuerda acerca de la "Constitucionalización del Derecho Civil", que: "Joaquín Arce y Flórez Valdés, catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Oviedo, España, ha escrito dos libros destinados a mostrar las vinculaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional (*Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*, 1990, Editorial Civitas S.A.; y *El Derecho Civil Constitucional*, 1986, misma editorial). El autor español señala: "Derecho Civil Constitucional es sinónimo de Derecho Civil contenido en la Constitución. Supone, por tanto, que el Derecho Civil Constitucional es, en cuanto derecho e inmediatamente, civil; y como ámbito formal, le viene atribuido el documento constitucional". Ortúzar agrega que lo anterior se produce "más que como ámbito formal o de ropaje (...) como expresión valórica y jerárquica, hace que parte importante del Derecho Civil esté tratada en la propia Constitución".

A) Principios constitucionales que atañen al acto jurídico de derecho privado.

Se ha dicho, desde siempre, que la doctrina general de los actos jurídicos es el conjunto de principios y de normas que reglamentan el acto jurídico, en cuanto es una manifestación de la voluntad humana destinada a crear, modificar o extinguir una relación de derecho.¹¹

Entre tales principios de la teoría general, deben rescatarse aquellos que emanan de la Constitución Política de la República de 1980, que se contienen en las bases de la institucionalidad y en los derechos y deberes constitucionales.

En las bases de la institucionalidad se establece: las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común; y es deber del Estado dar protección a la familia, propender al fortalecimiento de ésta y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. (Artículo 1º de la Constitución).

A su turno, los artículos 6° y 7° de la Carta Política consagran el principio de juridicidad o legalidad o de supremacía constitucional. A ello cabe agregar que la soberanía, radicada en los órganos a que se refiere el artículo 5° de la Constitución, tiene por límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.¹²

Entre nosotros, los atributos de la personalidad han sido puestos de relieve con especial vigor en la Constitución de 1980, no porque antes no fueran considerados, sino por la especial eficacia que a ellos confieren el habeas corpus, la acción constitucional de protección o el de amparo económico entre otros. De esta manera, y mirado desde la perspectiva del daño moral como lo ha hecho la jurisprudencia, los atributos de la personalidad y su resarcimiento por la vía del daño moral, no se agotan en la legislación ordinaria, sino que encuentran acogida también en la normativa suprema de la Constitución Política de la República.¹³

¹¹ Avelino León Hurtado, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Pág. 13. Editorial Jurídica de Chile. 1963.

¹² El citado artículo 5° en concordancia con las garantías constitucionales han servido para fundamentar la reparación del daño moral (Ramón Domínguez Aguila, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 93, N° 3, sección derecho, primera parte, págs. 132 y 133. Año 1996), y construir un catálogo de los atributos de la personalidad (Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, págs. 27 y ss., Editorial Jurídica de Chile, año 1990).

¹³ Ramón Domínguez Aguila, "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno", tomo 93, N° 3, 1996, sección derecho, Pág. 132 y cita de la sentencia de 24 de agosto de 1995, R.D. y J., tomo 92, sec. 4³, pág. 161, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, y José Luis Diez Schwerter, El daño extracontractual ante la jurisprudencia Comentarios. Memoria. Universidad de Concepción. Fondo Publicaciones Facultad de Derecho, pág. 84. Concepción. 1995.

Fueyo¹⁴ formula un catálogo de los derechos de la personalidad que los sistematiza en: derechos civiles, derechos políticos y económicos y derechos sociales y culturales.

En lo que se refiere a los derechos civiles, el mismo autor dice que pueden considerarse los siguientes:

1) El derecho a la identidad y a la dignidad personal.

Se expresa en el derecho a nacer o derecho a existir, el derecho a conocer su verdadera filiación o investigación de la paternidad o maternidad, el derecho a la nacionalidad, el derecho al domicilio y el derecho a la capacidad de goce;

2) El derecho a la integridad física.

La integridad física reúne derechos en torno al cuerpo humano, para conservarlo, desarrollarlo, aprovecharlo y defenderlo. Comprende el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la salud, a vivir en un ambiente libre de contaminación y a los medios para preservarlo u obtenerlo, y el derecho a disponer del propio cadáver o de sus partes, o de órganos que se trasplanten, siempre a título gratuito y con fines humanitarios.

3) La integridad espiritual.

Comprende el derecho al honor de la persona y su familia, a la propia imagen, a la intimidad, a toda forma de comunicación privada, a la inviolabilidad del hogar, a la igualdad ante la ley.

4) La libertad.

Son muchas las formas de libertad. Es un derecho esencial y es, al propio tiempo, un don-privilegio el poderla disfrutar. Podría añadirse que al gozar de libertad el hombre es justamente digno. De lo contrario cae en indignidad.

Se hará una enumeración por vía ejemplar:

- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.
- La libertad de conciencia, la libertad de enseñar y cuanto ella incluye.
- La libertad de emitir opinión.
- La libertad de prensa, que involucra las libertades de información y de opinión. El derecho de información se subdivide, a su vez, en derecho a informar (emisor) y en derecho a ser informado (receptor), derecho que supone el libre acceso a las fuentes.
- La libertad de trabajo y su protección.
- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes.

¹⁴ Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Págs. 27 y ss., Editorial Jurídica de Chile, año 1990. Esta clasificación es concordante con la que brinda el derecho internacional en general y las Naciones Unidas en particular.

5) El desarrollo personal y espiritual.

Abarca el derecho a la educación, el derecho a reunirse pacíficamente, el derecho de asociarse sin permiso previo, el derecho a la seguridad social, el derecho de sindicarse, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, el derecho a presentar peticiones a la autoridad, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, el derecho de autor y la propiedad industrial.

6) Los derechos de familia propiamente tales.

Como las relaciones personales entre cónyuges o entre padres e hijos.

El trasfondo de todo se encuentra en el debate nunca cerrado entre el ius naturalismo y las escuelas positivistas. Para los defensores del derecho natural la facultad de autonormarse es originaria, en tanto que para los sequidores de Kelsen está subordinada a la voluntad jurídica estatal.¹⁵

Por otra parte, en el ámbito de los **derechos y deberes constitucionales** se reconocen y garantizan: la igualdad de las personas ante la ley y su no discriminación arbitraria (artículo 19 N° 2); la libertad de iniciativa económica (artículo 19 N° 21), de trabajo (artículo 19 N° 16) y de asociación (artículo 19 N° 15), todo ello inspirado también en el principio de subsidiariedad; el libre acceso al dominio de los bienes (artículo 19 N° 23) y el amparo de la propiedad (artículo 19 N° 24); y el debido proceso (fundado en la confianza de una solución jurídica de los conflictos o controversias a base de un justo y racional procedimiento (artículo 19 N° 3).

De los principios reseñados conviene destacar con Domínguez Aguila¹⁶ que la Constitución ha colocado como centro del derecho a la persona y sus atributos, considerándola como ser humano concreto a diferencia de la concepción civilista tradicional conforme a la cual la persona es un ser abstracto encuadrada en instituciones jurídicas de interés general, como acontece en la nacionalidad, el estado civil, el domicilio, la familia o las incapacidades. Como expresión del cambio de orientación que imprime el ordenamiento constitucional se proclama que: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Se protege así "el derecho a la

¹⁵ Enrique Alcalde Rodríguez, "Persona humana, autonomía privada y orden público económico", Revista Actualidad Jurídica Nº 4, Julio 2001, Páq. 85.

¹⁶ Ramón Domínguez Aguila, "La Constitucionalización del Derecho". Revista Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae, 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001. Pág. 43. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Año 2001.

vida y a la integridad física y psíquica de la persona" (artículo 19 N° 1), lo cual ampara también el cuerpo humano; se da "protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia", (artículo 19 N° 4), más amplia que la "inviolabilidad del hogar" o de la "correspondencia" de la Constitución de 1925. Conforme al nuevo texto se ampara el derecho a la propia imagen configurando una especie de "integridad espiritual de la persona".

A partir de la reforma constitucional introducida por la Ley 18.825, de 1989, y más tarde con la dictación de la Ley 19.585, el concepto de familia, como núcleo fundamental de la sociedad, fue ampliado a extremos no previstos al promulgarse la Constitución de 1980. Esto va a tener incidencia en los actos jurídicos de familia, como por ejemplo los relativos a la patria potestad, y también en la sucesión testada y en la disposición de la cuarta de mejoras, por la incidencia de los efectos unitarios de la filiación.

El principio de supremacía constitucional plantea diversas cuestiones en materia de interpretación. Por un lado, influye en la interpretación de la ley, la cual deberá considerar primeramente lo dispuesto por la Constitución y lo señalado en los tratados vigentes y considerando todos esos factores el intérprete podrá desarrollar el proceso de determinar el sentido y alcance de las leyes.¹⁷

Es de advertir que la interpretación, por la misma razón, se vuelve aun más compleja en los actos jurídicos, sean éstos patrimoniales o de familia, desde que el hecho voluntario debe integrarse en el cuerpo normativo, lo que exige conocer la normas e interpretarlas para que, conforme a ellas, se exprese la voluntad jurídica.

B) Los principios de derecho privado.

1) La igualdad.

El derecho civil clásico resguarda la igualdad de las personas, en forma directa, en un doble sentido: por una parte, consagrando la igualdad entre chilenos y extranjeros en la adquisición y goce de los derechos civiles que regla el Código Civil (art. 57), y por la otra, mediante el establecimiento de incapacidades generales (absolutas o relativas) o de incapacidades especiales o prohibiciones.

¹⁷ Agustín Squella Narducci, *Introducción al Derecho*, págs. 467 a 469, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, recuerda las normas de la Convención de Viena sobre la observancia, aplicación e interpretación de los tratados. Sobre este último aspecto, destaca cuatro principios: la buena fe, el principio del sentido corriente de los términos del tratado, el principio del contexto, y el principio del objeto y fin del tratado.

Así sucede en los actos patrimoniales, en las guardas, en el matrimonio, en la filiación y en el testamento. Todas ellas fundadas en resguardo del interés general o en el estado o calidad de las partes.

La Constitución amplía esta igualdad a todo el ordenamiento en resguardo de la común dignidad de todas las personas. 18 Por otro lado, siguiendo los mismos principios constitucionales de protección de la igualdad en orden a la dignidad y derechos de las personas, el derecho privado ampara al más débil, mediante la exigencia de que se ejecute el acto o se celebre el contrato debidamente informado, lo cual mira a que tales actos o contratos sean justos y las obligaciones que de ellos emanan sean equitativas. Así la buena fe se ve complementada por el principio constitucional de la igualdad.

2) La libertad o autonomía privada.

La autonomía privada o libertad negocial ha sido definida como la facultad que tienen las personas de ejecutar los actos o celebrar los contratos que les plazca y de fijar su contenido, efectos y extinción.

Mirado desde un punto de vista patrimonial, esta autonomía privada es el corolario de los principios de derecho público: la subsidiariedad y la libertad económica.

Sin embargo, esta libertad o autocomando constituye un principio general de derecho que debe armonizarse "con los valores de la escala axiológica, la solidaridad, la justicia y la buena fe". 19

En los actos jurídicos entre vivos, unilaterales o bilaterales, la autonomía de la voluntad debe armonizarse, sin duda, con la escala axiológica, la cooperación o solidaridad, la justicia y la buena fe. También deben reconocerse como aspectos fundamentales de la buena fe: la información veraz y
oportuna, la reserva o secreto sobre aspectos confidenciales y la custodia y
cuidado de los bienes objeto del acto jurídico proyectado o perfeccionado.

En los actos jurídicos mortis causa, la autonomía privada tiene como limitación esencial las asignaciones forzosas y éstas se refieren básicamente a las relaciones de familia, que por mandato constitucional es el núcleo fundamental de la sociedad.

¹⁸ Idem. Pág. 44.

¹⁹ Jorge Mosset Iturraspe. "El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual". Revista de Derecho Privado y Comunitario 17. Responsabilidad Contractual I. Pág. 180. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina, año 1998.

En los actos de familia relativos al menor imperan los principios del superior interés del hijo, y el derecho a conocer la propia identidad, a menos que exista filiación tecnológica o mediante técnicas de reproducción humana asistida, y el principio de igualdad, todos los cuales limitan la autonomía privada de los padres.

Sin perjuicio de todo lo dicho, se mantienen como barreras clásicas a la libertad negocial la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Como necesaria consecuencia de la autonomía privada y del principio de subsidiariedad, la ley es supletoria del contenido del acto jurídico, pues sólo actúa en silencio de las partes o del autor del acto jurídico.

3) El principio de legalidad.

El acto jurídico conforme con el ordenamiento normativo de superior jerarquía se inserta en él,²⁰ adquiriendo validez presuntiva y amparado por el principio de conservación del acto.

Del acto unilateral o bilateral surge la responsabilidad civil en quienes no cumplen las obligaciones válidamente constituidas y en los terceros que atentan contra los derechos legalmente adquiridos.

A su turno, el causante de un vicio del acto jurídico, por hecho o culpa suya o de las personas respecto de las cuales es civilmente responsable, está sujeto al resarcimiento de los daños causados, sin perjuicio de la nulidad que pueda afectar al acto viciado.²¹

El principio de conservación lo explica Trabucchi en los siguientes términos: "El hecho de que existan negocios eficaces no obstante su irregularidad, nos demuestra que el derecho procura evitar en lo posible la nulidad de los mismos". ²² Así, la falta de ciertas menciones en el testamento no lo invalidan (artículo 1026); el error en el nombre solo no invalida la tradición si no hay duda acerca de la persona del tradente o del adquirente (artículo 676). De igual manera, el vicio que se contiene en una cláusula no da lugar necesariamente a la invalidez de la totalidad del negocio. ²³

²⁰ Pablo Rodríguez Grez dice que se inserta como "regla" al ordenamiento jurídico.

²¹ En este sentido, Pablo Rodríguez Grez, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil Chileno*, págs. 203 y 204. Editorial Jurídica de Chile. Año 1995.

²² Alberto Trabucchi, İ*nstituciones de Derecho Civil*, tomo I, pág. 198. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias al derecho español. Año 1967.

²³ Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno*, págs. 79 y ss. Ediar Editores Ltda., segunda edición.

Inspirados en el mismo principio se encuentran la conversión del acto nulo (artículo 1701 inciso 2°) y la ratificación o confirmación del acto nulo (artículos 1684 y 1693 a 1697). Incluso en un caso extremo, la rescisión por lesión enorme permite rescatar la eficacia del contrato después de haber sido declarada la rescisión por sentencia ejecutoriada, o sea, la conservación del acto se impone por sobre la cosa juzgada (artículo 1890).

4) El acceso a los bienes y a la propiedad, y la liberación de deudas o gravámenes

El acto jurídico persigue una finalidad práctica y utilidad. Víctor Vial del Río plantea que "para la doctrina moderna la manifestación de la voluntad persigue sólo un fin práctico, denominado propósito empírico o práctico".²⁴ Este motivo práctico aparece recogido en el artículo 1562, en la interpretación de los contratos, según el cual: "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".

Mas la utilidad no se agota en el campo de la **contratación**, sino que se expresa en otras materias. En algunas manifestaciones de los **modos de adquirir el dominio**, consideradas como actos jurídicos, se observa el mismo criterio: **en la ocupación**, en la caza y la pesca (artículo 607); en la invención o hallazgo (artículo 624), en el descubrimiento de un tesoro (artículo 625); **en la accesión** por adjunción (artículo 657); en la especificación (artículo 662); en la mezcla (artículo 663), y en la tradición (artículos 670 y ss). En todos ellos la voluntad expresada en la aprehensión o entrega buscan como efecto práctico la adquisición del dominio del bien.

De igual modo, en las limitaciones del dominio: en la propiedad fiduciaria (artículo 735), en el usufructo (artículo 766 N° 2 y 3), uso y habitación (artículos 812 y 766), en las servidumbres voluntarias (artículos 880 y ss). También se manifiesta el principio de utilidad en las asignaciones modales (artículos 1089 y ss), en las asignaciones testamentarias (artículos 1064, 1066, 1067 y 1068), en los legados (artículos 1105, 1106, 1107 y 1108). Lo mismo sucede en las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer (artículos 1548, 1553 y 1555), en los modos de extinguirlas: el pago (artículos 1568, 1575, 1591 y 1592), la imputación del pago (artículos 1595 y ss)., la novación (artículos 1628 y ss.), la compensación (artículo 1628) y la resciliación (artículo 1567 inciso 1°). Como se ve, la utilidad está en un goce o en un derecho o en la liberación de obligaciones.

²⁴ Víctor Vial del Río y Alberto Lyon Puelma, *Actos Jurídicos y Personas*, volumen I, Teoría General del acto Jurídico, pág. 32. Lecciones Ediciones Universidad Católica de Chile. Tercera edición. Año 1998. En el mismo sentido Cariota Ferrara, Betti, Lehmann y Enneccerus, Kipp y Wolff, citados por el autor.

La libre disposición de los bienes y su libre circulación.

El principio constitucional que protege la propiedad y sus atributos de uso, goce y disposición es importante en el derecho privado y particularmente en la teoría general del acto jurídico. Ello se ve reforzado con el resguardo que la misma Carta Política establece en orden a no ser privado de la propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social calificada por el legislador (artículo 19, N° 24, inciso 3° C.P.R.). De lo expuesto se sigue que la **libre disposición de los bienes** tiene amparo constitucional y constituye un principio rector del derecho privado.

Los límites de la libre disposición se encuentran en las incapacidades, generales o especiales, y en la ausencia de la facultad de disposición de los meros administradores de bienes ajenos. También puede restringirse la libre disposición mediante el acuerdo de voluntades en tal sentido, bajo la forma de prohibiciones de gravar y enajenar, o de prohibiciones judiciales, sea que estas últimas revistan el carácter de medidas precautorias o de embargos, y, en fin, por la declaración unilateral del propietario.

¿Puede la ley prohibir o condicionar la libre disposición de los bienes? La prohibición es posible siempre que derive de la función social del dominio, la cual comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental (artículo 19 N° 23 de la Constitución).

Sin embargo, esa prohibición obliga al Fisco a indemnizar al afectado, como se ha fallado.²⁵ Distinta es la situación del caso en que la ley condiciona la libre disposición, como acontece con la declaración de bien familiar del hogar común del matrimonio, no obstante haberse discutido su constitucionalidad.

Es interesante el fundamento de la libre circulación, ²⁶ según el cual el propietario puede imponer a sus liberalidades las limitaciones y condiciones que quiera. Pero admitido en toda su extensión este principio, pugnaría con el interés social, ya embarazando la libre circulación de los bienes, ya amortiguando aquella solicitud en conservarlos y mejorarlos, que tiene su más poderoso estímulo en la esperanza de un goce perpetuo, sin trabas, sin responsabilidades, y con la facultad de transferirlos libremente entre vivos y por causa de muerte. Por eso se prohíben los

²⁵ Comunidad Galletué con Fisco. Corte Suprema 07 de agosto de 1984, casación en el fondo, RD y J. Tomo 81, II, 5ª, Págs. 181-189.

²⁶ Mensaje del Código Civil Chileno.

usufructos y fideicomisos sucesivos, no se atiende en la sucesión intestada al origen de los bienes para gravarla con reservas o restituciones, ni se considera en ella al sexo ni a la primogenitura. Se sustituyen los mayorazgos y vinculaciones por capitales acensuados y se limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, a cuyo transcurso se tendrán estas por fallidas si no acaece el hecho futuro e incierto previsto por las partes o la ley.

Las ideas del Mensaje trasuntan el pensamiento libertario de Jovellanos, recogido por Bello.²⁷ Aquel, quien a fines del siglo XVIII elogiaba la libertad diciendo: "Este principio está primeramente consignado en las leyes eternas de la naturaleza, y señaladamente en la primera que dictó al hombre su omnipotente y misericordioso Criador, cuando, por decirlo así, le entregó el dominio de la tierra. Colocándolo en ella, y condenándolo a vivir del producto de su trabajo, al mismo tiempo que le dio el derecho de enseñorearla, le impuso la pensión de cultivarla, y le inspiró toda la actividad y amor a la vida que eran necesarios para librar en su trabajo la seguridad de su subsistencia. A este sagrado deber debe el hombre su conservación y el mundo su cultura. El solo limpió y rompió los campos, descuajó los montes, secó los lagos, sujetó los ríos, mitigó los climas, domesticó los brutos, escogió y perfeccionó las semillas y aseguró en su cultivo y reproducción una portentosa multiplicación de la especie humana".

5) El principio de la confianza

a) La confianza se basa en la fidelidad. En el ámbito de las obligaciones se advierte este enfoque en la noción de derecho personal o de crédito, que es el "credere", o sea, la creencia del acreedor de que el deudor cumplirá su obligación.²⁸

²⁷ Véase "Las actuales orientaciones del Derecho". Conferencias pronunciadas por catedráticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Pedro Lira Urquieta, *Nuevas orientaciones en materia de dominio y de sucesiones*. Págs. 65 y 66. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. Año 1942.

²⁸ Hugo Rosende Subiabre. "Modificaciones legales introducidas en materia de prelación de créditos", en *Modificaciones legales del sexenio 1973 – 1979*, Tomo I, Facultad Derecho Universidad de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1979. Pág. 11. El autor explica que en la última etapa de la obligación en Roma "merced al esfuerzo de los plebyos, se sustituye la afectación del patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación, por el deber moral de realizar lo pactado. En estas circunstancias, se dice que el acreedor hace fe en el deudor y la obligación en este período ya no se identifica con un deudor encadenado, sino con el crédito o confianza que el acreedor deposita en el obligado". Agrega el mismo profesor y entonces Decano: "La influencia de esta última etapa romana ha sido tan fuerte, que aún en nuestro Código Civil no se advierte una definición de obligación, sino de los créditos...". Concluye: "Esta peculiaridad de nuestro Código Civil constituye, pues, un resabio histórico de la tendencia moralizadora anotada, y tal vez, como la tentativa, casi inconsciente, de suavizar la radicación absoluta de la responsabilidad contractual en el patrimonio...".

La misma idea aparece en los contratos de mandato, en que el mandante confía la gestión de uno o más negocios a otro (artículo 2116); en las sociedades de personas (artículos 2053 y ss.) o en el contrato que envuelve la facultad de representación o que es de exclusiva confianza. Por último, en las obligaciones de hacer, en que se atiende a la aptitud personal del deudor, la confianza ocupa un papel fundamental.

b) La veracidad.

Es un factor ineludible de la confianza. En el acto jurídico la falta de verdad puede viciarlo o generar responsabilidades, como acontece con el error, la fuerza o el dolo, este último en sus vertientes de dolo principal e inductivo o de dolo incidental. Conspira también contra la veracidad la figura de la simulación, en sus modalidades de simulación absoluta, relativa, o por interposición de personas.

En todas ellas prevalece el engaño concertado entre los partícipes, ya sea con afán altruista o de caridad discreta o guiado por propósitos indebidos o subalternos en perjuicio de terceros. De allí su clasificación en simulación lícita e ilícita.

No es irrelevante considerar la verdad como principio del acto jurídico. Ya el legislador procesal le asigna una función destacada en la apreciación comparativa de los medios de prueba, cuando entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, ordena a los tribunales preferir la que crean más conforme a la verdad (artículo 428 C.P.C.). De este modo, la decisión del conflicto judicial a través del acto jurídico procesal por excelencia, como es la sentencia definitiva, ha de apoyarse en la verdad con el efecto de cosa juzgada, verdad jurídica indiscutible e inamovible para la solución de una controversia particular.

c) La buena fe.

No sólo es un principio general de derecho, sino un elemento inherente a los actos jurídicos, expresándose en la formación de la voluntad o del consentimiento, durante la ejecución del acto jurídico y en el período poscontractual.

Cierto es que se ha puesto el énfasis de la buena fe en el cumplimiento de los contratos, fundado en el artículo 1546 del Código Civil. Sin embargo, ello no excluye la manifestación de la buena fe en otras etapas del acto jurídico anteriores, coetáneas y posteriores a él.

En la etapa previa a la formación del acto jurídico, la buena fe, o mejor dicho, la falta de ella, puede dar origen a la responsabilidad precontractual tanto en las tratativas como con ocasión de la oferta. En el perfecciona-

miento del acto jurídico la buena fe de aquel con quien erradamente se ha contratado y a consecuencia de lo cual se declaró nulo el acto jurídico por error en la persona, le da derecho a ser indemnizado. La antítesis por antonomasia de la buena fe, el dolo, puede constituir un vicio del consentimiento que acarree la nulidad del acto o ser fuente de responsabilidad civil por la comisión de un acto ilícito. La mala fe, fundada en el dolo, agrava la responsabilidad contractual, ampliando la gama de los perjuicios indemnizables, y en la etapa extra o poscontractual da origen a la responsabilidad civil.

La buena fe subjetiva y objetiva

La buena fe subjetiva es tratada en la posesión, donde se la define como "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio" (artículo 706, inciso 1°). Lo anterior se hace extensivo a las cosas corporales e incorporales, y entre estas últimas a los derechos reales y personales, por mandato constitucional. Ello ha hecho decir a Domínguez Aguila que existe una propietarización del derecho.

La buena fe subjetiva ha de existir al tiempo de perfeccionarse el acto jurídico, lo cual incide en los vicios del consentimiento y también en el ejercicio de la acción de nulidad, como lo demuestra el artículo 1683 del C.C. al impedir el ejercicio de la acción de nulidad absoluta al contratante que ejecutó el acto o celebró contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Lo propio acontece con el incapaz que ha ocultado dolosamente su incapacidad en razón de la edad (artículo 1685). Lo mismo ocurre, desde otro ángulo, con la invocación del error de derecho para fundar la nulidad del acto en razón de un vicio del consentimiento por esa causa. El artículo 1452 del C.C. no permite la invocación del error de derecho como vicio de la voluntad.

Desde un punto de vista objetivo, la buena fe exige un comportamiento leal y honesto en el íter precontractual, contractual y poscontractual. El contenido de esta clase de buena fe comprende los deberes de comportarse verazmente, mediante información real y oportuna, de custodia de los bienes objeto de negocio y de reserva o secreto respecto de asuntos confidenciales.

En la interpretación del acto jurídico, específicamente en los contratos, la buena fe no sólo obliga a lo que en ellos se expresa, sino también en todo aquello que por la naturaleza de la obligación, la ley o la costumbre se entiende pertenecer a ella (artículo 1546).

Es cierto, como lo afirma Ducci Claro, ²⁹ que aunque la ley no lo diga, la buena fe es una regla de interpretación del acto jurídico.

d) Apariencia, publicidad y protección de terceros. La inoponibilidad.

• Apariencia.

Atendido a que al derecho le interesa la manifestación externa de la voluntad y los hechos ostensibles o cuya existencia se acredita, es frecuente que la realidad se confunda con la apariencia.

En el extremo se llega a aceptar la apariencia aunque ella no coincida con la verdadera realidad. De allí surge el aforismo "error communis facit ius", el error común hace derecho. Son expresiones de ello la habilidad putativa de un testigo del testamento (artículo 1013), el pago hecho de buena fe al que estaba entonces en posesión del crédito (artículo 1576 C.C.), las reglas de las contraescrituras (artículo 1707), o la identificación por vía de presunción del poseedor con el dueño (artículo 700).

• La publicidad y la protección de terceros.

En el ámbito de las formalidades ocupa un lugar preponderante la formalidad noticia o de publicidad en resguardo de los derechos de terceros. Su expresión más relevante se encuentra en la teoría general de la simulación, que el Código Civil recoge de manera indirecta al referirse al valor de las contraescrituras, sean éstas privadas o públicas (artículo 1707).

El régimen conservatorio de la propiedad raíz, así como los del Registro Civil y demás especiales persiguen entre sus funciones la publicidad de los actos registrados. Ello con el objeto de poner a la vista de todos las mutaciones, cargas y divisiones sucesivas de los bienes, las garantías reales cimentadas sobre la base sólida, el crédito vigorizado y susceptible de movilizarse, según las ideas de Bello en el Mensaje del Código Civil, así como todo lo concerniente a las personas y sus relaciones de familia.

Lo propio acontece con la naturaleza de los instrumentos, los públicos o auténticos, con pleno valor por su publicidad y formalidades que rodean su otorgamiento. Los privados, carentes de valor por falta de publicidad y de formalidades que garanticen su autenticidad, salvo que salgan a la luz o sean reconocidos o mandados tener por reconocidos (artículo 1702).

²⁹ Carlos Ducci Claro, La Interpretación Jurídica. Pág. 204. Editorial Jurídica de Chile. Año 1977.

• La inoponibilidad.

Pasa a ser la sanción por excelencia de aquello que permanece oculto o que vulnera derechos de terceros.

En palabras de Bastian, es la ineficacia respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico.³⁰

Las inoponibilidades se dividen en formales y de fondo. Las primeras son por falta de fecha cierta, por ignorancia o incertidumbre acerca del suscriptor del documento privado o por falta de publicidad. Las segundas, de fondo, son por falta de consentimiento, por fraude, lesión de derechos adquiridos, lesión de asignaciones forzosas y por simulación.

e) La diligencia.

La regla general indica que las personas deben comportarse conforme a un buen padre de familia, que al tenor del artículo 44 del Código Civil supone no incurrir en culpa leve, esto es, la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Sin embargo, ese grado de diligencia es menos exigente si los actos jurídicos sólo favorecen al acreedor (culpa lata) o es más exigente si sólo beneficia al deudor (culpa levísima), según el artículo 1547 del C.C.

f) La información.

Como criterio común, no es admisible alegar falta de información o desconocimiento del derecho, por mandato del artículo 8° del Código Civil, discutiéndose si la alegación del error de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario (artículo 706 inciso final). Con todo, hay excepciones en que esa alegación es admisible, como acontece en el pago de lo no debido (artículos 2297 y 2299), el mero error de derecho no es obstáculo para demandar la declaración de nulidad absoluta (artículo 1683) o en materia penal, porque en esa sede no hay responsabilidad criminal por presunción de derecho.

Pero obrar a sabiendas, con pleno conocimiento de lo que se hace en los casos de ilegitimidad, trae consecuencias jurídicas. Sucede así cuando se da o paga algo en razón de un objeto o causa ilícitos a sabiendas, pues el legislador dispone que no hay entonces derecho a reembolso (artículo 1468) e impide a quien actuó a sabiendas el ejercicio de la acción de nulidad absoluta (artículo 1683).

³⁰ Bastian, *Ensayo de una teoría general de la inoponibilidad*, París, 1927, pág. 3, citado por Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, Parte general, tercera edición. Editorial Nascimento. Pág. 447. Santiago, Chile, 1961.

La falta de información, o la información equivocada o falseada, puede viciar el consentimiento por error o dolo, y en caso de amenaza, por fuerza, con el subsecuente vicio de nulidad o fuente de responsabilidad civil. Lo mismo ocurre en los vicios redhibitorios o en la compra de cosa propia o en la evicción de la cosa adquirida u objeto del contrato de mera tenencia, siendo de advertir que por la rescisión del acto jurídico por vicios redhibitorios o por evicción, desaparece el vínculo jurídico por el incumplimiento del deber de información y origina responsabilidad civil.

La buena fe exige dar información veraz y oportuna sobre el objeto de la contratación. La falta de este deber puede dar origen a responsabilidad civil o producir, eventualmente, la nulidad del acto jurídico proyectado. Incluso es un impedimento para la retractación, lo que significa que el responsable de la omisión no puede asilarse en la información omitida para desistirse del acto jurídico proyectado, cualquiera sea la etapa de formación del consentimiento en que se encuentre. La doctrina de los actos propios, resumida en el axioma "venire cum factum proprium non valet",31 "no vale volverse contra los propios actos", constituye una barrera insoslavable en esta materia. Iqualmente lo es el brocardo "Memo auditur propriam torpetuninem allegans o nemo auditur propriam impidinem allegaris", "nadie puede aprovecharse de su propio dolo, negligencia o torpeza". Este postulado se advierte en la interpretación de las cláusulas ambiguas de los contratos cuando esa ambigüedad obedece a la falta de una explicación que debió darse, en cuyo caso la estipulación se interpreta en contra del redactor (artículo 1566), en la confección de inventarios en que de mala fe se omite hacer mención de cualquiera parte de los bienes, priva del beneficio de inventario (artículo 1256).

5) La temporalidad. La irretroactividad.

Por regla general, los actos jurídicos producen efectos hacia el futuro y no tienen efecto retroactivo. Lo anterior es sin perjuicio de las modalidades que en ellos se pacten o establezcan. Así, las condiciones –suspensivas o resolutorias– tienen efecto retroactivo. Pero en este caso la retroactividad se vuelve a la época de celebración del acto jurídico (artículos 1070, 1071, 1072, 1473, 1487, 1488 del C.C.). Otro tanto acontece en la resciliación, ³² que opera hacia el futuro y no con efecto retroactivo, como también la terminación por incumplimiento de las obligaciones, en el contrato de tracto sucesivo, porque los derechos y obligaciones nacen y se extinguen con el transcurso del tiempo.

³¹ Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, VIII La doctrina de los actos propios, págs. 307 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1990.

³² Arturo Alessandri Rodríguez, T*eoría de las Obligaciones*, pág. 275, tercera edición. Zamorano y Caperán. 1939.

Por excepción, el acto jurídico tiene efecto retroactivo, por disposición de la ley (confirmación o ratificación de la venta de cosa ajena) o por voluntad de las partes.

7) La territorialidad.

Los actos jurídicos pueden ser: entre vivos o por causa de muerte.

Los actos entre vivos se rigen en cuando a sus requisitos externos por la ley del lugar de su otorgamiento o celebración, salvo que la ley chilena exija instrumento público, en cuyo caso aunque el acto se otorgue en el extranjero prevalece la formalidad prescrita por la ley chilena (artículo 18). Asimismo, los efectos de esos actos a producirse en Chile se regirán por las leyes patrias (artículos 16).

Los actos mortis causa se rigen en cuanto a las formalidades externas por la ley del lugar en que han sido otorgados, locus regit actum, la ley del lugar rige el acto (artículo 1027), salvo que se trate de testamentos otorgados en país extraño por chilenos o extranjeros domiciliados en Chile de conformidad con la legislación chilena (artículo 1028). Los efectos del testamento se producen en la forma establecida en el artículo 955 del C.C.: "La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvas las excepciones legales".

8) La prueba.

Los actos entre vivos pueden ser consensuales, reales o solemnes. Los consensuales tienen, para los fines de la prueba, la limitación de la prueba testimonial, en los casos que contengan la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias, pues éstos deben constar por escrito y no es admisible la prueba de testigos (artículos 1708, 1709 y 1710). Se exceptúan los casos en que exista un principio de prueba por escrito o en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en el Código Civil y en los Códigos especiales. Por ejemplo, en el depósito necesario (artículo 2237). En los reales rigen las mismas normas, con el agregado de tener que demostrarse la entrega o tradición de la cosa, sin la cual el acto jurídico no se perfecciona (artículo 1444). En los solemnes, el acto o contrato se prueba precisamente por el cumplimiento de la solemnidad prevista en la ley y no es posible obviarla bajo la promesa futura de cumplir esa formalidad ni aun bajo la garantía de una cláusula penal (artículo 1701).

- 9) El principio de no dañar injustamente a otro y su efecto en la responsabilidad civil.
- a) El principio romano de "Neminem laedere o alterum non laedere", traducido en el aforismo de "no dañar a otro", es un criterio rector de la doctrina del acto jurídico y de la responsabilidad civil.
- i) En la etapa de **formación del consentimiento**, los daños indemnizables pueden producirse **en las tratativas o negociaciones preliminares**, con motivo de la ruptura unilateral de ellas en forma arbitraria o intempestiva, fundada en la culpa *in contrahendo* con violación del deber de buena fe, siendo de tipo aquiliana la naturaleza de esta responsabilidad.
- ii) En la oferta, su retractación tempestiva da derecho al destinatario de ella a ser resarcido en los gastos, daños y perjuicios sufridos (artículo 100 del C. de C.). Es éste, en nuestra opinión,³³ un caso de responsabilidad legal regida por las reglas generales de la responsabilidad contractual.³⁴ La aceptación extemporánea impone al proponente el deber de aviso de su retractación (artículo 98 inciso final C. de C.) y es otro caso de responsabilidad legal.
- iii) En el **contrato preparatorio**, el incumplimiento de obligaciones da origen al resarcimiento de daños según las reglas de la responsabilidad contractual.
- iv) En el **perfeccionamiento del acto jurídico** se puede originar la nulidad del mismo por error, fuerza o dolo. Además puede engendrar la responsabilidad civil, como acontece en el artículo 1455 sobre error en la persona o en el artículo 1458 sobre el dolo incidental.
- v) En el testamento, la fuerza lo anula en todas sus partes (artículo 1007); o es indigno de obtener provecho del testamento aquel que por fuerza o dolo obtenga una disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar (artículo 968 N° 4) o el que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la obtención u ocultamiento (artículo 968 N° 5).
- vi) En los efectos del acto jurídico, en las obligaciones de dar (1548), de hacer (1553) y de no hacer (1555) hay responsabilidad civil, todo lo

³³ En este sentido Arturo Alessandri Rodríguez y Luis Claro Solar.

³⁴ Pablo Rodríguez Grez en su libro sobre *Résponsabilidad Extraconctual*, pág. 59, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, y Carlos Ducci Claro en *Responsabilidad Civil*, págs. 22 y 23, Editorial Jurídica de Chile, año 1971, piensan distinto, porque sostienen que la responsabilidad aquiliana es la regla general en materia civil.

cual debe entenderse, según el caso, relacionado con el artículo 1489 del C.C.

vii) En el período **poscontractual**, también hay responsabilidad civil si hay ofensas a la persona del ex contratante o no se guarde el secreto o confidencialidad debida o se infringen las prohibiciones pactadas.

b) El abuso del derecho.

Esta figura se presenta en el ejercicio de los derechos y en la relatividad de los mismos. Alessandri³⁵ lo considera como acto ilícito (delito o cuasidelito civil). Rodríguez Grez distingue entre abuso del derecho, el abuso circunstancial, el abuso de posición y el abuso de contratación. El primero es un acto abusivo "que consiste en ejercer un derecho subjetivo al margen de los intereses jurídicamente protegidos por el derecho objetivo, u obteniendo un provecho que sobrepasa este interés, sea o no intencionalmente, como consecuencia de romper el equilibrio original que prevalecía entre el sujeto activo y el sujeto pasivo al momento de gestarse la relación jurídica subjetiva y en el cual se fundan los derechos y obligaciones en que ella se resuelve".³⁶

El segundo, esto es, el abuso circunstancial, lo explica diciendo: "El abuso puede tomar la forma de "circunstancial" cuando los intereses jurídicamente protegidos se hacen valer en un escenario fáctico distinto de aquel en que el derecho subjetivo se constituyó, de modo que el beneficio que obtiene es sustancialmente superior o inferior al que habría correspondido en la misma hipótesis originalmente. En este caso existe un derecho subjetivo y por consiguiente hay un interés amparado por la norma. El agente hace valer su pretensión en el contexto existente, alcanzando un provecho desmedido o disminuido. Lo que sucede es una alteración en el contenido de la "prestación" en la cual se concreta el mencionado interés". 37

El tercero, o abuso de posición, se plantea "cuando los sujetos ligados a una relación subjetiva cambian, en el curso de su desarrollo, los "roles" que a cada uno correspondían al momento de gestarse la mencionada relación". ³⁸ Por ejemplo, artículos 423 y 662 del C.C. y otros casos en legislaciones especiales.

El cuarto se refiere al abuso de contratación.³⁹ Este abuso se confunde con el "fraude a la ley". Se caracteriza por "la celebración de una serie de con-

³⁵ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno.* Pág. 261, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, año 1943.

³⁶ Pablo Rodríguez Grez, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Pág. 78. Editorial Jurídica de Chile, año 1998.

³⁷ Idem, pág. 87.

³⁸ Idem, pág. 95.

³⁹ lbíd., págs. 102 y 103.

venciones (dos o más), independientemente lícitas y regulares, pero cuyos efectos en conjunto y combinados eluden el espíritu de la ley. ⁴⁰ Alvaro Ortúzar ⁴¹ dice: (...) "los elementos constitutivos y la sanción al abuso del derecho encuentran fundamento a nivel constitucional y, particularmente, en la represión a las conductas arbitrarias; ya sea imputables a la autoridad o a los particulares".

c) La imprevisión o la resolución o terminación por excesiva onerosidad sobreviniente.

Diversos autores nacionales se han ocupado de este tema, entre los cuales, se debe mencionar a los señores Lorenzo de la Maza Rivadeneira, Jorge López Santa María, Juan Carlos Dörr Zegers y Pablo Rodríguez Grez. Por excepción, la justicia arbitral ha acogido la imprevisión en fallos de don Carlos Urenda Zegers⁴² y Claudio Illanes Ríos,⁴³ respectivamente.

- d) En las distintas formas de **inoponibilidad**, en razón de verse afectados los derechos válidamente adquiridos, se observa como fundamento el principio de no causar daño a otro injustificadamente o de manera injusta. Así acontece en la inoponibilidad por lesión de derechos adquiridos, como lo expresa el artículo 1723 sobre pactos sustitutivos del régimen matrimonial; o en el fraude a la ley o el fraude pauliano (artículos 11 y 2468); o en la lesión de las asignaciones forzosas, que es posible revertir mediante el ejercicio de la acción de reforma del testamento (artículos 1216 y ss.).
- e) En el enriquecimiento sin causa, con vastas expresiones en la contribución a la deuda: como en el pago efectuado al acreedor por un tercero distinto al deudor (artículos 1572 a 1575 y 2291); en las obligaciones solidarias (artículos 1522 y 2370), en la fianza (artículo 2370), en la hipoteca (artículos 2429 y 2430), en la sociedad conyugal mediante el pago de recompensas (por ejemplo: artículos 1735 N° 3 y 4; 1726; 1731, etc.) y el régimen de participación en los gananciales (artículos 1792-8 N° 6 y 7), en las prestaciones mutuas (artículos 904 y ss.); en la responsabilidad por el hecho ajeno; en la accesión (artículos 657 y ss.); en las bajas generales de la herencia (artículo 959), etc.

f) La lesión enorme.

La lesión enorme ha sido descartada por el legislador civil como vicio del consentimiento, manteniéndose en el ordenamiento jurídico como vicio objetivo en siete casos: en el contrato de compraventa de bienes raíces

⁴⁰ Véase Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. VIII. El fraude de la ley. Págs. 363 y ss. Editorial Jurídica de Chile, año 1990.

⁴¹ Alvaro Ortúzar Santa María, El abuso del derecho ante la Constitución. Pág. 4. Documento en prensa, que hemos recibido por gentileza de su autor.

^{42 &}quot;Sociedad Inversiones Monaco Ltda."

^{43 &}quot;Constructora La Aguada con Emos S.A."

(artículos 1888 y ss.), en la permuta de inmuebles (artículo 1900), en la cláusula penal enorme (artículo 1544), en la aceptación de una herencia o legado (artículo 1234), en la partición de bienes (artículo 1348), en el mutuo y operaciones de crédito de dinero con intereses excesivos (artículo 2206 C.C. y 8° de la ley 18.010) y en la anticresis (artículo 2443).

El legislador sanciona la lesión enorme con la rescisión de los actos o modificando la magnitud de la prestación devolviendo al acto jurídico su primitiva conmutatividad o evitando los excesos.

g) El ilícito en el acto jurídico.

El ilícito se resume en el incumplimiento de la prestación debida por no haberse empleado la diligencia exigida por el acto jurídico y la naturaleza de la obligación.

El incumplimiento puede obedecer al hecho personal de la parte o del autor del acto jurídico o a la acción u omisión, dolosa o culpable, de la persona o las personas bajo su dependencia y cuidado. En este caso hay responsabilidad objetiva del tercero civilmente responsable, sin perjuicio de su derecho a repetir en contra del autor del daño por acción u omisión.

8) El principio del efecto relativo y del efecto absoluto.

a) El acto jurídico unilateral entre vivos, como la oferta o la declaración unilateral de voluntad, impone deberes al que la expide y protege a los destinatarios de ellas, de suerte que en el evento de incumplimiento de tales deberes por el oferente, el destinatario puede reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios.

El acto jurídico mortis causa, por excelencia, es el testamento, el cual produce efectos a la muerte del testador o a la época de acaecimiento del plazo o la condición prevista en la asignación. La aceptación del asignatario hace producir todos los efectos queridos por el testador a su respecto.

- b) En los actos jurídicos bilaterales los efectos se radican en las partes y por extensión en sus herederos o cesionarios. Es el denominado efecto relativo, como los acreedores y legatarios o sucesores a título singular.
- c) El efecto absoluto consiste en que celebrado el acto jurídico conforme al ordenamiento legal, se inserta aquél como regla obligatoria en el sistema jurídico debiendo ser respetado por todos y sin interferencias. El desconocimiento del acto jurídico o los derechos y obligaciones que de él emanan o el atentado a él o sus consecuencias, dan derecho a los afectados a reclamar el correspondiente resarcimiento.

Al concluir estas consideraciones, es nuestro deseo que la revisión de los principios del acto jurídico permitan abrir camino a la justicia mediante la creación jurídica, siguiendo las huellas abiertas por los talentos de los maestros del derecho civil que nos antecedieron y de cuyos ejemplos guardamos viva memoria en nuestros corazones.



Los organismos de la defensa de la competencia

Olga Feliú de Ortúzar

Consejera del Colegio de Abogados de Chile A.G.

PRIMERO

I. Antecedentes

1. Para la teoría económica, **libre competencia** es sinónimo de mercado perfecto, que es aquel en que la oferta y la demanda revisten los caracteres de atomicidad y fluidez. Existe la atomicidad, tanto en la oferta como en la demanda, cuando ninguno de los concurrentes al mercado influye en las cantidades ofrecidas o demandadas, y, por tanto, en la fijación del precio. La fluidez en la demanda y en la oferta está dada por la posibilidad de desplazamiento de los concurrentes entre sí, por la posibilidad de selección libre de las partes que van a concurrir en la transacción.

Los mercados imperfectos son aquellos en que falta alguna de las condiciones o características antes señaladas.

Si la atomicidad falta en la oferta, se puede presentar el régimen imperfecto de "monopolio": el oferente es uno solo; y de "duopolio" u "oligopolio", en que los oferentes son dos o poco más. En estos casos uno solo, o sólo unos pocos, influyen en la formación de los precios.

Si la falta de atomicidad ocurre en la demanda, se produce el "monopsonio", en que hay un solo demandante; el "duopsonio" u "oligopsonio", en que hay dos o poco más interesados en adquirir el bien o servicio.

La imperfección de los mercados o su falta de fluidez se puede presentar en diferentes casos y obedecer a múltiples causas. Algunas causas son naturales, como ocurre con los fenómenos climáticos, la distancia, etc. También puede deberse a obra de los hombres.

En todos los casos recordados se señala que hay mercado imperfecto o de competencia monopólica.

En el mercado perfecto los precios se forman en libre competencia. En estos mercados el precio se fija o determina en lo que se llama nivel óptimo, que corresponde al costo medio de la empresa eficiente.

Por diferentes causas en las sociedades modernas no existen mercados perfectos respecto de todos los bienes y servicios. Por diferentes razones ello es así. Desde luego existen ciertos privilegios del Estado o derivados de las patentes comerciales y de invención, o prohibiciones de ciertas actividades.

Además, si la imperfección del mercado no es pronunciada, los precios se forman de manera similar a un mercado perfecto.

Nuestro legislador primero y nuestra Carta Fundamental en la actualidad, protegen un régimen de formación de precios en que exista competencia y en que las cantidades que se transen sean las máximas. En un régimen que funcione de esta manera el nivel de precios será el óptimo o el más cercano a éste.

La Carta Fundamental garantiza el sistema antes recordado a través de diferentes normas. En primer término, asegura a las personas –naturales y jurídicas– la libertad económica, el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas. Sólo es posible limitar el ejercicio de este derecho por ley, ninguna autoridad administrativa puede disponerlo y, en todo caso, no podrá afectarse al derecho en su esencia. También protege el constituyente la libertad de asociación, la libertad de emprender cualquier trabajo, su libre elección y contratación, la no discriminación en los empleos, la afiliación voluntaria a gremios o sindicatos, la no discriminación en materia económica, las limitaciones al rol empresarial del Estado y, en todo caso, que éste sea sometido al derecho común cuando lo asume.

El carácter constitucional de estas normas asegura que la ley de la competencia se aplique en forma igualitaria tratándose del Estado o de los particulares.

La libertad de los oferentes para producir y entregar sus productos y servicios al mercado y la libertad de acceso y elección de los demandantes respecto de tales productos y servicios las protege el legislador sancionando las conductas que las afecten. Las normas pertinentes se engloban en el concepto de normas de "protección de la libre competencia".

Para proteger la libre competencia el legislador sanciona, en general, todo hecho, acto o convención que tienda a impedir, eliminar o entorpecer la libre competencia, entendida ésta como ya se señaló.

La libre competencia en nuestro país ha tenido un cambio y un desarrollo fundamentales. De una economía socialista, sin competencia externa, con prohibiciones de importación, prohibiciones y regulación de todas las actividades económicas, el país ha pasado a ser abierto al mundo, con bajos aranceles y garantía de las actividades económicas, libertad de trabajo y no discriminación, amparados por la Carta Fundamental. Ha sido consecuencial que la protección a la libre competencia, preventiva y sancionatoria, haya adquirido, igualmente, un desarrollo y una dimensión diferentes. Progresivamente, las transgresiones graves y evidentes a la competencia se han transformado en formas sutiles y sofisticadas de alteraciones de mercado.

Las normas para defender la libre competencia, ya sea para impedir que se consumen sus atentados o, en su caso, sancionar sus contravenciones, nacieron en el año 1959 con la aprobación de la Ley N° 13.305, modificada luego por la Ley N° 15.142 (1963). En 1973, junto con la apertura de la economía del país, se aprobó el Decreto Ley N° 211, vigente hasta la fecha con modificaciones.

El examen y balance de esas normas, y de la aplicación que han hecho de ellas los organismos llamados a protegerlas, es altamente positivo. Los organismos de que se trata poseen estructuras pequeñas, de costos no elevados. Sin embargo, las transformaciones experimentadas, tanto en la libre competencia cuanto en la mayor complejidad de sus atentados obligan a estudiar los cambios que debieran introducirse. Se esbozarán modificaciones posibles en cada uno de los temas relevantes sobre la defensa de la libre competencia.

SEGUNDO

II. Perfeccionamientos del sistema vigente

2. Conductas contrarias a la libre competencia.

Los hechos, actos o convenciones que **tiendan** a impedir la libre competencia dentro del país pueden revestir las más diversas formas jurídicas. Generalmente tales hechos o actos, que en muchos casos no son aislados sino un conjunto y/o sucesión de ellos, considerados por sí mismos, son lícitos; su ilicitud arranca, o tiene su origen, en la finalidad que persiguen de impedir la libre competencia.

Es por ello que es una tarea difícil dictar normas que de manera prolija y cierta describan las conductas reprochables.

Las normas que actualmente protegen la libre competencia están contenidas básicamente en el Decreto Ley N° 211, de 1973. Esta ley tiende a **prevenir** los hechos que afecten a la competencia y a **corregir** los producidos.

El artículo 2° del Decreto Ley N° 211 enumera y describe una serie de conductas que "considera" como "hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia" y luego establece que reviste esa condición "cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia".

En consecuencia, además de las conductas descritas especialmente, hay arbitrios no especificados que son reprochables, civil y también penalmente, si su finalidad es la indicada por el legislador.

Esta indeterminación debe corregirse. Las leyes que sancionan conductas, sean penales o civiles, deben describir los actos que prohíben. No pueden ser formuladas de manera tal que permitan amplia discrecionalidad a quienes deben aplicarlas.

3. Naturaleza civil y penal de los atentados a la libre competencia.

Las conductas que el legislador describe y sanciona son aquellas que tienden a impedir o coartar la libre competencia.

Es necesario precisar si tales conductas constituyen solamente ilícitos civiles o si se trata, además, de figuras penales.

Respecto de esta materia señalaba el ex Fiscal Nacional Económico, profesor Waldo Ortúzar Latapiat, "aunque nuestra ley reprocha el atentado contra la libre competencia tipificándolo como delito penal, en verdad contempla la sanción penal como último recurso en su represión. Esto obedece a una tendencia generalizada en el derecho comparado, según la cual la represión penal queda subordinada al principio de racionalidad, de acuerdo con el cual los jueces juzgan, en cada caso concreto, sobre la conveniencia de la sanción. La ley francesa manifiesta expresamente que la sanción penal se perseguirá en casos suficientemente graves.

En nuestra ley, entonces, la descripción legal del atentando contra la competencia permite, fundamentalmente y en la mayoría de los casos, acordar correcciones y sanciones civiles o no penales dispuestas por los organismos administrativos y por el tribunal especial de la competencia que establece la ley, respectivamente. Esto quedó especialmente aclarado con la reforma de 1979, que se encargó de señalar expresamente que los atenta-

dos contra la libre competencia y los abusos monopólicos pueden investigarse, corregirse y sancionarse civilmente por los órganos especiales que la misma ley establece, sin necesidad de afirmar la existencia de un delito penal.

"Sólo cuando la H. Comisión Resolutiva estima necesaria o conveniente la represión penal ordena el ejercicio de la acción penal ante la justicia ordinaria del crimen, iniciándose entonces un proceso penal común, con todas las garantías que la Constitución y las leyes aseguran a las personas".

En suma, los atentados o infracciones a la libre competencia en nuestro derecho positivo se sancionan, fundamentalmente, en sede de carácter civil. Sólo se persiguen penalmente cuando la H. Comisión Resolutiva considera necesaria o conveniente la represión penal ordenando el ejercicio de la acción penal.

4. Los delitos contra la libre competencia y la reforma del proceso penal.

Como se dijo anteriormente, las conductas más graves en los atentados contra la libre competencia pueden ser constitutivas de delito y la calificación de tales conductas y la determinación de si ellas constituyen delitos, para iniciar un enjuiciamiento, corresponde exclusivamente a la H. Comisión Resolutiva (artículo 17 N° 5 del Decreto Ley N° 211, de 1973). Su juzgamiento corresponde a la justicia criminal y compete a un Ministro de Corte de Apelaciones instruir el correspondiente proceso. La investigación de los hechos de que se trata corresponde al Fiscal Nacional Económico.

Pues bien, tal sistema se ha modificado tácitamente por la reforma procesal penal, puesta en marcha con la reforma constitucional aprobada por Ley N° 19.619, la creación del Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el nuevo Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con el nuevo sistema, establecido por normas constitucionales y legales, todas las investigaciones de hechos constitutivos de delito, de los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, y, en su caso, el ejercicio de la acción penal pública incumben al Fiscal del Ministerio Público.

La Constitución Política entregó esta función en forma exclusiva al Ministerio Público y en la discusión en el Parlamento del actual artículo 80A de la Carta Fundamental se trató el caso de las investigaciones por delitos

¹ Waldo Ortúzar Latapiat. "El Derecho de la Competencia". Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXXXVI. Sección Primera. 1989.

contrarios a la libre competencia. En la discusión en el Senado de esta reforma la Ministra de Justicia, señora Soledad Alvear, defendió la tesis que corresponde al Ministerio Público "en forma exclusiva" dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito y, en su caso, ejercer la acción penal pública. Expresó la Ministra que a través de la reforma se buscaba que fuera "el Ministerio Público, única y exclusivamente, el organismo" que tenga esa facultad. Explicó que se quiso concentrar las funciones investigativas "en un solo ente estatal", con el objetivo de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios fáciles de controlar y fiscalizar por parte del Poder Judicial y de otros órganos llamados a supervisar las labores de los fiscales".

En el proyecto de ley sobre "normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal" (boletín Nº 2217-07), en tramitación parlamentaria a la fecha de elaboración del presente trabajo, se proponen nuevas disposiciones sobre la situación jurídica de los delitos contra la libre competencia. El Senado aprobó el proyecto propuesto por su Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento y en el proyecto se establece que se mantiene la facultad exclusiva de la H. Comisión Resolutiva para decidir si se debe iniciar un proceso penal, sin embargo, adoptado tal acuerdo, el Fiscal Nacional Económico debe darle cumplimiento, presentando la denuncia respectiva ante el Ministerio Público, a quien corresponderá ejercer la acción penal pública. Es importante destacar que en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se señala que "la Comisión compartió el criterio, aplicable a la generalidad de los organismos públicos, que la Fiscalía Nacional Económica no ejerza la acción penal pública, sino que se limite a denunciar los hechos al Ministerio Público, sin perjuicio desde luego de brindarle todo el respaldo que contempla la Ley Orgánica Constitucional de este último".2

En suma, las nuevas disposiciones sobre el proceso penal e investigaciones exclusivas a cargo del Ministerio Público y ejercicio de la acción penal pública han traído como consecuencia una modificación del sistema que se encontraba vigente para la defensa de la libre competencia.

5. ¿Debe mantenerse el delito penal por atentados a la competencia?

La configuración de un delito por los atentados contra la libre competencia, con la calificación del mismo por la H. Comisión Resolutiva y la limitación procesal del ejercicio de la acción, está vigente en nuestro país desde

² Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 345ª, Extraordinaria. Sesión 8ª, 16 de octubre de 2001. Anexo de documentos. Página 576 y Sesión 9ª, 17 de octubre de 2001.

1959. Sin embargo, su aplicación durante estos años ha sido prácticamente inexistente. Sólo dos casos fueron enviados a la justicia del Crimen durante la vigencia del Título Quinto de la Ley N° 13.305.

Por otra parte, cada vez se hace más conveniente adoptar en nuestro medio lo que es una tendencia general en el derecho comparado de reservar la sanción penal sólo para los atentados tan graves que realmente la ameritan y que no tienen otra forma de compensación a la sociedad por el daño que se ha causado.

Además, en definitiva, la investigación de los hechos, la participación de los imputados en los mismos, y la inocencia del imputado, o el ejercicio de la acción penal, quedarán radicados en el Ministerio Público, cuando la reforma se encuentre en plena aplicación. Por las consideraciones precedentes, al estudiar una reforma o modificación a las normas sobre libre competencia resulta recomendable suprimir la incriminación penal y la existencia de un delito penal por los atentados a la libre competencia y conservar sólo las sanciones civiles y especialmente las de orden pecuniario.

En todo caso, si en definitiva no se comparte este criterio por los colegisladores, resulta ineludible modificar la tipificación del delito penal que sanciona el Decreto Ley N° 211, de 1973, porque la descripción del tipo penal es insuficiente y constituye una ley penal en blanco, prohibida en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental.

6. Descripción de las conductas que se sancionan.

Los atentados civiles a la libre competencia necesitan, también, de una mayor precisión en su descripción.

Ello se requiere además por imperativo de la Carta Fundamental.

El Tribunal Constitucional, pronunciándose sobre el proyecto de Ley de Caza, estimó contraria a la Constitución Política una norma sancionatoria de una conducta no especificada en debida forma. Resolvió el Tribunal "que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política han de aplicarse por regla general en el derecho administrativo sancionador". 3

Es interesante recordar que Francisco Rosende, profesor, Decano de la Facultad de Economía y ex integrante de la Comisión Resolutiva, expresó

³ Tribunal Constitucional. Sentencia de 26 de agosto de 1996, recaída en el proyecto de Ley de Caza.

sobre este particular "que el encargo del legislador, en el artículo 2° del Decreto Ley N° 211, de 1973, es tan amplio como vago", y que la "conclusión lógica de ello es que en la práctica este cuerpo legal entrega a los Tribunales correspondientes –en particular a la Comisión Resolutiva– la tarea de juzgar qué situaciones deben ser sancionadas y cuáles no. Sin embargo, es de destacar, también, que él mismo reconoce que "es imposible que el legislador pueda tipificar todos los casos posibles de conductas contrarias a la competencia".⁴

Efectivamente, una descripción absolutamente completa es muy difícil de lograr y puede conducir a la pronta obsolescencia de la disposición. Sin embargo, es posible concebir una norma sancionatoria más unívoca que permita superar estos escollos.

A propósito de este tema, el Tribunal Constitucional ha resuelto que de acuerdo con los términos del inciso final del N° 3 del artículo 19, de la Carta Fundamental, basta que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena, que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales".⁵

Al amparo de esta tesis que no exige del legislador una descripción detallada y considerando la experiencia en el país de más de cuarenta años, los conocimientos del derecho comparado, especialmente de los Estados Unidos de Norteamérica y de la Unión Europea, que han desarrollado y sancionado un completo derecho de la competencia, aparte de un profuso caudal doctrinario, de esas y otras fuentes, es factible definir las conductas reprochadas.

En la actualidad, en que operan nuevos negocios y fórmulas empresariales, resulta indispensable mayor precisión en las conductas que deben sancionarse. Es necesario dar seguridad a todos los agentes del mercado sobre las reglas de la competencia que son exigibles.

- 7. Organismos de defensa de la libre competencia en la legislación vigente.
- 7.1. Los Organismos de Defensa de la Libre Competencia que contempla el Decreto Ley N° 211, de 1973, son:

⁴ El Mercurio. Martes 19 de junio de 2001. Opinión, Francisco Rosende. "Ley Antimonopolios".

⁵ Tribunal Constitucional, 4 de diciembre de 1984. Rol N° 24. Citado en *Repertorio de Legislación* y *Jurisprudencia Chilenas*. Constitución Política de la República. Editorial Jurídica, 1993, página 35.

- i) La Comisión Resolutiva.
- ii) Las Comisiones Preventivas Regionales.
- iii) La Comisión Preventiva Central.
- iv) La Fiscalía Nacional Económica.

Existe coincidencia de pareceres, tanto en el Gobierno cuanto en los sectores empresariales y académicos, sobre la necesidad de efectuar cambios y disponer mejoramientos en los organismos encargados de velar por la libre competencia. La importancia de éstos y la trascendencia de sus decisiones en el mundo de los negocios es innegable.

A continuación analizaremos la situación de cada uno de estos órganos.

i) Comisión Resolutiva.

La Comisión Resolutiva es el organismo máximo del sistema de protección y defensa de la libre competencia. Tiene su origen legislativo en el Título V de la Ley N° 13.305, modificado por la Ley N° 15.142, que fueron los primeros textos legales que trataron en Chile sobre la libre competencia y los organismos antimonopolios. Con posterioridad se modificaron las normas de la Ley N° 13.305 por el Decreto Ley N° 211, de 1973, y se cambió la composición de esta Comisión, pero sin alterar, en esencia, sus funciones fundamentales que la han caracterizado como un **Tribunal especial** en materia de libre competencia.

La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha reconocido, de manera invariable, la calidad de Tribunal de Justicia especial de la referida Comisión Resolutiva. Así lo ha resuelto en los dictámenes números 88.795, de 1965; 64.648, de 1977; 3.594, de 1984; 20.560, de 1989; 1.385 y 8.489, de 1994 y 31.646 de 1998. Las razones jurídicas que han servido de fundamento a la Contraloría General para concluir como lo ha hecho, de que se trata de un tribunal especial, se encuentran en la naturaleza de los cometidos y facultades que la ley le ha confiado a este órgano público.

La Comisión tiene facultades para conocer, investigar y juzgar las causas relativas a la libre competencia. Tiene facultades para anular actos y contratos, ordenar la cancelación de sociedades y de otras personas jurídicas, imponer multas e inhabilidades y requerir la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios. También goza de atribuciones en materia laboral para evitar que negociaciones colectivas puedan conducir a situaciones monopólicas.

La facultad para dictar instrucciones de carácter general a las cuales deben ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos, que reconoce la ley a la Comisión, debe estimarse abrogada por la Carta Fundamental, que en su artículo 19 Nºs 21 y 26 ordena que las regulaciones sólo pueden disponerse por ley.

Examinado el tema, hacia el futuro, es necesario concluir que debe mantenerse la existencia de un Tribunal de la Competencia. Este debe ser permanente, con sede en Santiago y con ministros dedicados exclusivamente al ejercicio de esas funciones.

El Tribunal de la Competencia tendrá la condición de tribunal especial, tal como ocurre en la actualidad con la Comisión Resolutiva. Por ello, tal como es en la actualidad, estará sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Excma. Corte Suprema.

Este tribunal debe tener infraestructura propia que garantice el ejercicio autónomo de sus cometidos. Actualmente ello no es así, pues, en definitiva, el apoyo administrativo se lo presta la Fiscalía Nacional Económica, que es una de las partes de los procesos.

Independencia e imparcialidad.

El establecimiento de un Tribunal de la Competencia debe contemplar normas que aseguren su **independencia**. Ello es exigible por las normas constitucionales, que aseguran a todas las personas procedimientos e investigaciones "racionales y justos", lo que importa un "debido proceso", que sólo se garantiza con un tribunal independiente, y por lo acordado en Convenios Internacionales, particularmente en el Pacto de San José de Costa Rica.

La independencia del Tribunal de la Competencia requiere que los ministros que lo integren no dependan de algún Ministerio o autoridad. Ello se obtiene con el establecimiento de normas sobre incompatibilidad de los cargos de ministros con el ejercicio de cualquier otro empleo o función, ordenado de manera tal que incluya cualquier cometido que importe alguna forma de sometimiento o subordinación. Las normas sobre incompatibilidad de los Consejeros del Banco Central pueden constituir un buen ejemplo. Para asegurar la independencia en el ejercicio de las funciones se requiere, también, que en la designación de los integrantes intervengan los tres Poderes del Estado, tal como se estableció para la designación del Fiscal Nacional del Ministerio Público. Las normas sobre la nominación de los ministros integrantes del tribunal debieran ser similares a las del Fiscal Nacional. En su oportunidad, la aprobación unánime de parlamentarios de diferentes pensamientos y corrientes políticas para definir tal forma de designación, en este cargo de naturaleza similar, constituye importante precedente.

Jerarquía del Tribunal de la Competencia.

Se ha planteado que al Tribunal de la Competencia se le debiera asignar una jerarquía equivalente a las Cortes de Apelaciones.

Tal planteamiento debiera acogerse.

Es verdad que el prestigio de que goza la actual Comisión Resolutiva –antes Comisión Antimonopolios– se debe de manera importante a que la presidencia de la misma está a cargo de un Ministro de la Excma. Corte Suprema, sin el cual no puede funcionar. Sin embargo, tratándose ahora de la constitución formal de un tribunal de funcionamiento permanente y dotado de elementos que aseguren su independencia e imparcialidad, debiera respetarse la jerarquía como tribunal máximo de la Excma. Corte Suprema de Justicia. Así, entonces, al Tribunal de la Competencia se le asignaría un grado inferior.

Tramitación de las causas.

Además de los cambios en los Organismos de Defensa de la Competencia, se requiere, también, del establecimiento de normas que reglen la tramitación de las causas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. Dichas normas deben ajustarse a las reglas básicas de procedimiento que aseguren la bilateralidad de la audiencia, la inmediatez, la oralidad y procurar procedimientos más expeditos.

El establecimiento de tales normas permitiría asegurar una mayor rapidez en la resolución de las materias sometidas al conocimiento del tribunal.

Requisitos para ser ministro del tribunal.

Teniendo en consideración la actual composición mixta de la Comisión Resolutiva, se plantea si en la integración de un nuevo tribunal ello debiera mantenerse. Hoy la integran abogados y otros profesionales o funcionarios públicos.

Atendido que para resolver los complejos y difíciles problemas de atentados a la competencia se requiere de las diferentes visiones de las áreas económicas y jurídicas, puede ser una excelente opción una integración mixta en que no todos los integrantes del tribunal sean letrados, esto es, abogados.

Observaciones sobre un proyecto gubernativo.

Se ha tenido conocimiento, de manera extraoficial, de un proyecto de ley que modifica las normas vigentes sobre los órganos de la competencia.

Respecto del organismo máximo de la competencia y tribunal especial, establece este preproyecto que su integración será de cinco miembros. Uno de ellos, un Ministro de la Excma. Corte Suprema, igual que en la actualidad, los otros cuatro "deben ser expertos en políticas de competencia designados por el Presidente de la República de una nómina elaborada por el Ministerio de Economía. Los integrantes de esta nómina se seleccionarían por concursos públicos. La designación presidencial debería ser ratificada por la Comisión de Economía del Senado.

Tal proposición es absolutamente improcedente. Cabe reiterar que la actual Comisión Resolutiva es un tribunal especial sometido a la supervigilancia de la Excma. Corte Suprema. El organismo público que lo suceda debe tener igual naturaleza jurídica. Por ello, no es constitucionalmente admisible que las designaciones las resuelva el Presidente de la República. También tal proposición contraviene el Pacto de San José de Costa Rica. Ello resta toda independencia a este tribunal de funciones tan relevantes.

Tampoco debiera acogerse la proposición de que las nominaciones sean ratificadas por la Comisión de Economía del Senado. El Senado es una Cámara que debe prestar su aprobación para diferentes designaciones, pero una Comisión de él carece de toda personería para resolver sobre ninguna materia, disponerlo así contraviene la Carta Fundamental.

ii) Las Comisiones Preventivas Regionales.

Las Comisiones Preventivas Regionales que tienen su origen en el Decreto Ley N° 211, de 1973, son organismos colegiados, de carácter administrativo.

Las funciones fundamentales de las Comisiones Preventivas Regionales son las de absolver las consultas que se les formulen acerca de actos ya celebrados o de aquellos que se propongan ejecutar o celebrar, vigilar, en los territorios en que ejercen sus cometidos que se respete el juego de la libre competencia, conociendo, de oficio o a petición de cualquiera persona, de toda situación que pudiera alterarlo y requerir de la Fiscalía Nacional Económica la investigación de los actos contrarios a la libre competencia.

Es relevante la función consultiva de las Comisiones Preventivas; estos cometidos puede ejercerlos respecto de contratos existentes o de actos o

contratos eventuales, "que se propongan ejecutar o celebrar". Importa también destacar que tratándose de consultas que versan sobre actos futuros, "los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones de las Comisiones Preventivas Regionales o Central no acarrearán responsabilidad sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, sean calificados como contrarios a la libre competencia por ellas mismas o por la Comisión Resolutiva y a partir desde que se notifique o publique la resolución que haga esta calificación".

En suma, es valiosa la competencia de las Comisiones para dar su dictamen cuando se les solicita, porque ilustra, desde luego, a los consultantes sobre temas dudosos que se presentan en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, y, además, da origen a una valiosa jurisprudencia en materias que son complejas y que presentan múltiples facetas difíciles de conceptualizar. Tiene también una gran importancia práctica, que permite actuar en casos complejos sobre la base de un informe favorable de alguna Comisión que, sólo en caso de **nuevos antecedentes**, puede ser modificado y, en todo caso, sólo hacia el futuro.

Desde el año 1973, en que el Decreto Ley N° 211 creó las Comisiones Preventivas Regionales, hasta la fecha, su trabajo ha sido escaso. Salvo excepciones, su productividad ha sido baja.

Sobre la base del reconocimiento de este hecho, en el proyecto de ley gubernativo que propone modificar las normas vigentes en estas materias, se proyecta reemplazar las Comisiones Preventivas Regionales por cuatro Comisiones Zonales.

Parece conveniente esta disminución en el número de Comisiones, porque la experiencia indica que no son necesarias en todas las regiones.

iii) Comisión Preventiva Central.

Esta Comisión corresponde a la Comisión Preventiva Regional del Area Metropolitana y, por ello, tiene las mismas funciones que las Comisiones Preventivas Regionales, pero, además, le corresponde resolver sobre las materias de su competencia que tengan carácter nacional o se refieran a más de una región.

Contrariamente a lo sucedido con las Comisiones Preventivas Regionales, la Comisión Preventiva Central ha tenido una gran actividad y ha desarrollado una importante labor. Sus numerosos dictámenes son fuente de jurisprudencia ilustrativa para los agentes económicos.

Los informes y dictámenes de las Comisiones Preventivas Regionales y Central y su labor de vigilancia o control en sus respectivos territorios, respecto de la forma en que se desenvuelve la competencia, han resultado muy útiles en el desenvolvimiento de la libre competencia desde la fecha de su establecimiento.

Sin embargo, se ha discutido también sobre la conveniencia de mantener las Comisiones Preventivas, que son órganos administrativos, en una nueva conformación de los Organismos de la Competencia. En esa perspectiva se ha planteado que la función de absolver consultas, que es la más importante de estos organismos, podría radicarse en la Fiscalía Nacional Económica, en un departamento especializado que debería crearse.

Las funciones de estas comisiones relativas a las actividades de los particulares se radicarían en el mismo tribunal de la competencia.

Esta materia debiera profundizarse. Puede ser inconveniente recargar la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de la Competencia sobre nuevas competencias antes de perfeccionar sus roles en una nueva institucionalidad.

iv) Fiscalía Nacional Económica.

La Fiscalía Nacional Económica tiene su origen en el Decreto Ley N° 211, de 1973, que estableció sus funciones principales. Según este Decreto Ley, las atribuciones de la Fiscalía son: instruir las investigaciones que estime procedentes para verificar las infracciones a la ley de "defensa de la libre competencia", de oficio o a requerimiento de cualquiera autoridad o persona; actuar como parte, representando el interés general de la colectividad ante la Comisión Resolutiva y los Tribunales de Justicia; requerir de la Comisión Resolutiva y de las Comisiones Preventivas el ejercicio de sus atribuciones, y de estas últimas, la adopción de medidas preventivas, y evacuar informes que les soliciten tales comisiones.

Con posterioridad a la dictación del Decreto Ley N° 211, las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica fueron modificadas por el Decreto Ley N° 2.760 y por la Ley N° 19.610. Es de especial importancia esta última ley, que tuvo por objeto reforzar las facultades de la Fiscalía dotándola de mayores atribuciones en cuanto a su función de investigar las conductas que pudieran ser constitutivas de atentados a la libre competencia.

Es importante destacar que durante la tramitación en el Senado del proyecto de la Ley N° 19.610, se le introdujeron modificaciones al texto para adecuar sus normas a las exigencias de proceso e investigación racionales y justos que garantizan la Carta Fundamental, y asegurar, asimismo, el respeto a los derechos y garantías individuales que aseguran tanto la Constitución Política cuanto los tratados y convenciones a los que el país se encuentra adherido, particularmente el Pacto de San José de Costa Rica.

Naturaleza jurídica de la Fiscalía Nacional Económica.

La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público descentralizado de la Administración del Estado, integrante, por consiguiente, del Poder Ejecutivo, que se encuentra sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Las atribuciones de este servicio público son propias de un Ministerio Público, pues a éste compete actuar en nombre de la sociedad y de la ley y, en esta representación, investigar conductas de las personas y ejercer, en su caso, las acciones que sean procedentes para obtener que se restablezca la legalidad y se sancione a los infractores.

Independencia de la Fiscalía Nacional Económica.

El ejercicio de los cometidos propios de un Ministerio Público requiere en forma indispensable una actuación independiente de toda otra autoridad y especialmente de influencias políticas.

El Decreto Ley N° 211, de 1973, y la Ley N° 19.610 que lo modificó, establecen que la Fiscalía Nacional Económica "será independiente de todo Organismo o Servicio". Sin embargo, esta importante declaración no corresponde a una realidad jurídica, pues se trata de un servicio público descentralizado, como tantos otros, sujeto a supervigilancia del Presidente de la República, y el Fiscal Nacional Económico es un funcionario de confianza exclusiva del Primer Mandatario, quien lo designa y remueve libremente. A su vez, el personal de la Fiscalía es de confianza del Fiscal. En estas condiciones es posible afirmar que no existe efectiva independencia de la Fiscalía Nacional Económica ni de su Jefe Superior, el Fiscal Nacional, para el ejercicio de sus funciones. Ello es altamente inconveniente y afecta principios fundamentales, pues el ejercicio de sus funciones requiere de real independencia.

La necesidad de una auténtica independencia se comprendió debidamente tratándose del Fiscal Nacional del Ministerio Público. Así lo consideraron en forma unánime tanto el Poder Ejecutivo como el Congreso Nacional cuando se aprobó la Reforma Constitucional del Ministerio Público por la Ley N° 19.619. Por ello el Constituyente estableció que el Ministerio Público será "un organismo autónomo" y que "el Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema".

Interpretando esta norma constitucional, el profesor José Luis Cea y quien suscribe han concluido que "el establecimiento del Ministerio Público en la Carta Fundamental importó la creación de una nueva función del Estado. Que por mandato constitucional el Ministerio Público es un órgano **autónomo** del Estado, esto es, no integra ni pertenece a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que en el cumplimiento de sus funciones puede actuar libremente, pero con estricta sujeción a Derecho, atendido el mandato contenido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política".6

Las funciones del Fiscal Nacional Económico, si bien no son jurisdiccionales, como tampoco lo son las del Fiscal Nacional del Ministerio Público, afectan derechos protegidos constitucionalmente. El Fiscal Nacional actúa como parte de los juicios y tiene funciones de investigación de las actuaciones contrarias a la libre competencia. Tales roles debe ejercerlos con respeto a los derechos equivalentes de la contraparte y de los investigados.

La condición de funcionario de confianza exclusiva es inconciliable con las funciones del Fiscal Nacional Económico. Cuando el Decreto Ley N° 211 creó el cargo de Fiscal Antimonopolios, dispuso que su titular sólo podría ser removido por sumario instruido por la Contraloría General. Una norma de similar naturaleza debiera ser aprobada.

La calidad de parte acusadora en los juicios del Fiscal Nacional Económico debe disponerse se ejerza en igualdad de los derechos de las demás partes del proceso.

Es importante tener presente que las investigaciones que practique el Fiscal Nacional Económico deben ser de carácter civil, pues si se tratase de hechos constitutivos de delito, tales investigaciones corresponderían al Fiscal Nacional del Ministerio Público, a quien compete en forma exclusiva tal atribución, por norma constitucional. Por cierto que tales investigaciones deben desarrollarse de manera tal que se respeten los derechos de las personas que están protegidos constitucionalmente.

⁶ Informe sobre Instructivos del Fiscal Nacional del Ministerio Público. José Luis Cea Egaña y Olga Feliú de Ortúzar. Boletín de Jurisprudencia Ministerio Público Nº 7, noviembre de 2001.

Principales alcances de la nueva ley laboral

Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001)

Cecily Halpern Montecino

Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Directora de Carrera Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La ley recientemente aprobada incorpora al Código del Trabajo más de cien modificaciones, las que se distribuyen en proporciones desiguales en los diversos tópicos que regula la legislación del trabajo. Es así como, del total de la reforma, aproximadamente un 30% de las nuevas normas se refieren a la contratación individual, un 50% a materias de organizaciones sindicales y un 20% al proceso de la negociación colectiva. También se contienen disposiciones que incrementan en forma considerable las multas por infracciones a la legislación del trabajo y diversos tipos especiales de éstas.

No es el propósito de este trabajo hacer un análisis pormenorizado ni exhaustivo de las nuevas normas. Por tal razón nos limitaremos a resaltar, mediante la formulación de algunos alcances, los aspectos más relevantes del contenido global de la reforma.

1. En el ámbito de la contratación individual, los temas reformados que merecen destacarse especialmente, por la incidencia que ellos tienen en la vida laboral, dicen relación con el aumento en la cantidad y en el énfasis de las normas que tienden a resguardar la no discriminación en el empleo, el respeto a la vida privada y la honra del trabajador, la jornada de trabajo, la terminación de la relación laboral, y el concepto de "subterfugio" en la contratación de trabajadores vinculado al concepto de empresa, entre otros.

La modificación relativa a evitar la discriminación en el empleo reconoce que la dignidad de cada trabajador no puede ser sobrepasada por la normativa interna de la empresa bajo ningún pretexto, toda vez que ésta tiene su fundamento no sólo en la Constitución Política de la República, sino que en las normas más básicas del respeto y la convivencia humana. En

este sentido, perfecciona la ley vigente en esta materia y la pone al nivel de los estándares internacionalmente aceptados, principalmente los convenios de la OIT. No obstante, es necesario destacar que la ley contempla la posibilidad de hacer distinciones, exclusiones o preferencias basadas en calificaciones exigidas para un empleo determinado (art. 2°).

Indudablemente que las materias que mayores novedades presentan –sin por ello estimar que las demás son irrelevantes– son aquellas que en seguida pasamos a analizar.

- a) La polifuncionalidad: en su virtud se faculta legalmente a las partes para pactar en el contrato de trabajo dos o más funciones específicas y complementarias. Pensamos que con ello se conjuga la necesaria adaptabilidad que debe tener la empresa a los escenarios cada vez más cambiantes que enfrenta, con el debido resguardo de la certeza que requiere el trabajador respecto del contenido y límites de sus obligaciones laborales (art. 10).
- b) La reducción de la jornada: asimismo, debemos destacar la disminución de la jornada ordinaria de trabajo, de 48 a 45 horas semanales, a partir del 1° de enero del año 2005.
- c) La jornada parcial de trabajo: en este mismo ámbito, la ley innova en regular expresamente la jornada parcial y sus efectos. Este tipo de jornada tiene por objeto romper las barreras que enfrentan las mujeres, las jefas de hogar y los jóvenes para ingresar al mercado de trabajo, sin desampararlos en sus derechos laborales. Las principales características de este contrato son: su duración, que es de un máximo de 30 horas a la semana con un máximo de 10 horas por día, y el hecho que las partes pueden pactar en el contrato diversas alternativas de distribución de jornada semanal que cumplirá el trabajador. La determinación de la misma se entiende cumplida mediante un aviso del empleador al trabajador de, a lo menos, una semana de anticipación.

A este contrato de jornada parcial se le aplican las normas vigentes sobre derechos colectivos, remuneraciones, ingreso mínimo, seguridad social, obligaciones de seguridad e higiene, feriado y descansos. Contempla una normativa especial relacionada con el cálculo de las indemnizaciones por años de servicio (art.40 bis).

d) La terminación del contrato de trabajo: en nuestra opinión, debemos detenernos en tres disposiciones relacionadas con el contrato individual de trabajo y su forma de terminación, contenidas en la nueva ley.

Una de ellas es la modificación del N° 1 del artículo 160 del Código del Trabajo, en virtud de la cual se dispone que las conductas que dan origen al término del contrato de trabajo sólo pueden ser aquellas que se realicen con ocasión del trabajo, sin que se extiendan a las que realiza el trabajador fuera del ámbito laboral. Por tanto, se restringe notoriamente la posibilidad de aplicación de este numeral.

Además, es notoria la modificación en el incremento de los recargos por despido injustificado.

En efecto, los sustanciales incrementos en los recargos del despido injustificado que se incorporan en el artículo 168 hacen prever un comportamiento cauteloso en las futuras contrataciones de trabajadores, ya que, es conocido, que la judicatura del trabajo concibe el derecho a la indemnización por años de servicios prácticamente un derecho adquirido de los trabajadores, el que sólo amerita ser eliminado por causa de incumplimiento grave por parte del trabajador.

Sin embargo, es posible, y esta reflexión se inserta en el terreno de las conjeturas, que los jueces laborales flexibilicen su posición con respecto a este derecho, dado el aumento que su costo implica para los empleadores y el negativo impacto que ello puede producir en la creación de nuevos puestos de trabajo.

En tercer término, dentro del ámbito de la terminación del contrato de trabajo, es menester, también, hacer presente la modificación que se introduce por la nueva ley a la regulación de la causal de las necesidades de la empresa.

En efecto, la supresión del inciso final de la letra a) del artículo 169 produce diversos efectos; uno es el de dejar absolutamente inconexa una parte importante de la disposición de la letra b) de la indicada norma, puesto que la reforma ya no discurre en torno al hecho de que el trabajador "acepte o no la causal" como lo hacía la ley antigua. En segundo término, y ya en el plano práctico más que teórico, en conformidad con las modificaciones introducidas, el trabajador podrá suscribir el correspondiente finiquito haciendo reserva de derecho en relación con la procedencia o no de la causal, recibir parcial o totalmente o instar por el pago de las indemnizaciones legales por término de contrato y con posterioridad reclamar judicialmente para obtener el recargo legal del 30%.

Pensamos que esta posibilidad, si bien hace que el trabajador perciba rápidamente la base de su indemnización legal, dará origen a numerosos nuevos juicios del trabajo, recargando aun más la ya atochada tarea judicial.

Referente a esta misma causal, la que, por lo demás, es la mayoritariamente utilizada por las empresas en las desvinculaciones laborales, es destacable el aumento que la nueva ley contiene en materia de recargo de las indemnizaciones, cuando éstas no se paguen oportunamente al trabajador; en efecto, en estos casos el juez podrá aumentarlas hasta en un 150%.

En otro orden de ideas, debemos destacar igualmente que la nueva ley dispone que la invalidez total o parcial no se considera justa causa para el término del contrato de trabajo y el trabajador tiene derecho a ser indemnizado frente a un despido por dicho motivo (art. 161 bis).

Además de lo ya expuesto, la nueva ley buscó incentivar la capacitación de los trabajadores menores de 24 años, mediante la fórmula de permitirle al empleador deducir de la respectiva indemnización por años de servicios lo invertido en esta materia; la cantidad de trabajadores bajo esta modalidad de trabajo está limitada, así como también los días de indemnización imputables (art. 183 bis).

e) Contratación de trabajadores y ampliación del concepto de subterfugio: en lo que se refiere a la contratación de trabajadores por empresas coaligadas, la nueva ley ha querido evitar que las empresas eludan sus obligaciones laborales mediante la utilización de procesos de división de empresas, de creación de nuevas identidades legales o acciones similares.

Por lo anterior, ha modificado sustancialmente el artículo 478 del Código del Trabajo, y su nuevo inciso tercero contiene una enumeración, no taxativa, de acciones que –siendo perfectamente lícitas en el ámbito comercial– devienen en antijurídicas, desde la óptica laboral, cuando ellas producen una disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos de los trabajadores.

Esta antijuridicidad es sancionada con multas a beneficio fiscal –de montos sustancialmente elevados en relación con la legislación anterior– de entre 10 a 150 unidades tributarias mensuales, pudiendo aumentarse en media unidad tributaria mensual por cada trabajador afectado por la infracción. A lo anterior se suma la inclusión de una responsabilidad solidaria en dichas acciones.

Podemos sostener, entonces, desde la perspectiva de las teorías acerca de la responsabilidad, que estamos frente a una responsabilidad objetiva, lo que implica que el empleador deberá responder toda vez que cause un daño al trabajador, sin entrar a calificarse su intención como elemento de su responsabilidad.

2. En materia sindical, se puede señalar que la tónica de las reformas ha sido otorgar a las organizaciones una mayor autonomía en su actuar gremial, otorgándoles facultades para crear sus propias normas internas, facilitando la constitución de nuevos sindicatos como también regulando más rigurosamente las prácticas antisindicales, sobre todo en lo que dice relación con los despidos por motivos de sindicalización.

La nueva ley otorga fuero laboral a todos los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa o interempresa desde los 10 días anteriores a la asamblea constitutiva y hasta los 30 días posteriores a su constitución, con un máximo total de 40 días. En el caso de los trabajadores que constituyan un sindicato de trabajadores eventuales o transitorios gozaran de fuero desde los 10 días anteriores a la asamblea pero sólo hasta el día siguiente al de la realización de la asamblea constitutiva.

También se rebajan los quorum para la constitución de sindicatos, materia en la cual no entraremos en el detalle.

La nueva ley ha ampliado los hechos que se consideran constitutivos de prácticas antisindicales, como también los sujetos pasivos de las mismas, incorporando entre ellos a los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad, introduciendo, en nuestra opinión, un elemento distorsionador en la calificación de las acciones de dichos comités; además, ha relacionado las antedichas prácticas con el proceso de negociación colectiva –concretamente con el nuevo artículo 315–, que contiene, en su inciso 5°, las obligaciones del empleador que enfrenta una negociación colectiva en lo que dice relación con la entrega de información relevante de la empresa.

Estimamos del caso señalar que, en esta materia, la nueva legislación ha sido extremadamente protectora de la libertad en el ejercicio de actividades gremiales y que ha sancionado drásticamente las acciones del empleador que interfieran con dichas acciones. Es así como la sentencia condenatoria en materia de prácticas antisindicales que haya tenido como consecuencia el despido de un trabajador, deberá contener la orden de que se subsanen los actos constitutivos de la práctica, el pago de una multa de considerable monto y si el despido recayó en un trabajador con fuero laboral, su reincorporación inmediata. Si el despido recayó en un trabajador sin fuero sindical, dicho despido no produce efecto alguno, a menos que el propio trabajador opte por el pago de la indemnización por el tiempo servido, en lugar de la reincorporación.

En ambos casos, adicionalmente, la resolución judicial contendrá la orden de pago de una indemnización no inferior a 3 ni superior a 11 meses de la última remuneración mensual devengada.

Por último, debemos señalar que la reforma laboral introdujo un reforzamiento del rol de la autoridad administrativa en los procesos por prácticas desleales; en efecto, se le otorga un papel activo a la Dirección del Trabajo para que, actuando de oficio o a petición de parte, obligatoriamente, investigue los hechos, formule la denuncia y se haga parte ante el tribunal competente si ello procede. La denuncia que efectúe la inspección del trabajo deberá acompañar el informe de fiscalización, el cual tendrá validez de presunción legal de veracidad.

En nuestra opinión, debemos hacer notar también que la nueva ley cambia el criterio que actualmente se contiene en el Código del Trabajo, en cuanto a que sólo permite la constitución de sindicatos en atención al tipo de trabajador afiliado, por una enumeración no taxativa, que reconoce expresamente el derecho de los trabajadores a organizarse de la forma que parezca más adecuada a la representación de sus intereses, tanto en los tipos de sindicatos como en su estructura y fines.

3. En el ámbito de la negociación colectiva, la nueva ley ha venido a fortalecer la estabilidad en el empleo de los trabajadores que participaron en un proceso de negociación de un instrumento colectivo, extendiendo el período de fuero de todos los trabajadores involucrados por 30 días después de la suscripción del mismo.

También incorpora una novedosa regulación en la negociación de los llamados convenios colectivos de trabajo, en las ocasiones en que el sujeto negociador por parte de los trabajadores no es un sindicato, sino un grupo coaligado de ellos, reunido para el sólo efecto de negociar.

En efecto, en las negociaciones no regladas con grupos de trabajadores se establecen requisitos y un procedimiento para la celebración de un convenio colectivo. Debe tratarse de un mínimo de 8 trabajadores, los cuales deben ser representados por una comisión de entre 3 y 5 miembros, los cuales deben ser elegidos en votación secreta ante un inspector del trabajo. Realizada una presentación, el empleador deberá dar respuesta en el plazo de 15 días, bajo apercibimiento de multa. La aprobación del convenio debe realizarse mediante votación secreta celebrada ante un inspector del trabajo.

Asimismo, como se esbozó en párrafos anteriores, la reforma laboral contiene nuevas obligaciones para el empleador en relación con la información que éste debe otorgar al inicio de una negociación colectiva, deviniendo así en ley la doctrina que reiteradamente había sostenido la Dirección del Trabajo.

Debemos destacar, sin embargo, que la nueva ley no hace obligatoria la negociación colectiva interempresa, pero elimina muchos obstáculos conceptuales que existían en las normas antiguas, los cuales estimamos que no es del caso señalar en este trabajo.

Lo que sí nos parece oportuno mencionar es que en la negociación al interior de la empresa, el empleador siempre estará obligado a comunicar a todos los demás trabajadores el hecho de que se ha presentado un proyecto de contrato colectivo, así como también que en la negociación interempresa –que se mantiene como voluntaria— la negativa del empleador a participar en un proceso de negociación a ese nivel deberá formularse por escrito.

Asimismo, la nueva ley entrega espacio y facilidades para que el organismo de grado superior o interempresa asesore a sus afiliados en la negociación que se dé en el ámbito de la propia empresa.

En relación con la huelga, la nueva legislación laboral prohíbe la contratación de trabajadores reemplazantes a menos que se cumplan ciertos requisitos, tanto en el contenido, formalidades y oportunidad de la última oferta como respecto del ofrecimiento y pago de un bono de reemplazo de 4 UF por trabajador.

Por tanto, como puede advertirse, de manera adicional a los requisitos actualmente existentes en esta materia, se encarece la opción de contratar reemplazantes. Este encarecimiento irá en beneficio del colectivo de los trabajadores involucrados en la huelga; se calculará en función del número de trabajadores reemplazantes contratados y se pagará al término del conflicto.

4. Con relación al aumento de las multas, se puede observar que la nueva ley contiene una nueva tarificación de las mismas, atendiendo no al número de trabajadores afectados por la multa, sino al tamaño de la empresa, esto es, al número de trabajadores contratados.

Es así como la multa básica, que era de una a diez unidades tributarias mensuales, sube a de una a veinte unidades tributarias mensuales. Sin embargo, si el empleador tuviere contratados a cincuenta o más trabajadores, las multas aplicables ascenderán de dos a cuarenta unidades tributarias mensuales. Ahora bien, si el empleador tuviere contratados 200 o más trabajadores, las multas aplicables ascenderán de tres a sesenta unidades tributarias mensuales.

La ley contiene una nueva figura para los pequeños empresarios, esto es, de nueve o menos trabajadores; en estos casos, el Inspector del Trabajo, si

lo estima pertinente, podrá autorizar, a solicitud del afectado, y sólo por una vez en el año, la sustitución de la multa por la asistencia obligatoria a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que, en todo caso, no podrán tener una duración de más de dos semanas.

Es menester recordar aquí que las infracciones a las normas sobre fuero sindical se sancionarán con multa a beneficio fiscal, de 14 a 70 unidades tributarias mensuales. Además, se establecen otros dos tipos especiales de multas, a saber, multa para el empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros de 5 a 100 UTM y multa para el empleador que utilice cualquier subterfugio para eludir el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales, de 10 a 150 UTM.

Como puede concluirse de las reflexiones antes expuestas, la nueva ley laboral regula más pormenorizadamente que la antigua ciertos aspectos de la contratación individual y de la negociación colectiva; desregula aquello que dice relación con el gobierno y actividades de los sindicatos y aumenta significativamente los montos de las multas por infracciones a la legislación laboral. A nuestro juicio, la nueva tarificación de las multas también puede constituir un freno a la contratación de trabajadores, al considerar el número de empleados contratados para determinar el monto de la multa y no la gravedad de la infracción.

Nueva institucionalidad sindical

(Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.759)

Ana Maria Diaz Muñoz

Profesora de Derecho del Trabajo
Universidad del Desarrollo
Universidad de Concepción

El análisis de la Ley N° 19.759, de 27 de septiembre de 2001, publicada en el Diario Oficial del 5 de octubre pasado, nos ha permitido constatar la magnitud de las innovaciones introducidas al régimen jurídico que hasta ahora estuvo vigente en materia de organizaciones sindicales. Los cambios que pasarán a comentarse fueron justificados por el Ministro del Trabajo en el documento presentado a la Mesa de Diálogo Social¹ invocando un doble propósito para las innovaciones propuestas; por una parte, y como se sostuvo en dicho documento, se requería "ajustar nuestras disposiciones a las normativas de la OIT sobre la materia", y, por otra parte, se requerían "interlocutores sociales sólidos y constituidos para que exista diálogo, negociación y pactos de flexibilidad que impliquen una adecuada distribución de costos y beneficios de la empresa". En el mismo documento se aludió a la existencia de "un ordenamiento laboral que contiene normas que no responden adecuadamente a la actual realidad económica y social del país, en la que se registran cambios acelerados en sus actividades productivas y nuevas formas de organización del capital y del trabajo. Esta falta de adaptabilidad de nuestra legislación -se sostuvo- constituye un factor evidente de entrabamiento a la capacidad del país de enfrentarse con éxito a los desafíos del nuevo contexto". En diversas partes del documento aludido se sostuvo que los cambios relativos a las normas sobre sindicalización constituían una condición necesaria para avanzar hacia mayores niveles de acuerdo entre los sujetos que intervienen en la relación laboral, para consequir, por esa vía, un tipo de regulación basada en una flexibilidad pactada que haga posible abordar con éxito los acelerados cambios en los procesos productivos y en las formas de organización del trabajo.

Publicado en Boletín Dirección del Trabajo, marzo 2001, págs. 20 y sgtes.

Ahora bien, en relación con la adecuación de la legislación interna a la normativa de la OIT, debe tenerse presente que el principio de libertad sindical está especialmente consagrado en el Convenio Nº 87 de la OIT, relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, el cual fue aprobado en la Organización Internacional el año 1948 y promulgado en nuestro país el año 1999, junto con el Convenio Nº 98, relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, adoptado en 1949. En estos convenios, principalmente en el primero, se declara la obligación de los Estados miembros de la OIT para permitir la libre constitución de las organizaciones sindicales, el derecho de éstas para redactar libremente sus estatutos y elegir libremente a sus representantes; se establece la prohibición de las autoridades para intervenir en los sindicatos en forma que limiten su derecho a constituirse o a ejercer sus prerrogativas sindicales, estableciendo, por cierto, la libertad para afiliarse a esas organizaciones. De acuerdo con lo anterior, cuando en Chile entraron en vigencia los textos de los convenios antes citados, surgieron diversas opiniones en torno a si nuestro país respetaba o no dicha libertad en la forma recogida por aquéllos, postulándose que el Estado chileno tenía la obligación de adecuar las normas legales que regulaban esta materia a los principios sustentados por los convenios y con los alcances a ellos otorgados por el Comité de Libertad Sindical. Bajo este supuesto, resulta posible entender que las modificaciones que más adelante se comentan han obedecido precisamente a ese objetivo, en orden a dar a los sindicatos la mayor autonomía posible y facilitar al máximo su constitución, como claramente lo explicó el Ministro en el documento a que antes se hizo referencia. Este objetivo, adecuar nuestras normas internas a los principios de la OIT, puede estimarse -en consecuencia y en esta partecabalmente cumplido.

Resta aún por dilucidar si el segundo objetivo promovido por la reforma, "más y mejores organizaciones sindicales" para que éstas se constituyan en un verdadero sujeto de negociación y avanzar así hacia una mayor flexibilidad laboral, puede estimarse también posible de cumplir con la nueva normativa que pasará a explicarse.

Régimen legal relativo a las organizaciones sindicales

La legislación sobre organizaciones sindicales vigente hasta antes de la última reforma tuvo como base las normas que sobre la materia incorporó a nuestra institucionalidad sindical el D.L. 2.756, de 1979. La regulación contenida en ese texto significó la consagración legal de los principios de libertad y democracia sindical y vino a uniformar, para todos los trabajadores, las normas que regulaban su derecho a sindicalizarse, sin distinguir

entre obreros y empleados. Posteriormente, en 1991, la Ley 19.069 vino, por su parte, a facilitar aun más la constitución de los sindicatos, a ampliar las facultades de las organizaciones sindicales y a ampliar algunos de los derechos que corresponden a los directores sindicales, pero sin que tales innovaciones importaran un cambio de fondo en dicha legislación. Recientemente, la Ley N° 19.759 modificó sustancialmente el régimen legal que estaba vigente, facilitando aun más la constitución de sindicatos, ampliando los fueros sindicales, dándoles a la organización y más precisamente a sus directores una amplia libertad, exenta casi de todo control por parte de la administración. Establece también mayores sanciones en materia de prácticas antisindicales y cambia el procedimiento de denuncia de tales prácticas. A juicio de la suscrita, la reforma garantiza efectivamente una mayor autonomía sindical y una libertad mayor respecto del Estado, pero puede no propender al fortalecimiento de una sindicalización seria y responsable que apunte a la existencia de organizaciones sólidas y eficaces en la defensa de los intereses que le son propios, como podrá observarse del análisis de las diversas materias que fueron objeto de la modificación legal, y, en consecuencia, resulta difícil estimar que ellas podrán hacer efectivo el cumplimiento del segundo de los objetivos que en esta parte perseguía la reforma, según se expresó por la autoridad pertinente.

El análisis de la regulación legal que pasará a desarrollarse se circunscribe sólo a los aspectos de la materia relativa a organizaciones sindicales que resultaron afectados por la reforma, sin entrar a revisar aquellos tópicos que mantuvieron su misma regulación.

EL DERECHO DE SINDICACIÓN

En nuestro sistema el derecho a sindicalizarse tiene el carácter de garantía constitucional, según lo previsto en el art. 19 N° 19 de la CPE, que reconoce "el derecho de sindicarse en los casos y formas que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria", agregando que "las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley". El derecho así enunciado se encuentra en armonía con el principio recogido en el art. 1° de la misma Carta, que expresa: "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos."

Por otra parte, y en consonancia con lo anterior, el art. 212 del Código reconoce el derecho de los trabajadores para constituir sindicatos sin necesidad de autorización previa. Esta norma constituye una clara demostra-

ción de que, en nuestro país, en materia de constitución de sindicatos, se ha optado por el sistema que admite el paralelismo sindical, tendencia moderna que se ajusta claramente a los convenios internacionales y que armoniza perfectamente con un real sistema de libertad sindical.

En Chile, esto no siempre fue así, ya que el C. del T. de 1931 estableció no sólo una sindicalización obligatoria para los obreros, sino además, bajo un esquema de sindicato único, esto es, un solo sindicato de obreros por empresa. Fue el D.L. 2.756 el que consagró por primera vez a nivel legislativo este sistema, el que ha mantenido su vigencia bajo las actuales normas, las cuales disponen que los trabajadores tienen el derecho "a constituir las organizaciones que estimen conveniente", de lo que se desprende que el paralelismo sindical es aceptado plenamente en nuestra legislación, lo que concuerda, además, con las reglas sobre quórum para constituir sindicatos, ya que en virtud de ellas los trabajadores pueden formar más de una organización por empresa (art. 227).

Cabe señalar que esta forma de enfocar el tema fue muy resistida por las organizaciones sindicales existentes a la fecha de dictación del D.L. 2.756, ya que, en esa época, los dirigentes de tales organizaciones propugnaban la existencia de un solo sindicato por empresa; sin embargo, ello no ha sido objeto de cambios en las modificaciones legales efectuadas al sistema; incluso más, la última reforma aumenta dicha posibilidad de constituir varias organizaciones por empresa en los casos de aquellas que tienen 50 o menos trabajadores, ya que ahora sólo se les exige un número mínimo de socios, pero no un porcentaje de representatividad (art. 227 inc. 3°), lo que podría incluso llevar a la constitución de, teóricamente, hasta 6 sindicatos en empresas de 49 trabajadores, posibilidad que el D.L. 2.756 evitó, al exigirles representar más del 50% con la finalidad de propender, en las empresas pequeñas, a la existencia de un solo sindicato, a fin de garantizarles mayor representatividad y, en consecuencia, mayor poder.

En suma, la nueva legislación no sólo sigue reconociendo la pluralidad sindical, sino que extiende aun más la posibilidad de constituir varios sindicatos por empresa o por establecimiento de empresa.

Titulares del derecho a sindicación

Sobre el particular, el art. 212 dispone que este derecho corresponde a los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado; esta norma debe concordarse con el art. 1° del C. del T., que señala a quienes se aplican sus disposiciones y, en virtud de su campo de aplicación, deben entenderse excluidos del derecho a sindicalizarse aquellos trabajadores que laboran en el Congreso Nacional, los funcionarios del Poder Judicial y los de

la Administración del Estado, sea centralizada o descentralizada. Esto último, sin perjuicio de que, en virtud de lo previsto en la Ley 19.296 (D. Of. 14.3.94) se permite constituir Asociaciones de Funcionarios a quienes laboran en la Administración del Estado.

El art. 212 antes citado debe también concordarse con el art. 217 del Código que hoy reconoce expresamente el derecho a constituir organizaciones sindicales a los funcionarios de la empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de ese Ministerio (sin perjuicio de que se mantienen exclusios del derecho a negociar colectivamente, art. 304). Así, entonces, pay una evidente ampliación del derecho a sindicalizarse al otorgar la lay este derecho a los funcionarios citados, los cuales hasta este momento viabían estado expresamente excluidos del mismo en virtud del texto del art. 217, actualmente sustituido.

Carácter voluntario del derecho a sindicación

Sin perjuicio de otras características del derecho a sindicación (es único, personal, etc.), resulta de interés destacar su carácter voluntario, aspecto al cual la propia Constitución le reconoce la mayor importancia

Que sea voluntario significa que nadie puede ser obligado a afiliarse a una organización sindical para desempeñar un empleo o desarrollar una actividad (art. 214 incs. 2° y 3°). La misma característica tiene el acto de desafiliación, por lo que no podrá impedirse, bajo pretexto alguno, la desafiliación a una organización sindical.

Este carácter se encuentra reforzado en el art. 215, que establece la prohibición de condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación de una organización sindical, prohibiéndose, además, toda acción que tienda a impedir la afiliación o todo acto que perjudique al trabajador en cualquier forma por causa de su afiliación sindical. Lo señalado concuerda especialmente con el inc. 2º del art. 2º, que establece como contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación, señalando que tienen esa calidad las distinciones, exclusiones o preferencias basadas –entre otras– en la sindicación del trabajador y que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.² La reforma agregó, además, que lo anteriormente señalado y las obligaciones que de estas normas emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo, de

² La no discriminación en el empleo es materia del Convenio 111 de la OIT, aprobado en 1958 y ratificado por Chile.

manera que no sería extraño que si el empleador incurre en una práctica que puede estimarse discriminatoria por razones de sindicación, el trabajador pueda alegar un despido indirecto basándose en el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

En esta materia es necesario destacar que el carácter voluntario de la afiliación sindical, reconocido no sólo legalmente, sino incluso en nuestro texto constitucional, puede verse afectado por las que en doctrina se conocen como cláusulas de seguridad sindical, entre las cuales se cuentan aquellas de las cuales se derivan obligaciones directas o indirectas o que suponen cualquier tipo de presión para forzar a la afiliación a un sindicato. En este sentido, se ha estimado "que cualquier trato de favor a los sindicados y sus organizaciones topa con un riguroso límite y esta limitación se evidencia en la proscripción de ciertas ventajas a los sindicados o el uso de determinados medios de financiación (canon obligatorio por negociación colectiva)". 3 García Fernández sostiene que el Tribunal Constitucional español ha tenido que recordar que tal libertad es compatible con medidas que fomenten la actuación de los sindicatos, siempre que de tales medidas no se deriven cargas para los no afiliados que presionen hacia la afiliación. Así entendida entonces la libertad de afiliación y de no afiliación sindical, observamos que este principio podría entrar en colisión con aquellas cargas que nuestra legislación impone a los no sindicados y que veremos a propósito de las normas que obligan a aportar un 75% de la cuota ordinaria sindical en casos de extensión de beneficios obtenidos por medio de un contrato o convenio colectivo celebrado por una organización sindical.

TIPOS DE SINDICATOS

Hasta antes de la Ley N° 19.759, el art. 216 del Código reconocía solo las siguientes categorías de sindicatos:

- a) **Sindicato de Trabajadores de Empresa**: Este sindicato agrupa sólo a trabajadores de una misma empresa.
- b) Sindicato de Trabajadores Interempresa: Se le define como aquel que reúne como mínimo a trabajadores de dos o más empleadores distintos.
- c) Sindicato de Trabajadores Independientes: Es aquel que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno.

³ García Fernández, Manuel: *Manual de Derecho del Trabajo*, Editorial Ariel S.A., España, p. 127.

d) Sindicato de trabajadores eventuales o transitorios: Es aquel constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes.

El nuevo texto del art. 216 permite ahora constituir otro tipo de organizaciones sindicales, ya que la enunciación de los anteriores se hace sólo en forma ejemplar: "Podrán, entre otras, constituirse las siguientes (organizaciones sindicales)...", lo que determina que a partir de la nueva ley podrán constituirse otro tipo de organizaciones sindicales cuya denominación específica sólo estará determinada por la consideración de los trabajadores que agrupen, por ej. sindicatos por rama de actividad, por profesiones, territoriales, etc.

Es indudable que la situación recién descrita puede llevar a la creación de diversas formas de organizaciones sindicales, materia en la cual, estimamos, las limitaciones estarán dadas por la naturaleza propia de los sindicatos en el sentido que el nuevo tipo de organización que se constituya deberá perseguir algunos o todos los fines que para tales organizaciones reconoce el art. 220 y no podría, por tanto, organizarse bajo esta reglamentación una organización cuyos fines difieren de los contemplados en dicha norma; así, si se considera que los sindicatos defienden intereses profesionales y éstos se ubican en las relaciones de empleo, la defensa de intereses profesionales ajenos a estas relaciones de empleo no puede realizarse por medio de agrupaciones sindicales, lo que significa delimitar el ámbito de actuación de los nuevos tipos de sindicatos que se constituyan a partir de la reforma. Por otra parte, debiera limitar también este derecho lo dispuesto en el art. 214, que establece que un trabajador no puede pertenecer a más de un sindicato en función de un mismo empleo.

Objetivos de los sindicatos

Esta materia se encuentra normada en el art. 220 del C. del T. La reforma cambió el orden de los números 1 y 2 del art. 220, pasando el N° 2 a ser N° 1 y el N° 1 a ser N° 2,⁴ con lo que, estimamos, se quiere dar una señal, en cuanto a que uno de los roles prioritarios de las organizaciones sindicales

^{*} El art. 220, posterior a la reforma, expresa en sus números 1 y 2 lo siguiente: Son fines principales de las organizaciones sindicales: 1. Representar a los afiliados en las diversas instancias de la negociación colectiva a nivel de la empresa, y, asimismo, cuando, previo acuerdo de las partes, la negociación involucre a más de una empresa. Suscribir los instrumentos colectivos del trabajo que corresponda, velar por su cumplimiento y hacer valer los derechos que de ellos nazcan; y 2. Representar a los trabajadores en el ejercicio de los derechos emanados de los contratos individuales de trabajo, cuando sean requeridos por los asociados. No será necesario requerimiento de los afectados para que los representen en el ejercicio de los derechos emanados de los instrumentos colectivos de trabajo y cuando se reclame de las infracciones legales o contractuales que afecten a la generalidad de sus socios. En ningún caso podrán percibir las remuneraciones de sus afiliados.

es su intervención en procesos de negociación colectiva como organización que representa a los trabajadores en dichos procesos.

El autor William Thayer había criticado la enumeración del art. 220 indicando que los objetivos señalados en la norma, si bien son perseguidos por los sindicatos, pueden ser también el objetivo de otras personas o entidades. De allí resultaría que la enumeración de los fines sindicales que efectuaba el Código no daba el énfasis que debe darse al rol principal de los sindicatos, que es promover y representar los intereses económicos comunes de sus afiliados, cuestión que en parte se ha corregido con el nuevo orden que se ha dado a las finalidades de las organizaciones sindicales y a que se hizo referencia en el párrafo anterior.

De la redacción del art. 220 se aprecia nítidamente el carácter no taxativo de la enumeración, al señalar: "son fines **principales** de las organizaciones sindicales...", lo que armoniza con la redacción del último numerando de la disposición, que indica: "En general, realizar todas aquellas actividades contempladas en los estatutos y que no estuvieren prohibidas por la ley".

CONSTITUCIÓN DE LOS SINDICATOS

Requisitos y quórum para la constitución de sindicatos

En esta materia hay que distinguir:

- 1. S.T. Interempresa: Requiere para constituirse a lo menos de 25 trabajadores que laboren para un mínimo de dos empleadores distintos.
- 2. S.T. Independientes: Requiere para constituirse la unión de 25 o más trabajadores que no dependan de empleador alguno.
- 3. S.T. Eventuales o transitorios: Para constituirse requiere la unión de 25 o más trabajadores que laboren en faenas cíclicas o intermitentes y siempre que laboren bajo dependencia y subordinación.
- 4. Otro tipo de sindicatos (por profesiones, territoriales, etc.): requieren 25 trabajadores para constituirlo (art. 228).
- 5. S.T. Empresa: En este aspecto se debe recordar que para los efectos de las organizaciones sindicales no sólo se entiende por empresa aquella organización a que alude el art. 3° del C. del T. sino que, de acuerdo al art. 226, se entiende también por tal:

- Cada predio agrícola
- Los predios colindantes explotados por un mismo empleador, y
- Los predios que estén comprendidos dentro del giro de explotación agrícola, frutícola, ganadera, forestal u otra análoga, de una persona jurídica, aunque no sean colindantes.

Para la constitución de un sindicato de empresa, el art. 227 distingue:

- a) Empresas en que laboran más de 50 trabajadores
- b) Empresas en que laboran 50 o menos trabajadores
- a) Empresas en que laboran más de 50 trabajadores: Se requiere para constituir el sindicato un mínimo de 25 trabajadores que representen, a lo menos, el 10% de los que prestan servicios en ella. Hasta aquí se mantiene la misma exigencia anterior a la reforma, pero en esta parte la Ley N° 19.759 introdujo una importante modificación al permitir que en estas empresas, y siempre que en ellas no exista un sindicato vigente, pueda constituirse un sindicato reuniendo sólo 8 trabajadores (sin exigir tampoco porcentaje de representatividad), debiendo completarse el quorum exigido en el plazo máximo de un año, transcurrido el cual, si no han logrado reunir el quorum, caduca su personalidad jurídica por el solo ministerio de la ley. Esta norma tiene, por una parte, una especial importancia, porque a través de ella se está ampliando también el derecho a negociar colectivamente; en efecto, trabajadores que no pueden hacerlo como grupo por no reunir el quórum legal, podrán sindicalizarse bajo el imperio de esta ley y aun cuando posteriormente no puedan reunir el quórum legal, va que una vez organizados como sindicatos podrán presentar un proyecto de contrato colectivo, aunque caduque después su personalidad jurídica. Desde otra perspectiva, estimamos que la nueva disposición da una mala señal en cuanto a que a propósito de los fueros que se consagran para el período de constitución del sindicato, podría estimular a los trabajadores a recurrir a la práctica de constituir todos los años sindicatos con el solo objeto de gozar del fuero que la ley otorga a los trabajadores, sin que se promueva un sindicalismo destinado seriamente al cumplimiento de sus fines propios. Podría ello transformarse en un abuso de derecho difícil de evitar, no ajeno a nuestra realidad laboral; basta con recordar la forma en que actuaron algunas organizaciones sindicales que obligaron, en materia de fuero de los candidatos a directores sindicales, a introducir una modificación legal que pusiera freno a aquella práctica de permanentes renovaciones de directorio, efectuadas con el único propósito de otorgar fuero a los trabajadores designados como candidatos. Resulta así fácil de advertir que la nueva norma facilita la ejecución de estas prácticas abusivas.

b) Empresas en que laboran 50 o menos trabajadores: Pueden constituir sindicatos ocho de ellos, sin que se les exija porcentaje de representatividad; esto es lo que determina que, teóricamente, en una empresa con 49 trabajadores podrían constituirse hasta 6 sindicatos, lo que es una aberrración si se piensa en la necesidad de velar por un sindicalismo responsable y representativo.

Por otra parte, en empresas con más de un establecimiento, se pueden constituir sindicatos en cada uno de ellos, con un quórum de 25 trabajadores que representen, a lo menos, el 30% de los del establecimiento (se bajó el porcentaje de 40% a 30%). En consecuencia, se pueden constituir tres sindicatos como máximo por establecimiento.

Por último, si el sindicato es suficientemente numeroso y cuenta con 250 o más trabajadores, no requiere reunir un porcentaje de representatividad determinado, ya que el número de socios la garantiza por sí solo.

De acuerdo con el art. 297, procede la disolución de un sindicato, entre otras razones, cuando éste deja de cumplir con los requisitos necesarios para su constitución; en consecuencia, el hecho de perder el quórum requerido para constituirse determinaría incurrir en causal de disolución, la cual debería declararse por el tribunal correspondiente a solicitud de la Dirección del Trabajo o de cualquiera de sus socios. En este caso ya no se exige que el reducido número de socios perdurara más de 6 meses, como sucedía con anterioridad a la reforma, ya que esta causal no está prevista ahora en forma específica como sí lo hacía el art. 295 letra d). En todo caso, ello no debiera incidir en una mayor cantidad de disoluciones de organizaciones sindicales, toda vez que, al no corresponderle la acción al empleador, es difícil pensar que ella será solicitada por la Dirección del Trabajo, organismo que no está obligado a pedirla aun cuando se den los supuestos para ello.

Ministros de fe en las actuaciones sindicales

El art. 221 del C. del T. establece que la constitución de los sindicatos se efectúa en asamblea de trabajadores, los que deben reunir los quórum antes señalados según el sindicato de que se trate, y en presencia de un ministro de fe, pudiendo actuar en esta ocasión como tal no sólo un Inspector del Trabajo, sino también un Notario Público u otros funcionarios de la Administración del Estado y los Oficiales del Registro Civil.

En esta materia conviene tener presente que el nuevo art. 218 establece que en las demás materias de orden sindical en que la ley exige gené-

ricamente la presencia de un ministro de fe, podrán actuar como tales los antes indicados o quienes el estatuto de la organización sindical determine como tales, lo que, se ha dicho, tiende a facilitar el cumplimiento de las diversas funciones que los ministros de fe deben cumplir en la vida sindical.

Fuero para socios fundadores

Al art. 221 se le agregaron tres nuevos incisos, de acuerdo con los cuales los socios fundadores de un sindicato de trabajadores de empresa, de establecimiento de empresa o interempresa, esto es, aquellos que constituyen los sindicatos ya indicados, gozarán de fuero laboral desde los 10 días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta treinta días de realizada, fuero que no podrá exceder de 40 días.

Tratándose, en cambio, de los trabajadores que constituyan un sindicato de trabajadores transitorios o eventuales, gozan de este fuero desde 10 días antes de la asamblea de constitución y hasta el día siguiente de la asamblea constitutiva y él no puede exceder de quince días. Sin embargo, por aplicación del art. 243 inc. final, si el vencimiento de su contrato se produce en el período de fuero (por llegada del plazo o conclusión del servicio), este fuero sólo los ampara durante la vigencia del contrato y, por tanto, no se requiere solicitar el desafuero si se dan tales circunstancias en dicho período.

Finalmente, y por resultar en esta materia aplicable lo previsto en el inc. 3° del art. 238, en una misma empresa, los trabajadores podrán gozar de este fuero sólo dos veces durante cada año calendario (art. 221 inc. final).

Dado que el fuero se adquiere aquí desde una fecha anterior al acto de constitución, indudablemente que en algunos casos el empleador se encontrará con despidos que en definitiva serán nulos, por encontrarse el trabajador gozando del fuero propio de la constitución del sindicato, situación similar a la que ocurre con el fuero propio de los procesos de negociación colectiva reglada (art. 309) El art. 225 obliga al directorio sindical a comunicar a la administración de la empresa la celebración de la asamblea de constitución dentro de los tres días hábiles laborales siquientes.

LOS ESTATUTOS

Luego de la reforma, los estatutos de la organización sindical pasan a tener un rol fundamental en la vida de los sindicatos, ya que son extremadamente numerosas y diversas las materias que deberán regularse por ellos; por tanto, en todo lo no previsto por el legislador, el sindicato deberá ajustarse a sus disposiciones estatutarias, debiendo éstas normas ser lo suficientemente claras y completas, a fin de evitar problemas en el funcionamiento de la organización.

El control de la legalidad de los estatutos sigue correspondiendo a la Inspección del Trabajo respectiva.

La aprobación de las disposiciones estatutarias se efectúa en la asamblea constitutiva del sindicato, por la mayoría absoluta de sus integrantes, en votación secreta (art. 221). Para la reforma de los mismos se exige una asamblea extraordinaria, citada especialmente para ese efecto, presencia de un ministro de fe y debe ser aprobada en votación secreta, por la mayoría absoluta de los afiliados que se encuentran al día en el pago de las cuotas sindicales (art. 233).

Al aprobarse una reforma, dos copias de los estatutos reformados deberán enviarse a la Inspección del Trabajo para su correspondiente control de legalidad, dentro de los 15 días siguientes a la realización de la asamblea en que se aprobó la reforma. Si las copias no se acompañan dentro del plazo legal o no se subsanan los defectos que la l. del T. observare o fuere rechazado el reclamo judicial interpuesto, la reforma estatutaria quedará sin efecto, manteniendo su vigencia el estatuto primitivo (art. 233).

En cuanto al contenido de los estatutos, el nuevo art. 231 expresa que éstos deberán contener, especialmente:

- a) Los requisitos de afiliación y desafiliación de sus miembros.
- b) Los derechos y obligaciones de sus miembros.
- c) Los requisitos para ser elegido dirigente sindical.
- d) Los mecanismos de modificación de los estatutos o de fusión del sindicato. En cuanto a la modificación de los estatutos, debe tenerse presente que la reforma no derogó el art. 233, que establece las exigencias para tal modificación (señaladas anteriormente), por lo que estimamos que los estatutos sólo podrían contemplar nuevas exigencias, pero en caso alguno podrían vulnerar lo previsto en dicho art. 233, al cual ya se hizo referencia.

- e) El régimen disciplinario interno, y
- f) La clase y denominación del sindicato, la cual no puede sugerir el carácter de único o exclusivo.

Además, tratándose de estatutos de organizaciones sindicales en que participen trabajadores no permanentes, podrán contener normas especiales en relación con la ponderación del voto de los socios.

Desde luego, el estatuto deberá contener todas las demás normas propias de este tipo de documentos y que resultan necesarias de acuerdo a lo previsto en los arts. 213 inc. 2°, 220, 231, 232, 235 y 236, 237 inc. 2°, 256, 260, 296, 298 y otros.

ORGANOS DEL SINDICATO

- 1. EL DIRECTORIO
- 2. LA ASAMBLEA

1. EL DIRECTORIO

En relación a su composición, el Código –después de la última reformasiguió el criterio de no imponer un número fijo de directores sindicales, quedando este número determinado por los estatutos, sin perjuicio de otorgar fuero, permisos y licencias sólo a un número determinado de ellos. En todo caso, la ley admite que los directores sindicales que tienen derecho a los permisos ordinarios de 6 u 8 horas semanales, puedan ceder esas horas, en todo o en parte, a los directores a quienes no corresponden esos derechos. Esta cesión debe ser comunicada al empleador con a lo menos tres días hábiles de anticipación al día en que se haga efectivo el uso del permiso a que la cesión se refiere (art. 235 i.f.)

En cuanto al número, y salvo para el caso de sindicatos de empresa que reúnan menos de 25 trabajadores (situación en la cual se mantiene vigente la regla que sólo acepta a un director que actúa en calidad de presidente y que goza de fuero, permisos y licencias sindicales), en los demás casos se deja entregado el número de tales a los estatutos de la organización.

Tratándose de los beneficios de fuero de directores sindicales y permisos o licencias, en cambio, la ley otorga tales beneficios a un número variable de directores sindicales atendiendo al número de asociados. Esa cantidad variable de socios está establecida de la siguiente forma:

- a) Si el sindicato reúne entre 25 y 249 afiliados, tres directores;
- b) Si el sindicato tiene entre 250 y 999 afiliados, cinco directores;
- c) Si el sindicato reúne entre 1000 y 2999 socios, siete directores;
- d) Si el sindicato tiene 3000 o más afiliados, nueve directores.

Los directores que queden comprendidos en esos números serán aquellos que obtuvieron las más altas mayorías relativas en el correspondiente proceso eleccionario.

En el caso de los sindicatos que tengan presencia en dos o más regiones y siempre que reúnan 3.000 o más trabajadores, el número de directores se aumentará en dos (art. 235 inc. 4°)

Debe advertirse que este posible aumento en el número de directores sindicales podría tener, a lo menos, dos importantes efectos: i) la ampliación del número de directores determina el aumento en el número de personas que integran la mesa negociadora en un proceso de negociación colectiva reglada, ya que la comisión de los trabajadores, cuando éstos negocian como sindicato, se integra por los directores de la organización, y su número, de acuerdo a los estatutos, ahora podrá ser cualquiera. Este aumento en el número de integrantes de la comisión negociadora no se equilibró con los representantes del empleador, que continúan pudiendo ser tres apoderados. Resulta así fácil de advertir que este mayor número de integrantes de la comisión puede dificultar la obtención de acuerdos en el proceso, dado que normalmente, mientras más son las personas que deben intervenir para adoptar una decisión, mayores son las dificultades que surgen para conciliar sus voluntades; ii) Por otra parte, el aumento en el número de directores sindicales plantea también una duda en cuanto a que esta calidad de director sindical, que no concede fueros ni permisos, puede, sin embargo, en los hechos, generar mayores posibilidades de reclamar la existencia de una práctica antisindical cuando se ponga término al contrato de aquellos dependientes que tienen la calidad de directores sindicales y que no gozan de fuero. Esperemos que esto no resulte así, ya que, en ese supuesto, nos encontraríamos con un "fuero de hecho" ya que no de derecho, que restringiría las facultades del empleador para decidir poner término a contratos de trabajo de sus dependientes y que, incluso más, podría generar una abierta discriminación en contra de aquellos trabajadores no sindicalizados, toda vez que, ante el temor del empleador en orden a que se le sancione por una práctica antisindical cuando ha tenido que despedir a un trabajador que es dirigente sindical sin fuero, si necesita reducir personal, tendría

que optar siempre por la separación del trabajador que no tiene cargo, aun cuando éste tenga más méritos desde la perspectiva de su aporte laboral.

Requisitos para ser director sindical (art. 236)

Hasta antes de la reforma introducida por la ley N° 19.759, el Código exigía cumplir con diversos requisitos para ser elegido dirigente sindical y que atendían a las finalidades que más adelante se indican. Todas estas exigencias legales hoy desaparecen, ya que el art. 236 prescribe que para ser elegido o desempeñarse como director o delegado sindical se requiere cumplir sólo con los requisitos que señalen los estatutos. Las exigencias legales anteriores eran las siguientes:

- 1. Ser mayor de 18 años de edad. Esta exigencia se justificaba porque el cargo involucra responsabilidades civiles y, eventualmente, penales, propias de una persona mayor de edad. Por ello los trabajadores menores de edad que, desde luego no tienen impedimento para sindicalizarse, no tenían –sin embargo– la calidad de elegibles para los cargos directivos, ya que no podían asumir las responsabilidades propias del cargo en los ámbitos civiles y penales, lo que podría conducir a un ejercicio irresponsable de dicha calidad. En este punto, sin embargo, estimamos que dado que la capacidad laboral, en general, se obtiene a los 18 años de edad, no debieran producirse mayores problemas al haberse derogado este requisito.
- 2. No haber sido condenado ni hallarse procesado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva. Esta inhabilidad sólo duraba el tiempo requerido para la prescripción de la pena, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 105 del C. Penal, empezando a correr ese plazo desde la fecha de comisión del delito. Claramente, la eliminación de este requisito puede determinar, si los estatutos no son exigentes al respecto, que resulten elegidas personas que no son idóneas para el cargo, lo que puede ser especialmente perjudicial en materia de administración del patrimonio sindical.
- 3. Saber leer y escribir. Esta exigencia fue una modificación introducida por el D.L. 2.756 y pretendía conseguir un manejo eficiente de la organización, sin que ello constituyera un entorpecimiento a la libertad para elegir directores, dados los bajos índices de analfabetismo existentes en nuestro país. Respecto de la eliminación de este requisito, valga el comentario del número anterior.
- 4. Tener una antigüedad de seis meses como socio del sindicato, salvo que éste tenga una existencia menor.

Estimamos recomendable que los estatutos sigan contemplando exigencias similares a las antes indicadas, particularmente aquellas signadas con los números 2 y 3, para cautelar la idoneidad de los dirigentes, cuestión que resulta trascendente en el cumplimiento de los fines de la organización y más aún, atendiendo a las más amplias facultades que la reforma otorga a los directores.

Elección del directorio sindical

En la primera elección de directorio, todos los trabajadores afiliados que reúnan los requisitos mencionados en el estatuto y que concurran a la asamblea constitutiva serán candidatos a director y serán válidos los votos emitidos a favor de cualquiera de ellos (art. 237).

En cambio, para las posteriores elecciones de directorio o renovaciones parciales, a partir de la Ley N° 19.069, deben presentarse candidaturas en la forma, oportunidad y con la publicidad que señalen los estatutos; si éstos nada dicen, las candidaturas deben presentarse por escrito ante el secretario del directorio, no antes de 15 días ni después de 2 días anteriores a la fecha de la elección. En todo caso, el secretario deberá comunicar por escrito o mediante carta certificada a la Inspección del Trabajo la circunstancia de haberse presentado una candidatura dentro de los dos días hábiles siguientes a su formalización.

Aun cuando la ley no lo señala expresamente, se entiende que las candidaturas son generales, esto es, las listas no pueden llevar candidatos a cargos previamente determinados, toda vez que el art. 235 inc. 3° señala que "las más altas mayorías (que resulten elegidos para los cargos que gozan de fuero y permisos) elegirán entre ellos al Presidente, al Secretario y al tesorero".

Por otra parte, todos los trabajadores incluidos en las listas de candidatos en los sindicatos de trabajadores de empresa, interempresa y transitorios, gozan del fuero a que alude el art. 243, desde que se comunica por escrito al empleador o empleadores y a la Inspección del Trabajo, la fecha en que debe realizarse la elección y hasta que ésta se realice, salvo que ella se postergue, ya que en este caso el fuero cesa el día primitivamente fijado para la realización de la elección. El aviso debe darse al empleador con una anticipación no superior a 15 días contados hacia atrás desde el día de la elección. Antes de la reforma, el art. 238 señalaba expresamente que si no se enviaba esta comunicación (al empleador y a la Inspección del Trabajo), el fuero de los candidatos no tendría lugar; este inciso no fue incluido en la norma reformada, sin embargo, creemos que la sanción debe operar igualmente, ya que el fuero de los candidatos, según el art. 238, nace con la

comunicación: "gozarán del fuero previsto en el inciso primero del artículo 243, desde que el directorio en ejercicio comunique por escrito al empleador o empleadores...", luego, si ella no se practica, dicho beneficio no podría nacer. Por otra parte, debe advertirse que la nueva ley sólo exige comunicar al empleador la fecha de la elección, pero no la nómina de candidatos, como sí lo exigía con anterioridad el art. 237 (que ahora sólo exige informar las candidaturas a la Inspección del Trabajo), también reformado, lo que implica que de estimarse que no es requisito informar al empleador la formalización de una candidatura, al desconocer el empleador quienes tienen tal calidad, quedará durante todo el período posterior a la comunicación prácticamente imposibilitado de despedir a cualquier socio del sindicato, ya que ignora quiénes tienen la calidad de candidatos y, por tanto, quiénes están con fuero en ese período previo a la elección. Así entonces, de acuerdo al tenor literal de las normas ahora vigentes, en el período previo a la elección gozan de fuero los candidatos a director sindical, pero en los hechos, podría la nueva redacción de las disposiciones vigentes consagrar un fuero general para todos los trabajadores. Nuevamente estaríamos aquí frente a un fuero general de hecho, más no de derecho. La suscrita, sin embargo, es de opinión que no puede llegarse a esta interpretación, desde que las normas sobre fuero son excepcionales y, por tanto, de interpretación restrictiva, de manera que si entendemos que el art. 238 alude al fuero de los candidatos, para que dicha disposición resulte aplicable en su sentido genuino, el empleador tendría que conocer quiénes son los candidatos.

Con el ánimo de evitar abusos en esta materia (sucesivas renovaciones de directivas con el solo interés de adquirir fuero), la ley establece que, en una misma empresa, los trabajadores podrán gozar de este fuero sólo dos veces durante cada año calendario (art. 238 inc. final).

En la elección (primera o posteriores), resultarán elegidos para los cargos que gozan de fuero y permisos quienes obtengan las más altas mayorías relativas; si se produce empate, se aplicará lo dispuesto en los estatutos y si éstos nada dicen al respecto, se procederá a una nueva elección sólo entre quienes estuvieren en tal situación.

Corresponde al estatuto establecer la forma de reemplazar al director que deje de tener la calidad de tal por cualquier causa (art. 235 inc. 5°). Sobre el particular, debe tenerse presente que la reforma suprimió la facultad de la Dirección del Trabajo para calificar la inhabilidad de los dirigentes sindicales, entendiéndose que desde ahora esta función corresponderá a los órganos internos del sindicato, quienes, de acuerdo al nuevo texto del art. 232, estarán encargados de verificar los procedimientos electorales, así como los demás actos en que deba expresarse la voluntad colectiva de los

socios. Por lo tanto, en el caso que deba declararse la inhabilidad en el cargo por parte de tal órgano interno, porque el dirigente no cumple los requisitos estatutarios, habrá que estarse a lo que las normas estatutarias dispongan para el reemplazo.

Procedimiento de elección

La votación que deba realizarse será secreta y deberá practicarse en presencia de un ministro de fe, que –como ya se dijo– en esta oportunidad podrá serlo aquel que en los estatutos esté designado como tal. El día de la votación, y con la intención de que la elección se realice en un clima de tranquilidad, el art. 239 establece que no puede llevarse a efecto asamblea alguna (salvo que se trate de la elección conjunta con la constitución del sindicato). El estatuto debe señalar los requisitos de antigüedad para la votación de directorio sindical.

Todas las elecciones de directorio, censura y escrutinios deben realizarse de manera simultánea en la forma que determinen los estatutos. Si estos nada dicen, se estará a las normas que determine la Dirección del Trabajo.

Derecho a voto para la elección de directores

A partir de la última reforma, corresponde a los estatutos establecer los derechos de los socios en la organización y también los requisitos de antigüedad para participar en la elección.

En cuanto al número de votos por socio, también es una materia que se deja entregada a los estatutos (art. 232), debiendo aquellos resquardar el derecho de las minorías. En esta parte hay que destacar que la reforma eliminó el artículo 241, que establecía un número de votos por socio según cual fuera la cantidad de cargos a elegir, y que protegía el derecho de las minorías mediante el sistema de votación por lista incompleta, evitando que mayorías estrechas pudieran dejar sin representación y sin la posibilidad de un conveniente control, a las minorías. De manera que esta modificación claramente refuerza el poder de las cúpulas sindicales y debilita la real democracia al interior de la organización, desde que, si se quería una verdadera democracia interna, debió mantenerse la norma derogada y no señalar tan sólo que el estatuto deberá resquardar el derecho de las minorías. Es evidente que al redactarse los estatutos, salvo quienes lideran el proceso de constitución, los demás socios normalmente no alcanzan a comprender el cabal sentido de muchas disposiciones estatutarias, y si se considera también que, normalmente, quienes han liderado el proceso serán quienes también resultarán dirigiendo a la organización, no resulta difícil pensar que cuando éstos redacten los estatutos no van a estar precisamente preocupados de garantizar el respeto a los derechos de las minorías.

Establecidas las más altas mayorías, el directorio se constituye por decisión de sus miembros; es decir, entre ellos eligen un presidente, un secretario, un tesorero, y los demás cargos que dispongan los estatutos deberán llenarse como aquellos lo contemplen (art. 235 inc. 3°).

Constituido el directorio, éste tiene la obligación de comunicar por escrito a la administración de la empresa la celebración de dicha elección y la nómina de los directores elegidos y quiénes dentro de él gozan de fuero, obligación que deberán cumplir dentro de los tres días hábiles laborales siguientes al de la elección. Tratándose de los sindicatos interempresas, esta obligación se cumple mediante una comunicación enviada por carta certificada a los empleadores de aquellas empresas a que pertenecen los trabajadores elegidos (art. 225).

Duración en el cargo de director sindical

Los dirigentes sindicales permanecerán en sus cargos por el tiempo que dure su mandato, el que no podrá ser menor a dos años ni superior a cuatro años (permite aumentar la duración del mandato de 2 a 4 años), pudiendo ser reelegidos indefinidamente (art. 235 inc. 5°). Lo anterior no obsta a la expiración anticipada por renuncia, censura u otras causas legales.

La ampliación del mandato sindical es también otra demostración del mayor poder que se entrega a las directivas, ya que es sabido que éstas tienden a concentrar el poder y a la autocracia de los equipos dirigentes, quienes aspiran a una larga perdurabilidad en sus cargos, de manera de controlar férreamente a la organización, de forma que su sustitución por líderes alternativos resulta muchas veces difícil de producir. Claramente la reforma facilita esta autocracia, lo que hará que, en el futuro, sea cada vez más notoria la "profesionalización" del cargo de dirigente sindical.

El fuero sindical

Otro beneficio establecido en la ley para proteger la libertad de los sindicatos y evitar las presiones hacia los dirigentes, es el fuero sindical, beneficio que garantiza una representación independiente de toda presión o amenaza de represalias (art. 224 en relación con el art. 243).

El art. 224 establece que los miembros de la directiva sindical a que se refiere el inc. 3° del art. 235 gozarán del fuero a que se refiere el art. 243

desde el momento en que se realiza la asamblea constitutiva del sindicato. Lo anterior significa que si bien, producto de la reforma, los estatutos pueden establecer un número de cargos mayor que el que anteriormente permitía la ley, sólo aquellos cuyo número variable está definido en ese artículo en relación con el número de socios del sindicato, gozan de fuero. Por ello es que si un sindicato tiene 240 socios, puede elegir cualquier número de directores superior a tres, pero sólo tres gozan de fuero (como también de los permisos).

Por otra parte, el art. 243 señala que los directores sindicales y los delegados sindicales gozan de fuero desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo; en consecuencia, no pueden ser despedidos sin autorización judicial, la que sólo podrá concederse en los casos de los Nº5 4 y 5 del art. 159 y en los del art. 160. Esta última regla tiene una excepción en el sentido que tratándose de directores de sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios, cuyos contratos de trabajo sean a plazo fijo o por obra o servicio determinado, el fuero los amparará solo durante la vigencia del contrato, sin que se requiera solicitar su desafuero, esto es, sin pedir autorización judicial al término de cada uno de ellos (art. 243).

Por otra parte, si bien la regla general es que el fuero termina seis meses después de la cesación en el cargo, esa regla no se aplica cuando la cesación se ha producido por censura de la asamblea sindical, por sanción judicial en cuya virtud deba hacer abandono del cargo o por término de la empresa (art. 243).

Debe también tenerse presente que mientras dura el fuero sindical, el empleador no puede hacer uso del *ius variandi* consagrado en el art. 12 del C. del T., salvo fuerza mayor o caso fortuito.

Reemplazo de directores inhabilitados o que han cesado anticipadamente en el cargo

Corresponde al estatuto determinar el procedimiento de reemplazo del director que deja de tener la calidad de tal por cualquier causa, por lo tanto ya no corresponde distinguir la época en que se produjo la cesación anticipada en el cargo, como ocurría antes de la reforma. Si el número de directores en ejercicio a que hace referencia el inc. 3° del art. 235 disminuyere a una cantidad tal que impidiere el normal funcionamiento del directorio, deberá procederse a una nueva elección (art. 235 inc. 6°).

Censura del directorio sindical

La censura es el derecho que tienen los socios del sindicato para hacer cesar en el cargo a todos los dirigentes cuando éstos han perdido la confianza de sus bases.

Para que los socios hagan uso de este derecho no requieren invocar una causal, basta el acuerdo de los trabajadores afiliados. La censura afecta a todo el directorio sindical aun cuando la conducta que la produce fuere sólo de un dirigente. Este mecanismo, introducido por el D.L. 2.756, tiene por objeto impedir el manejo de mayorías ocasionales y obedece al mismo principio de defensa de las minorías que privilegiaba el voto por lista incompleta que ahora se eliminó (art. 244).

Para su aprobación, se requiere la mayoría absoluta del total de afiliados al sindicato con derecho a voto. La votación debe ser secreta, ante ministro de fe (salvo en los sindicatos constituidos en empresas en que laboran menos de 25 trabajadores); debe ser solicitada la votación por el 20% de los socios como mínimo y anunciada con no menos de dos días hábiles de anticipación. La votación se realizará en un solo acto, por regla general.

La reforma no modificó el art. 244 en la parte que señala que en la votación de censura sólo pueden participar aquellos trabajadores que tengan una antigüedad de afiliación al sindicato no inferior a 90 días, salvo que el sindicato tenga una existencia menor; sin embargo, debería entenderse esta parte derogada tácitamente a propósito de lo previsto en el nuevo inciso del art. 239, que señala que corresponde a los estatutos establecer tal requisito de antigüedad, no sólo para las elecciones, sino también para la censura.

LAS ASAMBLEAS SINDICALES

Hasta antes de la reforma podía señalarse que el principal órgano del sindicato era la asamblea sindical, ya que, no obstante las facultades del directorio, las decisiones más importantes debían ser adoptadas por los socios reunidos en asamblea, en términos que sus acuerdos obligaban a todos los afiliados y, desde luego, al directorio, que adquiría así la calidad de órgano ejecutor de las decisiones adoptadas por la asamblea.

Estimamos que, con la reforma, la asamblea ha perdido en cierta medida sus atribuciones directivas y decisorias superiores. En efecto, a partir de la nueva ley se eliminó la norma que establecía que en las asambleas extraor-

dinarias sólo podían tomarse acuerdos relacionados con las materias específicas indicadas en los avisos de citación (art. 254, hoy derogado). Esta norma era una importante garantía de que, cuando se citaba a una asamblea extraordinaria, como las materias a tratar debían estar indicadas en la convocatoria, el socio que no asistía tenía certeza que en dicha reunión no podrían tomarse otros acuerdos que los indicados en la citación. Hoy, en cambio, el socio podría encontrarse con que no obstante que la convocatoria a dicha asamblea extraordinaria está hecha sólo para ciertas materias, en ellas se tratan otras y se adoptan acuerdos respecto de los cuales, si él no asistió a la asamblea, no tuvo posibilidad real de manifestar opinión. Esto puede llevar a que una mayoría se concierte con el directorio para tratar una materia específica, informando de ello sólo a quienes puedan respaldar sus decisiones, dejando a los demás socios sin la posibilidad cierta de manifestar su parecer. Es decir, con esto se vuelve al manejo cupular de los sindicatos y se debilita la estructura sindical democrática que se había construido; manifestación de lo mismo ya lo hemos advertido en otras materias. Debiera, por tanto, cautelarse este aspecto en los estatutos de la organización.

El Código distingue dos categorías de asambleas de socios (art. 231):

- a) Asamblea ordinaria, y
- b) Asamblea extraordinaria.
- a) Asamblea ordinaria: Es aquella que se celebra en las oportunidades y con la frecuencia establecida en los estatutos sindicales, con el objeto de tratar entre los asociados materias propias de la organización. Este tipo de asamblea será citada por el presidente o quien los estatutos determine.
- b) Asamblea extraordinaria: Es la que tiene lugar cada vez que lo exijan las necesidades de la organización. Esta asamblea puede ser convocada por el presidente o por los socios en un porcentaje no inferior al 20% del total. En esta parte, el art. 231 elevó el porcentaje de los socios que pueden convocar a una asamblea extraordinaria (de 10% a 20%), lo que concuerda con lo antes afirmado en el sentido que la reforma se orienta a disminuir la protección hacia las minorías de la organización.⁵

A partir de la última reforma, la asamblea tiene una nueva facultad en cuanto a ella corresponde acordar la fusión con otra organización sindical, cuestión que antes no estaba prevista en el Código. En efecto, es posible

⁵ Esto se aprecia también en materia de negociación colectiva, en cuya nueva regulación se suprimió la facultad otorgada al 10% de los trabajadores involucrados en la negociación para convocar a nuevas votaciones durante la huelga (art. 378 inciso 2°, hoy derogado).

ahora que dos o más organizaciones se fusionen y una vez aprobado el nuevo estatuto por cada una de ellas, se procede a la elección del directorio de la nueva organización dentro de los 10 días siguientes a la última asamblea que se celebre. Los bienes y obligaciones de las organizaciones que se fusionan pasan de pleno derecho al nuevo sindicato (art. 233 bis).

PATRIMONIO SINDICAL (art. 256)

El patrimonio sindical está formado por:

- a) Las cuotas o aportes ordinarios o extraordinarios que la asamblea imponga a los asociados de acuerdo a los estatutos;
- b) Las donaciones entre vivos o asignaciones por causa de muerte que se le hicieren a la organización;
- c) El producto de los bienes que tenga la organización;
- d) El producto de la venta de sus activos;
- e) Las multas impuestas a los socios de acuerdo a los estatutos;
- f) El aporte de los adherentes a un instrumento colectivo y de aquellos a quienes se les hizo extensivo éste, como también el aporte de los socios que se retiran de la organización después de la suscripción de un contrato o convenio colectivo y el aporte que deban enterar los trabajadores que, habiendo sido contratados en la empresa con posterioridad a la suscripción del instrumento colectivo, pacten los beneficios del instrumento colectivo (nuevo art. 346).
- g) Las demás fuentes que prevean los estatutos.

En esta parte conviene formular el siguiente comentario. Una fuente de financiamiento de los sindicatos que se incorporó a nuestra legislación con la Ley N° 19.069, de 1991, es el aporte que realizan los no socios en las siguientes situaciones:

- Aporte de los adherentes a un instrumento colectivo, cuyo monto resultará del acuerdo a que llegaron los trabajadores adheridos a la negociación con los respectivos dirigentes sindicales.
- Aporte de aquellos trabajadores que, ocupando los mismos cargos y desempeñando similares funciones a las que realizan socios de un sindicato

que ha negociado colectivamente, resultan beneficiados con ese instrumento por habérseles extendido sus efectos. En este caso, el monto del aporte está fijado por ley y equivale al 75% de la cuota ordinaria sindical (art. 256 en relación con art. 346); el objetivo de la obligación de aportar en este caso es que todos quienes se vean favorecidos con un instrumento colectivo, contribuyan al financiamiento de la organización sindical que obtuvo los beneficios.

- A partir de la Ley N° 19.759, se agrega a lo anterior el aporte de los socios del sindicato que se desafilian del mismo después de la suscripción del contrato o convenio colectivo, y que corresponde también al 75% de la cuota ordinaria sindical (art. 346), y
- Se agregó también el aporte de los trabajadores que, habiendo ingresado a la empresa con posterioridad a la suscripción del contrato colectivo, pacten los beneficios del referido instrumento; en este caso, el aporte es el mismo mencionado en las letras b) y c) anteriores.

Si el empleador no efectúa el descuento de estos aportes, incurre en una práctica antisindical.

En este caso estamos claramente frente a una cláusula de seguridad sindical, a la que ya nos habíamos referido a propósito de la libertad de afiliarse o no a un sindicato y que si bien no obligan a la sindicación directa, sí suponen un apoyo a la acción sindical, forzoso para quienes la soportan y que indirectamente tiende a forzar a la afiliación sindical, cuestión que desde luego resulta más evidente luego de la reforma, desde que se obliga a enterar el aporte del 75% a trabajadores que ni siquiera pertenecían a la empresa en el momento de la negociación, pero que al contratarse pactan beneficios del referido instrumento colectivo, cuestión que normalmente se dará en la práctica, si se considera que las empresas tienden a uniformar, para un mismo rol de trabajadores, los sistemas remuneratorios por razones de índole administrativa.

Reglas sobre la administración del patrimonio sindical

- a) Los fondos sindicales deberán depositarse a medida que se perciban en cuenta corriente o de ahorro abierta a nombre del sindicato en una institución bancaria. Esta obligación no rige respecto de los sindicatos de menos de 50 trabajadores (art. 263).
- b) Para girar contra estos fondos se exige la actuación conjunta del presidente y el tesorero, siendo éstos solidariamente responsables de la obligación del depósito (art. 263).

Antes de la reforma, el Código del Trabajo exigía que en los sindicatos de 250 o más socios era obligatorio confeccionar un balance anual que debía ser aprobado por la asamblea y enviado a la Inspección del Trabajo. En cambio, en los sindicatos con menos de 250 socios sólo se les obligaba a llevar un libro de ingresos y egresos y uno de inventario. La reforma derogó la norma que contemplaba tales exigencias y, en cambio, estableció que el estatuto debe contemplar los mecanismos de control y de la cuenta anual que el directorio sindical debe rendir a la asamblea de socios. Dicha cuenta debe contar con el informe de la comisión revisora de cuentas. También el estatuto debe disponer expresamente las medidas que garanticen a los afiliados el acceso a la información y documentación sindical. Como puede apreciarse, hay aquí un nuevo debilitamiento del rol de los socios y de la asamblea en el tema relativo a la administración del patrimonio sindical: así como desaparece la exigencia de un balance, sólo se contemplan normas que deben consignarse en los estatutos, las que no son siempre efectivas para cautelar los derechos de los socios.

Esto resulta aun más grave si se tiene presente que, con anterioridad a la reforma, la Dirección del Trabajo tenía amplias facultades para revisar la documentación del sindicato en esta materia, pudiendo actuar de oficio o a petición de parte. Así, la Inspección podía requerir todos los antecedentes económicos, financieros y contables, pudiendo sancionar a quien no los presentare con la multa que establecía el art. 300, hoy derogado.

Si la Dirección del Trabajo detectaba irregularidades, podía ordenar su corrección, sin perjuicio de la denuncia a la justicia ordinaria en caso que tales irregularidades revistieran el carácter de delito (art. 265).

Por último, a petición de a lo menos un 25% de los socios, el sindicato debía someterse a una auditoría externa.

Todas estas facultades del organismo fiscalizador, como también la posibilidad de exigir una auditoría externa, han desaparecido, lo que, desde luego, facilita no sólo el descuido en el manejo de los fondos sindicales, sino también el mal uso de los mismos.

La reforma legal introducida por la Ley N° 19.759 derogó el Capítulo XI del Título I del Libro III del Código del Trabajo, de manera que se eliminaron todas las normas relativas a la fiscalización de las organizaciones sindicales por parte de la Dirección del Trabajo.

De acuerdo a lo dicho, resulta claro que la reforma respeta absolutamente la libertad sindical al restar casi toda posibilidad de control del Estado en el funcionamiento del sindicato; la cuestión es si ello, en la práctica, no facilitará el manejo irresponsable de tales organizaciones por parte de las directivas sindicales, sobre todo por el debilitamiento que se observa respecto de las atribuciones de las bases y, en especial, de las minorías.

DISOLUCION DE LOS SINDICATOS

Como una forma de garantizar la libertad sindical frente a la administración, el D.L. 2.756 introdujo un procedimiento especial de carácter judicial para los efectos de obtener la declaración de disolución de un sindicato y siempre que haya concurrido alguna de las causales que sobre la materia contempla la ley, evitando así que fuera la administración la que pudiese decretar tal disolución, lo que contribuye a garantizar la libertad sindical respecto del Estado, cuestión que es expresamente ratificada por el art. 295 nuevo.

Causales de disolución:

- a) Acuerdo de los socios: se requiere mayoría absoluta de los asociados, debiendo adoptarse el acuerdo en asamblea extraordinaria, citada con la anticipación establecida en los estatutos. El acuerdo debe registrarse en la Inspección del Trabajo (art. 296).
- b) Por incumplimiento grave de las obligaciones que les impone la ley (art. 297).
- c) Por haber dejado de cumplir con los requisitos necesarios para su constitución (art. 297).

En los casos de las letras b) y c), la declaración de disolución deberá solicitarse por cualquiera de los socios o por la Dirección del Trabajo ante el juez del trabajo de la jurisdicción en que tenga su domicilio el sindicato. El juez resuelve en un procedimiento especial y breve, de única instancia, con los antecedentes proporcionados por el solicitante, oyendo al directorio sindical o en su rebeldía pudiendo abrir un término probatorio de diez días.

La sentencia que declare disuelto el sindicato deberá ser comunicada por el juez a la Inspección del Trabajo respectiva, procediendo este Servicio a eliminar el sindicato del registro correspondiente. Deberá también procederse a la liquidación del patrimonio sindical, lo que frecuentemente realizará el liquidador designado en los estatutos; si éstos nada establecen al respecto, el nombramiento deberá efectuarse en la sentencia judicial respectiva.

Al efectuar la liquidación, el patrimonio del sindicato se destinará al objetivo que señalen los estatutos; si éstos nada dicen, corresponderá al Presidente de la República efectuar el nombramiento del beneficiario, debiendo recaer esta designación en una organización sindical.

Finalmente, el art. 295 se encarga de precisar que la disolución de una organización sindical no afectará las obligaciones y derechos que corresponden a sus socios y que emanen de instrumentos colectivos suscritos por la organización o por fallos arbitrales que le sean aplicables.

EL DELEGADO SINDICAL

La Ley N° 19.069 creó esta nueva forma de representación sindical que vino a reforzar la acción de los sindicatos de trabajadores interempresas y de trabajadores transitorios en el sentido que los trabajadores de una empresa, afiliados a uno de estos dos tipos de sindicatos, siempre que sean ocho o más y que no se hubiere elegido a uno de ellos como director del sindicato respectivo, pueden designar de entre ellos un delegado sindical (art. 229). Esta figura tendía a facilitar a los trabajadores de aquella empresa que no obtuvieron representación en el directorio tener una comunicación más fluida con su empleador mediante la intervención de quien, laborando en la empresa y no obstante no ser director sindical, goza de muchas de las prerrogativas de aquéllos y se le aplican similares normas; así por ejemplo:

- a) Gozan del mismo fuero, esto es, desde el momento de la elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo;
- b) Su designación debe ser comunicada por carta certificada al empleador, dentro de los tres días laborales hábiles siguientes al de su designación;
- c) Les corresponden las mismas horas de permiso sindical (6 horas) y pueden también, en conformidad a los estatutos del sindicato, hacer uso de una semana de permiso en el año calendario para realizar actividades propias de la organización.

La reforma vino a ampliar más el número posible de delegados sindicales, al señalar que si fueren 25 o más trabajadores los que se encontraren en la situación anterior, elegirán 3 delegados sindicales. Incluso, si de entre esos 25 o más trabajadores ya se hubiere elegido como director sindical a dos o uno de ellos, podrán elegir, respectivamente, uno o dos delegados sindicales.

De lo dicho resulta que la reforma desnaturalizó el sentido originario de este cargo al establecer: "Con todo, si fueren 25 o más trabajadores y de entre ellos se hubiere elegido como director sindical a dos o uno de ellos, podrán elegir, respectivamente, uno o dos delegados sindicales", lo que significa que ahora podrán elegirse delegados sindicales aun cuando los trabajadores de esa empresa ya hubieren obtenido uno o dos cargos de representación en el directorio de la organización. En definitiva, entonces, se perdió de vista el objetivo perseguido por la reforma introducida por la Ley N° 19.069 y simplemente se optó por establecer que, en los casos en que en la empresa laboren 25 o más trabajadores afiliados a un sindicato interempresa o de trabajadores transitorios, tendrán derecho a designar hasta tres delegados sindicales, dependiendo de la cantidad de dirigentes que ya tenían en la organización, lo que implica un nuevo aumento de trabajadores con goce de fuero.

PRACTICAS DESLEALES O ANTISINDICALES

Resulta para todos claro que no basta con establecer amplios criterios de libertad sindical si no se consagran mecanismos que permitan evitar los indudables riesgos de abusos e incorrecciones que pueden atentar contra ella. Por esto, el ordenamiento legal trata de evitar las acciones que atenten contra la libertad sindical mediante el reconocimiento de ciertas conductas, llamadas "prácticas desleales o antisindicales", las cuales, por su gravedad, son objeto de drásticas sanciones. En la práctica, sin embargo, y hasta ahora, la mayor parte de las conductas que podrían haberse calificado como tales no han sido objeto de sanción, por las dificultades existentes para acreditar las mismas.

Estimamos que la reforma, al modificar el procedimiento de denuncia y declaración de tales prácticas, debiera conducir a un cambio en los resultados existentes a la fecha, especialmente por la circunstancia de obligar a la Inspección del Trabajo a denunciar tales hechos cuando tome conocimiento de algunos que estime constitutivos de tales prácticas; además, en este caso, hace obligatorio adjuntar el informe de fiscalización del Servicio, lo que debiera conducir a hacer más fácil la acreditación de los hechos sancionables por esta vía.

Las conductas denominadas prácticas antisindicales pueden provenir del empleador, de los trabajadores o de las organizaciones sindicales y algunas de ellas pueden indistintamente provenir de cualquiera de los indicados. Están mencionadas en los arts. 289, 290 y 291 del Código del Trabajo. Cuando provienen del empleador, ellas están referidas, en general, a

los actos o maniobras que éste puede realizar para interferir en la vida sindical, amenazando o perjudicando a trabajadores en razón de su afiliación o desafiliación sindical.

La denuncia por estas prácticas puede ser deducida por cualquier interesado, sin perjuicio de la obligación de la Inspección del Trabajo de efectuar dicha denuncia cuando tome conocimiento de hechos que estime constitutivos de prácticas desleales (art. 292) y corresponde conocer de ellas a los juzgados del trabajo. Si la denuncia la hizo la Inspección del drabajo, debe acompañar el informe de fiscalización correspondiente los hechos constatados y de que dé cuenta dicho informe, constituyen presunción legal de veracidad. Puede también la Inspección hacerse parte en el juicio, al igual que cualquier interesado, pudiendo las partes comparecer personalmente, esto es, sin patrocinio de abogado.

Recibida la denuncia, el juez deberá citar, por carta certificada, a una audiencia con el objeto de que declare el denunciado, a quien le ordenará acompañar todos los antecedentes que estime necesarios para resolver; citará también, en la misma forma y a la misma audiencia, al denunciante y a los presuntamente afectados, para que expongan lo que estimen conveniente acerca de los hechos investigados. En nuestra opinión, resulta grave que en un procedimiento de esta naturaleza, que puede dar origen a drásticas sanciones, sólo se exija una notificación por carta certificada para los efectos de comparecer a la única audiencia en que la parte denunciada pueda exponer sus descargos o presentar sus pruebas; indudablemente que ello podría originar muchos procesos en que el denunciado no pueda efectuar una defensa apropiada. Estimamos que, en esta situación, debió considerarse la exigencia de una notificación personal, en la misma forma que lo contempla el Código para el procedimiento ordinario de aplicación general.

Con el mérito del informe de fiscalización, lo expuesto por los citados y demás pruebas acompañadas al proceso, que serán apreciadas en conciencia, el juez dictará la sentencia en la misma audiencia o dentro de tercero día.

Si el tribunal declara la existencia de la práctica antisindical, deberá:

- a) Disponer que se enmiende la conducta que originó la denuncia
- b) Ordenar el pago de una multa cuyo monto va de 10 a 150 U.T.M. y para cuya aplicación se considerará la gravedad de la infracción y si se trata o no de una reiteración. Esta multa se aplica a beneficio del SENCE.

- c) Si la práctica antisindical o desleal hubiere implicado el despido de un trabajador no amparado por fuero, el despido no producirá efecto alguno (art. 294) y el trabajador afectado deberá entablar la acción correspondiente dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde su separación. El trabajador podrá optar por la reincorporación o el derecho a la indemnización establecida en el art. 163 (por años de servicios) con el correspondiente recargo y, adicionalmente, a una indemnización que fijará incidentalmente el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a tres meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.
- d) En caso que la conducta desleal haya importado el despido de un trabajador amparado por fuero sindical o propio de la negociación colectiva, el juez en su primera resolución dispondrá de oficio o a petición de parte, la inmediata reincorporación del trabajador a sus labores, sin perjuicio de lo dispuesto en el inc. 2º del art. 174, en lo pertinente. Dado que, en este caso, la ley se refiere a que la medida se adoptará junto con la primera resolución de la causa, se estima que ella se ordenará antes de que exista sentencia condenatoria, lo que resulta absolutamente lógico, desde que, independientemente o no de la existencia de la práctica antisindical, el trabajador aforado no pudo ser despedido sin autorización judicial previa.

La sentencia condenatoria debe, además, ser informada a la Dirección del Trabajo, enviándosele por el tribunal copia de la misma. Lo anterior con el objeto de que este Servicio lleve el registro de tales sentencias y efectúe semestralmente la publicación de la nómina de empresas y organizaciones sindicales sancionadas.

Todo lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad penal en los casos en que las conductas antisindicales o desleales configuren faltas, simples delitos o crímenes (art. 293).

CONCLUSIONES

Resulta fácil advertir que entre los objetivos perseguidos (y declarados) para reformar las normas legales que habían estado vigente en esta materia, se ha cumplido con el primero de los indicados en orden a armonizar nuestra legislación con los convenios internacionales vigentes y ratificados por Chile.

Desde otra perspectiva, en cambio, no resulta difícil observar que la mayor autonomía reconocida a los sindicatos puede llegar a traducirse, en los hechos, en una mayor autonomía para los dirigentes de la organización en desmedro de los derechos de los socios. Así las cosas, y unido ello al desmantelamiento de toda la normativa que permitía una cierta fiscalización por parte del Estado respecto de ciertas actividades sindicales, permite –a lo menos– plantearse si, en verdad, se obtendrán más y mejores sindicatos que puedan contribuir con su solidez y fortalecimiento a la consecución de los fines previstos en el documento ministerial a que se hizo referencia en los párrafos iniciales de este trabajo.

Que habrá más sindicatos, ello es muy posible; que sean mejores... sólo el tiempo podrá darnos la respuesta.

Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima

Enrique Alcalde Rodríguez

Vicedecano y Profesor de Derecho Civil
FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

1. Planteamiento del tema

Uno de los tópicos que mayor preocupación ha suscitado en nuestro medio durante los últimos años es el vinculado con la normativa aplicable a los denominados gobiernos corporativos, particularmente luego de que se introdujeran importantes modificaciones a la legislación que rige la materia. En este ámbito, sin duda, ocupa un lugar especial la regulación referida a los intereses de los accionistas y la forma en que éstos se conjugan o enfrentan con el interés de la propia sociedad anónima, principalmente en aquellos casos en que el accionista es, al mismo tiempo, director de la compañía.

Tanto el tratamiento dogmático del tema enunciado como la acertada inteligencia de las normas que le son aplicables, reclaman claridad respecto de ciertas premisas conceptuales básicas, las cuales, sin embargo, muchas veces se olvidan al momento de analizar las situaciones concretas que presenta la realidad. Dentro de tales premisas, corresponde advertir desde ya que no tiene nada de extraño que en determinadas circunstancias entren en conflicto intereses diversos cuyo titular sea de un lado el accionista y del otro, la sociedad. Por otra parte, debe también prevenirse que semejantes conflictos, en sí mismos, no pueden ser calificados de buenos ni malos, siendo lo relevante analizar cómo fueron resueltos. En algunos casos, es el legislador quien determina directamente el modo de dirimir la eventual colisión de intereses, optando por hacer prevalecer uno de ellos, que se estima de mayor valor, en desmedro del otro, considerado de inferior jerarquía. No obstante, en otras ocasiones serán los tribunales de justicia los llamados a identificar cuál de los intereses en conflicto debe en definitiva primar, lo que ocurrirá, por ejemplo, cuando la materia no encuentra una solución positiva en la ley,¹ o bien porque la definición que ésta ha adoptado supone violentar un derecho jerárquicamente superior que aquel beneficiado a priori con su opción valorativa.²

2. Noción de "interés social"

Pese al largo camino que se ha recorrido desde la formación de las primeras sociedades anónimas, lo cierto es que aun en nuestros días ni la doctrina ni la jurisprudencia han alcanzado un claro consenso respecto del sustrato mismo del *interés social*. En este sentido, subsisten todavía, con más o menos matices, las discusiones entre quienes postulan a su respecto una noción inspirada en las doctrinas "contractualistas"; aquellos que defienden un criterio basado en los principios "institucionalistas"; y, en fin, algunos para los cuales resulta incluso estéril pretender siquiera proponer una definición en torno al punto.

Cada una de estas aproximaciones al concepto admite, a su vez, diversas opiniones, algunas inconciliables entre sí, pero que presentan como denominador común un intento por describir su contenido esencial. Dentro de las corrientes contractualistas, las hay desde aquellas que reducen el interés social a la mera sumatoria de los intereses individuales del conjunto de accionistas, hasta aquellas que lo identifican con el interés que representa la mayoría de los socios. En todo caso, lo particular y distintivo de esta posición –y con lo cual ciertamente estamos de acuerdo– consiste en situar el tema en la estructura misma de la sociedad, concibiendo dicho interés como uno de los elementos que integran o forman parte del contrato que la origina.

Considerando los últimos cambios que se introdujeron a la normativa sobre sociedades anónimas y mercado de valores, advertimos que el criterio del legislador nacional ha variado sustancialmente en la materia, principalmente si se lo compara con la visión que animó las profundas reformas que tuvieron lugar a partir de la década de los ochenta. Es así como la nueva reglamentación pareciera estar inspirada en los principios que im-

¹ Así, por ejemplo, la ley no ha regulado explícitamente la situación que se produce cuando un director o gerente, que a la vez sea accionista, renuncia abruptamente a su cargo y a sabiendas que dada la importancia que el mercado asigna a sus capacidades personales, provocará una sustancial caída en el precio de las acciones. No obstante, nos parece que atendidos los intereses en aparente conflicto, no cabe sino hacer prevalecer la libertad de trabajo y de desarrollar libremente su actividad económica que le asiste al ejecutivo.

² Un caso demostrativo de tales situaciones es aquel que comentamos más adelante al tratar sobre el derecho de disposición de sus propias acciones que mantiene el director, aunque ello suponga causar la frustración de una legítima expectativa de otros accionistas.

peran en las economías más reguladas y que, en general, entienden la sociedad anónima como un instrumento al servicio de la organización global, en cuyo modelo y evolución compete una participación activa a la autoridad. Una perspectiva institucionalista como ésta, naturalmente deja sentir sus consecuencias en la concepción que se tenga respecto del interés social, el cual tiende a ser confundido con los objetivos que poseen otros actores de la comunidad –v.gr. trabajadores, consumidores, proveedores y público en general–, pudiendo, en el extremo, incluso llegar a desdibujarse mediante su identificación con las exigencias derivadas del interés nacional.³

En nuestra opinión, constituyendo el interés social un elemento que forma parte del propio contrato de sociedad, corresponde determinar su contenido en función de su relación con los demás elementos que lo integran y, en especial, con su causa y objeto. Sobre esta base, atribuimos al interés social una significación objetiva –y por lo mismo, independiente o ajena a las motivaciones personales o sicológicas de los accionistasque se traduce en ejecutar, o abstenerse de ejecutar, las conductas que tiendan a satisfacer la función típica de esta figura contractual. De este modo, lo concebimos como aquello que hallándose comprendido dentro del objeto social, sea adecuado o apto para que los accionistas aumenten las utilidades provenientes del giro y disminuyan el riesgo de pérdidas, respondiendo así a una finalidad que es común a los mismos. Puntualizamos, de otro lado, que el hecho de apreciar el interés social con un criterio abstracto como el propuesto, de manera alguna se opone a que su calificación como tal se determine en concreto. Compete, pues, a los jueces, analizar, en cada caso, y especialmente en las situaciones de conflicto, si una cierta acción u omisión se ajusta o no al interés social así entendido, conjugando, en su debida proporción, el interés particular de alguno de los socios con la intención abstracta y objetiva que todos ellos comparten.

3. Noción de "conflicto de interés" en la sociedad anónima

Procurando arribar a un concepto que defina aquello que entendemos por "conflicto de interés" en el ámbito de la sociedad anónima, podemos identificar, entre sus supuestos esenciales, los siguientes:

³ De avanzarse en esta línea, no sería extraño que en el futuro nuestro legislador optare por incrementar la "publificación" del derecho societario, prescindiendo de las finalidades de los propios accionistas e introduciendo, en la estructura interna de la sociedad anónima, elementos que debieran ser objeto de regulación por parte de otra rama o legislación especial, p. ej., el Derecho Laboral o la normativa sobre Protección del Consumidor o el Medio Ambiente.

3.1. Existencia de dos o más "intereses"

Para hallarnos en presencia de esta figura, se requiere, primeramente, que existan dos o más intereses, entendidos éstos no necesariamente como derechos, sino que incluso como simples expectativas. Sin embargo, unos y otras deben cumplir una doble condición: i) Ser en sí mismos legítimos o merecedores de tutela jurídica, y ii) Ser de naturaleza patrimonial, es decir, susceptibles de apreciación pecuniaria.

3.2. Confrontación o conflicto

El llamado "conflicto de interés", por su propia naturaleza, supone que dos o más expectativas o derechos se encuentran en colisión, en términos tales que la opción que se adopte a favor de uno de ellos se traduce en causar un menoscabo o postergación del otro.

4. Formulación de algunas hipótesis que afectan a los directores

Si atendemos a los ejemplos que nos proporciona la experiencia práctica, concluiremos que los casos de ordinaria ocurrencia en los cuales suele plantearse —con o sin razón— la posibilidad de que un director enfrente un conflicto de interés, se vinculan con las siguientes materias:

- Actos de disposición sobre sus propias acciones.
- Ejecución de operaciones con la sociedad.
- Desarrollo de oportunidades de negocios.
- Acceso a información relevante.

4.1. Actos de disposición sobre sus propias acciones

El análisis de esta primera situación ha cobrado singular importancia a partir de las operaciones de toma de control de importantes compañías nacionales, en su mayoría iniciadas a fines de la década pasada, lo cual motivó, entre otras cosas, que se hicieran profundas reformas a la legislación que rige nuestro mercado de capitales.

A nuestro juicio, la reglamentación que se dictó a estos efectos –básicamente el Título XXV de la Ley N° 18.045– se inspira en criterios profundamente perturbadores y que implican, para el tema que nos ocupa, estable-

cer una regulación fundada en un principio erróneo; a saber, que los actos de disposición que ejecute un accionista y que tengan por objeto sus propias acciones, pueden representar un perjuicio para el interés social, encarnado aquí en los derechos y prerrogativas que corresponderían a los demás accionistas. Aun cuando esta situación se plantea con independencia del hecho que el accionista disponente sea o no director, optamos por comentar también esta hipótesis, ya que en la mayoría de los casos prácticos que llevaron a dictar la nueva ley concurrieron, simultáneamente, ambas calidades o circunstancias en aquel que enajenaba sus títulos.

El ejemplo que en mejor medida refleja la premisa inicial que siguiera nuestro legislador viene dado por las restricciones que se imponen a quienes deseen transferir el "control" de la sociedad, siendo su manifestación más extrema la consagración del régimen de OPA imperativa. Pensamos que aun de admitirse, aunque fuera sólo un momento, que la libre enajenación de acciones que hiciere el controlador pudiere implicar detrimento para el interés legítimo de los restantes accionistas, sin duda el criterio adoptado por el legislador no resultó el apropiado. 4 En efecto, planteada la cuestión en términos de un "conflicto de interés", nos parece que debe prevalecer el derecho de dominio –por demás concreto y plenamente identificado– de que es titular el accionista controlador antes que preferir el interés difuso -y ciertamente discutible- que en teoría cabría reconocer a los accionistas que carecen de tal condición. Dicho en otros términos, incluso aceptando que en las situaciones expuestas exista una colisión de intereses, creemos que la solución legislativa imponía la necesidad de inclinarse por aquel de mayor entidad y jerarquía.

Ahora bien, nuestra crítica no se restringe a consideraciones de *lege* ferenda, sino que apunta, de manera inmediata y directa, a impugnar la constitucionalidad de las disposiciones legales a que se alude.

Como es sabido, la Constitución Política asegura a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, corporales o incorporales, a excepción de aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y de los bienes nacionales de uso público. Asimismo, es factible que mediante una ley de quórum calificado, y en razón de exigirlo así el interés nacional, se establezcan limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de determinados bienes (art. 19, N° 23). Dado que el "control" de una compañía constituye un bien plenamente comerciable, corresponde entonces determinar si la legislación que dispo-

⁴ Un análisis crítico más detenido sobre este particular puede encontrarse en nuestro artículo titulado "Regulación sobre la Venta del Control: ¿Un caso de iniquidad o simplemente un error?", publicado en la Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N° 3, julio-septiembre 2000.

ne el sistema de OPA obligatoria satisface las exigencias previstas por la Carta Fundamental. En este sentido, estimamos que si bien la referida normativa cumplió con los requisitos formales de una ley de quórum calificado, no ocurrió lo propio tratándose de sus condiciones sustantivas. En efecto, no nos parece que en las materias vinculadas con la enajenación del control de una sociedad anónima se halle envuelto o comprometido el interés nacional, aun cuando se pretenda a través de tal reglamentación preservar valores relevantes tales como el desarrollo del mercado de capitales o incluso los intereses de los accionistas minoritarios. Por lo mismo, estimamos que los preceptos de la nueva ley, al menos en esta parte, son impugnables mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que contempla el artículo 80 de la Carta Política. De admitirse la tesis contraria, creemos que se allanaría fácilmente el camino para justificar prácticamente cualquier restricción a la garantía constitucional de que tratamos, con la sola limitación de respetar el quorum de votación que previó el constituyente.5

4.2 Ejecución de operaciones con la sociedad

A diferencia de los casos reseñados en el número anterior, el hecho de que un director pretenda realizar una operación en la cual es también parte la compañía en que desempeña el cargo, configura para éste un evidente conflicto de interés. Sin embargo, ante tales situaciones la ley no impide al director perfeccionar la correspondiente transacción, sino que establece los medios necesarios para resolver el conflicto, fijando las reglas que debe observar a fin que su actuación resulte legítima y ajustada a derecho.

Con el objeto de satisfacer el señalado propósito, el legislador adopta un mecanismo destinado a evitar que el director privilegie su interés individual en desmedro del interés social (art. 44, Ley N° 18.046). Para ello ha dispuesto, en lo esencial, de los siguientes resguardos:

- Establecimiento de determinadas presunciones de derecho referidas a la presencia de un interés propio por parte de los directores;
- Obligación de aprobar, previamente en directorio, el acto, contrato u operación en que se halla comprometido el interés individual de un director;
- Necesidad de que la operación se ajuste a condiciones de equidad, similares a las que prevalecen habitualmente en el mercado;

⁵ Si examinamos el tema desde la perspectiva de quien era ya titular del control de una compañía al tiempo de dictarse la nueva ley, concluiremos que sus disposiciones afectan claramente el derecho de propiedad que a éste reconoce el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política.

- Deber de informar a estos respectos en la junta de accionistas; e
- Inversión del *onus probandi* en términos que si se reclamaren perjuicios en razón de haberse infringido estas reglas, sea la parte demandada quien deba acreditar que efectivamente se observaron condiciones de mercado o que la operación reportó beneficio para la sociedad.

4.3 Desarrollo de oportunidades de negocios

Un segundo plano en el cual es susceptible de presentarse una confrontación entre el interés social y el interés personal de los directores, se refiere al aprovechamiento de oportunidades comerciales que pudieren ser desarrolladas tanto por éstos como por la compañía en la cual desempeñan su función.

Planteada una situación concreta en la cual un mismo negocio pueda ser emprendido directamente por el director (o por una persona relacionada a él), o bien por la sociedad, la ley no obliga al primero a que necesariamente sacrifique o postergue su propio interés en beneficio de la segunda. Ello debido a que la conducta ilícita, consistente en hacer prevalecer el propio interés antes que el social, únicamente se configura si concurren las siguientes condiciones:

- Que la correspondiente oportunidad de negocio haya sido conocida por el director *en su calidad de tal*, y
- Que el director haga uso de tal oportunidad comercial, causando un *perjuicio* a la sociedad.

En consecuencia, estimamos plenamente legítimo que en determinadas circunstancias el director de una sociedad, que por razones ajenas a su cargo tomó conocimiento de un negocio susceptible de ser abordado tanto por él como por la sociedad que administra, opte por su propio interés, privando así a esta última de la expectativa o posibilidad de obtener un provecho del mismo.

En nuestra opinión, la conclusión precedente se impone a la luz de lo dispuesto en los Nºs 6° y 7° del artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas. El primero, en cuanto prohíbe a los directores: "Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de sus cargos"; y el segundo, al impedirles, en términos generales, "usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social".

4.4 Acceso a información relevante de la sociedad

La cuarta hipótesis que será examinada no trata propiamente de un conflicto o colisión entre el beneficio social y el provecho personal de los directores, aunque sí de un caso en el cual el interés individual de estos últimos se relaciona directamente con el cargo que ejercen. Lo anterior, atendida la factibilidad de que un director obtenga una ganancia individual sobre la base del acceso a ciertos antecedentes que le franquea su carácter de tal y que pueden tener influencia en el valor de los títulos accionarios que posea o adquiera. En este sentido, la razón de la prohibición legal que será comentada guarda cierta similitud con las situaciones analizadas en el número precedente, en cuanto en ambos casos se procura impedir que el director abuse del cargo, pero difiriendo sustancialmente entre ellas por el hecho de no existir aquí una confrontación de intereses, así como tampoco la irrogación de un perjuicio a la sociedad.

Las principales disposiciones atinentes a la materia corresponden a los artículos 164, 165 y 166 de la Ley de Valores y su tenor nos permite formular las siguientes consideraciones:⁶

4.4.1. Requisitos de la "información privilegiada"

En la propia definición legal de "información privilegiada" subyacen, de manera prácticamente explícita, los requisitos o elementos que deben concurrir a objeto de que determinado antecedente califique como tal. Según el precepto citado (art. 164) debe tratarse, a un mismo tiempo, de información:

- a) *real*, es decir, efectivamente existente o cierta, no una mera expectativa, un rumor o una esperanza.⁷
- b) confidencial ("no divulgada al mercado"), y
- c) relevante ("capaz de influir en la cotización de los valores emitidos").

⁶ Una mayor profundización sobre estos temas puede verse en nuestro artículo titulado "Uso de Información Privilegiada: Algunas Consideraciones sobre el Sentido y Alcance de la Prohibición en relación con su Sujeto, Objeto y Sanción", publicado en Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N° 1, enero-marzo 2000.

⁷ Este elemento puede subsumirse en el que se menciona en la letra c) siguiente, ya que de no ser efectiva y cierta la información, no será tampoco *relevante* o, como dice la ley, *capaz de influir en la cotización de un valor*.

4.4.2. Objeto o contenido de la obligación

La ley describe un deber, constituido por un hecho positivo ("guardar estricta reserva" respecto de la información que tiene el carácter de "privilegiada") y una abstención (inhibirse de "utilizar" dicha información).

4.4.3. Sujeto pasivo de la obligación⁸

La prohibición referida al uso de información privilegiada tiene como su destinatario a "cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación" tenga acceso a la misma, lo cual, en nuestro concepto, deja de manifiesto la relevancia que para el legislador nacional reviste la naturaleza del vínculo que liga al sujeto con la sociedad emisora. A modo de confirmación de lo anterior, si examinamos los supuestos en los cuales la ley presume que una persona tiene acceso a información privilegiada (art. 166), veremos que en la mayoría de los casos se alude a situaciones en las que está presente una relación fiduciaria o de confianza con la respectiva compañía.9

En estrecha relación con lo expuesto y, de un modo especial, con el tema principal de estas notas, conviene advertir que la institución que estudia-

⁸ En la legislación comparada, se advierten básicamente dos criterios de aproximación al tema enunciado. Por una parte, encontramos la tesis imperante en sistemas como el norteamericano, inspirado en un criterio subjetivista, que sanciona a quien infringe la prohibición cuando éste se hallaba vinculado por un deber de lealtad o fidelidad (relación fiduciaria) con la sociedad emisora de los correspondientes títulos o valores. En el otro extremo, nos hallamos ante un criterio objetivista, dominante en legislaciones europeas, el cual prescinde de la naturaleza o carácter de la relación existente entre quien se sirve de la información y la sociedad a que ella se refiere, poniendo el énfasis en las características que posee la información misma cuyo aprovechamiento o divulgación constituye el objeto de la prohibición.

⁹ Sin perjuicio de todo lo dicho, es menester advertir que no basta, para objetar y sancionar el uso que se haga de determinada información, que se reúnan los caracteres que permiten calificarla de "privilegiada" ni tampoco el que ella sea utilizada por un sujeto a quien legalmente le está vedado su empleo. En efecto, conjuntamente con lo anterior es necesario que aquel que hace uso de la información lo haga con un propósito o finalidad determinados, que la ley califica a priori de ilegítimo o ilícito. A nuestro juicio, algunos de los antecedentes que proporciona la historia fidedigna de la ley confirman lo dicho. Así, por ejemplo, en las actas que dan cuenta de la tramitación del precepto legal en examen (Sesión del Senado Nº 18, de 14.12.93.), el Superintendente de Valores y Seguros, al referirse al texto propuesto, señaló que éste perseguía un doble objetivo; por una parte, impedir una "participación desigual en el mercado" y, por la otra, "evitar su uso indebido, mediante el provecho propio o de terceros con la finalidad de obtener ventajas económicas o evitar pérdidas". En nuestra opinión, al requerir la ley esta modalidad especial del elemento intencional, lo que en realidad exige es que el sujeto haya actuado con dolo, entendido como el propósito cierto y efectivo de procurarse, indebidamente, un beneficio de carácter pecuniario, en términos tales que, de no mediar el empleo de tal información, se habría abstenido de contratar o de realizar la operación. En este mismo sentido, cabe destacar que los estados miembros de la Comunidad Europea exigen, dentro de los presupuestos que deben concurrir para configurar la infracción, que los datos o antecedentes constitutivos de la información empleada hayan sido determinantes para que el sujeto lleve a cabo la pertinente transacción. Directiva 89/592/ CEE de 13.11.89.

mos no tiene cabida en los casos en que un determinado antecedente, por relevante y confidencial que sea, es empleado en una transacción por la misma persona que ha generado (o cogenerado) la pertinente información. Así, por ejemplo, no existe a nuestro juicio uso indebido de información privilegiada si el director-accionista de una sociedad, que se encuentra en negociaciones para vender a un tercero sus acciones, aumenta el caudal de sus títulos antes de concretar su enajenación. Como se podrá apreciar, si bien la expectativa de llegar a acuerdo con el tercero podría ser relevante en su decisión de comprar más acciones y, adicionalmente, tal antecedente no ser de público conocimiento, ello no daría origen a infracción alguna. Lo anterior por cuanto tal accionista no ha hecho uso de información que pertenezca a la compañía de la cual es accionista –ni proviene tampoco de ella o del cargo que desempeña-, sino que se trata de información propia, generada o creada por él mismo, debiendo gozar a su respecto de las prerrogativas y garantías que le corresponden en su calidad de dueño o propietario. Expresándolo en otros términos, el director que ha generado la información o ha participado directamente en su creación no se encuentra en ninguna situación de "privilegio", en el sentido que exige la figura en análisis, desde el momento que no puede entenderse que "ha tenido acceso" a la misma cuando ha sido precisamente él quien la origina. En definitiva, una tal conclusión resulta armónica con la finalidad que tiene el prohibir el uso de esta clase de información, y que se fundamenta en el hecho de impedir que una persona, aprovechando su relación o posición respecto del emisor de los valores, ilegítimamente se sirva de ella, quebrando así la igualdad de oportunidades deseable entre los distintos agentes que operan en un mercado.

5. Conclusiones

- 5.1. Existen múltiples situaciones en las cuales es posible apreciar una directa relación entre el interés personal del director de una sociedad anónima y el interés propio o específico de la misma compañía. La calificación que se le otorgue a tales relaciones y, en particular, la identificación de un eventual conflicto a partir de las mismas, exige determinar primeramente cuál es el contenido esencial del llamado "interés social".
- 5.2. Estimamos que el "interés social" constituye un elemento que subyace en la estructura misma del contrato de sociedad. En términos más definidos, asociamos dicho interés con la función jurídico-económica típica que identifica el contrato y que, en la especie, consiste en la intención –común a todos los accionistas– de obtener un incremento de las utilidades provenientes del giro, así como una disminución en el riesgo de experimentar pérdidas. De otra parte, pensamos que el hecho de atribuir al concepto

una significación eminentemente abstracta y objetiva, en modo alguno se opone a que su determinación casuística requiera de una apreciación en concreto, siendo en definitiva competencia de los jueces otorgar a cada uno de los intereses comprometidos en un cierto conflicto, el valor y proporción que en derecho corresponde.

- 5.3. La sola constatación de algunos casos en los cuales se da una estrecha relación entre el interés personal y el social, no significa que ambos sean necesariamente antagónicos o susceptibles de generar un "conflicto", ora porque la elección de uno de ellos no supone menoscabo o detrimento del otro, ora porque ellos responden a circunstancias que, desde la perspectiva jurídica, exigen considerarlos en forma independiente y autónoma.
- 5.4. La ley no sólo es incapaz de abarcar o comprender en sus términos todas las situaciones que se puedan presentar en materia de conflictos de interés, sino que tampoco ha establecido –en los casos que expresamente regula– una forma unívoca o uniforme para la resolución de las mismas.
- 5.5. Tanto en las hipótesis en las cuales exista un vacío legal como en aquellas en las cuales la opción legislativa no resulta justa o apropiada, corresponderá a los tribunales de justicia identificar cuál de los intereses en conflicto debe en definitiva primar. Para ello, será necesario que los jueces ponderen los distintos intereses en juego, cada uno en su adecuada medida, de modo de otorgar preferencia a aquel derecho o interés que fuere de superior entidad y jerarquía.

Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos¹

Carlos Cárdenas Sepúlveda

Profesor

Universidad de Concepción

1. Introducción

Las normas que regulan la responsabilidad civil de los intervinientes en el proceso constructivo las encontramos en dos cuerpos normativos, el primero es el Código Civil en sus artículos 2003, 2004 y 2324, y el segundo, la Ley General de Urbanismo y Construcciones, principalmente en el artículo 18, el cual fue modificado por la Ley N° 19.472, denominada de la calidad de la construcción.

Ambas regulaciones contienen determinados presupuestos fundamentales que harán surgir la responsabilidad subsistente de cinco años, luego de entregada la obra arquitectónica.

Es de este modo que el arquitecto y el empresario de la construcción, si aplicamos el Código Civil, o bien el propietario primer vendedor, en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, son aquellos sujetos que deberán responder de la ruina o de la amenaza de ruina que sufra el edificio cuando ella se ha producido como consecuencia de un vicio constructivo.

Es por ello que resulta de importancia el determinar cuáles son los vicios constructivos que puede adolecer una obra arquitectónica, ya que toda vez que nos enfrentemos a una obra con vicios constructivos, ellos no serán más que el reflejo de la impericia profesional como el resultado de haber edificado la obra sin observar las rigurosas normas que impone el arte constructivo. De esta manera, el profesional que interviene en la construcción y que con su actuar negligente originó el vicio constructivo, es el primer llamado a reparar el daño causado a la víctima. Sin embargo, las normas de responsabilidad quinquenal hacen responsable al constructor o al propietario primer vendedor, según sea el caso, sin entrar a discriminar cuál de los distintos sujetos intervinientes en la obra originó el defecto

¹ El presente artículo forma parte, en gran medida, de un trabajo mayor realizado en conjunto con el abogado José Mario Fuentealba Riquelme.

ruinógeno, ello es así porque la norma busca facilitar el ejercicio de reparación de que goza el comitente o comprador del edificio dejando subsistente el problema de precisar quién en definitiva deberá asumir la reparación del daño.

Es así que al aplicar la norma introducida por la Ley N° 19.472 en la L.G.U.C., y es condenado el propietario primer vendedor, igualmente deberá determinarse con posterioridad el verdadero responsable del vicio constructivo, para hacer efectivo el derecho de repetición que le entrega el legislador a quien en primer término debió hacer frente al procedimiento reparatorio.

En esta orientación y con el objeto de radicar la responsabilidad en el verdadero causante de la ruina nos detendremos a estudiar los vicios constructivos efectuando, en primer término, una clasificación de ellos desde un punto de vista legal, para luego desarrollar una clasificación doctrinaria, la cual atiende a las etapas en que se divide todo proceso edificatorio y distinguiendo los vicios constructivos de cada una de estas fases, con el objeto de radicar dichos vicios en el profesional que asumió la realización de cada una de ellas.

2. Clasificación legal de los vicios constructivos

El artículo 2003 del Código Civil distingue dentro de los vicios constructivos los siguientes:

- 1. Vicios de la construcción.
- 2. Vicios del suelo.
- 3. Vicios de los materiales.

El artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones hace referencia a los vicios, pero en relación a las personas responsables de cada uno de ellos, los cuales serían los siguientes.

- 1. Fallas o defectos de la construcción: inc. 1°.
- 2. Vicios del proyecto: inc. 2°.
- 3. Vicios en la construcción: inc. 3°.
- 4. Vicios en los materiales o insumos: inc. 3°.

En consecuencia los vicios que tiene en cuenta el legislador al establecer esta responsabilidad son: vicios de construcción, vicios del suelo y vicios de los materiales.

3. Vicios de la construcción

La terminología empleada por el codificador crea el problema de determinar si se está refiriendo a todo vicio constructivo o si por el contrario se refiere a faltas cometidas en la ejecución material de la obra.

Para la mayoría de los autores nacionales el artículo 2003 del Código Civil está tomado en un sentido amplio, implicando la aceptación de todo vicio que pueda generar la ruina de un edificio.

Alessandri estima que quedarían comprendidos en esta expresión tanto los vicios de los materiales como los del suelo.²

Prat estima que la expresión vicios de construcción está empleada en un sentido amplio y genérico.³

Pero el artículo 18 de la L.G.U.C. en su antigua redacción señalaba: "Los fabricantes, proyectistas y constructores serán responsables, respectivamente, de la calidad de los materiales, de los errores de diseño y de los vicios de construcción en las obras que hubieren intervenido y de los perjuicios que con ello causaren a terceros". Esta expresión legal estaba considerada respecto de una clase específica de vicios constructivos, aquellos que tienen su causa en la inadecuada realización de la actividad profesional que le corresponde desempeñar al constructor. Es por tanto un concepto de carácter restringido comprensivo sólo de los vicios de ejecución material de la obra.

El actual artículo 18 de la L.G.U.C. en su inc. 3° expresa la misma idea, es decir, hace responsable al constructor de las fallas, errores o defectos en la construcción.

Creemos, por tanto, que la expresión vicio de la construcción debe ser tomada en un sentido restringido, como comprensivo de vicios de la ejecución material de la obra:

² Alessandri, Aruro, De la responsabilidad extracontractual, Santiago, p. 435.

³ Prat Echaurren, Jorge, *Nociones sobre el contrato de construcción privada*, Memoria de prueba, Universidad de Concepción, año 1940, pp.102 y 124.

- 1. Así se desprende de la imputación que se hace de estos vicios al constructor, es decir a aquel que interviene en la ejecución material de la obra.
- 2. De la contraposición que se efectúa en las normas señaladas entre vicios de la construcción, por un lado, y vicios del suelo, de los materiales, de proyección.
- 3. Por último, esta interpretación se encuentra más acorde con la finalidad individualizadora de la culpa profesional con cada sujeto interviniente en el proceso constructivo.

4. Vicios del suelo

Nuestro Código Civil en la regla 3º del artículo 2003 consagra el vicio del suelo: "vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio".

La ley al tratar los vicios del suelo se refiere a un uso o utilización inadecuada del terreno que puede afectar la solidez o estabilidad del edificio. No puede pensarse que es el suelo el que adolece de vicios, ya que éste en estricto rigor no tiene vicios. Lo que ocurre es que "sus características geológicas o estructurales exigirán, en cada caso, unas determinadas soluciones constructivas (más o menos complicadas y costosas) si se quiere levantar sobre él un edificio estable y sólido. No puede, por tanto, hablarse propiamente de vicios del suelo, sino de edificios viciosamente construidos sobre el suelo".4

El vicio del suelo contemplado en el artículo 2003 del Código Civil es según lo planteado por la doctrina comparada una categoría de los vicios de proyección.⁵

Es un vicio de proyección, toda vez que los vicios del suelo se originan en la circunstancia de no haberse adaptado suficientemente los planos a la naturaleza específica del suelo. De este modo el proyectista deberá examinar el suelo sobre el cual se levantará la construcción, variando la calidad y la forma de los cimientos según la especial naturaleza del suelo.

⁴ Gómez De La Escalera, La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por defectos de construcción, Bosch, Barcelona, año 1994, p.103.

⁵ Torralba Soriano, Vicente, Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el artículo 1591 del Código Civil, A.D.C., Madrid, 1970, p.132.

El alcance que debe entregársele a la expresión vicio del suelo debe ser restringido sólo al estudio inexacto de las características del terreno donde se levantará la edificación. Serán por tanto vicios del suelo aquellos que provengan de una inadecuada aplicación de las reglas de la construcción y que indican la ignorancia en que se halla el arquitecto-proyectista de la técnica de su ciencia.

Es la técnica profesional la que obliga a conocer la naturaleza del terreno y sus condiciones de resistencia. Como señala Torralba Soriano, "los vicios del suelo hay que reconducirlos a la concepción de la obra, ya que su causa se encuentra en el hecho de que los planos no se han adaptado debidamente a la naturaleza del suelo".6

Por lo antes expresado es que si el edificio se arruina por la incorrecta ejecución material de las obras contenidas en el proyecto, no será un vicio del suelo, sino de construcción. Así también, una deficiente vigilancia y control de los trabajos de construcción realizados en el suelo no constituirá un vicio del suelo, sino de dirección de las obras.

En consecuencia debemos entender el vicio del suelo como una categoría de los vicios del proyecto. Esta interpretación se armoniza con el texto del artículo 18 de la L.G.U.C., toda vez que no contempla esta categoría, debiendo entenderse incluidos en su inc. 2°, que contempla los vicios de proyección de la obra.

Se define, entonces, el vicio del suelo como "Aquel vicio constructivo localizado en una parte o elemento de la obra destinado a dar solidez y fijeza al edificio en el terreno sobre el que se asienta, que tiene su causa en la deficiente actuación del arquitecto al proyectar la obra".⁷

5. Vicios de los materiales

Esta categoría de vicios es contemplada expresamente en nuestra legislación. El artículo 2003 los incluye dentro de su regla 3ª, así como el artículo 18 inc. 3° de la L.G.U.C.

Constituyen vicios de los materiales la utilización de elementos no idóneos o que no respondan a las especificaciones legales y convencionales exigidas por la naturaleza de la edificación a construir, ya sea por un

⁶ Torralba Soriano, Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el artículo 1591 del Código Civil, A.D.C., Madrid, 1970, p.133.

⁷ Gómez De La Escalera, ob. cit., p. 104.

vicio intrínseco de los materiales, o por tener una calidad inferior a la requerida.

Se ha estimado por los autores que los vicios de los materiales no constituyen una categoría autónoma de vicio, sino que más bien corresponden a una categoría dentro de los vicios de construcción.

En Chile, Prat Echaurren y Corral Talciani sostienen que los vicios de los materiales son imputables al empresario constructor, por lo que indirectamente están señalando que éstos se incluyan dentro de los vicios de construcción.⁸

En España: Gómez De La Escalera, Torralba Soriano, Cadarso Palau; en Argentina: Mó, Salvat, Rezzónico, Borda; en Uruguay: Sánchez Fontans; en Italia: Chironi, vienen en señalar a los vicios de materiales como comprensivos de la categoría de defectos de construcción.⁹

Efectivamente, todo vicio originado por la mala calidad de los materiales se conduce necesariamente a una impericia en el arte de construir, puesto que el constructor de la obra es quien debe examinar y determinar la manera idónea de utilizar los materiales de construcción.

Es el constructor de la obra quien determinará de acuerdo a los conocimientos de su lex artis cuáles son los materiales prescritos y de buena calidad para llevar a buen término la edificación. De modo que surgirá su responsabilidad:

- 1. En el uso de materiales que adolecen de un vicio intrínseco que los hace inservibles para el fin al que fueron destinados, lo que se traducirá en una obra defectuosa.
- 2. En el uso de materiales de una calidad inferior a la requerida, ya sea que el constructor utilice materiales buenos en sí mismos, pero que son impropios para el tipo de obra o para el uso a que se les destina.¹⁰

⁸ Prat Echaurren J., ob. cit., p.103. Corral Talciani H., *Daños causados por la ruina de edificios y responsabilidad civil de empresarios y de los profesionales de la construcción*, Proyecto de investigación Fondecyt, 1994, p. 16.

⁹ Gómez De La Escalera, ob. cit., p. 113, Torralba Soriano, ob. cit., p. 130. En Argentina: Mó, *El contrato de construcción privada*, Depalma, Buenos Aires, 1959, pp. 201-203; Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires, 1954, p. 342; Rezzónico, *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil*, Depalma, Buenos Aires, p. 502; Borda, *Tratado de derecho civil*, T. II, Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 135. En Uruguay: Sánchez Fontans, *El contrato de construcción*, MBA, Montevideo, 1953, p. 340. En Italia: Chironi, *La culpa en el derecho civil moderno*, Reus, Madrid, 1928, p. 215. ¹⁰ Sánchez Fontans, ob. cit., p. 341.

6. Clasificación doctrinaria

Nuestro Código Civil distingue en tres compartimentos distintos cada una de las clases de vicios constructivos, según ya lo hemos expuesto, pretendiendo atribuir a cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo una responsabilidad en consideración a cada una de estas categorías.

Pero la realidad nos está indicando lo difícil que es deslindar las tareas constructivas en cada uno de los profesionales y empresarios intervinientes en el proceso constructivo. En la actualidad el desarrollo de la actividad constructiva, la división del trabajo que se presenta y la pluralidad de sujetos intervinientes hace difícil circunscribirla dentro de los márgenes creados por el codificador, se hace insuficiente para fundamentar la responsabilidad de cada uno de los sujetos que se tuvieron en mente al crear la norma.

Este problema tiene importancia desde el momento en que siempre se deberá estar relacionando la norma legal procedente con aquel sujeto en quien se pretende hacer recaer la responsabilidad en virtud de que intervino en alguna fase del proceso edificatorio.

En base a lo señalado, la doctrina ha elaborado una clasificación de los vicios contructivos atendiendo a las distintas fases en que puede separarse la actividad constructiva, distinguiendo:

- 1. Vicios de proyecto (fase de proyecto).
- 2. Vicios de dirección técnica (fase de dirección técnica).
- 3. Vicios de ejecución material (fase de ejecución material).

Esta clasificación se encuentra más acorde con la finalidad que nos hemos propuesto, permitiéndonos individualizar el vicio constructivo en los distintos sujetos o profesionales intervinientes en la construcción, asignando las responsabilidades según la específica tarea asumida por cada profesional en las etapas señaladas a objeto de que cada uno responda en la medida de que dichos vicios tienen su origen en su específica culpa profesional.

De acuerdo a la clasificación planteada, constituyen vicios o defectos de la construcción "toda desviación de la obra de las condiciones estipuladas en el contrato, de las reglas del arte de la construcción y de las obligaciones específicas que incumben a los profesionales que intervienen en el proceso edificatorio". 11 Se incluyen en este concepto en un sentido general y amplio los vicios del proyecto, de la dirección técnica y de la ejecución material.

¹¹ Fernandez Costales, El contrato del arquitecto, p. 257. Citado por Del Arco y Pons, Derecho de la construcción, Hesperia, Jaén, 1980, p. 387.

7. Vicios del proyecto.

Estos vicios han sido reconocidos ampliamente por la doctrina: Corral Talciani, ¹² Malcom y Fernández, ¹³ Sánchez Fontans, ¹⁴ Diez-Picaso y Gullón, ¹⁵ Del Arco y Pons, ¹⁶ Fernández Hierro, ¹⁷ Chironi, ¹⁸ Rezzónico. ¹⁹

Los vicios del proyecto si bien no se encuentran expresamente señalados en el artículo 2003 del Código Civil, debe entenderse que la norma legal también los incluye

El texto del artículo 2003 no alude a los vicios del proyecto, planos o especificaciones y esto se explica porque no es corriente que los ordenamientos legales indiquen como una causa concreta de responsabilidad los defectos de proyección, ²⁰ sin embargo la responsabilidad por vicios de proyección es evidente. Nuestro Código Civil en el artículo citado si bien no señala expresamente esta categoría de vicios, debemos entender que sí quedan incluidos en la responsabilidad que comentamos, puesto que el artículo 2004 hace extensible esta responsabilidad a los que se encargan de la construcción de un edificio en calidad de arquitecto, siendo la función propia de este profesional la de diseño y proyección.

La L.G.U.C. en su artículo18 inc. 2° reformado, contempla la responsabilidad del proyectista por los errores en que haya incurrido, lo que vendría a confirmar la consagración de los vicios de proyecto.

Los vicios del proyecto "comprenden todos los defectos técnicos de concepción y disposición que violen las reglas del arte o afecten de cualquier manera a la solidez, al destino, o al uso normal del edificio". ²¹ Estos vicios pueden ser consecuencia no sólo de deficiencias en los planos, sino también en cualquiera de los demás elementos que integran el proyecto, como por ejemplo en las indicaciones contenidas en las memorias, especificaciones técnicas, cálculos, etc.

Esta clase de vicios se presentarán cuando el profesional habilitado para proyectar y al cual se le haya encomendado esta misión no cumpla las obligaciones y normas técnicas que esta función del proceso constructivo le exigía.

¹² Ob. cit., p. 17.

¹³ Formas del contrato de construcción, Memoria de prueba, Universidad de Concepción, 1974, p. 162.

¹⁴ Ob. cit., p. 331.

¹⁵ Sistema de derecho civil, Tecnos S.A., Madrid, 1985, p. 342.

¹⁶ Ob. cit., p. 356.

¹⁷ La responsabilidad civil por vicios de construcción, Estudios de Deusto, Bilbao, 1974-1976, p. 128.

¹⁸ Ob. cit., p. 214.

¹⁹ Ob. cit., p. 735.

²⁰ Se señala como excepción el C.C. de Filipinas, que hace mención expresa al vicio de proyección.

²¹ Sánchez Fontans José, ob. cit., p. 331.

Para constatar y precisar la existencia de estos vicios y delimitar la responsabilidad del proyectista habrá que considerar por un lado las normas técnicas propias del arte constructivo que en razón de su carácter de profesional del área debía respetar, además de las obligaciones que éste asumió, y por otro, la actividad que éste realizó en la práctica y que se materializó en el proyecto.

Se pueden mencionar, entre otros, los siguientes vicios del proyecto:

7.1. Vicios de diseño o de concepción

Estos vicios se presentarán en aquellos casos que "el edificio proyectado, por su altura, volumen, dimensiones, orientación o emplazamiento geográfico, forma, configuración, dimensiones, etc., no se acomode al encargo profesional, al destino o naturaleza de la obra, a las leyes o disposiciones generales, o a las normas urbanísticas o a las normas de diseño y calidad aplicables al caso".²²

Quedan incluidos dentro de esta clase de vicios los siguientes:

• Proyecto contrario al encargo profesional

Tiene lugar cuando la obra proyectada no dice relación con la que se le encargó al profesional. Se pueden señalar como ejemplos comunes de esta clase de vicios:

- Aquellos en que el proyecto no se acomoda a los requerimientos estéticos que el cliente le manifestó al proyectista. Sin embargo, debe estimarse que la responsabilidad del proyectista se limita a defectos o vicios técnicos y no se extiende a aspectos puramente estéticos o artísticos, que lo colocarían en igual situación que un pintor o escultor que entrega su obra. Pero tratándose de un error grosero que revela una incapacidad estética notoria, compromete su responsabilidad.
- Proyecto que excede el costo de ejecución manifestado por el cliente al profesional, al contratar con éste.²³

²² Gómez De La Escalera, ob. cit., p.118.

²³ Para Chironi, el autor del plano estará obligado a resarcir el daño si el interesado gastó más de lo que debería haber gastado según el presupuesto elaborado por el proyectista, pero sólo en el caso de error de cálculo acerca del precio total de la obra, "no en cuanto a precios detallados de las diferentes partes del trabajo, porque puede ocurrir que el error padecido en más, respecto de una parte, se compense con el error padecido en el otro sentido contrario, respecto de otra". Ob. cit. p. 217.

- En general, aquellos casos en que el edificio proyectado no se conforme con las características manifestadas al profesional al momento de contratar por el proyecto.

Este tipo de vicios del proyecto no quedaría dentro de las normas de responsabilidad quinquenal de los arts. 2003 N°3 del Código Civil y 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, sino que se trataría de una responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de las condiciones del contrato de arquitecto.

• Proyecto contrario al destino y naturaleza de la obra

En este caso la obra proyectada no es apta objetivamente para el destino que, según la naturaleza o la finalidad, se le ha dado por el propietario a la edificación encargada.

En la medida que esta falta de aptitud de la obra a su destino no tenga su origen en un vicio técnico de proyección, sólo originará una responsabilidad por incumplimiento del contrato por el proyecto. El arquitecto no cumplió con su obligación de proyectar un edificio idóneo para el destino o finalidad que le expresó el cliente. Sin embargo, si dicha ineptitud proviene de un defecto constructivo, dará lugar a la llamada ruina funcional,²⁴ concepto que ha sido reconocido por la doctrina y jurisprudencia comparadas. Así, por ejemplo, existirá ruina funcional, en caso de que se proyecte una bodega que permita el depósito de bidones de aceite de tal manera que puedan ser trasladados en su interior de un lugar a otro por carretillas elevadoras, la cual, por grietas en las lozas, se transforma en inútil para el fin que había sido construida.²⁵

• Proyecto contrario a las leyes o disposiciones generales

Tiene lugar, por ejemplo, cuando el edificio proyectado no respeta servidumbres que gravan al terreno sobre el cual se construye, o bien, la edificación no respeta los deslindes de la propiedad invadiendo terreno ajeno. Sin embargo, como señala Gómez De La Escalera, "al técnico proyectista sólo se le puede exigir un conocimiento común y no especializado de las normas jurídicas generales que inciden en la edificación, ya que un conocimiento profundo únicamente es propio de los profesionales del derecho".²⁶

 ²⁴ Cárdenas Sepúlveda y Fuentealba Riquelme, Seminario de titulación, Universidad de Concepción, 1998, ver desarrollo de la noción de ruina funcional en Segunda Parte, Capítulo V, p. 193.
 ²⁵ Sentencia inglesa del caso Greaves and Co. (Contractors) limited v. Baynham Meikle and Partners en, "El contenido de la obligación del arquitecto o ingeniero proyectista". Ramón Mullerat Balmaña.
 Págs. 169 y ss. Revista Jurídica de Cataluña, 1977.

• Proyecto contrario a las normas urbanísticas

Este tipo de vicio existirá cuando el proyecto no se ajuste a las normas urbanísticas que rijan en el lugar de edificación de la obra. Por ejemplo, se proyecta una vivienda en un sector que según el plano regulador comunal está exclusivamente destinado a industrias. O se proyecta construir en terrenos declarados de utilidad pública, por estar destinado a tránsito público. O se proyecta ampliar un edificio ubicado en una zona de conservación histórica.

Estos vicios se configurarán en la medida en que se infrinjan las disposiciones contenidas, básicamente, en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en el Título II, *De la planificación urbana*.

Surge la interrogante de determinar si es posible hacer efectiva la responsabilidad por vicios de la construcción en caso que la contravención de las normas urbanísticas obligue a una demolición de lo indebidamente construido, o una clausura del inmueble, ordenada por la autoridad administrativa correspondiente. Aquí, la ruina no obedece a razones de tipo técnico, sino legal-administrativa.

Esta situación se contempla expresamente en nuestra Ley General de Urbanismo y Construcciones en los arts. 148 y ss. del capítulo II "De la ejecución de las obras de urbanización y edificación",

Se ha sostenido por la doctrina comparada, como Colin y Capitant, Chironi, Fernández Hierro, Boubli, que aun siendo el edificio sólido y bien construido, existirá responsabilidad de técnicos y constructores cuando se hayan violado las normas urbanísticas. La razón hay que buscarla en el conocimiento exigible a los técnicos que intervienen en la construcción de las normas legales y urbanísticas vigentes.

Creemos que debe aceptarse la responsabilidad de arquitectos y técnicos por vicios que tenga su origen en el proyecto, pues provocan en su propietario trastornos, daños y perjuicios que deben ser amparados por una garantía especial, que no es otra que la consagrada en nuestra legislación para los supuestos de defectos en la construcción, específicamente en el artículo 18 incs. 1° y 2° de la L.G.U.C.

7.2. Vicios técnicos de proyección

Estos vicios se presentan cada vez que el profesional proyectista no respeta las normas técnicas del arte constructivo (lex artis) o por incumplimiento de las normas técnicas legales.

Dentro de estas categorías de vicios podemos encontrar:

a. Proyección de un sistema de cimentación o de contención de tierras que no tiene en cuenta las peculiaridades del terreno sobre el que se edifica, o las cargas que el suelo debe soportar.

Se trataría de toda la problemática de los vicios del suelo, desde la óptica de la proyección de la obra.

b. Proyecto confeccionado sin tener presente las proporciones y resistencias de los materiales empleados, o con errores de cálculo o medida, tales como muros y vigas de escaso grosor forjados sin la debida sustentación.

Nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de referirse a este punto. Situación distinta es la que ocurre en España, el Tribunal Supremo español ha hecho referencia a este tipo de vicios en numerosas sentencias.²⁷

c. Proyecto elaborado sin tener en cuenta las condiciones climatológicas o geográficas del lugar.

Por ejemplo, edificios proyectados con techos sin pendiente, sin bajadas de agua en zonas de abundantes lluvias o bien defectos de proyección consistentes en haber seleccionado un tipo de revestimiento de fachadas no aconsejable para el clima del lugar en donde se encuentra emplazada la obra.

d. Defectos de proyecto consistentes en seleccionar materiales y elementos constructivos inadecuados para la específica función a que se destinan o de una calidad inapropiada.

Sobre el particular se debe señalar que la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones establece normas sobre el control de los materiales y demás elementos industriales para la construcción y sus condiciones de aplicación a las obras, señalando que esta materia queda sujeta en primer término a las normas oficiales vigentes y supletoriamente a las reglas que la técnica y el arte de la construcción establezcan.

Este control de la calidad de los materiales es obligatorio y lo efectúan las

²⁷ Se puede citar a modo ejemplar alguna de las sentencias contenidas en la obra *El contrato de ejecución de obra y su jurisprudencia*, García Gil, Madrid, 1995: "Muros que no reúnan las condiciones de resistencia y seguridad necesarias para soportar el peso de la cubierta del edificio y las presiones laterales del trigo almacenado en él". TS. 17.05.67. "Errores de cálculo sobre la resistencia de la armadura de los arcos". TS. 29.03.80. "Adición y construcción de una planta y ático sobre una edificación antigua sin tener en cuenta el estado de cargas y sobrecargas de ésta". TS. 30.04.82.

"instituciones oficiales de control técnico de calidad de los materiales y elementos industriales para la construcción".²⁸

e. Proyecto elaborado sin ajustarse a las normas básicas de edificación, las cuales se encuentran contenidas fundamentalmente en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, la cual establece normas mínimas para la correcta elaboración de los proyectos y construcción de edificios. Estas normas tienen por finalidad velar por la seguridad de la población, fijando las condiciones mínimas para atender a las exigencias humanas. Son por tanto normas de obligatorio cumplimiento.

8. Vicios de dirección técnica

En lo que respecta a esta clase de vicios, ellos se presentarán cuando el profesional que intervenga en la dirección técnica de la obra no haya desempeñado correctamente la función que le corresponde en esta fase del proceso edificatorio.

Los vicios de dirección técnica se traducen en el estudio de las funciones específicas y propias del profesional encargado de la dirección técnica de la obra y cuyo incumplimiento originará estos vicios.

Cabe precisar que en nuestro ordenamiento jurídico las funciones de dirección técnica no se encuentran entregadas con exclusividad al arquitecto o al ingeniero, sino que por el contrario, ellas podrán ser asumidas indistintamente por cualquiera de ellos. Este sistema difiere del sistema seguido en países como Francia y España, en que la ley ha enumerado taxativamente y con exclusividad las funciones de cada uno de los profesionales que intervienen en el proceso de construcción.

La doctrina ha establecido las tareas o funciones que debe desarrollar cada uno de los profesionales que intervienen en la dirección técnica de la obra, los enumeraremos para con posterioridad analizar a qué profesional le correspondería la responsabilidad por un vicio en la dirección técnica.

²⁸ Estas instituciones están establecidas por resolución N° 554 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, D.O. del 06.12.1993. Son 51 instituciones, correspondiéndoles a cada una de las cuales distintas especialidades, por ejemplo, *Universidad de Concepción*: hormigones, prefabricados, mecánica de suelo para fundaciones y estructuras, mecánica de suelos para obras de pavimentación; *Instituto de Investigación y Ensayes de Materiales de la Universidad de Chile* (IDIEM), especialidades: fibro-cemento, cementos, hormigones, maderas, metales y soldaduras, pinturas, ensayos no destructivos, estructuras, física de construcción, paneles prefabricados, química de materiales, asfaltos, calibración de máquinas de ensayo, plásticos, mecánica de suelos para fundaciones y estructuras, mecánica de suelo para obras de pavimentación; *Universidad de la Frontera*, especialidades: hormigones, mecánica de suelo para obras de pavimentación.

Se pueden señalar como funciones propias del director técnico de la obra y cuyo incumplimiento dará lugar a vicios de dirección imputables a su actuación, las siguientes:

• Obligación de interpretar y desarrollar técnicamente el proyecto.

Esta obligación comprende:

- a. Deber de estudiar el proyecto, sometiéndolo al procedente examen técnico que verifique la adecuación y corrección de sus previsiones, incluyendo la práctica de pruebas y ensayos que sean necesarios para comprobar la idoneidad de los cálculos y soluciones constructivas adoptadas en el mismo.
- b. Deber de corregir y complementar el proyecto en aquellos puntos en que resulte incorrecto, inadecuado o insuficiente, ya sea por la existencia de vicios de proyecto, o por la necesidad técnica de adaptar el proyecto a las situaciones que se presenten durante la ejecución de la obra, y que no hayan sido previstas en él.
- c. Deber de especificar técnicamente el proyecto impartiendo a los profesionales que intervengan en la ejecución de la obra las instrucciones, gráficos, planos y demás documentos necesarios, que permitan conocer los datos técnicos del proyecto, permitiéndoles a los profesionales tomar las medidas oportunas para la ejecución de las obras. Este deber encuentra sustento en la imposibilidad de que el proyecto pueda abarcar todos los detalles de la obra proyectada.
- Obligación de vigilancia de la obra.

Esta obligación impone al profesional encargado de la dirección técnica de la obra, un deber de asistencia a la misma, cuantas veces sea necesario, de acuerdo a la naturaleza y complejidad de la misma. Es en la obra donde el director debe asiduamente controlar que los trabajos se ejecuten según el proyecto, según las instrucciones del proyectista y las reglas de la buena construcción.

9. Vicios de ejecución material

Quedan comprendidos en esta categoría de vicios aquellos que tienen su causa en la inadecuada realización de la actividad profesional que le corresponde realizar al constructor de la obra.²⁹

²⁹ Cabello de los Cobos, La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles, p. 285, 2³ edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, España, 1993.

Cabe tener presente que cuando estudiamos la clasificación legal de los vicios, señalamos que como vicios de construcción debían entenderse sólo los vicios de ejecución material de la obra, pero haciendo la salvedad de que resulta difícil distinguirlos de los vicios de dirección técnica de la obra.

A modo ejemplar podemos señalar como vicios de construcción los siguientes:

- a) Falta de capacidad técnica del constructor por servirse de mano de obra no calificada para realizar la obra, o sin el grado de especialización que requiere su ejecución.
- b) Utilización de materiales de construcción defectuosos, de mala calidad o de una calidad distinta de la contemplada en el proyecto.
- c) Realización material de la obra apartándose del proyecto, o bien empleando técnicas, métodos o procedimientos contrarios a las reglas del arte constructivo.
- d) Inobservancia de las instrucciones impartidas, ya sea en forma oral o escrita, por los profesionales que integran el equipo de dirección técnica de la obra.
- e) Dar inicio a las obras sin comunicar previamente su comienzo a los profesionales que deban dirigirlas, a objeto que éstos ejerzan su función de dirección técnica, o bien realizar las obras sin la asistencia de los técnicos indicados en el proyecto.

10. La relación entre culpa y vicio constructivo

La responsabilidad impuesta a los constructores y profesionales de la construcción por la ruina de la edificación se funda en el planteamiento tradicional de la existencia de una culpa o negligencia, la que dará origen a la obligación legal³⁰ de reparar los perjuicios causados por la ruina.

Pero al examinar el texto del artículo 2003 del Código Civil no se hace referencia alguna a la culpa del profesional interviniente, situación que no debe llevar a conclusiones erradas pues si bien no existe esta referencia, no

³⁰ Sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los arquitectos, constructores y profesionales de la construcción, véase nuestra obra *La resposabilidad civil de los profesionales y empresarios de la construcción*, Seminario de Titulación, Universidad de Concepción, 1998, pp.102-109.

podría pensarse que el legislador a la fecha de redacción del Código pudiese concebir una responsabilidad al margen de la idea de culpabilidad del responsable.³¹

Esta omisión debe ser explicada por la sistemática empleada en la redacción de la norma, en la cual la culpa está objetivada por el resultado, es decir, que cuando una obra fue construida sin ajustarse a las reglas que impone la lex artis, lo lógico y previsible será que esta obra adolezca de vicios que la hagan perecer o amenazar ruina.

Como señala Gómez de la Escalera, "el artículo ha recurrido a una especie de metonimia u objetivación de la culpa, designando o refiriéndose a la misma con lo que es su efecto característico: el vicio constructivo".³²

De lo señalado resulta claramente que el sistema que ha inspirado al precepto citado se encuadra en la culpa, pero no es tarea fácil encontrar la solución respecto de si la norma encierra o no una presunción de culpa del constructor o del arquitecto en el evento que la edificación se arruinase dentro del plazo de cinco años.

El problema de la presunción de responsabilidad ha sido de amplio debate en la doctrina extranjera.

En Francia esta discusión sólo fue zanjada con la dictación de la reforma al artículo 1792 del Código Civil por la Ley N° 78-12. En ella se estableció con claridad una presunción de responsabilidad al disponer que ella no tendrá lugar "si el constructor demuestra que los daños provienen de una causa que no le es imputable".³³

Con anterioridad a la promulgación de esta ley, los autores se encontraban divididos, partiendo desde una negación de esta presunción,³⁴ se llegó a la solución de presumirse la culpa respecto de aquellas obras convenidas a precio alzado o destajo.³⁵

En España también fue objeto de discusión este punto. Fue así como los

³¹ Diez-Picazo, La responsabilidad civil hoy, A.D.C. 1979, p. 730.

³² Ob. cit., p. 95.

³³ Mullerat Balmaña, Ramón, La ley francesa N° 78-12, de 4 de enero de 1978, relativa a la responsabilidad y al seguro en la construcción. Primera parte. La responsabilidad en la construcción. R.J.Ca. 1981, pp. 753-766.

³⁴ Así lo señalaban los clásicos autores franceses como Troplong, Baudry-Lacantinerie y Wahl, y Laurent.

³⁵ Planiol y Ripert, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, T. XI, p. 196. Mazeaud, *Lecciones de Derecho civil*, T. III, p. 1129. Colin y Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, T. IV, p. 347.

primeros autores que se ocuparon del tema negaron la existencia de una presunción de culpa inserta en el artículo 1591 del Código Civil.³⁶

En la actualidad la doctrina española está conteste en aceptar la existencia de una presunción de culpa inserta en el artículo 1591 del Código Civil. Se ha concluido que la ruina del edificio ocurrida dentro de los diez años de haber sido construida, difícilmente pudo haber ocurrido por una causa distinta de la existencia de defectos de construcción, dada la vida que normalmente una edificación debe llegar a tener.³⁷

En nuestro país la doctrina ha sido vacilante en este punto, sin que se encuentre una solución común al problema de la presunción de culpabilidad.³⁸

Prat, siguiendo la tesis dualista de la naturaleza de la responsabilidad quinquenal, señala que respecto de la responsabilidad contractual consagrada en el artículo 2003 no se contempla una presunción de responsabilidad en contra del empresario por la pérdida o ruina de la obra,³⁹ pero respecto de la responsabilidad contractual, ella se presume y por tanto "no será necesario acreditar que en dicho vicio ha incidido culpa del contratista".⁴⁰

Por su parte Manríquez, siguiendo la tesis planteada por Baudry-Lacantinerie, señala que en la norma civil no se contiene una presunción de culpa, puesto que si la edificación se viene abajo, la causa que lo habrá provocado nadie lo sabe, por lo que "corresponde al propietario que alega la culpa, probarla".⁴¹

Por nuestra parte, creemos que del artículo 2003 debe necesariamente desprenderse una culpa presunta del constructor de la obra, de acuerdo a las siguientes consideraciones:

³⁶ Manresa, Comentarios al Código Civil español, Madrid, 1969, p. 757. Scaevola, señala: "Sin contener el art. 1591 una presunción declarada por modo expreso, tiene ambiente presuntivo". Código Civil, Reus, Madrid, 1951, p. 96.

³⁷ García Cantero, La responsabilidad por ruina de los edificios ex artículo 1591 del Código Civil, A.D.C., 1963, p. 1105. Fernández Hierro, ob. cit., p. 179. Cabanillas Sánchez, La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de lex artis y la carga de la prueba, A.D.C. 1991, p. 914. Gómez de la Escalera, ob. cit., p. 99.

³⁸ En la solución del problema de la presunción de culpa el pensamiento de Alessandri se encuentra en completa oscuridad, puesto que en su obra *Responsabilidad extracontractual*, N° 356, p. 436, sostiene que la responsabilidad se presume y el demandado deberá probar que el incumplimiento no le es imputable. Pero en la obra *Derecho Civil. De los contratos*, que estaría tomada de sus enseñanzas de clases, se dice: "El art. 2003 del Código Civil no ha establecido ninguna presunción en orden a la culpabilidad del empresario en la destrucción del edificio", p. 106.

⁴⁰ Ob. cit., p. 125.

⁴⁾ El contrato de obra y su jurisprudencia, Universitaria, Santiago, 1960, p. 169.

- 1) Por razones de carácter histórico del antecedente mediato de nuestras normas relativas a la responsabilidad de los constructores, tanto del Derecho Romano⁴² como de las Siete Partidas,⁴³ se desprende que las causales de exoneración eran el caso fortuito, por lo que necesariamente se le presumía la culpa al constructor.
- 2) El hecho del arruinamiento de una obra proyectada para perdurar en el tiempo parece revelar una culpa en las personas que hayan intervenido como constructores de la misma.

Si la obra perece antes de los cinco años de erigida, demuestra que no fue bien construida y que, por tanto, adolecía de vicios, puesto que los medios técnicos y materiales de que hoy se dispone pueden garantizar un resultado por muchos años y por tanto debe presumirse la impericia del constructor, mientras no demuestre lo contrario.

- 3) La exigencia al dueño de la obra de una prueba de culpabilidad del constructor se constituiría en una verdadera prueba diabólica que haría inviable la norma del artículo 2003 del Código Civil, ello de acuerdo a lo complejo que resulta la determinación de la responsabilidad por un vicio constructivo, cuestión que sería mejor dejar entregada al juez.
- 4) La obligación que asume el profesional de la construcción es una obligación de resultado, ⁴⁴ respecto de la cual si el deudor incumple su obligación debe necesariamente presumírsele su culpa. Esto es así, pues el incumplimiento de la obligación, ya que se obligó a entregar un resultado, se deberá necesariamente a la negligencia o culpa de su parte, por lo que no será necesario probarla por quien demanda.
- 5) Por último, el sistema de responsabilidad articulado por el legislador se funda en el establecimiento de una obligación de carácter legal, por la cual se presume la culpa profesional de los intervinientes en el proceso constructivo e imponiendo la consecuente obligación de reparar el daño producido.

Ello es así porque del sentido natural de la obligación legal impuesta al constructor debe desprenderse que la culpabilidad se da por establecida

⁴² En la Constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio se señalaba: "Si dentro de quince años apareciera algún vicio, se reparará de su patrimonio (por el constructor), exceptuándose los casos que son fortuitos".

⁴³ Ley 21, partida 3ª, se dispuso: "Si la labor se derribase o se moviese antes de transcurridos quince años desde que fue hecha, sospecharon los sabios antiguos que por culpa de aquellos que eran puestos para hacerlo, aconteció el fallecimiento".

⁴⁴ Ver Cárdenas Sepulveda y Fuentealba Riquelme, ob. cit., Capítulo VI de la Primera Parte, pp. 95 y ss.

con el solo mérito del incumplimiento o inejecución de la obligación prescrita por la ley, situación que se desprende de la propia regulación establecida para las obligaciones legales.

En definitiva, deberá aceptarse la existencia de una presunción de culpa inserta en el artículo 2003 del Código Civil, puesto que la construcción de una edificación es por su propia naturaleza una obra destinada a perdurar en el tiempo, por lo que su perecimiento prematuro demuestra que fue construida apartándose de las reglas del arte de construir, es decir, con culpa profesional, ya que, como hemos planteado, la culpa inserta en el precepto se encuentra objetivada por el resultado.

Por último, es necesario señalar que esta presunción es de aplicación general a todos los contratos de construcción, ya que si bien el artículo 2003 está referido al contrato por suma alzada, hemos señalado que el precepto debe aplicarse con un sentido generalizador, por tanto el artículo 2003 se aplica a cualquiera sea la forma adoptada por el contrato de construcción, no viéndose la razón de por qué habría de excluirse la presunción respecto de los contratos no mencionados expresamente en el texto.⁴⁵

En consecuencia la existencia de un vicio constructivo que amenace ruina de la obra arquitectónica conlleva necesariamente la configuración de la culpa profesional de aquel de los intervinientes del proceso constructivo que originó dicho defecto de construcción.

⁴⁵ Corral Talciani sostiene la tesis contraria. "Como estamos en presencia de una norma excepcional, debe preferirse la interpretación restrictiva, por ello la presunción no podrá extenderse a todo tipo de contratos de construcción, sino sólo a los contratos pactados a precio alzado". Ob. cit., p. 20.



Retiro de valores, dación en pago de activos y aporte de bienes en las sociedades de personas¹

Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal

Eduardo Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Internacional Privado

Universidad del Desarrollo

I. Introducción

Este trabajo pretende cumplir con varias finalidades, que esperamos queden bien satisfechas.

En el orden dogmático, nos proponemos revisar, en lo concerniente a las compañías de personas, las instituciones societarias de patrimonio social, capital, revalorización de capital, cuentas patrimoniales, retiro de activos, aporte de bienes, así como su interacción y funcionamiento coherente en la dinámica jurídica negocial.

En el plano metodológico, buscamos demostrar cómo la enseñanza jurídica puede estructurarse a partir del análisis de un caso, ofreciendo mejores posibilidades de entendimiento al estudiante. La clase magistral conduce, normalmente, al estudio aislado de una u otra institución jurídica, atinente a una u otra disciplina de derecho, en tanto que el análisis sobre la base de un caso, por lo mismo que requiere de una solución jurídica específica y viable desde toda perspectiva de derecho, implica la consideración paralela e integral de todos sus elementos, impidiendo forzosamente su desintegración. El método de estudio a partir de un caso obliga a reflexionar acerca de la operación coetánea de diversas disciplinas jurídicas, como ocurre, en este trabajo, con el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Tributario y el Derecho Procesal. Asimismo, este método demuestra con evidencia palmaria a los alumnos la importancia de la aprehensión profunda de los conocimientos dogmáticos que se les ofrecen en las aulas, puesto que de su eficaz aplicación depende el correcto desempeño del abogado en la operación práctica del derecho.

¹ Los autores agradecen la colaboración del contador auditor de Concepción Sr. Renán Barril Pérez.

Finalmente, en la perspectiva del abogado consultor de empresas, este trabajo quiere evidenciar la importancia de un manejo conceptual suficiente de la contabilidad financiera y tributaria, tanto porque ambas, entre nosotros, constituyen fuentes de derecho, cuanto porque la asesoría jurídica en la definición de las decisiones de contratación supone su adecuado entendimiento, lo cual quedará demostrado a partir del caso que se plantea, desde que corresponde a una categoría de situaciones que ocurren cotidianamente en la vida empresarial que el letrado debe asesorar. Ello es sin perjuicio, por cierto, del trabajo de equipos interdisciplinarios que deben generar las decisiones de contratación y que congregan a empresarios, abogados, ingenieros y auditores. El abogado que carece de conocimientos conceptuales mínimos de contabilidad financiera y tributaria no puede participar e interactuar razonablemente en otros equipos, precisamente por ignorar cómo una decisión de contratación impacta en la gestión empresarial, transformándose en un elemento profesional ajeno al proceso decisional, consultado parcial y secundariamente.

II. Descripción del caso

X es una sociedad de personas de responsabilidad limitada. Sus socios son X1 y X2, en cuotas de participación en capital de 80% y 20%, respectivamente. El capital legal de X es de M\$ 1.000. El fondo de revalorización del capital legal es de M\$19.000. Conforme al último Balance General aprobado, X tiene activos totales por M\$ 50.000, pasivo exigible por M\$ 10.000 y pasivo no exigible por M\$ 40.000, distribuido éste en diversas cuentas patrimoniales, entre las que se encuentran las de capital legal (M\$ 1.000) y revalorización de capital legal (M\$ 19.000). De consiguiente, X tiene un patrimonio social neto de M\$ 40.000, equivalente a la diferencia entre lo que tiene (activos) y lo que debe a terceros² (pasivo exigible). El valor del patrimonio social neto (M\$ 40.000) es igual a la cifra de pasivo no exigible (M\$ 40.000), debido éste por X a sus socios X1 y X2. X no tiene utilidades repartibles, ni financieras, ni tributables. X es dueña de un inmueble, cuyo valor contable o de libros en X es de M\$ 6.000. De otra parte, Y es también una sociedad de personas de responsabilidad limitada. Sus socios son los mismos X1 y X2, también en cuotas de participación en capital de 80% y 20%, respectivamente. La compañía Y, en razón de circunstancias propias de la dinámica negocial, requiere adquirir el dominio del inmueble

² Como se explica más adelante, con arreglo a los principios generalmente aceptados de contabilidad, las cuentas de pasivo exigible comprenden las obligaciones de que la compañía es deudora para con sus socios, pero sólo en la medida que éstos, en la constitución de la fuente obligacional, no hayan obrado en sus caracteres de tales. En esta situación, tales operaciones deben representarse en cuentas comerciales, que son de pasivo exigible, y no en las cuentas personales o particulares de los socios, que son de pasivo no exigible.

mencionado precedentemente e incrementar su patrimonio social neto en M\$ 6.000, pero no es conveniente a los intereses de Y, ni a los de X1 y X2, aumentar el capital legal de Y. Las compañías X e Y, así como sus socios X1 y X2, están de acuerdo: i) en que X1 retire de X la cifra de M\$ 6.000; ii) en que X dé en pago del acuerdo de retiro, a su socio X1, el inmueble en cuestión, valorado por las partes en M\$ 6.000; y, iii) en que, subsecuentemente, X1 aporte en dominio dicho inmueble a Y, también valorado por las partes en M\$ 6.000, aunque sin aumentar el capital legal de Y.

III. Cuestiones de derecho

¿Tienen corrección jurídica los pactos de retiro, dación en pago y subsecuente aporte en que están de acuerdo X, Y, X1 y X2?

IV. Análisis de derecho

1. Patrimonio y capital. Como se indicó, el capital estatutario de X es de M\$ 1.000, no habiéndose capitalizado previamente ninguna de sus demás cuentas patrimoniales, ni siguiera la de revalorización de capital.

Siendo así, tan sólo el 2,5% del patrimonio social neto encuentra su causa jurídica en la cuenta de capital legal (deuda de la compañía para con los socios por concepto de los aportes introducidos por éstos en la formación del capital legal), del mismo modo que el 97,5% del caudal social tiene su causa jurídica en el resultado o calce de las demás cuentas patrimoniales (deuda de la compañía para con los socios en razón de otros conceptos pecuniarios), lo que es normal porque los bienes del activo no representan, al menos necesariamente, el capital legal o capital social.³

2. Medición y representación patrimonial. Esta cifra de resultado de pasivo no exigible se determina por medio del calce (suma de saldos deudores y resta de saldos acreedores) de las diversas cuentas de significación patrimonial, operación que debe comprender a todas éstas.

Desde un punto de vista teórico, aunque sin pretensión totalizadora, las cuentas de pasivo no exigible usuales son las siguientes:

A. Cuenta de capital, concerniente a las relaciones jurídicas activas y pasivas entre los socios, considerados éstos en su carácter de tales, y la compa-

³ Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 298.

ñía, por concepto de capital legal o estatutario: 1) por capital pagado, es decir, valores de aportes comprometidos⁴ y enterados, valores que la compañía idealmente⁵ debe a los socios respectivos; la deuda no es exigible durante la vida de la compañía, ni puede enterarse al acreedor sino previa reducción de capital;⁶ esta cuenta constituye un saldo acreedor; y, 2) por capital suscrito y no enterado, es decir, valores de aportes comprometidos⁻ y no enterados; esta cuenta constituye un saldo acreedor, desde que corresponde a cifras que los socios deben a la compañía, que tiene derecho a ellas.

B. Cuentas de revalorización de capital de la compañía. Conforme a las prácticas contables que recoge el Derecho de Sociedades,⁸ esta cuenta puede formarse sobre la base de las reglas de corrección monetaria que establece la legislación fiscal,⁹ que aquéllas utilizan para este efecto,¹⁰ y, adicionalmente, con la llamada revalorización técnica, que consiste en un ajuste a valores de mercado y que debe ejecutarse con sujeción a los principios generalmente aceptados de contabilidad.¹¹ La revalorización de los activos, así estimada y sólo después de restado el pasivo exigible "...viene a favorecer a los socios en sus cuentas de patrimonio, incrementando los valores de éstas...".¹² Del mismo modo que ocurre con la cuenta de capital pagado, el valor del saldo acreedor de ésta es debido idealmente por la compañía a sus socios, deuda que, en principio, no es exigible durante la vida de la compañía. Esta cuenta puede capitalizarse, pasando a integrar el capital legal de la compañía, mediante modificación del estatuto social, consentida por todos los socios. En lo que hace al caso que analiza-

⁴ En el acto constitutivo de la sociedad, a que alude, verbigracia, el artículo 2086 CC, o en la modificación de su estatuto social.

⁵ Representa un derecho de eventual recuperación del valor aportado, que se torna exigible después de la disolución, siendo el derecho meramente eventual, desde que su efectividad supone que, después de pagado el pasivo exigible, y considerado conjuntamente con el saldo de pasivo no exigible, en la proporción que corresponda, pueda ser enterado al socio, en razón de la existencia de recursos disponibles. Puelma, Alvaro, Sociedades. Tomo I, página 291, letra c).

⁶ La reducción de capital debe concretarse necesariamente por medio de una modificación del estatuto social, porque el capital social introducido en el acto constitutivo, a la compañía creada, al tenor del artículo 2078 CC, es fijo. Adicionalmente, en cuanto a las sociedades colectivas comerciales, o a las que por sus reglas se rigen, el capital introducido por los socios en el mismo acto de origen constituye una estipulación propia de la escritura social, artículo 352 N° 4° C. de C., que debe incluirse en su extracto, artículo 354 C. de C.

⁷ También en el acto constitutivo de la sociedad, a que alude, verbigracia, el artículo 2086 CC, o en su modificación.

⁸ Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 298.

⁹ Artículo 41, Decreto Ley Nº 824.

¹⁰ Esta revalorización va más allá de la simple indexación a inflación de los aportes que forman el capital legal fijo.

Como más adelante se expresa, los principios generalmente aceptados de contabilidad, de fuente consuetudinaria, tienen, entre nosotros, valor jurídico. Por ejemplo, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 59, Sección Primera, página 424.

¹² Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 298.

mos: i) la cuenta está formada exclusivamente conforme a las reglas fiscales de corrección monetaria, sin revalorización técnica, de modo que los activos se encuentran justipreciados conforme a valores de libros; y ii) la cuenta no ha sido capitalizada.

C. Cuenta personal o particular del socio de una sociedad de personas. Esta cuenta integra el valor de los aportes transitorios, extraordinarios o unilaterales, de que se trata más adelante, esto es, de los aportes de bienes (dinero u otros) efectuados por los socios a la sociedad de personas, más allá de los aportes a que se han encontrado obligados por el estatuto social (que son los únicos que forman el capital legal), así como el valor de los retiros efectuados por los socios. Si el saldo de esta cuenta es acreedor, esto es, los aportes de esta especie exceden de los retiros, dicho saldo representa para la sociedad un pasivo no exigible. En cambio, si el mismo saldo es deudor, por exceder los retiros de los aportes de esta especie, tal saldo diferencial queda deducido del pasivo no exigible, y, coetánea y obviamente, también rebajado del total de los activos, puesto que implica que parte de éstos han sido extraídos del patrimonio social. Se trata, así, de una cuenta patrimonial de la compañía, que, si tiene saldo acreedor, es representativa de derechos de los socios respecto de ésta, por valores que, en principio, no son exigibles durante la vida societaria, precisamente porque el socio respectivo los ha aportado en dominio a la compañía. En la medida que esta cuenta tiene su causa en aportes sociales que exceden los aportes comprometidos en la formación de la cifra de capital legal fijo, es decir, comprometidos en el acto constitutivo de la sociedad o en su modificación estatutaria, es ésta una cuenta patrimonial, que, empero, no es de capital. La cuenta puede capitalizarse, mediante modificación del estatuto social, consentida por todos los socios. En lo que hace al caso, no ha sido capitalizada.

D. Cuentas de Resultados Acumulados y de Resultados del Ejercicio comprendido en el Balance General, que pueden ser positivos (utilidad = saldo acreedor) o negativos (pérdidas = saldo deudor). Estas cuentas se forman jurídicamente, originando los consiguientes derechos, con la aprobación del Balance General que las determina.¹³ Si las respectivas cuentas tienen saldo acreedor (hay utilidades), se trata de valores que la compañía debe a los socios, en la proporción pactada en el estatuto social, o, supletoriamente, en la proporción de los aportes pagados.¹⁴ Una vez aprobado el Balance General que las determina, los socios, en tal proporción,

¹³ Puelma, Alvaro, *Sociedades*, Tomo I, página 343. También, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 59, Sección Primera, página 424.

¹⁴ Se omite la profundización de esta última aseveración, por intrascendente al caso. Véase artículo 2068 CC.

tienen derecho a retirar activos (dinero o bienes debidamente valorados) por la cifra equivalente a su participación, pudiendo exigirlo a la compañía, aunque dicha cuenta se representa como pasivo no exigible, porque así lo determinan los principios generalmente aceptados de contabilidad. Los socios mantienen este derecho, mientras el fondo representado por la cuenta no sea objeto de capitalización, esto último mediante modificación del estatuto social, consentida por todos los socios. Finalmente, la exigibilidad del derecho de retiro de valores con cargo a esta cuenta supone, a lo menos, que el patrimonio neto de la compañía, que reste tras el retiro, sea a lo menos idéntico al monto estatutario de capital, 15 puesto que los socios están obligados a la mantención del capital estatutario frente a terceros acreedores, desde que se trata de una sociedad de responsabilidad limitada; a menos, claro, que se acuerde la reducción de capital y ésta se perfeccione, cumpliéndose con las formalidades legales de publicidad, en cuyo caso podría, al menos desde esta perspectiva, procederse a dicho retiro.

E. Cuentas de Fondos. Si la compañía, durante su vida, presenta resultados acumulados positivos (utilidades), y, copulativamente, en el análisis de patrimonio social neto la cifra de éste excede el capital estatutario, los socios de las sociedades de personas tienen tres opciones: i) ejercer el derecho patrimonial e individual de retiro, una vez aprobado el Balance General, en cuyo caso el valor respectivo se representará en las cuentas personales o particulares de los socios, disminuyendo el pasivo no exigible de la compañía, así como el total de activos; el patrimonio social neto disminuye en el valor retirado; ii) no ejercer efectivamente dicho derecho de retiro, aunque éste se mantiene jurídicamente, en cuyo caso el valor respectivo se mantiene en la cuenta de utilidades, acumuladas o del ejercicio, según corresponda, o bien se incorporan como créditos a favor del socio en su cuenta particular; ¹⁶ o iii) acordar la formación de fondos de las más diversas especies (eventualidades, inversiones, provisiones, futuras capitalizaciones, etc.), que deben mantenerse en la compañía para su aplicación a diversas contingencias, hasta que éstas se produzcan; este acuerdo social no representa disminución de activos de la compañía, ni incrementos de pasivos, sino que implica, tan sólo, un movimiento en el desglose interno de las cuentas patrimoniales de pasivo no exigible, trasladándose el valor correspondiente desde la cuenta de utilidades a la cuenta del fondo creado; en virtud de este acuerdo, el socio pierde el derecho individual a exigir inmediatamente el retiro, aunque mantiene el derecho patrimonial sobre

¹⁵ Véase ejemplo en Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, Novena Edición, Tomo I, página 360. Se omite la profundización en torno al fondo de revalorización de capital, para este efecto, por intrascendente al caso.

¹⁶ Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 300.

la proporción del fondo, que podrá ejercer después de superada la contingencia o de la disolución, o bien después de un acuerdo de socios que deje sin efecto o disuelva la formación del fondo en cuestión. No se profundiza más, por ser intrascendente al caso que se analiza.

3. Patrimonio social neto y derecho de retiro. Continuando en el estudio, como antes se expresó, el patrimonio neto de la compañía corresponde a la cifra que resulte de restar, a todos los activos, el pasivo exigible para con terceros,¹⁷ cifra diferencial que, durante la vida de la sociedad de personas, salvo azar o al instante de creación,¹⁸ siempre es diversa de la cifra de capital legal, toda vez que esta última "...es solamente una cifra permanente de la contabilidad, que no necesita corresponder a un equivalente patrimonial efectivo..."¹⁹ y que indica "...el patrimonio que debe existir y no el que efectivamente existe..."²⁰ desde que la cuantía del patrimonio real "...está sometida a las mismas oscilaciones que el patrimonio de una persona individual...".²¹

Si esta diferencia es positiva (+), para resolver acerca de si el socio puede o no retirar bienes del activo, para sí, por los valores que se acuerden, sobre la base y causa jurídica de sus derechos individuales pecuniarios en el patrimonio social neto, representados en las cuentas patrimoniales, restará por examinar si la misma cifra de haber neto es inferior o superior a la del capital legal fijo de la compañía,²² pactado en el estatuto social vigente, desde que los socios no pueden llevar en aquél a una cifra inferior a la de éste.

Si la cifra de patrimonio neto es inferior a la del capital legal fijo, es de toda evidencia que los socios no pueden acordar con la compañía ningún acto de retiro de activos, por las siguientes razones: i) la compañía, durante su vida, ha perdido capital, y los socios de una sociedad de personas de res-

¹⁷ Acerca de relaciones con los socios en torno a operaciones en que éstos no obran como socios, véase referencia en nota precedente.

¹⁸ La equivalencia de cifras de patrimonio social neto y capital legal fijo al instante de creación de la compañía, que usualmente se cita para identificar un único momento de equivalencia, con ser pedagógica, es errónea en una sociedad de responsabilidad limitada, porque su creación importa el cumplimiento de formalidades (escritura pública, inscripción registral y publicación de extracto) cuyo perfeccionamiento importa el devengo de gastos para la compañía, es decir, desembolsos que no representan equivalente en activos, disminuyendo así, de inmediato, el patrimonio social neto. A menos que tales gastos sean asumidos por terceros y sin cargo de restitución para la compañía constituida.

¹⁹ Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Novena Edición, Editorial Porrúa, Tomo I, página 437.

²⁰ Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Novena Edición, Editorial Porrúa, Tomo I, página 437.

²¹ Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Novena Edición, Editorial Porrúa, Tomo I, página 437.

²² Volvemos a omitir mención a la revalorización, porque ésta es intrascendente al caso.

ponsabilidad limitada están jurídicamente obligados a mantener su valor neto frente a los acreedores sociales; y, ii) careciendo de otra fuente jurídica de retiro, diversas de la de capital de saldo, cualquier acto de retiro lo es de capital, de modo que la procedencia del retiro supone una previa reducción del capital, acordada por todos los socios en una modificación estatutaria.

Adicionalmente, como se sabe, la pérdida de capital legal fijo, concepto que jurídicamente corresponde a la determinación en el Balance General de un patrimonio neto inferior al capital pactado en el estatuto vigente, puede llevar, en ciertos casos, a la disolución de la compañía²³ o bien a obligación de aumento,²⁴ y, con éste, a retiro de socios,²⁵ fenómenos en los que no profundizaremos por ser intrascendentes al caso.

A la inversa, si la cifra de patrimonio social neto es superior a la del capital legal fijo, esto es, la compañía, durante su vida societaria, necesariamente oscilante, ha arribado a una situación jurídico-económica que implica que su disponibilidad patrimonial supera a la cifra de su capital legal fijo, entonces los socios pueden convenir con la sociedad²⁶ en el acto de retiro de activos de ésta (sea en dinero o bienes justipreciados en el acto respectivo) hasta por un valor total que no exceda de la diferencia entre el patrimonio neto y el capital estatutario fijo (éste debe mantenerse, a menos que se acuerde legalmente su reducción). Nos parece que esta conclusión es indiscutible,²⁷ porque no existe regla legal alguna que prohíba tal acto jurídico, encontrándonos en sede de Derecho Privado, y, por añadidura, porque los socios sólo tiene obligación de mantener en la compañía el valor patrimonial neto correspondiente a la cifra del capital estatutario fijo, como se reseñó y abundará más adelante.

Este acuerdo de voluntades configura un acto jurídico bilateral,²⁸ en que una parte, la compañía, consiente o se obliga para con el socio, a repartirle definitivamente, que es lo mismo que decir transferirle desde su patrimonio al de este último, bienes por un cierto valor, por ejemplo, en el caso, M\$ 6.000. Correlativamente, el socio consiente en retirar de la compañía, que es lo mismo que decir adquirir para su patrimonio, desde el social, bienes por dicho valor, disminuyendo, consecuentemente, el valor patri-

²³ Artículo 2100 CC.

²⁴ Artículo 2087 CC.

²⁵ Artículo 2087 CC.

²⁶ Representada ésta por su administrador, debidamente facultado, o bien requiriéndose el acuerdo de todos los socios, según sea la fuente de retiro. El punto es intrascendente al caso de X, atendida la composición societaria.

²⁷ Al respecto, véase, más adelante, cita de Garriques.

²⁸ Implica el consentimiento de la compañía y del socio respectivo.

monial neto de su cuota de interés en la sociedad. De esto resulta que se trata de un contrato bilateral,²⁹ oneroso³⁰ y conmutativo.³¹

Obligada así la sociedad a transferir bienes al socio por tal valor y éste a adquirirlos, las partes deben acordar con qué activos se extinguirá la obligación de la compañía. Pueden acordar el retiro de activos circulantes (por ejemplo, dinero), siendo ésta la situación más sencilla en cuanto a la transferencia dominical, porque la tradición se efectuará a través de la entrega material de la moneda respectiva. Pero es posible que la compañía carezca de activos circulantes, o que, teniéndolos, no se estime adecuado disminuirlos, en cuyo caso la compañía puede dar en pago otra clase de activos (por ejemplo, un inmueble, valorado por las partes). 32 En este último evento, no hay duda alguna que queda perfeccionado un título traslaticio de dominio, 33 que legitima la subsecuente tradición, 34 que habrá de perfeccionarse, si se trata, como en el caso, de un bien raíz, mediante la competente inscripción registral. 35

- **4. Aclaración de confusiones usuales.** De lo dicho hasta aquí deben rescatarse algunas cuestiones:
- **4.1.** Para resolver acerca de si se ajusta a derecho, o no, el acto jurídico que se ha descrito, el operador jurídico no puede preguntarse tan sólo acerca de si la compañía, en el respectivo instante de su vida, tiene o no utilidades, y, en evento de respuesta negativa, responder que el dicho negocio jurídico es ilegal, en cuanto supondría una reducción de capital sin modificación estatutaria.

²⁹ Artículo 1439 CC. La compañía se obliga para con el socio a transferirle la propiedad de activos sociales, hasta por un cierto valor, y el socio se obliga para con la compañía a aceptar la disminución del valor pecuniario de su porción o cuota de interés en ésta.

³⁰ Artículo 1440 CC. La compañía se sacrifica, gravándose a beneficio del socio, porque pierde activos, que no se reemplazan por otros, disminuyendo así el total de sus bienes, pero obtiene la utilidad de disminuir su deuda pecuniaria para con el socio en cuestión, que es una especie de pasivo para ella.

³¹ Artículo 1441 CC. Las prestaciones recíprocas, descritas en nota precedente, se miran como equivalentes por las partes.

³² Con motivo de esta valoración pueden incluso surgir alcances en contra del socio, materia que no abordo, por ser intrascendente al caso. Desde otra perspectiva, en cuanto la figura analizada supone la utilización del valor de libros del bien respectivo, que puede diferir de su valor comercial o de cambio, es importante recordar que, tratándose de la dación en pago, no tiene aplicación la institución de la lesión enorme. La pretendida asimilación de la dación en pago a la compraventa, sostenida sobre la base de argumentos históricos, ha sido constantemente rechazada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, de modo que "en la dación en pago no procede la lesión enorme", Abeliuk, René, Las Obligaciones, Tomo II, página 581.

³³ Alessandri y Somarriva, *Los Bienes*, T. II, N° 471. No profundizo el punto, ni sus matices, por existir acuerdo en la doctrina en lo que aquí interesa.

³⁴ Artículo 675 CC.

³⁵ Artículo 686 CC.

En efecto:

- 4.1.1. Es posible, por ejemplo, que una compañía inicie un ejercicio anual con un patrimonio neto (80) inferior al capital estatutario (100) y el resultado de dicho ejercicio, a su término, haya derivado en utilidad (10), reconocida en la respectiva cuenta patrimonial del Balance General. En tal evento, si bien hay utilidad, ésta no es repartible, porque los socios no pueden retirar activos sobre la base jurídica de sus derechos patrimoniales e individuales de socio, contra la compañía, sin previa reducción del fondo social, debidamente perfeccionada, porque ellos, como se dijo, están obligados a mantenerlo frente a los acreedores sociales, al menos en una sociedad de responsabilidad limitada.
- **4.1.2.** Es posible, a la inversa, que es cuanto en el caso importa, que la medición patrimonial neta de una compañía, apreciada en un instante determinado de su vida, conforme al valor jurídico que deriva de su Balance General, ³⁶ arroje que de sus ejercicios no se ha derivado utilidad, bien porque ésta no se ha producido nunca, bien porque los socios, antes, han retirado valores con cargo a la totalidad de la producida, extinguiéndose el derecho de retiro de activos en esa fuente pecuniaria. Pero de allí no se deriva, necesariamente, que los socios no puedan retirar ciertos valores que acuerden, disminuyendo el valor de su cuota de interés y extrayendo determinados activos, dinerarios o no, ni se deriva, relacionadamente, que dicho acto implique una disminución del capital legal fijo y estatutario.

Tal razonamiento es erróneo, porque el referido acto, incluso si no hay utilidades, no disminuye necesariamente el valor del capital legal fijo (que constituye una cifra, no identificable con ningún bien específico de los activos sociales),³⁷ desde que el dicho análisis de patrimonio neto, conforme a Balance General, puede redundar en que la suma de éste (derivada del calce explicado precedentemente), por ejemplo 100, exceda el capital legal fijo, verbigracia 50, en razón de la existencia de actos jurídico-económicos previos, que la contabilidad debe reflejar en ese Balance General, que hayan redundado en la existencia de otras cuentas patrimoniales que impliquen derechos pecuniarios e individuales representativos de la porción de interés de los socios en la compañía y que importen para ésta un pasivo no exigible (por ejemplo, fondos para futuras capitalizaciones por 20 y aportes sociales extraordinarios, transitorios o unilaterales, por 30).³⁸

³⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 59, Sección Primera, página 424.

³⁷ Lo propio ocurre con la determinación de utilidad.

³⁸ Omitimos referencia al fondo de revalorización, por ser intrascendente en el caso específico, como se explicará.

Como estos últimos fondos o cuentas patrimoniales no han sido capitalizados por medio de un aumento de capital legal, acordado por todos los socios y debidamente perfeccionado, esto es, el capital estatutario no ha sido aumentado, entonces el acto jurídico a que nos venimos refiriendo es perfectamente lícito, hasta por la diferencia entre el valor patrimonial neto y la cifra de capital estatutario.

Así, el operador jurídico debe formularse una interrogante distinta: esta compañía, en el momento dinámico de su vida que estoy analizando en su Balance General ¿tiene una diferencia entre el valor de su patrimonio social neto y el valor de su capital legal fijo o estatutario, que exceda al valor del retiro que la compañía ha acordado para su socio?, pregunta que debe responderse sobre la base de dicho Balance General aprobado.

4.2. Usualmente se incurre en confusiones:

4.2.1. Es frecuente, en la práctica, que se diga, verbigracia, que, en mi calidad de socio, estoy "retirando utilidades" o que se diga "usted está retirando capital". Ambas oraciones implican sendas impropiedades técnicas, las que se edifican a partir de problemas conceptuales. Nadie puede retirar "utilidades" de una compañía, ni tampoco puede retirarse "capital", porque tanto el "capital", como la "utilidad", en derecho, constituyen simples cifras de medición, que no se identifican con bienes determinados.

Estos conceptos sirven, asimismo, para ilustrar la relevancia jurídica del concepto de patrimonio social y de patrimonio social neto.

Como explica el tratadista Joaquín Garrigues, 39 "la cifra de capital es una línea cerrada o círculo ideal trazado en el activo de la sociedad, que no acota bienes determinados, pero que impone a la sociedad la obligación de tenerlo siempre cubierto con bienes equivalentes a aquella cifra", agregando que "todo lo que exceda de este círculo puede ser distribuido entre los socios". La cifra de utilidad, igualmente, es una idea representativa, de medición de la entidad del resultado positivo (diferencia entre ingresos operacionales y no operacionales y gastos operacionales y no operacionales, sean éstos directos o indirectos, más corrección monetaria) de la operación de una compañía, durante un período determinado, que es objeto de cuantificación, idea que, por ser tal, tampoco se acota a bienes determinados. Esta medición debe efectuarse a través del Estado de Resultados de la compañía, practicado con arreglo a los principios de contabilidad generalmente aceptados, recogiéndose la cifra pertinente en el Balance General.

³⁹ Curso de Derecho Mercantil, Edición Novena, Editorial Porrúa, Tomo I, página 438.

Así, la utilidad es "una suma de dinero sobre la cual los socios tienen derecho, que incrementa el patrimonio social y que puede ser repartida", 40 idea cuantitativa de un crédito que no se identifica con activos específicos.

Siendo esto así, ningún socio "retira utilidades", ni "retira capital", porque no pueden retirarse ideas, ni mediciones, que no se identifican con bienes determinados. Un socio puede retirar tan sólo bienes sociales, 41 esto es, uno u otro de sus activos, cualquiera sea su especie. Si se quiere ser todavía más preciso, el socio, durante la vida de la sociedad, puede llegar a ser titular del derecho de retirar bienes o activos de la compañía hasta por un cierto valor económico. Si la causa jurídica de ese derecho deriva de la generación de utilidades, hasta por el valor correspondiente a su porcentaje en todas ellas, determinado en los estatutos sociales o en las normas legales supletorias, el derecho se torna exigible con la aprobación del Balance General que las determina, aprobado por los socios o, en defecto, por el órgano jurisdiccional, en la medida que no se acuerde generar, con cargo a esa cuenta, otros fondos de pasivo no exigible. Si la causa de ese derecho deriva de la existencia de otra clase de cuentas patrimoniales (por ejemplo, saldo positivo de la cuenta particular del socio con la sociedad o bien otros fondos que se acuerda disolver o eliminar), representativas de la diferencia positiva entre el patrimonio social neto y la cifra de capital, el derecho nace con el acuerdo entre el socio y la sociedad, ésta debidamente representada, alcanza al valor que se acuerde, siempre por sobre la línea de capital legal fijo de que trata Garrigues y se torna exigible apenas perfeccionado dicho acuerdo de voluntades (que configura un contrato oneroso, entre vivos, bilateral y conmutativo), 42 a menos que se haya pactado entre las partes alguna modalidad incidente en la exigibilidad.

Empero, como está dicho, sólo se retiran bienes por determinados valores y cosa muy diversa es que la sociedad, para extinguir la obligación de reparto, puede pagar, con dinero, o dar en pago ciertos bienes valorados por los socios, o, en defecto, por el órgano jurisdiccional que decida, si hay conflicto.

En contraprestación del retiro, siempre disminuye el valor patrimonial neto de la cuota de interés del socio que retira, porque ha incrementando su patrimonio personal, sobre la base de la correlativa disminución del patrimonio social de la compañía.

⁴⁰ Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 341.

⁴¹ Omitimos referencia al llamado "retiro de pasivos", institución cuya complejidad excede los alcances de este trabajo y que es intrascendente al caso.

⁴² Véanse notas precedentes.

La juridicidad del acuerdo de retiro de bienes, sobre la base de la causa jurídica del derecho individual del socio sobre el patrimonio social, supone tan sólo que exista el aludido diferencial positivo entre el patrimonio social neto y el capital estatutario, porque, como se citó de Garrigues, "todo lo que exceda de este círculo puede ser distribuido entre los socios", y es sólo esa juridicidad la que les importa a los terceros, que deben apreciar la situación sobre la base del Balance General aprobado por los socios, desde que éste tiene pleno valor jurídico.

Más allá de esto, en cuanto a las relaciones entre los socios y la sociedad, interesa determinar si el acuerdo de retiro tiene su causa jurídica específica en una u otra cuenta patrimonial específica, puesto que todas éstas tienen tratamientos jurídicos diversos, materia que es relevante, tanto durante la vida de la sociedad, como, muy particularmente, a la época de la disolución de la compañía; en esta óptica, no es lo mismo disminuir la cuenta patrimonial de utilidades acumuladas, que la de aportes extraordinarios, transitorios o unilaterales, que la de fondos que se disuelven; al respecto, como es por demás evidente, hay que estarse simplemente al acuerdo de voluntades entre la sociedad y el socio respectivo, porque, desde un punto de vista de Derecho de Sociedades, Civil o Comercial, según corresponda, no hay norma de imputación imperativa.

4.2.2. En este trabajo se ha discurrido, varias veces, sobre la base de la incidencia jurídica de la institución del "patrimonio social neto", en relación con la institución del "capital legal fijo o estatutario" de la sociedad de personas de responsabilidad limitada.

Es usual que se le atribuya a la noción de "capital" de las sociedades de personas de responsabilidad limitada, un alcance incorrecto, normalmente vago, que incide en conclusiones jurídicas inadecuadas.

El concepto de "capital social" corresponde a la suma, debidamente justipreciada por los consocios, de los aportes que se obligan a efectuar a la compañía, bien en el acto de su constitución, bien en una modificación estatutaria subsecuente. La verdad es que, como antes se dijo, se trata de una cifra ideal, inidentificable con bienes determinados, que, además, es simplemente "histórica", ¹³ desde que, como anota Garrigues, ¹⁴ "capital y patrimonio social, que técnicamente deben ser iguales al momento de constituirse la sociedad, pueden ser de cuantía distinta... y normalmente lo son en cuanto la sociedad empieza a funcionar, puesto que la ganancia o la pérdida hará aumentar o disminuir el patrimonio social...", agregando

⁴³ Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 290.

⁴⁴ Obra citada, Tomo I, página 438.

que "...así como la línea del capital es fija, mientras no se modifique con las formalidades legales, la línea del patrimonio es por esencia movible... por ello, aunque inicialmente coinciden una y otra, en cuanto la sociedad empieza a funcionar, la línea del patrimonio empieza a moverse y si los negocios van bien quedará por encima del capital y por debajo si los negocios van mal".

En la vida de la sociedad, a los efectos a que este trabajo concierne, importa la noción de patrimonio social neto, cuya cifra, en el caso, excede de lejos la del capital legal fijo o estatutario, y es ella la que importa, porque los socios pueden retirar, por medio de los actos jurídicos de acuerdos de retiro de que se viene tratando, debidamente perfeccionados, hasta la totalidad del valor que exceda de la línea del dicho capital estatutario, mientras las cuentas de pasivo no exigible representativas de esa diferencia no sean capitalizadas por vía de un aumento de capital. La cifra meramente histórica del capital, en esta perspectiva, sólo tiene importancia en el sentido que en las sociedades de personas de responsabilidad limitada, con arreglo al principio de "determinación", 45 "...como en la anónima...", 46 "en el momento fundacional de la sociedad tiene una importancia de primer orden por cuanto sirve para indicar a los acreedores cuál es el patrimonio que ha de servir de garantía para las deudas contraídas por los administradores en nombre de ésta", 47 y es por esto que "la sociedad no podrá repartir dividendos a sus accionistas mientras la línea del patrimonio no vuelva a coincidir con la del capital". 48 Esta última es una de las precauciones, "siempre indirectas", 49 que adopta el ordenamiento jurídico "para que no disminuya la garantía de los acreedores".50 Es tal, entonces, la única importancia que presenta, en este orden, la noción estática de capital legal fijo, lo que no importa decir que no la tenga en otras materias, intrascendentes aquí.51

En lo que hace a la definición de patrimonio social neto, que sí interesa, no hay duda en la doctrina y, como está ya expresado, "representa la diferencia que resulta de restar del activo el pasivo exigible", 52 correspondiendo a un "concepto dinámico que varía según la marcha económica de la sociedad". 53

⁴⁵ Garriques, obra citada, Tomo I, página 545.

⁴⁶ Garrigues, obra citada, Tomo I, página 545.

⁴⁷ Garrigues, obra citada, Tomo I, página 545.

⁴⁸ Garrigues, obra citada, Tomo I, página 438.

⁴⁹ Garrigues, obra citada, Tomo I, página 438.

⁵⁰ Garrigues, obra citada, Tomo I, página 438.

⁵¹ Acerca de estas otras utilidades jurídicas, Puelma, obra citada, página 291.

⁵² Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 290.

⁵³ Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 290.

4.2.3. Es usual, de otro lado, un entendimiento que no es preciso en lo que dice a la interacción de la rama legal substantiva del Derecho de Sociedades, bien civil, bien comercial, y la rama legal tributaria, en cuanto una y otra representan esferas de regulación normativa diversas entre sí, que, empero, deben entenderse e interpretarse coherentemente, en la misma medida en que integran un ordenamiento jurídico necesariamente único y sistemático, en términos tales que el operador jurídico no puede, nunca, concluir que una y otra se contradicen entre sí o que conducen a disfunciones carentes de solución armónica. No hay, además, motivo para ello y el entendimiento preciso deriva, justamente, de diferenciar los tipos de situaciones sociales o interactivas que son objeto de regulación en uno y otro orden, así como el tipo de las relaciones entre una y otra rama.

En efecto, en la práctica es común oír frases como la siguiente: "Puesto que la sociedad X no tiene utilidades no repartidas, no cabe proceder al retiro de utilidades por parte de la socia X1, entendiéndose por retiro la extracción de utilidades preexistentes y determinadas, que son las únicas que, siendo renta de la sociedad repartidora, estarían naturalmente destinadas a constituir renta para la sociedad receptora".

Un razonamiento de este clase, por una parte, esgrime un fundamento, atinente a determinación de utilidad tributable de la compañía, que no es atinente al caso, y, de otra, mezcla la esfera de Derecho de Sociedades con la de Derecho Impositivo y mezclar no es lo mismo que aplicar y entender armónicamente instituciones jurídicas de diversos órdenes.

Hay que decir, de comienzo, que la utilidad es la suma de dinero a que alcanza un resultado positivo de la gestión social,⁵⁴ esto es, se trata de una medida de valor, representativa de la integridad de las operaciones sociales,⁵⁵ cuantificadas respecto de un determinado período de la vida de la compañía. La utilidad se mide o determina siguiendo los principios de contabilidad generalmente aceptados,⁵⁶ mediante un Balance General de la sociedad, normalmente anual, que debe ser el reflejo de la situación económica de la empresa al día final del ejercicio financiero medido, indicando el estado de activos y pasivos y las cuentas de resultados y de responsabilidades. Los principios de contabilidad generalmente aceptados tienen fuente consuetudinaria, contando con desarrollo específico, en lo atinente a ciertas materias, a través de las normas técnicas diseñadas por el Colegio de Contadores o bien dictadas por los órganos estatales en el ejercicio de competencias legales específicas. Es de este modo que, desde un punto de

⁵⁴ Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 341.

⁵⁵ Artículo 2070 CC.

⁵⁶ Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 341.

vista de Derecho de Sociedades, bien civil, bien comercial, queda medida o determinada en cierta cifra la utilidad financiera de la compañía, si ésta existe. Pero no puede confundirse la medición de la "utilidad financiera" de la compañía, que es un concepto de Derecho de Sociedades, con su "utilidad tributable", que es un concepto de Derecho Tributario, inaplicable en la esfera aquélla, en virtud de las expresas disposiciones del artículo 4° del Código Tributario y del artículo 2° del Decreto Ley N° 824. Es ésta la crítica básica que formulamos a un razonamiento como el que se analiza, puesto que la carencia de "utilidades tributables" es enteramente irrelevante al caso que se analiza, esto es, a la procedencia o improcedencia del retiro en cuestión.

Acerca de la diferencia conceptual entre los conceptos anotados no hay duda en la doctrina⁵⁷ y deriva de una cuestión muy obvia. La normativa fiscal, para la determinación de la "utilidad tributable", se está, en general, mas no en todo, a los principios de contabilidad generalmente aceptados, puesto que el artículo 16 del Código Tributario previene que los contribuyentes deben ajustar su contabilidad a "prácticas contables adecuadas, que reflejen claramente el movimiento y resultado de sus negocios", prácticas que el Servicio de Impuestos Internos explica y desarrolla en sus circulares y oficios por medio de criterios que, de ese modo, se incorporan a las normas técnicas consuetudinarias.

Pero ocurre que la normativa fiscal, para la determinación de la "utilidad tributable" incorpora un conjunto de reglas obligatorias particulares, aplicables exclusivamente a la determinación impositiva, que difieren de los principios generalmente aceptados de contabilidad y tienen base en determinados propósitos económicos que persigue el legislador, que, sobre la base de su poder soberano, impone a los exclusivos efectos impositivos, y que no tienen que ver con la utilidad financiera de la compañía. Huelga decir, como corolario, que son estas particularidades las que conducen a que una determinada compañía pueda disponer de "utilidades financieras" y no de "utilidades tributables", circunstancia que conduce a que el legislador impositivo haya debido regular en el artículo 14 del Decreto Ley N° 824 el tratamiento, en su propia esfera, de los retiros realizados por los socios que "excedan el monto de las utilidades tributables", figura que se explica, precisamente, porque la "utilidad financiera", concepto de Derecho de Sociedades, puede superar la "utilidad tributable".

No se crea que esto deriva sólo de la eventualidad de las rentas no gravadas y de las rentas exentas. Recuérdese, por ejemplo, el caso de las sociedades de personas que pueden depreciar muy aceleradamente determina-

⁵⁷ Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 343.

dos bienes, generando una "utilidad financiera" susceptible de retiro conforme a la normativa de Derecho de Sociedades, que no constituye "utilidad tributable", todo ello con motivo de un propósito de política económica, perseguido por el legislador para mejorar la liquidez de determinadas empresas al comienzo de su gestión, para cuyo efecto dicta normas particulares, que difieren de los principios generalmente aceptados de contabilidad.⁵⁸

Por esta razón, entonces, hace poco sentido que, en el caso, nos preguntemos acerca de si la sociedad X dispone de "utilidades tributables" en la determinación de su Balance General, importando, tan sólo, para los efectos de Derecho Substantivo, resolver acerca de si dispone de "utilidades financieras", con arreglo a los principios generalmente aceptados de contabilidad.

5. Primera conclusión. Con lo dicho hasta aquí, puede concluirse llanamente en que se ajusta plenamente a derecho el contrato, bilateral, oneroso y conmutativo, en cuya virtud se acuerda que X1, en calidad de socia de X, con cuota de interés social de 80%, tiene el derecho a retirar de ésta el valor de M\$ 6.000, que mediante tal acuerdo deviene exigible, y en que X, para extinguir la obligación así contraída y exigible de pagarle esa cifra, le da en pago un inmueble, valorado precisamente en M\$ 6.000, que corresponde a su valor contable o de libros en X, debiendo procederse, sucesivamente, a su tradición mediante competente inscripción registral, con lo que el inmueble se trasladará desde el patrimonio de la compañía al de su socia. Evidentemente, en forma coetánea a la ejecución de este acuerdo, habrá disminuido el valor patrimonial neto de la cuota de interés social de la socia X1 en la compañía X, o, lo que es lo mismo, la entidad del pasivo no exigible que afecta a X respecto de su socia X1.

El contrato es, a no dudarlo, oneroso, configurándose plena correlatividad obligacional. Recuérdese, en añadidura, que "los títulos traslaticios de dominio... son innumerables, legalmente no tienen número cerrado y pueden revestir la forma y características que acuerden los particulares".⁵⁹

Esta conclusión deriva del simple análisis del Balance General de X, del que resulta que los activos totales de la compañía ascienden M\$ 50.000 y el pasivo total exigible a M\$ 10.000, de donde deriva que el patrimonio social neto, susceptible de retiro o reparto, 60 alcanza a M\$ 40.000, cifra que,

⁵⁸ Piénsese en la conocida polémica relativa a la pretendida obligatoriedad de constituir las sociedades mineras bajo la forma jurídica de una compañía anónima.

⁵⁹ Peñailillo, Daniel, Los Bienes, Editorial Jurídica, página 98.

⁶⁰ Según la perspectiva subjetiva de análisis.

obviamente, es idéntica al pasivo no exigible total, que se colige del calce interno de los saldos acreedores y deudores de sus diversas cuentas integrantes (capital, revalorización utilidades acumuladas, cuentas particulares y pérdidas del ejercicio).

Si se quisiere castigar la conclusión, deduciendo del patrimonio social neto, incluso, el fondo de revalorización de capital propio, calculado conforme a los principios antes expresados, 61 pese a que tal fondo no ha sido nunca capitalizado 62 y a que ha sido calculado con arreglo a criterios que exceden del simple reajuste de aportes, 63 pues se arriba a un patrimonio social neto, susceptible de retiro o reparto, de M\$ 21.000, todavía muy superior al valor objeto de acuerdo de retiro, que es sólo de M\$ 6.000. Como decía Garrigues, "todo lo que exceda del círculo de capital puede ser distribuido a los socios", de manera que la figura de retiro en cuestión no puede ser objetada en derecho.

Ahora bien, la determinación acerca de si la fuente jurídica específica del acuerdo de retiro se encuentra en la cuenta patrimonial representativa de aportes extraordinarios, transitorios o unilaterales, que cede en beneficio de los socios respectivamente aportantes, o en la cuenta patrimonial representativa de utilidades acumuladas, que cede en beneficio de los socios en la proporción de sus aportes pagados, es una cuestión interna de los

⁶¹ Por esta razón, en nuestro concepto, la exclusión de reparto de activos es inadmisible, porque la representación del fondo de revalorización corresponde a una parte del patrimonio social efectivo, que excede a la del capital legal estatutario, siendo éste el fondo fijo, artículo 2078 CC, y artículo 352 N° 4° C de C. No existe, en las sociedades de personas de responsabilidad limitada y a la inversa de las sociedades anónimas, una regla legal que imponga la capitalización automática del fondo de revalorización comprendido en el Balance General. Por ello y siguiendo además la mencionada cita de Garriques, los socios pueden retirar activos y la compañía repartírselos, en la medida que se respete la subsistencia de un patrimonio social efectivo equivalente a la cifra de capital legal fijo o estatutario. En efecto, mediante este mecanismo jurídico, simplemente se disminuye el patrimonio social neto hasta llevarlo a la equivalencia con el capital legal fijo, equivalencia que es la única que los consocios están obligados a mantener frente al ordenamiento jurídico y en protección de terceros. Esta conclusión no nos ofrece duda en cuanto al mecanismo de revalorización que implica la aplicación de las reglas de corrección monetaria de capital propio, aunque sí nos la ofrece en cuanto a la llamada revalorización técnica de activos, cuestión que debe analizarse con mayor tiempo y rigor, pero que, en el caso que se analiza, por los motivos explicados en el texto, es intrascendente. En la doctrina nacional, analiza esta materia, aunque escuetamente, Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 298, quien concluye que no pueden repartirse utilidades con cargo a esta cuenta patrimonial de revalorización de capital, puesto que no son tales, y que tampoco puede repartirse capital sobre su base, desde que éste no puede disminuirse sin previa reducción en reforma estatutaria, de modo que, dice, si de hecho se reparte, se trata de un préstamo de la compañía a sus socios, de modo que éstos quedarían obligados a reintegro, deuda que se representaría en sus cuentas particulares. No nos parece que pueda compartirse este sentir, por lo ya dicho. Adicionalmente, la última parte de la opinión del tratadista señor Puelma demuestra que no discute la juridicidad del retiro, aunque le asigna una calificación de derecho muy discutible.

⁶² Sistema que interesa al efecto, Puelma, Alvaro, Sociedades, Tomo I, página 402.

socios de la compañía y de ésta, enteramente inoponible a terceros, puesto que a éstos basta que el monto del acuerdo de retiro no afecte al círculo de capital. Lo que interesa, en Derecho de Sociedades, Civil o Comercial, es el acuerdo de los socios al respecto, sin perjuicio, por cierto, de la aplicación, exclusivamente en el ámbito impositivo de la compañía y de los socios, de las reglas de prelación de imputación de retiros, que se contemplan en el artículo 14 del Decreto Ley N° 824.

- 6. El Problema del aporte subsecuente. De otro lado, resta analizar, en derecho, la viabilidad del negocio jurídico por medio del cual X1 procederá, subsecuentemente al retiro, a aportar en dominio el mismo inmueble, a Y, compañía de responsabilidad limitada de la que también es socia X1, con una cuota de interés social de 80% (así como el propio X2, éste con cuota de interés social de 20%), transfiriendo el derecho real de propiedad desde el patrimonio de X1 al de Y, ello, por medio de un "aporte transitorio o unilateral o extraordinario", esto es, omitiéndose su capitalización, o, lo que es lo mismo, la modificación estatutaria de Y para un aumento de capital, y tratándose de un aporte que la socia X1 no está compelida a realizar; pero adquiriendo la socia aportante, correlativamente, el derecho patrimonial e individual a la restitución de la cifra correspondiente al valor de justiprecio del aporte, en el caso, ascendente a M\$ 6.000,63 derecho exigible a la disolución de la sociedad, y que, por ello, se representa en una cuenta de pasivo no exigible para la compañía. Aunque pueda más tarde, por ende, acordarse entre la compañía y el socio en cuestión, cumpliéndose las condiciones técnicas antes reseñadas, el retiro por ese valor u otro antes de esa disolución, en la medida que no se haya capitalizado antes la cuenta. En todo caso, el socio, después del aporte en dominio, mantiene derecho al valor de aporte y no al bien aportado, como es obvio, desde que ninguna cuenta patrimonial puede identificarse con un bien específico del activo. La figura habrá de seguirse de la correspondiente inscripción registral, para perfeccionar la tradición legal del dominio. La materia se relaciona indisolublemente con la ya tratada.
- 7. Aclaración de confusión conceptual. Quede dicho, de comienzo, para despejar eventuales confusiones, que no se trata de una "reinversión de utilidades" en cuanto título traslaticio de dominio. En efecto, la "reinversión de utilidades" es una institución de Derecho Impositivo, cuyos supuestos de hecho y de derecho previene el artículo 14 del Decreto Ley N° 824, de la que se deriva, para un contribuyente gravado por el Impuesto Global

⁶³ En la medida que la figura analizada supone un justiprecio equivalente al valor de libros del bien aportado, que puede diferir de su valor comercial, es importante recordar que la lesión enorme es, en Chile, una institución de derecho estricto, sin que exista regla legal que la torne aplicable a la "puesta en común" o "aporte".

Complementario, la consecuencia jurídica de postergación de tributación que dispone el propio precepto legal. Siendo X1 una persona jurídica, que no se haya afecta al Impuesto Global Complementario, ⁶⁴ la institución jurídico impositiva dilatoria, a que se acaba de aludir, no tiene aplicación alguna, de suerte que ningún razonamiento a este respecto es atinente al caso. A lo más, desde un punto de vista económico, puede estarse en presencia de una "reinversión" y ésta puede serlo de "utilidades", sean ellas "tributables" o "financieras", o bien provenir de otra extracción lícita, previa, de un valor patrimonial, desde determinada compañía, y de todo ello podrán derivarse algunas consecuencias jurídicas interpretativas, para diversos fines, que no es del caso profundizar aquí, ⁶⁵ pero que justifican que esta finalidad pueda ser expresamente aludida en los actos jurídicos correspondientes.

Pero, a todo evento, como la figura no es propiamente la descrita en el artículo 14 del Decreto Ley N° 824, entonces no tiene sentido buscar aquí el sostén legal de un presunto "contrato de reinversión", éste en cuanto título traslaticio de dominio de carácter típico o nominado. Ese intento, de otro lado, carecería de toda utilidad a los fines buscados, desde que, como antes se dijo, los títulos traslaticios de dominio pueden ser innominados, creados por las partes, bastando con que el negocio jurídico respectivo cumpla con los requisitos generales que la ley impone en el Derecho Común, así como con que de ellos resulte para una de las partes la obligación de dar el dominio del bien que se quiere transferir, la que haya de extinguirse por medio de la tradición de éste.

Incluso si se estuviere en el caso de un socio que sea persona natural y esté gravado por el Impuesto Global Complementario, tampoco tiene sentido buscar asilo al título de traslación dominical en un "contrato de reinversión", presuntamente admitido por el sobrecitado artículo 14 de la normativa mencionada, puesto que el mismo precepto dispone claramente que la reinversión allí tratada culmina en "aportes a sociedades de personas", con lo que es obvio que el legislador fiscal sólo acoge o recepciona, en su propia rama y dinámica, el "aporte", que es una figura jurídica que recibe desde el Derecho de Sociedades.

8. Aporte y capital. Así entendido, el análisis de los elementos del problema planteado reconduce, en realidad, a una interrogante muy precisa: ¿puede un socio de una sociedad de personas "aportar" un bien a ésta (sea dinero u otras especies, como un inmueble), en dominio, durante la vida de la compañía, sin que el valor acordado para el aporte quede incor-

⁶⁴ Artículos 14 y 52, Decreto Ley Nº 824.

⁶⁵ Por ejemplo, dependiendo de la situación específica, puede tratarse de actos jurídicos conexos.

porado a la cifra de capital legal fijo o estatutario, 66 y, por lo mismo, sin aumentar este último, y, ergo, sin modificar al efecto el estatuto social, adquiriendo, en contraprestación, un crédito no exigible contra la compañía antes de la disolución o de acuerdo social anticipado a ésta, representado en una cuenta que es de patrimonio, aunque no de capital? Es tal, en realidad, el título traslaticio propuesto. O, por contra, ¿el aporte en dominio a una sociedad de personas es un negocio jurídico que la ley asocia con exclusividad a la constitución de la compañía, o al aumento de su capital, comprendido éste en una modificación societaria?

- **9.** Anuncio de conclusión positiva. La conclusión negativa no sólo se aleja del rigor jurídico y carece de sustento normativo concreto, sino que, adicionalmente, no es compatible con el funcionamiento normal de las sociedades de personas, las que, así entendido, no podrían operar en la dinámica negocial y entrarían en frecuentes insolvencias, artificiosas, de consecuencias perniciosas para el bien común, que preside jurídicamente a la sociedad entera y al Estado de Derecho en que se organiza para la interacción social, ⁶⁷ todo ello como se pasa a explicar.
- **10.** La puesta en común. Las sociedades de personas se constituyen por los socios⁶⁸ con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan del desarrollo, sucesivo, por lapso prefijado o no,⁶⁹ en determinado ramo de actividad o en la ejecución de cierto negocio específico, una u otro necesariamente lícitos.

La compañía así creada forma una persona jurídica, autónoma y diversa de los socios. To Estos últimos deben "poner en común", To es decir, en el patrimonio de la compañía creada, una o más cosas, y es este acto, la "puesta en común", el título traslaticio de dominio que justifica la traslación del bien en cuestión desde el patrimonio del socio al patrimonio de la compañía, dotada ésta de personalidad jurídica autónoma y de patrimonio propio. A este acto y título de "puesta en común" o "puesta en sociedad", la ley lo denomina, también, "aporte".

⁶⁶ Instituto al que se refieren los artículos 2078 CC, y 352 N° 4° C. de C.

⁶⁷ Artículo 1° CPE, Bases de la Institucionalidad.

⁶⁸ Artículo 2053 CC.

⁶⁹ Artículo 2065 CC.

⁷⁰ Artículo 2053 CC.

⁷¹ Por ejemplo, artículos 2053 y 2055 CC.

⁷² Siempre el socio aporta el dominio de un bien, o bien compromete tal aporte. Si el aporte es "en dominio", se aporta la propiedad plena. En cambio, si el aporte es del usufructo, se aporta la propiedad sobre este último derecho real. Véase Guzmán, Alejandro, Las Cosas Incorporales, Editorial Jurídica, página 245. Sólo en el primer caso, la propiedad sobre el derecho real se confunde con la propiedad de la cosa en que incide.

⁷³ Artículo 2082 CC.

Las cosas puestas en común deben ser "valoradas", como se colige de la circunstancia que la ley aluda a "los valores que cada socio ha puesto en el fondo social", ⁷⁴ cuantificación que, obviamente, sólo es innecesaria si se ha aportado dinero, porque a través de la moneda en que éste se mide se cuantifica el valor.

El socio tiene derecho a estos "valores" y no a los "bienes valorados", puesto que el derecho del socio, como está antes explicado, no se identifica con ningún bien específico del haber social. La cara inversa de ese "derecho a un valor" está constituida, desde el punto de vista de la compañía, por un pasivo que no le es exigible, en la medida que el socio, por regla general, no tiene derecho a retirarlo durante la vida de la compañía, sino a su disolución.

La suma de estos "valores", introducidos por los socios, en el acto constitutivo de la compañía o en su modificación estatutaria, constituye el "fondo social" o "capital fijo de la compañía", que corresponde tan sólo, como se desarrolló antes, a una "cifra", es decir, a "una línea cerrada o círculo ideal trazado en el activo de la sociedad, que no acota bienes determinados". Esta cifra es, como se dijo, "fija", porque así lo previene la ley, de modo que no puede aumentarse, ni disminuirse, si no media una modificación del contrato de sociedad y de su estatuto.

Expuestas así estas reglas legales y los conceptos que de allí se derivan, la cuestión se reduce a resolver acerca de si los "aportes" pueden comprometerse o efectuarse, exclusiva y necesariamente, con motivo de la creación de la compañía y consecuente definición de la "cifra de capital fijo", quedando representado el valor de aquéllos contra el valor de este último, esto es, en cuentas patrimoniales de "capital", o, por el contrario, si dichos "aportes" pueden comprometerse o efectuarse durante la vida de la sociedad, sin que tenga lugar un aumento del "capital legal fijo" y, por ende, representándose su valor en cuentas patrimoniales que, siendo tales, no integran el "capital fijo", pudiendo, por ende, ser objeto de retiro antes de la disolución de la compañía y sin reducción de dicho "capital fijo", porque lo exceden.

11. Procedencia del aporte extraordinario. La tesis amplia, en nuestro concepto, no es dudosa, por las siguientes razones:

⁷⁴ Artículo 2068 CC.

⁷⁵ Salvo, por ejemplo, el caso de derecho a retiro anticipado o de exclusión de socio.

⁷⁶ Artículo 2068 CC.

⁷⁷ Artículo 2078 CC.

11.1. Debiendo recordarse que nos encontramos en el ámbito del Derecho Privado, en que son lícitos todos aquellos negocios cuya ejecución no es prohibida por la ley, debe añadirse que es categórico que ésta no define el acto y título de "aporte" con circunscripción necesaria al instante de constitución de la compañía o de aumento de su "capital fijo", sino que simplemente se sirve de ese concepto con ocasión de la regulación normativa de la creación de la sociedad de personas y la constitución de su fondo social, que es cuestión muy diversa.

Recuérdese que la ley distingue los conceptos de "capital fijo", a que alude el CC, artículo 2078, y de "capital", que menciona el C. de C., artículo 352 N° 4°, por un lado, del de "aporte", por el otro, los que, teniendo relación, no están confundidos indisolublemente entre sí. En efecto, el "capital fijo" del CC y el "capital" del C. de C., es una cifra, cuyo valor es equivalente a la suma de los valores de los aportes introducidos por los socios de la compañía, esto con ocasión del acto constitutivo.

Lo que se viene diciendo resulta claro si se examina con cuidado, por ejemplo, la regla del artículo 352 N° 4° del C. de C., de la que se colige que es estipulación del estatuto social la de la cifra de capital que introduce cada uno de los socios; seguidamente, la norma ordena indicar "el valor" de los aportes de bienes, o bien expresar reglas para dicha "valoración", lo cual es perfectamente lógico, desde que el capital legal fijo es una "cifra" que se obtiene de la suma de los "valores" de los aportes pactados en el acto constitutivo de la compañía.

En síntesis, entonces, "capital" y "aportes" son conceptos jurídicos que pueden encontrarse relacionados entre sí, en cuanto los segundos hayan sido pactados en el acto de formación de la sociedad, porque la suma de los valores de tales aportes forma la cifra fija de capital, pero la ley no establece entre tales instituciones jurídicas una relación que identifique necesariamente el acto de "aporte" con el de constitución de la sociedad.

11.2. Relativamente a esto mismo, no puede olvidarse, a efectos hermenéuticos, que el legislador se preocupa dinámicamente de la eficacia y utilidad del instrumento societario, en función del bien de los socios y de los terceros relacionados con éste, y, por ello, en el artículo 2087 CC, frecuentemente olvidado, tomado por Bello del Código Austríaco, 78 trata de la situación en que durante la vida societaria tiene lugar una "mutación de circunstancias", de que se derive que "no pudiere obtenerse el objeto de la sociedad sin aumentar los aportes". En tal evento, la compañía debe,

⁷⁸ Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Editorial Jurídica, 1997, página 340.

forzosamente, para no tornarse inviable, aumentar su patrimonio social neto, esto es, su relación entre activos y pasivos, por medio de nuevos aportes, que no se hayan comprometidos en el estatuto vigente a ese momento de la vida societaria.

Para interpretar esta regla legal, debe situársela en su contexto de realidad, que consiste en una compañía en pleno desarrollo, que, en un cierto instante de su vida, enfrenta necesidades económicas que no puede satisfacer con cargo a la situación patrimonial neta a la que, por la razón que fuere, ha arribado. Puestas así las cosas, la compañía necesita recursos, que no puede obtener ni del capital introducido por los socios en el acto constitutivo, ni por otras vías. La ley concibe, en tal evento, la figura del "aumento de los aportes", regulándola en términos tales que uno de los socios puede consentir en él y otro u otros negarlo, en cuyo caso estos últimos pueden permanecer en la compañía, si el primer socio lo acepta, o bien ser obligados a retirarse de la sociedad, si el primer socio, que sí accedió al aumento de aporte, lo exige.

Tenemos, así, en un desarrollo normal, varios momentos, que se suceden cronológicamente. Primero, la constatación por la administración social de la mutación de circunstancias y necesidad de aumentos de aportes por cierto monto. Segundo, el consentimiento de los socios en aumentar sus aportes, o bien, la negativa. Tercero, el aumento de los aportes por parte de los socios que hayan consentido en ello. Y, cuarto, la decisión acerca de la subsistencia de socios, que podrá consistir, bien en la mantención de los mismos socios originarios, si quienes aumentaron así lo aceptan, o bien en el retiro imperativo del socio que no aumentó, 79 si los demás lo exigen, en cuyo caso tendrá lugar una modificación del estatuto social.

Como es evidente, con ocasión de cada uno de estos momentos, podrán suscitarse situaciones litigiosas entre los socios, y, así, por ejemplo, tras el momento tercero, el socio que se negó puede discutir el momento primero y sostener que no tiene el deber de retiro que le exige el socio que aumentó su aporte; entre muchos otros conflictos que uno puede imaginar. Cada uno de estos litigios, de darse, deben ser decididos por el órgano jurisdiccional competente, tras la secuela de un procedimiento judicial que puede tardar, incluso, muchos años. Decimos esto, para formular la siguiente pregunta de interpretación de la norma legal del artículo 2087 CC: ¿puede sostenerse razonablemente que al aumento efectivo de los aportes puede procederse tan sólo después de una modificación del esta-

⁷⁹ El socio que se retira de la compañía, al perfeccionarse el acto, adquiere el derecho al reintegro del valor patrimonial de su porción de interés, según cálculo contable de patrimonio social neto, en la medida que de la contabilidad se derive un valor patrimonial positivo.

tuto social que eleve el capital fijo, sea ésta acordada pacíficamente por los socios, o sea ella resuelta por el órgano jurisdiccional que decida y ordene ejecutar el retiro del socio que no acceda al aumento, esto último tras años de litigio? A nosotros nos parece que, analizada la regla legal sobre la base de un contexto de realidad negocial dinámica, no puede haber ninguna duda acerca de la plena procedencia jurídica de la secuencia cronológica de cuatro momentos que hemos descrito antes, esto es, que el socio que accede al aumento de aportes puede efectuarlos desde ya, sin que necesariamente concurra la modificación del estatuto social que eleve el capital fijo, sea que ésta encuentre su fuente en un acuerdo de voluntades que los socios pueden adoptar cuando estimen conveniente o bien en una decisión judicial que puede alcanzarse después de años de juicios. Y de esta respuesta se deriva que los socios perfectamente pueden aumentar sus aportes a la compañía, durante la vida societaria, sin que necesariamente esos aportes traigan causa en la estipulación de capital legal fijo.

Todo esto, porque si se entendiere en contrario sentido, entonces la respuesta interpretativa carecería de racionalidad, desde que la norma legal del artículo 2087 CC no tendría utilidad alguna, en la medida que, durante el o los litigios que pudieren generarse, la compañía habría de caer en falencia cierta. La vida negocial de la sociedad no puede esperar una respuesta que tarde años. Una interpretación como la que aquí se controvierte sería, en último término, incompatible con el bien común que preside el Estado de Derecho, desde que la inviabilidad de una compañía perjudica no sólo a los socios, sino, además, a los terceros que con ella se relacionan.

11.3. Si es éste el propósito que inspira al legislador, ¿cómo puede sostenerse la juridicidad de la conclusión que sujeta necesariamente la obtención por la compañía de nuevos bienes (dinero u otras especies) de manos de sus socios al aumento del capital fijo de la compañía, consentido necesariamente en una modificación estatutaria por todos los consocios, si precisamente el artículo 2087 CC se pone en el caso de negativa, la que no puede perjudicar a la compañía? ¿Qué obliga al socio a proporcionar recursos, por valores de restitución en principio no exigibles sino a la disolución, necesariamente por la vía de aumentar ese capital fijo, modificándose el estatuto social? ¿Qué razón jurídica lleva a prohibir al socio y la sociedad consentir en un acuerdo de voluntades que aumenta el patrimonio neto de la compañía y permite la viabilidad de su objeto, aunque no incrementa el capital fijo? ¿O la sociedad y el socio están obligados a consentir en préstamos de dinero (si se inyecta dinero) o en compraventas (si se inyectan bienes valorados), constitutivos para la compañía de pasivos exigibles, esto es, en que los socios inyectan recursos como terceros y no en su calidad de socios? ¿No es esta última idea contraria al deber jurídico del socio de proporcionar recursos a la sociedad que necesita incrementar su patrimonio neto para la viabilidad de su giro, con causa en una "mutación de circunstancias" cuya concurrencia compete a la apreciación de los consocios o al órgano jurisdiccional en defecto?

11.4. La figura jurídica del "aporte unilateral, extraordinario o transitorio" dispone de raigambre en la doctrina clásica del Derecho Civil.

Así, el tratadista argentino Guillermo Borda, 80 tratando de la institución de esta "mutación de circunstancias", que Bello,81 en Chile, tomó del Código Austríaco e incorporó desde el Proyecto Inédito publicado en sus Obras Completas, recurre a la docta obra de Enneccerus y Lehmann, 82 para aludir expresamente a los "nuevos aportes hechos unilateralmente por uno o más socios", esto es, sin que haya tenido lugar la previa modificación del estatuto societario, cuya juridicidad no se discute, y expresar, en cuanto a sus consecuencias jurídicas en distribución de resultados, que aquéllos "no obligan a los restantes consocios, quienes conservan incólume su derecho a participar en las ganancias sociales en la proporción establecida en el contrato", solución que es perfectamente lógica, porque los tales aportes no quedan incorporados al capital legal fijo, en tanto no medie una modificación estatutaria, sea ésta acordada pacíficamente por los socios, o bien dispuesta por una decisión judicial del órgano de jurisdicción competente. Hay aquí una razón más de abono a la tesis amplia, porque, por tal motivo, el aporte unilateral, extraordinario o transitorio, no perjudica en modo alguno a los demás socios, beneficiando a éstos, a la compañía y a los terceros.

11.5. También la doctrina nacional se refiere a esta materia, aunque ello sea sin el rigor técnico que ella exige en la expresión. Así, Puelma, 83 en el numeral 250, trata de las "cantidades que 'facilitan' los socios a la sociedad, a más de los aportes", expresando que "es común que los socios 'faciliten' a la sociedad mayores cantidades que aquella correspondiente a los aportes a que están obligados, sea en forma directa, ingresando recursos a las arcas sociales, o indirecta, pagando gastos o deudas sociales", sin discutir la juridicidad del suministro de nuevos recursos y distinguiendo diversas hipótesis, una de las cuales es el libre pacto entre la sociedad y el socio, que son las partes de tal acto jurídico.84

⁸⁰ Tratado de Derecho Civil, Contratos, Tomo II, Séptima Edición, Editorial Perrot, página 209.

⁸¹ Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Editorial Jurídica, 1997, página 340.

⁸² Nota N° 2270.

⁸³ Sociedades, Tomo I, página 305.

⁸⁴ Véase la letra c).

11.6. Es de interés acotar que el artículo 413 N° 4° del C. de C., aplicable a las sociedades comerciales, así como a las civiles que se rigen por sus normas,⁸⁵ dispone que "el liquidador estará obligado... a liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con cada uno de los socios...".

Debe advertirse que el legislador se refiere a liquidación de "las cuentas" entre una y otros, genéricamente, sin acotar la regla a cuentas de capital o de distribución de resultados, y admitiendo, por ende, la eventualidad de existencia de otras de ellas, generadas entre socios y compañía en el carácter de tales de los primeros, lo cual deriva de la viabilidad de existencia jurídica de estas últimas, así como de la realidad económica, que el operador jurídico no puede ignorar.

No hay razón para no aplicar este mismo principio a las sociedades que se rigen por las normas civiles, sobre la base del artículo 2115 del CC y de las reglas a que éste remite para la división del "caudal social", concepto que es diverso del de "capital fijo" de que trataba del artículo 2078 del mismo cuerpo legal y que corresponde, el primero, al "patrimonio social", ya tratado. El legislador es cuidadoso en el uso de los términos, distinguiendo entre "capital fijo" y "caudal social".

11.7. Estando los aportes unilaterales exigidos por la dinámica propia de los negocios, la que, por otro lado, debe ser facilitada y no bloqueada por el ordenamiento jurídico, que persigue el bien común, son ellos de cotidiana ocurrencia, de modo que han debido ser recogidos, desarrollados y tratados por los principios de contabilidad generalmente aceptados, siempre conformándose a las normas y directrices que hemos tratado aquí.

Así, por ejemplo:

11.7.1. La Circular N° 133/77, de 11 de octubre de 1977, del Servicio de Impuestos Internos, en su versión actualizada, desarrolla el tratamiento, a efectos de Balance General, de las cuentas contables que conciernen a las obligaciones que afectan a la sociedad de personas, ésta como deudora, respecto de los socios, éstos como acreedores, distinguiendo, de una parte, las cuentas patrimoniales, que integran el pasivo no exigible de la compañía, de las cuentas comerciales, que forman parte de su pasivo exigible.

En lo que hace a las cuentas llamadas comerciales,86 éstas tienen lugar respecto de las operaciones que vinculan a la persona del socio con su

⁸⁵ Artículo 2060 CC.

⁸⁶ No debe atribuirse a este vocablo una significación vinculada a sociedades comerciales o a negocios de comercio, desde que se está tratando de técnicas contables.

compañía, sin haber obrado aquél en su carácter jurídico de tal, como si ha vendido un bien a la sociedad o le ha dado un préstamo; ello justifica su integración al pasivo exigible de la sociedad, desde que la obligación respectiva deviene exigible en la oportunidad que jurídicamente corresponda, conforme a las reglas generales, tal como si la compañía hubiere contratado con un tercero, puesto que no hay, en tal caso, singularidades especiales. El saldo acreedor de esta cuenta, por lo mismo, es uno más de los rubros de pasivo exigible, así como el saldo deudor de la misma configura un activo. Recuérdese que el total del pasivo exigible debe deducirse del total de los activos, para arribar a la determinación del patrimonio social neto. Por lo mismo, no se trata de una cuenta patrimonial.

Diversa es la situación de la cuenta llamada "personal o particular del socio de sociedad de personas", puesto que, en este evento, su saldo acreedor representa para la sociedad un pasivo no exigible, así como su saldo deudor debe deducirse del total de los activos, tratándose, así, de una cuenta patrimonial de la compañía, representativas de los derechos de los socios respecto de ésta, por valores que no son exigibles durante la vida societaria, salvo acuerdo expreso de anticipación de reparto o retiro, cuya ejecución redunda en la diminución del patrimonio social neto, aunque no necesariamente de capital.⁸⁷

Pues bien, en el caso que un socio haya efectuado una entrega extraordinaria a la sociedad, con abono a su cuenta personal, es decir, un aporte de recursos económicos (no un simple préstamo), en exceso de su aporte comprometido con motivo de la constitución de la compañía o del aumento de su capital en una modificación estatutaria, el referido aporte tiene el tratamiento que hemos reseñado en esta sección, aplicación de técnica contable que es perfectamente lógica, porque, con arreglo a los principios desarrollados antes, tales aportes unilaterales o extraordinarios implican una transferencia de dominio, desde el patrimonio del socio al de la compañía, elevando la entidad de este último, circunstancia que se explica, precisa y únicamente, en razón de la traslación dominical; aunque no se aumente el capital legal fijo de la compañía desde el punto de vista del Derecho de Sociedades. 88

11.7.2. Conforme a similares fuentes de técnicas contables, los comentarios al artículo 41 del Decreto Ley N° 824, desarrollando los mismos principios, previenen que en la misma cuenta "personal o particular del socio

⁸⁷ El capital disminuirá, si el valor de la concreción afecta a la línea de la cifra de capital, tal como hemos expresado antes.

⁸⁸ El concepto de capital legal fijo de la sociedad nunca debe confundirse con los de capital efectivo y de capital propio que desarrolla la legislación tributaria.

de una sociedad de personas" deben registrarse, de una parte, los "aportes transitorios", esto es, los que no derivan de un aporte comprometido, desde que estos últimos mueven la cuenta patrimonial de "capital" y no la cuenta, también patrimonial, llamada "personal o particular del socio", y, de otra parte, correlativamente, los retiros, pudiendo, el saldo de esta cuenta, ser deudor, si son mayores los retiros que los aportes, o acreedor, si son mayores los aportes que los retiros. Evidentemente, los aquí llamados "aportes transitorios" son los mismos aportes "extraordinarios" o "unilaterales", que se vienen explicando. El vocablo "transitorio", que usa la técnica contable, se justifica plenamente, en la medida que tales aportes no integran el capital "fijo" del estatuto, y, por lo mismo, enfrentan el evento de reintegro de valor, en tanto no medie capitalización de la cuenta.

11.7.3. Al analizar las circulares del órgano impositivo nacional, así como los comentarios de sus fiscalizadores, debe tenerse en cuenta que ellos no inciden en normas tributarias especiales, sino en el tratamiento contable de las normas societarias comunes, desde que los aportes "transitorios", "extraordinarios" o "unilaterales", no tienen fuente legal en una regla legal impositiva particular modificatoria del marco societario común, puesto que ella no existe en el ordenamiento jurídico tributario.

12. El artículo 41 del Decreto Ley N° 824. Recordando que, a propósito de esta materia, el legislador fiscal simplemente recepciona y trata una figura jurídica de Derecho de Sociedades, el "aporte", es interesante recapitular acerca de la regla legal del inciso antepenúltimo del artículo 41 del Decreto Ley N° 824, que, impropiamente ubicada, concierne a la determinación de la renta proveniente de "la enajenación de derechos de sociedades de personas", expresando que, a este efecto, debe, antes que nada, restarse al precio de enajenación "el valor de libros de los citados derechos según el último balance anual practicado por la empresa". En cuanto a esto, es interesante rescatar que el legislador recurre al concepto del valor de la porción de interés social y lo busca en todas las cuentas patrimoniales de la empresa, emplazadas, como está dicho antes, en el pasivo no exigible, que incluye, entre otras, la estimación de la cuenta personal o particular del socio; es por algo y no por nada que la ley no circunscribe el análisis a las cuentas de capital legal fijo y utilidades, incluyendo todas las demás que puedan existir en el pasivo no exigible de la empresa bajo examen. Seguidamente, la misma regla legal agrega que el valor de libros debe "incrementarse y/o disminuirse" con los "aportes, retiros o disminu-

⁸⁹ Véanse los comentarios al artículo 41 del Decreto Ley N° 824 en el *Manual de Consultas Tributarias*, editado por la Asociación de Fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos.

ciones de capital ocurridos entre la fecha del último balance y la fecha de la enajenación", de lo que debe rescatarse que la ley no se limita a la consideración de aquellos aportes constitutivos de aumento de capital fijo, sino que toma en cuenta todos los aportes, sea que éstos hayan derivado en una elevación del capital fijo, o que no se hayan capitalizado; todo lo cual es perfectamente lógico, porque el socio que enajena su porción de interés en la sociedad queda desprendido, a favor del nuevo socio, de toda ella y ésta incluye los aportes extraordinarios, unilaterales o transitorios, de modo que no pueden ser desconsiderados, en una solución equitativa. Pero, a todo evento, la norma legal reconoce la existencia de una y otra clase de aportes y recuérdese que, como antes se reseñó, no es posible interpretar una regla de Derecho Tributario en contrariedad al Derecho Civil o Comercial, desde que el ordenamiento jurídico es único, sistemático e indivisible.

13. Segunda conclusión. Tratado así el problema, no puede discutirse la juridicidad del negocio jurídico y título traslaticio de dominio que se propone, aunque deba cuidarse de la redacción adecuada de su clausulado, adaptándolo a los conceptos de Derecho Societario aquí expuestos, sin perjuicio de las referencias a tratamientos tributarios que sean del caso, cuyas consecuencias no inciden en la regulación de la figura a la luz del Derecho Substantivo de Sociedades.

La enseñanza del derecho informático en Chile. Apuntes para una propuesta.

Raúl F. Campusano

Master en Derecho, Leiden University
Master of Arts, Notre Dame University
Profesor de Derecho Internacional Público
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

Recientemente, en el contexto de un curso sobre "Tópicos Esenciales del Derecho Informático", un alumno, Ministro de Corte de Apelaciones, señaló que el derecho informático se había convertido ya en una realidad del diario quehacer jurídico y que esa asignatura debía ser agregada en los programas de estudios de las escuelas de derecho y de la Academia Judicial.¹

Por otra parte, todo parece indicar que los acelerados cambios de la sociedad contemporánea en prácticamente todos los campos del quehacer humano presentan nuevos desafíos respecto de los cuales a veces el derecho en su praxis tradicional parece quedar perplejo.

Cómo no traer a colación en forma inmediata los nuevos dilemas jurídicos que los avances en bioingeniería, genética, física, telecomunicaciones, sistemas de información y muchos otros presentan a diario a los que ejercen el derecho.²

¹ El curso fue desarrollado por un consorcio ad hoc en el que participaron los profesores Gonzalo Sánchez, Gabriela Paiva, Diego Carrasco, Patricio de la Barra y el autor de este artículo. Además, se contó con la participación como charlistas de los señores Guillermo Carey, Jorge Mahú, Christian Ernst y Luis Arancibia. Se inserta dentro del Programa de Perfeccionamiento de la Academia Judicial para miembros del Escalafón Primario del Poder Judicial y tuvo como asistentes a ministros de corte, jueces, relatores y secretarios de tribunal.

² Por ejemplo, el Juez de la Corte Constitucional de Italia y profesor de Derecho Penal, Giovanni María Flick, ha señalado que "es fácil intuir cómo el comercio electrónico y la new economy proponen, a veces en forma dramática, el problema de la protección de datos personales, frente a las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información. Ambas, por lo tanto, son hoy un instrumento esencial del comercio, pero son al mismo tiempo una parte fundamental de ello". Flick, Giovanni Maria. "Globalización y Derechos Humanos". En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público: Los Cambios Constitucionales del Siglo XXI y el Futuro de la Constitución en el Siglo XXI. Volumen 63, Tomo I. Santiago, 2001.

En el contexto señalado, Pablo Rodríguez ha señalado que "no cabe duda que el mundo ha experimentado en las últimas décadas transformaciones y reformas muy profundas. No es exagerado decir que el abogado ha visto modificada la casi totalidad de las disposiciones legales que, en su oportunidad, sirvieron de fundamento a su formación jurídica". Por su parte, Rodrigo Aros señala que "los avances tecnológicos en la última mitad del siglo XX y principios del actual milenio, deparan para la humanidad una realidad sociológica, jurídica, filosófica, etcétera, de carácter insospechado, que ha generado profundas interrogantes que en muchas ocasiones serán resueltas, y en otras los vacíos persistirán, debiéndose buscar la forma idónea que permita hacer frente a estas interrogantes". 4

De esta forma, aparecen nuevos desafíos para la ciencia del derecho, los que deben ser enfrentados desde ya. En efecto, "en la era tecnológica surge una serie de conflictos del todo absolutamente ajenos a los que hemos conocido hasta el día de hoy, ninguno de los cuales encuentra solución en las normas legisladas". Solaramente, hay espacios del derecho que no parecen adaptados para hacer frente a los desafíos mencionados. Más aún, la "principal barrera del derecho en la hora actual es su incapacidad para marchar a la misma velocidad que las transformaciones que sufre la sociedad, especialmente como resultado de los cambios y las innovaciones tecnológicas". Solaramente como resultado de los cambios y las innovaciones tecnológicas".

En el contexto de lo señalado, aparece como adecuado reflexionar sobre la conveniencia y necesidad de integrar a la enseñanza del derecho la informática jurídica desde la perspectiva de una metodología docente que dé cuenta de las especificidades de esta disciplina. En efecto, como lo ha señalado Bruno Caprile, "la metodología de la enseñanza debe ser una preocupación permanente de todo educador".8

³ Rodríguez, Pablo. "Renovación de los Estudios de Derecho". En *Actualidad Jurídica*. Año 1, número 2, Universidad del Desarrollo, Santiago-Concepción. Julio 2000. Página 117.

⁴ Aros, Rodrigo. "Comercio Electrónico. Algunas Reflexiones sobre su Implicancia Constitucional (Nombres de Dominio)". En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público: Los Cambios Constitucionales del Siglo XX y el Futuro de la Constitución en el Siglo XXI. Volumen 63, Tomo I. Santiago, 2001.

⁵ Rodríguez, Pablo. "Renovación de los Estudios de Derecho". En *Actualidad Jurídica*. Año 1, número 2, Universidad del Desarrollo, Santiago-Concepción. Julio 2000. Página 118.

⁶ Por ejemplo, ver Biegel, Stuart. *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*. MIT Press, octubre 2001.

⁷ Rodríguez, Pablo. "Renovación de los Estudios de Derecho". En *Actualidad Jurídica*. Año 1, número 2, Universidad del Desarrollo, Santiago-Concepción. Julio 2000. Página 118.

⁸ Caprile, Bruno. "La Enseñanza del Derecho: ¿Clase magistral o Método Activo?" En *Actualidad Jurídica*. Año 1, número 2, Universidad del Desarrollo, Santiago-Concepción. Julio 2000. Página 127.

2. Finalidad de la enseñanza del derecho informático

La primera materia que debiera ser dilucidada es si el derecho informático presenta una nueva esfera del derecho, con sus instituciones, principios, naturaleza y metodología. Una primera aproximación, considerando lo específico y novedoso de su quehacer, podría inclinarnos a creer que efectivamente se trataría de una nueva esfera del derecho, de la misma forma que la nueva economía fue considerada como esencialmente distinta de la economía tradicional. Sin embargo, ya es claro que en ambos casos se trata de manifestaciones novedosas de sus realidades históricas. En efecto, los principios e instituciones en que se construye el derecho informático son aquellos generales del derecho.9

A modo de ejemplo, se pueden observar las situaciones novedosas que se producen a propósito del comercio electrónico y cómo ellas empujan al derecho a su tensión y necesidad de revisión y reelaboración. En efecto, se ha señalado que "las realidades derivadas del comercio electrónico han generado quiebres en la clásica enseñanza del derecho, trátase de fenómenos que contradicen incluso ciertas realidades jurídicas". ¹⁰

También es importante señalar que, desde una perspectiva de la metodología de la educación, la enseñanza del derecho informático tiene características peculiares que deben ser consideradas. En efecto, sin perjuicio de lo adecuado (o inadecuado) de las clases tradicionales del derecho, todo parece indicar la necesidad de adicionar los siguientes elementos:

- Computador y conexión a Internet que familiarice al alumno con la temática tecnológica y sus aplicaciones.
- Utilización cotidiana de herramientas multimedia (películas, presentaciones, sonido, imágenes).
- Presentaciones de personas que trabajan en las materias objeto del estudio.

⁹ Por ejemplo, ver Susskind, Richard: *Transforming the Law: Essays on Technology, Justice and the Legal Marketplace*. Oxford University Press, marzo 2001.

¹⁰ Rodrigo Aros señala que éste sería el caso de la formación del consentimiento, en donde su enseñanza histórica, que se gesta a partir de la manifestación de la voluntad y de la escrituración contractual de ella, se estaría viendo modificada como consecuencia de una manifestación de voluntad que se desarrolla por vía electrónica, a través de una red de ordenadores numéricos, lo cuál ha generado interrogantes que el derecho puede y debe reglamentar. Aros, Rodrigo. "Comercio Electrónico. Algunas Reflexiones sobre su Implicancia Constitucional (Nombres de Dominio)", en *Revista de Derecho Público*. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público: *Los Cambios Constitucionales del Siglo XX y el Futuro de la Constitución en el Siglo XXI*. Volumen 63, Tomo I. Santiago, 2001.

3. Contenidos

En los párrafos que siguen se propone un ejercicio preliminar (y no acabado) de temario de un curso tipo de derecho informático.

3.1. Introducción temática

El curso debiera idealmente comenzar con una presentación de las características de los sistemas informáticos. Luego, debiera hacerse una explicación de las temáticas informática, telecomunicaciones y telemática.¹¹ También sobre la distinción entre hardware y software.¹²

Esta parte debe contener una visión sistémica del derecho informático que abarque: concepto, características, fuentes y objetos de estudio.

También debe intentarse un esfuerzo de delimitación de la materia pertinente. Por ejemplo, Viega señala que es necesario precisar el alcance de la expresión informática jurídica, ya que podemos hablar de la misma en dos sentidos:

- amplio: la informática jurídica abarca a la informática jurídica propiamente dicha y al derecho informático. Con la expresión informática jurídica nos estamos refiriendo a todas las relaciones posibles entre la informática y el derecho.
- restringido: la forma en que la informática como ciencia se relaciona con el derecho y le sirve al derecho tanto desde el punto de vista documental como en orden a la gestión y a la decisión.¹³

3.2. Régimen jurídico chileno de la Internet

En este capítulo del curso debiera enseñarse legislación nacional e internacional aplicable en Chile (primeramente, derecho constitucional), reglamentación privada y jurisprudencia administrativa. De la misma forma, también debiera enseñarse un análisis de la Ley 19.628 y elementos de juicio sobre protección jurídica de los datos personales o nominativos. Finalmente, también debieran analizarse cuestiones doctrinarias relevantes y derecho comparado.

¹¹ Ver, por ejemplo, Campusano, Raúl F., Diego Carrasco, Patricio de la Barra, Gabriela Paiva y Gonzalo Sánchez. *Tópicos Esenciales del Derecho Informático*. Apuntes de Clase. Academia Judicial. Santiago, noviembre 2001.

 ¹² Ver, por ejemplo, Universidad Nacional de Mar del Plata. Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Informático. Marco Jurídico para el Nuevo Milenio. Mar del Plata, septiembre 2001.
 ¹³ Viega, María José. Estrategias Didácticas en la Enseñanza de la Informática Jurídica. Vlex.com, Montevideo. 2000.

En este capítulo del temario del derecho informático se analiza la relación entre derecho constitucional y derecho informático, observando sus relaciones más importantes, como por ejemplo el tema de la protección a la vida privada y la intimidad frente a la libertad de expresión y al habeas data. En efecto, como se ha dicho, "sin duda que en una sociedad altamente tecnologizada como la nuestra las injerencias de todo tipo en la esfera de la intimidad provenientes especialmente del usa de las herramientas que provee la informática y la multiplicidad de informaciones privadas que circulan y la creciente recopilación y almacenamiento de datos personales de la más diversa índole, han traído como consecuencia un cambio sustancial en valores como la intimidad y la vida privada". 14

Particularmente interesante es observar las diferencias de soluciones jurisprudenciales en países con una larga y profunda tradición de libertad de expresión e información, como es el caso de Estados Unidos, con aquellos que valoran particularmente el derecho a la intimidad y la vida privada, como es el caso de Chile.¹⁵

En síntesis, las preguntas que aparecen de inmediato han sido recogidas por Banda al decir que "en nuestra sociedad de la tecnología e informática, es posible controlar el caudal de información personal que circula; y es posible regular adecuadamente el tratamiento de dichos datos de manera de circunscribir algunos aspectos de la privacidad para sustraerlos del torrente informativo".¹⁶

Se propone el siguiente programa de materias:

Introducción

Libertad de pensamiento, información y expresión

Generalidades

Temas de relevancia jurídico-informática

Derecho a la privacidad

Generalidades

El derecho a la autodeterminación informativa

El recurso de habeas data

Otros temas y casos de relevancia jurídico-informática

¹⁴ Banda, Alfonso. "La Vida Privada e Intimidad en la Sociedad Tecnológica Actual y Futura". En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público: Los Cambios Constitucionales del Siglo XX y el Futuro de la Constitución en el Siglo XXI. Volumen 63, Tomo I. Santiago, 2001. Página 259.

¹⁵ Ver, por ejemplo, Biegel, Stuart. Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace. MIT Press, octubre 2001.

¹⁶ Banda, Alfonso. "La Vida Privada e Intimidad en la Sociedad Tecnológica Actual y Futura". En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público: Los Cambios Constitucionales del Siglo XX y el Futuro de la Constitución en el Siglo XXI. Volumen 63, Tomo I. Santiago, 2001. Página 258.

Inviolabilidad de las comunicaciones

Generalidades

Temas de relevancia jurídico-informática¹⁷

En relación con libertad y regulación de contenidos en Internet, se sugiere el siguiente temario preliminar.

La libertad de expresión

Las garantías de la libertad de expresión.

Regulación de la conducta relacionada a la expresión (el discurso).

Regulación del contenido de la expresión.

Obscenidad v pornografía infantil

El discurso difamatorio

Incitación contra el orden público

Incitación a la pelea y/o confrontación

La publicidad y otro discurso comercial

Materiales sexualmente explícitos

Introducción

Obscenidad, definición

Posesión vs. distribución

Obscenidad

Material Indecente

Regulaciones especiales sobre pornografía infantil y los derechos de los adultos Injurias y calumnias

La difamación

Injurias y calumnias

Las comunicaciones falsas

Cuestiones del ofendido

Publicaciones difamatorias y los terceros proveedores de servicios

Publicidad18

3.3. Pago electrónico

En este capítulo se analiza el tema del pago electrónico¹⁹ y las transferencias financieras electrónicas.²⁰ Se propone el siguiente temario general preliminar:

La tarjeta de crédito, la tarjeta de débito

Las responsabilidades de emisores y titulares en caso de pérdida y robo

¹⁷ Basado en el programa de la Universidad de Costa Rica y el de la Universidad La Salle. Hess, Christian. *Programa de Curso de Derecho Informático*. Universidad de La Salle. 2000.

¹⁸ Universidad de Costa Rica. Curso de derecho Informático. San José, 2000.

¹º Ver, por ejemplo, Aros, Rodrigo: "Comercio Electrónico. Algunas Reflexiones sobre su Implicancia Constitucional (Nombres de Dominio)". En *Revista de Derecho Público*. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público: Los Cambios Constitucionales del Siglo XX y el Futuro de la Constitución en el Siglo XXI. Volumen 63, Tomo I. Santiago, 2001.

²⁰ Ver Carrasco, Diego. Apuntes de Clases: Delitos Informáticos; Recurso de Habeas Data y Contratos Informáticos. 2001.

La tarjeta: título valor

Pago mediante tarjeta. La interoperabilidad

Personas que intervienen en la contratación. El emisor. El usuario.

Las entidades que se adhieren al sistema de pago

Contenido de los contratos. Obligaciones y derechos de los titulares

de las tarjetas, de los emisores y de los establecimientos

concertados y entidades de crédito

Condiciones abusivas de los contratos reguladores del uso de las tarjetas, legislación comparada

Los pagos de tarjetas de crédito en línea (Secure Credit-Card Payment y Registry Credit Card Payment)

Mecanismos de pago electrónicos

El dinero digital o electrónico. El llamado dinero plástico en línea y los nuevos servicios. El pago por medios electrónicos

La tarjeta electrónica de beneficios sociales

Los micropagos y los monederos electrónicos

El Home Banking y las tarjetas de prepago

La Transferencia Electrónica de Fondos

Transferencia Electrónica de Fondos TEF

Las TEF de comercio a comercio (business to business) EDI Financiero

Las TEF basadas en los consumidores

Los cheques electrónicos

El rol de la seguridad informática

Las recomendaciones de la Unión Europea relativas a los pagos electrónicos. El código de conducta europeo sobre pagos electrónicos.

Otras regulaciones mundiales de trasferencias electrónicas de fondos.²¹

3.4. Derecho penal

En este capítulo del curso de derecho informático debiera enseñarse la criminalidad informática en la doctrina, el derecho comparado y la legislación nacional.²² Análisis crítico de las leyes 19.223 y 17.336. Se propone el siguiente esquema de materias:

La informática como objeto y medio de la criminalidad Unidad o multiplicidad del delito informático Clasificación

Los tipos específicos

Delitos contra el hardware

Delitos contra los sistemas de información

Delitos contra los derechos de terceros

Delitos contra los intereses de la colectividad

Situación nacional

Ley General de Aduanas

Código Tributario

Ley de Derechos de Autor²³

²¹ Universidad de Costa Rica. Curso de derecho Informático. San José, 2000.

²² Ver Carrasco, Diego. Apuntes de Clases: Delitos Informáticos; Recurso de Habeas Data y Contratos Informáticos. 2001.

²³ Hess, Christian. *Programa de Curso de Derecho Informático*. Universidad de La Salle. 2000.

3.5. Propiedad intelectual e industrial

En este capítulo del curso se analizan conflictos en materia de propiedad intelectual e industrial. La protección legal del software. La protección jurídica de los nombres de dominio o direcciones de Internet, y el conflicto con el derecho marcario.²⁴ Se propone el siguiente temario preliminar de materias:

La tecnología informática.

El ordenador y el software. Marco de protección de los programas del ordenador. Protección a través del derecho de patentes y protección a través del derecho de autor.

Los derechos de autor en la sociedad industrial y el nuevo paradigma de la sociedad informática (compartir información y trabajo en grupo).

La protección del software en el derecho chileno y comparado.

El derecho de autor sobre un programa de computación.

Objeto de la protección: delimitación, condiciones. Tipos de programas protegidos.

La titularidad del derecho de autor sobre un programa de computación. La creación independiente. La obra creada por encargo. La creación de programas por asalariados.

Contenido de los derechos otorgados. El derecho moral del autor. El derecho patrimonial. Las excepciones al monopolio del autor.

La infracción de los derechos de propiedad intelectual

La protección penal del software.²⁵

3.6. Firma digital y nuevas tecnologías

En este capítulo del curso se analiza la incorporación de las nuevas tecnologías y medios computacionales en las distintas áreas del derecho (SII, Aduanas, Superintendencias, etc.). Firma digital: Proyectos de Ley en tramitación, legislación comparada y tendencia a la autorregulación, valor probatorio de la firma y los documentos digitales o electrónicos.

Requerimientos legales para las comunicaciones en línea.

Autenticidad
Integridad
No repudio (Nonrepudiation)
Escritura y firma
Confidencialidad

Problemas consecuencia de las comunicaciones en línea. Soluciones que ofrece la Seguridad Informática

²⁴ Ver Sánchez, Gonzalo. "Propiedad Intelectual en Internet". Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año IV, N° 4, 2000. También, Paiva, Gabriela. Internet, *Propiedad Intelectual. Aspectos de Legislación Internacional y Comparada y Otros*. Apuntes de Clases. 2001.

²⁵ Universidad de Costa Rica. Curso de derecho Informático. San José, 2000.

Firmas digitales

Uso de la firma digital

Autoridades certificadoras

Protección de las partes en la transacción

Obligaciones de las partes

Efectos legales de las firmas digitales

Lo que las firmas digitales no cumplen

Control de datos electrónicos

La necesidad de los datos electrónicos

Las metas del control de datos y su retención

Disponibilidad de datos a largo plazo

Confiabilidad

Sistemas de documentación²⁶

3.7. Gobierno e informática

En este capítulo se analizará el nuevo fenómeno de la informatización del gobierno²⁷ y se propone el siguiente temario preliminar:

La tecnificación, democracia y la transformación del mundo

El problema: La burocracia de la era industrial

La empresa del gobierno y los cambios necesarios para la era de la economía digital.

El gobierno en red para la era de la inteligencia en red

Las políticas de estímulos a la economía digital

Seguridad transaccional en la sociedad informática

Los gobiernos digitales (comparativo de acción)

Ejemplos: Utah, Carolina del Norte, Canadá, Singapur, Virginia y otros Estados.

Los nuevos servicios digitales

La ciberquerra y el ciberterrorismo²⁸

3.8. Derecho a la información e integración regional

Este capítulo del curso se refiere a temas de derechos ciudadanos relacionados con la informática²⁹ y a procesos de integración regional y su relación con el derecho informático.

El derecho de acceso La democracia, las redes Concepto de acceso

"Servicios básicos de red" y "Canasta de servicios básicos"

²⁶ Universidad de Costa Rica. Curso de derecho Informático. San José, 2000.

²⁷ También incluye los temas de tratados Internacionales aplicables y el nuevo marco internacional de la propiedad intelectual y las obligaciones de los Estados miembros de la OMC. Análisis de jurisprudencia administrativa y judicial.

²⁸ Universidad de Costa Rica. Curso de derecho Informático. San José, 2000.

²⁹ Ver, por ejemplo, Carrasco, Diego. *El Derecho Humano a la Información*. Documento de trabajo, Santiago, 2000.

Modelo de acceso socio/técnico

El fenómeno del acceso gratis a la Internet y la consolidación de economía digital, el caso de Inglaterra, los nuevos parámetros de medición

Metas humanísticas de la red

Legislación comparada

Las comunicaciones electrónicas para la sociedad informática

La era de las comunicaciones militares estratégicas, el legado del universalismo telegráfico

El marco jurídico nacional de la telefonía y la seguridad del Estado.

El derecho comparado y la situación global de las comunicaciones

La privatización de las telecomunicaciones nacionales y la economía digital Los transportistas de voz y los transportistas de información –la legislación comparada.³⁰

Procesos de integración regional e informática.

4. Objetivos

Las finalidades y objetivos de un curso de derecho informático variarán de acuerdo con la especificidad que se quiera entregar y de acuerdo con la disciplina jurídica afín en cuyo contexto se imparta el curso. De esta forma, será distinto un curso impartido en el contexto del derecho penal que uno impartido en el contexto del derecho comercial.³¹ Sin perjuicio de lo señalado, también debe considerarse la existencia de cursos introductorios generales, como por ejemplo la propuesta siguiente:

- Conocer qué ramas del Derecho se ocupan de los aspectos jurídicos de los sistemas de información.
- Constatar la importancia que tiene poseer un conocimiento jurídico actualizado de los posibles conflictos que pueden surgir en la utilización de los sistemas de información.
- Llegar al conocimiento de los límites que la ley de protección de datos española pone a los tratamientos de información, cuando son susceptibles de vulnerar derechos de los individuos. De la misma forma, conocer los derechos que tienen éstos para proteger sus datos de carácter personal.
- Distinguir entre la responsabilidad civil, penal y administrativa del informático, originada por conductas vulneradoras de la protección de datos, propiedad intelectual, propiedad industrial o delincuencia informática.
- Conocer qué protección jurídica se dispensa a los programas de ordenador, a las bases de datos y a las topografías de los productos semiconductores.

³⁰ Universidad de Costa Rica. Curso de derecho Informático. San José, 2000.

³¹ Por ejemplo, ver Cantú, Ricardo. *Temario de Informática Jurídica*. Universidad Autónoma de Nueva León. Nueva León. 2000.

- Distinguir los distintos tipos de contratos informáticos.
- Percibir la importancia de la armonización de las legislaciones de los distintos países, en un mundo global y de desarrollo de la sociedad de la información.
- Conocer los principios básicos del régimen jurídico de Internet.³²

5. Notas finales

El derecho informático no es un nuevo derecho, sino una nueva aproximación al derecho, motivada por los enormes desafíos derivados de los avances tecnológicos y científicos que se han suscitado en los últimos años y que aumentan en magnitud y complejidad en forma acelerada. Por su naturaleza, es esencialmente dinámico y debe construirse sobre la base de instituciones jurídicas sólidas que puedan incluso hacerse cargo de realidades y situaciones no posibles de prever hoy, o al menos, de contar con el dinamismo suficiente para poder adaptarse a tales nuevas realidades adjudicando en forma adecuada y manteniendo el imperio del derecho.

6. Referencias

- 1. Aros, Rodrigo. "Comercio Electrónico. Algunas Reflexiones sobre su Implicancia Constitucional (Nombres de Dominio)". En *Revista de Derecho Público*. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público: *Los Cambios Constitucionales del Siglo XX y el Futuro de la Constitución en el Siglo XXI*. Volumen 63, Tomo I. Santiago, 2001.
- 2. Banda, Alfonso. "La Vida Privada e Intimidad en la Sociedad Tecnológica Actual y Futura". En *Revista de Derecho Público*. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público: Los Cambios Constitucionales del Siglo XX y el Futuro de la Constitución en el Siglo XXI. Volumen 63, Tomo I. Santiago, 2001.
- 3. Biegel, Stuart. Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace. MIT Press, octubre 2001.
- 4. Campusano, Raúl F., Diego Carrasco, Patricio de la Barra, Gabriela Paiva y Gonzalo Sánchez. *Tópicos Esenciales del Derecho Informático*. Apuntes de Clase. Academia Judicial. Santiago, noviembre 2001.
- 5. Campusano, Raúl F. *Derecho Informático y Comercio Electrónico*. Apuntes de Clases. Julio 2000.

³² Escuela Universitaria de Informática, Universidad Politécnica de Madrid, curso 2001.

- 6. Cantú, Ricardo. *Temario de Informática Jurídica*. Universidad Autónoma de Nueva León, Nueva León. 2000.
- 7. Carrasco, Diego. Apuntes de Clases: Delitos Informáticos; Recurso de Habeas Data y Contratos Informáticos. 2001.
- 8. Carrasco, Diego. *El Derecho Humano a la Información*. Documento de trabajo, Santiago, 2000.
- 9. Caprile, Bruno. "La Enseñanza del Derecho: ¿Clase magistral o Método Activo?" En *Actualidad Jurídica*. Año 1, número 2, Universidad del Desarrollo, Santiago-Concepción. Julio 2000.
- 10. Davara, Miguel Angel, Derecho Informático, Editorial Aranzadi, 1997.
- 11. Fernández Aller, Celia. Informática para juristas, Editorial Anaya. 1999.
- 12. Fernández Aller, Celia, *Derecho Informático: Temario, Legislación, Casos Prácticos*, Editorial Universidad Politécnica. 1999.
- 13. Flick, Giovanni María. "Globalización y Derechos Humanos". En Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público: Los Cambios Constitucionales del Siglo XX y el Futuro de la Constitución en el Siglo XXI. Volumen 63, Tomo I. Santiago, 2001.
- 14. Hess, Christian. *Programa de Curso de Derecho Informático*. Universidad de La Salle. 2000.
- 15. Informe Proyecto Firma Electrónica. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre firma electrónica y los servicios de certificación de dicha firma. Boletín N° 2.571-19.
- 16. Paiva, Gabriela. Internet y Derecho. Apuntes de Clases. 2001
- 17. Paiva, Gabriela. Internet, Propiedad Intelectual, Aspectos de Legislación Internacional y Comparada y Otros. Apuntes de Clases. 2001.
- 18. Paiva, Gabriela. "El Registro de Nombres de Dominio en Chile". Revista Abogados. 2000
- 19. Rodríguez, Pablo. "Renovación de los Estudios de Derecho". En *Actualidad Jurídica*. Año 1, número 2, Universidad del Desarrollo, Santiago-Concepción. Julio 2000.
- 20. Sánchez, Gonzalo. "Propiedad Intelectual en Internet". Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año IV, N° 4, 2000.
- 21. Susskind, Richard. *Transforming the Law: Essays on Technology, Justice and the Legal Marketplace*. Oxford University Press, marzo 2001.
- 22. Viega, María José. Estrategias Didácticas en la Enseñanza de la Informática Jurídica. Vlex.com, Montevideo, 2000.
- 23. Universidad de Costa Rica. Curso de derecho Informático. San José, 2000.
- 24. Universidad Nacional de Mar del Plata. Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Informático. Marco Jurídico para el Nuevo Milenio. Mar del Plata, Septiembre 2001.

Algunas notas sobre una nueva metodología para la enseñanza del Derecho Romano

Angela Cattán Atala

Profesora de Derecho Romano
Universidad del Desarrollo

En general, en América las universidades, desde su fundación en Lima y México han incorporado en sus estudios el Derecho Romano. Así en Chile, en la Universidad de San Felipe, creada por real cédula de 28 de junio de 1738, a instancias del Cabildo de Santiago Centro, se da el contenido de la enseñanza jurídica en dos cátedras de Canónico y dos de Derecho Romano.

Desde esa fecha hasta hoy se han mantenido los estudios romanísticos no sin antes pasar por una serie de vicisitudes, en que los acontecimientos políticos no quedan afuera.

¿Cuál es el motivo de mantención del estudio del Derecho Romano en las aulas universitarias?

Son muchos los fines, pero sin lugar a dudas, uno de los principales es mostrar la dinámica del derecho como algo que muda en el tiempo y en el espacio según las necesidades.

En nuestro mundo occidental no hay ningún otro ejemplo de un sistema jurídico que haya llegado al grado de perfección del Derecho Romano, para ello basta recordar las palabras del ilustre romanista D'Ors: "Tenemos en cuenta que vivimos hoy un momento de crisis del legalismo y en un momento de revoluciones en el mundo del Derecho, creo que la primera enseñanza que debemos extraer del Derecho Romano es la referente al modo en que hay que actuar en la época de crisis".

Los principios elaborados por los juristas romanos forman parte de nuestro derecho vigente, aplicables en la mayor parte del mundo, pues el Derecho Romano es el eje de la historia jurídica del continente europeo y plataforma común, no sólo de su derecho, sino de los que en ella se han inspirado.

Como consecuencia de lo anterior, el Derecho Romano constituye una excelente introducción al derecho comparado, bien como elemento de coordinación de algunas de sus instituciones o bien con un carácter más ambicioso, esto es, como punto de partida de un derecho común, en un mundo globalizado.

Por otro lado hay que tener presente que la terminología jurídica se asienta sobre bases romanas y siendo la principal arma del jurista la palabra, dicho punto debe ser de fundamental atención del docente y constituir una primera habilitación a la mentalidad jurídica.

Programa de Derecho Romano

El programa de Derecho Romano deberá necesariamente comenzar por un estudio de la historia del Derecho Romano, que comprende dos grandes fases, la organización política de Roma y la historia de las fuentes del Derecho Romano, atribuyendo a cada época las que le son propias, pues de esta manera se comprenderá la evolución de Roma como estado-ciudad y la configuración del Derecho Romano en época ya avanzada, por una pluralidad de estratos jurídicos.

Comprenderá así el estudiante que el Derecho Romano tanto público como privado forman una unidad y que cualquier aspecto del Derecho debe entenderse relacionado con los fenómenos jurídicos y sociales de la época, y que existe una conexión entre historia jurídica y evolución social.

El derecho se modifica cuando la sociedad a la cual debe aplicarse cambia, la historia jurídica y la evolución social precederán al estudio del Derecho Romano.

En el programa de Derecho Romano también es necesario lograr la reconstrucción de la sistematización jurídica de cada período, lo que presenta dificultades desde el punto de vista pedagógico, porque en el período del máximo desarrollo y esplendor del Derecho Romano, la época clásica, los juristas eran abiertamente enemigos de la teorización y de las generalizaciones, y por este motivo han sido catalogados de casuistas geniales. Esto nos obliga únicamente con fines pedagógicos a utilizar discretamente la dogmática jurídica actual.

El profesor Alamiro de Avila Martel decía que el recurrir a la dogmática es perfectamente lícito como exigencia pedagógica y como método de construcción de un Derecho Histórico, y siempre que con ello no se llegue a falsear las instituciones romanas, lo que ocurre con aquellos docentes que enseñan el Derecho Romano como una introducción al Derecho Civil.

Luego partiendo del sistema propiamente romano, que para la época clásica parte de la base de considerar el Derecho como un sistema de acciones, de medios procesales y no de derechos subjetivos y utilizando adecuadamente la dogmática jurídica actual, que por lo demás arranca sus raíces del propio Derecho Romano, es posible la recreación del sistema jurídico clásico.

De los períodos históricos del Derecho Romano, no cabe duda que la época clásica es la que presenta un mayor interés formativo por excelencia, ya que fue en ese tiempo cuando el Derecho Romano llegó a su mayor perfección, al ser capaz de adecuarse de manera inmediata a las necesidades de la vida social y económica que debía regular. Por otro lado, el sistema postclásico es de gran valor, ya que se produce el tránsito de un sistema de acciones a un sistema de derechos subjetivos.

Dentro de la temática romanista debemos dar un tratamiento preferente al Derecho Privado, que es la gran creación romana más genuina, pero hay otros asuntos que no se pueden prescindir, como dije anteriormente, como son la historia externa, el Derecho Político y las Fuentes del Derecho.

Dentro del Derecho Privado, la materia que se presenta como esencial, y a la cual es preciso dar toda la extensión necesaria, es el procedimiento privado. El Derecho Clásico se formula a través de medios procesales y son éstos los que configuran las instituciones, de modo que sin el conocimiento suficiente del procedimiento no se puede obtener el principal objetivo de la enseñanza, que es cómo los estudiantes llegan a entender el Derecho Romano en la época clásica e incluso pienso que podría enseñarse todas la instituciones del Derecho Privado, podría pasarse todo el programa de Derecho Romano (Derechos Reales, Obligaciones, etc.), a través del sistema de acciones del Derecho Clásico.

Complementos activos de la cátedra

La lección magistral no es suficiente en general en la enseñanza universitaria, y con mayor razón en la del Derecho Romano.

Si pensamos en los jóvenes que hoy llegan a la universidad provenientes de un mundo donde la tecnología y la competitividad son el centro de la vida, el Derecho Romano lo perciben como algo de arqueología vetusto y un tanto exótico.

No comprenden por qué en la malla curricular y en primer año se imparte esta cátedra. Por otro lado, algunos Centros de Alumnos han manifestado no pocas veces en claustros académicos su repudio a este ramo, que además ofrece muchas dificultades en su aprendizaje y constituye lo que llamamos "coladero".

Frente a todas estas inquietudes me surgió la idea de complementar la cátedra con otras actividades que contribuyan a hacer desaparecer esa primitiva percepción del alumno y permitan que desarrollen su creatividad y despierten en cada uno de ellos el deseo manifiesto de saber más. La respuesta a este punto la da la metodología activa de la enseñanza. ¿Qué entendemos por metodología de la enseñanza? No es una técnica, sino una forma de aproximarse, una forma de hacer propuestas a los alumnos para que éstos, a través del hacer descubran el conocimiento y puedan comprender el camino que conduce a su objetivo final.

En el caso concreto he llegado a la conclusión de que la forma más eficaz para aplicar una metodología activa en mi disciplina es a través de talleres.

Esta propuesta es posible aplicarla en cualquier área, pero yo me refiero al Derecho Romano, que es la disciplina que imparto.

En los talleres se debe cumplir con las siguientes etapas:

- 1. Primero es necesario determinar el contenido académico que interesa que conozcan en profundidad los alumnos.
- 2. Elegir el hecho histórico o la situación jurídica que sea más representativa de la unidad planteada como objetivo.
- 3. Definir el tipo de actividad. Con relación a esto he elegido principalmente obras de teatro, porque el alumno enfrentado a esta actividad se entre-

na en un proceso de aprender de sí mismo, de su cuerpo, de su tono de voz, de la comunicación no verbal, de los énfasis y pausas, a los que deberá estar sometido en el resto de la carrera y en el ejercicio de la profesión.

- 4. En el caso concreto puedo citar la primera experiencia, que fue "Las Doce Tablas y el Juicio de Virginia", en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde los alumnos representaban cada uno de los contenidos de Las Doce Tablas. Para poder llegar a esta etapa y representar la obra, los alumnos debieron cumplir con los siguientes ciclos:
- 1. Investigar la época, el sistema jurídico, la sociedad, las costumbres, la religión, etc.
- 2. Dar a conocer el resultado de sus investigaciones en mesas redondas, en las cuales se privilegiaba el debate, la discusión y el compartir el conocimiento. Por tanto, es importante destacar aquí que se produce un trabajo en equipo y no la exposición solitaria frente a un texto.
- 3. Analizar el perfil de las personas o de los personajes en su caso. Esto es importante, porque el alumno tiene que empatizar con el personaje, es decir, ponerse en el lugar de ellos, sentir el momento histórico y hacerse parte de ese proceso, lo que difícilmente logra el alumno a través de clases teóricas.
- 4. Luego viene la creación del guión, que también es trabajo de equipo, y se aplican los conocimientos aprendidos. Esta aplicación tiene un carácter especial, porque define el proceso por el que pasa el alumno al llevar a la práctica y a la síntesis del aprendizaje logrado en la etapa de investigación.
- 5. Presentación de la obra. En este momento el alumno, al igual que el actor y que el abogado, debe convencer dignamente al público.

En esta presentación el alumno debe dominar la comunicación, el dominio escénico y la oratoria.

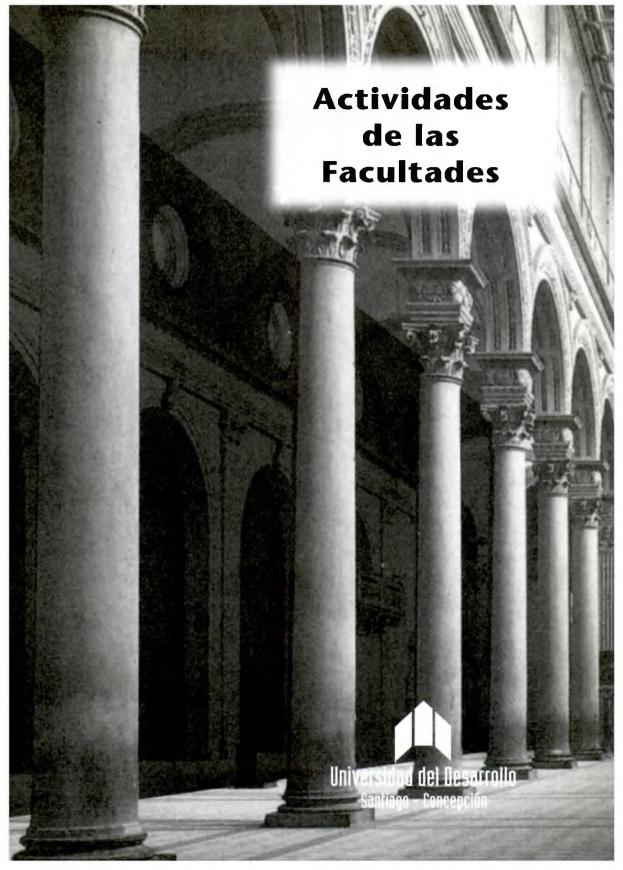
Conclusión

El resultado de los talleres que llevo realizando desde hace algunos años a la fecha me permite llegar a los siguientes resultados:

1. Mejora el rendimiento de los alumnos, lo que queda demostrado en los exámenes finales.

- 2. Se logran los objetivos planteados al comienzo.
- 3. Favorece la capacidad de enfrentarse con lo nuevo, propicia la atención voluntaria y la confrontación flexible y adaptable en contraposición a la dogmática rígida.
- 4. Constituye un desafío personal.
- 5. Favorece la fortaleza y el coraje para luchar por lo que se cree o instruye.
- 6. Favorece la disminución de defensa e inhibiciones, la actitud positiva, la espontaneidad y la integración del conocimiento.

Todo lo anterior es producto de la experiencia de los años de docencia, una propuesta como muchas otras que pueden formularse con el único fin de lograr un mejor aprendizaje y una mayor comunicación con nuestros alumnos.



Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago)

Segundo semestre 2001

Fabiola Vergara Ceballos

Coordinadora de Carrera

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, durante el segundo semestre del presente año, continuó desarrollando su labor de extensión, la que arrojó un positivo balance habida consideración de la importancia y repercusión de las materias analizadas, la calidad de los expositores y la convocatoria alcanzada.

A continuación, un detalle de las actividades realizadas:

I. Seminarios

 Reformas al Mercado de Capitales: Análisis Legal y su Impacto Económico

Este seminario, organizado conjuntamente con PricewaterhouseCoopers, contó con la participación de los expositores Sra. María Eugenia Sandoval Gouet y Sres. Guillermo Tagle Quiroz y Guillermo Arthur Errázuriz.

El propósito de esta jornada fue analizar el impacto de las modificaciones a la legislación del mercado de capitales en su aplicación práctica y, particularmente, su efecto en la economía y en el financiamiento de las pensiones, como, asimismo, su impacto en materias societarias y tributarias.

 Reformas Laborales: su Real Impacto. Visión Legal, Económica y Gremial

Este seminario tuvo por objeto el estudio del contenido principal de las reformas laborales, a la luz del nuevo marco jurídico, así como también su impacto económico en el país.

Esta jornada se dividió en 2 partes; en la primera, los profesores de la Universidad del Desarrollo Sres. Héctor Humeres Noguer (abogado) y Hernán Büchi Buc (economista) expusieron los alcances legales y económicos de la reforma; en la segunda parte se conformó una mesa redonda en la que intervinieron los panelistas Sra. Evelyn Matthei Fornet (senadora), Arturo Martínez Molina (presidente de la Central Unitaria de Trabajadores), Ricardo Ariztía de Castro (presidente de la Confederación de la Producción y el Comercio) y Ricardo Paredes Molina (Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Chile).

II. Ciclo de Cursos de Actualización Jurídica "Cambios Legales del Período 1989-2000"

En el segundo semestre del año 2001 finalizó este ciclo de cursos, que tuvo por objetivo el estudio sistemático de las principales reformas legales en diferentes áreas temáticas del Derecho, de manera de entregar una respuesta actual y especializada a todas ellas.

Actualización en Derecho Penal

Este curso, al que asistieron 32 personas y que contó con la participación de los profesores Sres. Luis Bates Hidalgo, Juan Carlos Cárcamo Olmos, Sergio Yáñez Pérez y Hugo Rivera Villalobos, se abocó al estudio de los delitos de corrupción pública, delitos sexuales, ley de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y delincuencia económica.

• Actualización en Derecho Económico y Comercial

Con este curso culminó el ciclo de Actualización Jurídica. Contó con la asistencia de 37 alumnos y en él intervinieron los profesores Sres. Rafael Gómez Balmaceda, Manuel Montt Dubornais, José Tomás Hurtado Contreras, Rafael Cruz Fabres y Luis Montt Dubornais.

En esta oportunidad se analizaron las nuevas tendencias del derecho concursal, las modificaciones en el orden de prelación de créditos en caso de quiebra, el régimen jurídico de la protección de los derechos del consumidor, el derecho económico regional y la competencia comercial en los mercados ampliados.

III. Intercambios Estudiantiles

La Facultad, consciente de los imperativos de la globalización y todo lo que ella trae consigo, ha promovido, entre su alumnado, la incorporación a los programas de intercambio con prestigiosas universidades extranjeras.

Es así como durante el segundo semestre del presente año académico, un alumno de esta Facultad cursó asignaturas en la Escuela de Derecho de la Universidad de Salamanca (España), plasmando el esfuerzo en el que la Universidad del Desarrollo está empeñada.

IV. Visitas de Académicos Extranjeros

Esta Facultad recibió recibió la visita de los destacados profesores Sr. Jorge Mosset Iturraspe, catedrático argentino, ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Litoral y autor de numerosas publicaciones en el tema de derecho de daños, y Sr. José Díaz Nieva, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Europea de Madrid.

Ambos intervinieron en foros y reuniones con profesores y alumnos de esta Facultad, en las que se intercambiaron conocimientos y experiencias relativas a materias de su especialidad.

V. Clínica Jurídica

La Clínica Jurídica de la Universidad del Desarrollo durante el año 2001 ha otorgado asistencia jurídica a más de 350 personas, tramitando actualmente 180 causas en diversos juzgados de la Región Metropolitana.

Esta labor ha sido ampliamente reconocida a nivel comunal, lo que se refleja en la gran demanda de asistencia y orientación.

También se ha dado a conocer a nivel universitario, participando activamente en el "3º Encuentro sobre la Enseñanza Clínica del Derecho" organizado por la Universidad Católica, en el que compartieron profesores y alumnos de Clínica Jurídica de todo el país.

La Facultad de Derecho ha reforzado el curso de Clínica con más horas de enseñanza teórico-práctica, lo que ha facilitado el desempeño de los alumnos en tribunales y ha permitido una mejor defensa de casos emblemáticos, como es el caso de 30 personas perjudicadas por la sociedad Eurolatina S.A., que la clínica patrocina.

En definitiva, cada año se consolida más como una real alternativa de acceso a la justicia para cientos de personas que no cuentan con recursos para contratar abogados particulares, y los alumnos han demostrado ser plenamente capaces de planificar estrategias jurídicas y desarrollarlas mediante una oportuna y eficaz tramitación de los procesos ante los Tribunales de Justicia.

VI. Reuniones de Decano con Alumnos

Se continuó con las reuniones del Decano de la Facultad y los alumnos de los distintos niveles de la carrera, con el objeto de conocer sus inquietudes y sugerencias.

Asimismo, se realizaron desayunos con los mejores alumnos de la carrera, en los que se conoció su impresión sobre la marcha académica y administrativa de la Facultad y se les invitó a incorporarse a la carrera académica.

VII. Encuentros con Alumnos de Cuarto Medio

En los meses de septiembre y octubre y dentro del Proceso de Admisión 2002, se efectuaron reuniones masivas con alumnos de cuarto medio de diversos colegios de Santiago.

En estos encuentros la Facultad les presentó su organización, funcionamiento y objetivos perseguidos, invitándolos a incorporarse a su proyecto educativo.

VIII. Clausura del Año Académico

Las actividades académicas del presente año culminaron con un cóctel de clausura, en el que participó el cuerpo docente y administrativo de la Facultad y que contó, además, con la asistencia del Presidente del Colegio de Abogados de Chile, Sr. Sergio Urrejola Monckeberg.

En este acto se realizó la presentación de los libros Estructura Funcional del Derecho, del Sr. Pablo Rodríguez Grez, Decano, y Reforma Laboral; Ley 19.759, del Sr. Héctor Humeres Noguer, Director del Departamento de Derecho de la Empresa. Dichas obras fueron presentadas por los profesores de nuestra facultad don Hugo Rosende Alvarez y don Juan Gonzalez Zúñiga, discursos que, respectivamente, transcribimos a continuación:

"ESTRUCTURA FUNCIONAL DEL DERECHO, libro de don Pablo Rodríguez Grez

- 1) El libro que tengo el honor de presentar completa el pensamiento de nuestro Decano sobre el Creacionismo Jurídico. Tema este que esbozó Inicialmente en la "Interpretación Jurídica", año 1990, desarrolló más tarde en "El derecho como creación colectiva", año 1999, y culmina con la "Estructura funcional del derecho", año 2001.
- 2) La tesis pretende dar respuesta a una pregunta que hace algunos años hiciera una egresada de la Universidad de Chile, quien, al concluir sus años de estudios universitarios, manifestó no saber qué era el derecho o cómo éste funciona. Ello pese a haber sido galardonada como la mejor alumna de su promoción en la licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Coincidentemente don Pablo Rodríguez Grez recibía en esos momentos de los estudiantes el premio al mejor profesor.
- 3) Explica el tratadista cómo se inicia el sistema jurídico, remontándose al denominado "acto original institutor", que representa el instante en que la sociedad humana pasó a regirse por un sistema normativo (un sistema jurídico), desterrando la fuerza bruta como instrumento de organización social. Explica que, en ese instante, ocurrieron dos cosas trascendentales: primero, por acuerdo (consenso) o por imposición (voluntad de quienes eran capaces de hacerse obedecer), se estableció que en el futuro la vida social se regiría por medio de normas (generales y abstractas), las cuales se aplicarían por medio de la fuerza en el evento de que ellas no se acataran voluntariamente (coerción); y, segundo, toda la fuerza pasó a ser monopolio exclusivo del Estado, el cual sólo puede disponer de ella para hacer cumplir las normas. De lo expuesto, el autor infiere que nace, entonces, el Estado moderno que se confunde con el sistema jurídico. De allí se sigue que toda manifestación jurídica es expresión del Estado, porque él aporta la fuerza, elemento caracterizador de la norma jurídica.
- 4) Con el acto original institutor deviene la "primera Constitución", que obliga originariamente en virtud de los valores que en ella se expresan. Dichos valores son dictados en virtud de un consenso o de un acto de imposición proveniente de quien es capaz de hacerse obedecer. A este antecedente axiológico debe unirse un antecedente sociológico que consistirá en la eficacia de la primera Constitución, o sea, en el hecho de que aquella norma original se cumpla efectivamente, lo cual es consecuencia necesaria del consenso o del acto de imposición.

5) A juicio del autor, entre los valores que dan fuerza obligatoria a la primera Constitución se encuentran todos aquellos comprendidos en el acto original institutor, los cuales deben ser respetados por las potestades inferiores como elementos normativos que emanan de la potestad originaria. Sin embargo, existe un valor que no puede estar ausente, porque sin él no podría surgir el sistema jurídico y que debe estar recepcionado necesariamente en el acto original institutor, que es la "normativización coercitiva de la vida social". Ello implica que la vida social sólo puede estar regida por normas generales y abstractas, previamente promulgadas y conocidas, y llamadas a ser cumplidas voluntariamente o por medio de la fuerza. Ausente este valor, no existe sistema jurídico.

Como corolario, el profesor Rodríguez afirma que existen dos valores propiamente jurídicos: la normativización coercitiva de la vida social, que se expresa en el acto original institutor del derecho, y la seguridad jurídica, que supone el orden jurídico en pleno funcionamiento.

- 6) Se construye entonces un sistema jerárquico que comienza en el acto original institutor, le siguen la Constitución, las leyes, decretos y reglamentos hasta su concreción en la regla aplicable a un caso o situación particular. El objetivo final de este sistema normativo es la regulación de la conducta social.
- 7) Para que esa estructura sea dinámica es preciso la existencia de potestades jurídicas, que son: institutora, constituyente, legislativa reglamentaria y regulatoria. La validez no depende de la eficacia de las normas y reglas, sino del respeto de la jerarquía de unas y otras tanto en la génesis de todas ellas cuanto en la transmisión de los valores de la norma superior a la inferior.

El acatamiento de los elementos genéticos, lógicos, teleológicos y axiológicos de las normas de superior jerarquía da validez y eficacia a las de menor rango, permitiendo a estas últimas insertarse en el sistema normativo.

- 8) Indagando en la función de las potestades y normas, el autor precisa que el acto original institutor engendra o produce normas inferiores. Estas cumplen, como señalan otros autores, la doble función de ejecutar el mandato de la norma superior y de producir la inferior. Al llegarse, en escala descendente, a la regla, ésta sólo ejecuta la prescripción de la norma superior, mas no ejerce la función de producir otra inferior.
- 9) La estructura del sistema, jerárquico, de validez derivada y no autárquico, compuesto de normas autogeneradas e interdependientes, hermético, armónico y completo, requiere de controles. Estos son preventivo o

represivo, administrativo o judicial. El control vela porque las funciones de ejecución y producción de las normas y el ejercicio de las potestades no incurran en contradicciones y antinomias, y no excedan el ámbito de su competencia.

- 10) En el examen de la estructura lógica de la norma y de la regla se advierte que la primera es general y abstracta en tanto que la segunda es particular y concreta. La norma es descriptiva, en cuanto se refiere a una realidad hipotética, y prescriptiva, porque manda una conducta. La regla, en cambio, es descriptiva de una situación concreta y existente, y ordena hacer algo a partir de la recepción de los elementos axiológicos, lógicos, teleológicos y prescriptivos que emanan de la norma que ejecuta.
- 11) Ciertamente la creación jurídica se manifiesta en el ejercicio de las potestades y su expresión más inmediata y concreta la constituyen las reglas, que son, en definitiva, aquellas que alcanzan a las personas en cada caso particular. Todo el proceso creativo tiene límites dados por los principios de legitimidad y de respeto jerárquico, axiológicos, lógicos, teleológicos y prescriptivos.
- 12) En razón de las limitaciones señaladas, pudiera pensarse que hay un escaso campo para que opere la autonomía privada. Sin embargo, ello no es así, porque se abre un cauce en la interpretación sustancial de las normas, aunque sin permitir que a través de este proceso se introduzca el abuso, el resquicio legal, la hermenéutica del precepto contra texto expreso o la superposición de valores propios a los de la norma.

También hay autonomía en la medida que se permite a la potestad regulatoria introducir elementos axiológicos complementarios, mas no antinómicos, de aquellos previstos en la norma que se ejecuta.

Por último, en el ejercicio de la potestad mencionada pueden crearse, modificarse o extinguirse situaciones concretas. En este ámbito la creación ocupa un papel preeminente, que es fruto de la capacidad imaginativa individual.

13) Especial importancia se atribuye en la construcción del derecho a su cumplimiento espontáneo, sin participación de otras personas. Esto se produce, según el autor, mediante la creación de la regla personal, tácita y autocompuesta. Esta última, que es el mecanismo habitual y general del ordenamiento jurídico, puede ser perfecta o imperfecta. Será perfecta si no es impugnada e imperfecta en caso contrario. En este último evento, acogida la impugnación, la regla será sustituida por otra, en virtud de una sentencia, una resolución administrativa o una convención.

Se destaca que la regla personal, tácita y autocompuesta sólo puede generarse por aquel que se impone una obligación y no por quien pretenda crear un derecho a su favor sin el consentimiento de otro, salvo que emane de una autoridad con atribución para ello dentro de la órbita de su competencia o potestad.

- 14) Para el autor, como respuesta a la consulta inicial, el derecho es un sistema hermético con estructuras dinámicas. Estas últimas acusan una constante transformación y apuntan a un objetivo previsto previamente. Así, el derecho es una estructura funcional, o sea, un sistema normativo y de reglas con fines propios y en el cual todos participamos creándolo y transformándolo día a día, momento a momento.
- 15) El libro sobre "Estructura funcional del derecho" abrirá polémica desde diversas ópticas. En ella ocupará ciertamente un papel destacado la ubicación que merecen en el sistema normativo los derechos originarios del hombre, superiores y anteriores al Estado. También será de interés examinar la sumisión del derecho a la política y la relación del derecho interno con el derecho internacional. Y qué decir de los criterios de interpretación y la disputa entre la interpretación como mera aplicación de la norma y el creacionismo jurídico. Me atrevo a vaticinar que la trilogía que se cierra en el libro que reseño promete abrir un intenso debate agitando, en muchos casos, aguas jurídicas que más que quietas a veces parecen estancadas.
- 16) Al finalizar, sólo un breve comentario. El estilo literario de este libro guarda semejanza con el empleado en el "Mundo de Sofía" de Jostein Gaarder y en cierto grado con "El diálogo entre la fortaleza y la tribulación" de Tomás Moro. Forma novedosa en un libro jurídico. Con todo, me parece que el estilo es más cercano al método de una clase de derecho en que el profesor explica las materias y luego contesta las preguntas de sus alumnos, inquietos por encontrar una completa explicación que satisfaga sus dudas. En este sentido, la elección del nombre de los personajes parece no ser causal: Diógenes, el maestro, fue en tiempos remotos experto en la dialéctica, y Plinio evoca a Plinio el joven, que en la antigua Roma destacó como orador en el Foro y en los debates jurídicos en el Senado. Detrás de este velo se descubren, sin lugar a dudas, las dos vertientes más destacadas del autor, su vocación de profesor y su talento en el ejercicio de la dialéctica en el foro".

"REFORMA LABORAL; LEY N° 19.759 libro de don Héctor Humeres Noguer

Tengo el placer y el honor de realizar la presentación del libro sobre la Reforma Laboral de la Ley N° 19.759, de que es autor el profesor Sr. Héctor Humeres Noguer.

El texto que presentamos está dividido en dos partes: la primera dedicada propiamente a la reforma laboral aprobada por la ley antes citada, y la segunda, que contiene el texto actualizado del Código del Trabajo.

En la primera parte el profesor Humeres enumera las modificaciones introducidas por la señalada ley, en lo que respecta a la relación individual del trabajo, a las organizaciones sindicales, a la negociación colectiva, a las nuevas sanciones que se establecieron y a la vigencia de la ley.

Junto con consignar las modificaciones que se introducen, el Profesor Humeres analiza en forma clara y precisa el alcance y sentido de cada una de ellas, de modo que el interesado en la materia tiene a mano una visión esencial y sencilla del tenor de las modificaciones introducidas por una ley que fue objeto de una compleja tramitación por más de seis años.

Entre las modificaciones que atañen a la relación individual del trabajo, el Profesor Humeres se detiene particularmente en las normas que consagran el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa y la prohibición de discriminación en el empleo, precisando que el inciso 6° del artículo 2° del Código, en su actual redacción, previene que los actos de discriminación se entenderán incorporados en los contratos de trabajo que se celebren, lo que importa que el trabajador afectado podría perseguir la responsabilidad contractual y las consiguientes indemnizaciones en caso que el empleador incurra en tales actos.

Asimismo, el profesor Humeres hace alusión y examina la modificación introducida al artículo 5° del Código del Trabajo, en cuanto a que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieren afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos. También toca la modificación al artículo 22 del Código del Trabajo, en el sentido que se rebaja en tres horas semanales la jornada de trabajo, pero a contar del 1° de enero del 2005.

Igualmente, alude a las normas que limitan el pacto de horas extraordinarias y a la posibilidad de pactar contratos de trabajos con jornada a tiempo parcial, esto último a contar del 1° de enero del 2005.

Hace también referencia al denominado contrato formación. Mediante la introducción del articulo 183 bis, conforme al cual se trata de incentivar al empleador para que capacite a trabajadores jóvenes hasta de 24 años, pudiendo imputar con el consentimiento de éstos el costo de ello a las indemnizaciones por término de contrato con un tope de 30 días.

Analiza luego las normas modificatorias relativas a la terminación del contrato de trabajo, deteniéndose en la modificación al inciso 1° del artículo 161, en que se elimina la frase "la falta de adecuación labora! o técnica del trabajador", de la ejemplificación que hace el Código respecto de la causal de necesidades de la empresa. Asimismo, según el artículo 161 bis, la invalidez, sea total o parcial, no será considerada como justa causa para el término del contrato. Alude, posteriormente, a la modificación del artículo 168, estableciéndose una nueva graduación de recargos de indemnizaciones, las que van desde un 30% hasta un 100% si se declara que no hubo motivo plausible para serle aplicados los numerales 1, 5 y 6 del artículo 160, haciendo presente el autor que estos incrementos representan un "encarecimiento" notable de las indemnizaciones. Hace, asimismo, referencia y estudia lo que toca a la nulidad del despido de trabajadores no aforados con relación a una práctica antisindical.

En lo que concierne a las modificaciones al libro de las organizaciones sindicales, el profesor Humeres alude especialmente a los tipos de entidades sindicales, señalando que hoy en día la mención que hace el artículo 216 no es taxativa; alude, igualmente, al fuero en la constitución del sindicato, a la nueva normativa sobre constitución de sindicatos de empresa, a los estatutos sindicales y al directorio sindical.

También se refiere a las modificaciones que la Ley N° 19.759 introduce a las normas sobre prácticas antisindicales, en que se crean figuras nuevas y se refuerza el rol de la Dirección del Trabajo, aumentándose, igualmente, las sanciones pecuniarias, debiendo el juez, en caso de que estuviese implicado un trabajador aforado, disponer en su primera resolución la inmediata reincorporación.

En lo atinente a la negociación colectiva, hace referencia, entre otros, a los cambios que introduce la ley a la negociación no reglada o directa, al derecho a la información que tiene todo sindicato o grupo negociador, a la negociación colectiva de trabajadores agrícolas de temporada, a la negociación interempresa, a la intervención del Estado en la negociación colectiva, a la limitación de vigencia del contrato colectivo, que no puede ser superior a cuatro

años y a la prohibición de reemplazar a los trabajadores en huelga, a partir del primer día, salvo que la última oferta del empleador reúna los requisitos que establece la ley y pague un bono de reemplazo de 4 unidades de fomento por cada trabajador.

Por último, en lo que respecta al monto de las multas, se señala que se aumenta el establecido en el artículo 477 del Código, teniendo en cuenta para su fijación la dotación de la empresa. El autor alude, también, a la nueva figura que contempla el mismo precepto legal, que consiste en autorizar al Inspector del Trabajo, cuando se trata de empleadores que tengan contratados nueve trabajadores o menos, y a solicitud del empleador, a sustituir la multa por la asistencia obligatoria a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que no podrán exceder de dos semanas. El Profesor Humeres se extiende al final a los servicios especiales que se contemplan por simulación de contrato.

Se indica, al término, desde cuándo empiezan a regir diversas disposiciones modificatorias.

En la segunda parte el libro que presentamos, como ha quedado dicho, incluye el texto actualizado del Código del Trabajo.

Resulta indudable que la obra del Profesor Humeres representa un real aporte para el conocimiento de las principales modificaciones introducidas por la reforma de la Ley N° 19.759, que constituye un reflejo de la principal característica del Derecho del Trabajo y que es su índole realista; esto es, que trata de ir adecuándose a las condiciones sociales y económicas del país.

El tiempo nos dirá si las reformas en referencia se ajustan o no cabalmente a tales condiciones y ello porque dicha reforma ha sido objeto de fuertes criticas y también de alabanzas, que en este momento no es posible discernir con claridad si resultan justas o no.

Lo concreto es que tenemos una obra que sí merece elogios, porque, como ya se dijo, tiende a facilitar la comprensión de la reforma de que se trata y se encuentra escrita en un lenguaje claro y sencillo.

Por todo ello, damos gracias al profesor Humeres por la obra que nos ha entregado".

Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción)

Primer semestre 2001

Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

Universidad del Desarrollo

En esta sección resumiremos las actividades de extensión desarrolladas por la Facultad de Derecho durante el segundo semestre de este año (I), entre las que merece especial relevancia el curso dictado para magistrados y funcionarios del Poder Judicial en el marco de la formación que brinda la Academia Judicial, por ser el primero de este tipo que se dicta por la Facultad (II). En seguida se abordarán las actividades de la vida estudiantil, en concreto la Semana de la Facultad organizada por los alumnos (III), para terminar exponiendo acerca de la presentación del primer volumen de la Colección de Tesis del Magíster en Derecho de la Empresa (IV).

I. Actividades de extensión del segundo semestre del año 2001

La actividad de extensión del segundo semestre fue particularmente intensa, dictándose los cursos, seminarios y conferencias que a continuación se reseñan:

1. Conferencia "Chile y el Fin de la Historia"

El 2 de agosto del 2001, don Alejandro San Francisco, profesor de Historia del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, dictó a los alumnos de la Facultad la conferencia antes mencionada, en que abordó, desde una perspectiva histórica, la conmemoración del bicentenario de la independencia.

2. Seminario "Nueva Ley de Prensa"

Se dictó el 16 de agosto de 2001 por el profesor José Luis Cea Egaña, abordando los alcances jurídicos y prácticos de la modificación legislativa en la materia

3. Conferencia "Visión Económica y Empresarial 2001-2002"

Don Hernán Büchi Buc desarrolló el 24 de agosto de 2001, ante un público compuesto de economistas, juristas y personalidades del mundo académico y empresarial, las perspectivas económicas para el bienio 2001-2002.

4. Encuentro de alumnos con Pbro. Felipe Berríos, capellán de la fundación "Un techo para Chile"

A raíz de una iniciativa de los alumnos, la Facultad organizó un encuentro de éstos con el Pbro. Felipe Berríos, capellán de la fundación "Un techo para Chile", Director del Infocap y colaborador de "En todo Amar y Servir". El Pbro. Berríos transmitió a los alumnos la experiencia de esas instituciones instándolos a cooperar en esas iniciativas.

5. Conferencia "New Age; la ecología profunda y otros falsos conceptos de la naturaleza"

El 14 de septiembre Monseñor Antonio Moreno Casamitjana, Arzobispo de Concepción, expuso a los alumnos la visión cristiana acerca de la ecología, vinculando el tema con la actualidad nacional generada a raíz del denominado parque Pumalín.

6. Conferencia "Implicancias jurídico-penales de la derogación de la pena de muerte"

Con ocasión de la aprobación de la ley que derogó la pena de muerte, el 27 de septiembre los profesores Marcelo Torres D. y Javier Zehnder G. expusieron a los alumnos los alcances de esa modificación.

7. Seminario "Protección Constitucional de los Derechos Contractuales"

El profesor Daniel Peñailillo Arévalo abordó el 20 de octubre la forma en que los derechos de fuente contractual pueden ser protegidos invocando normas de la Carta Fundamental, señaladamente a través de la acción de protección.

8. Seminario "Internet: decisiones sobre la marcha (comercio electrónico)"

Este seminario fue organizado en conjunto por la Facultad y la Cámara Chileno-Norteamericana de Comercio (AMCHAM CHILE) y tuvo lugar el 24 de octubre del 2001. Los expositores (Kathleen C. Barclay; Guillermo Carey; Felipe Claro S.; Ricardo Sateler; Miguel Moya Graff; Claudia Rossi) abordaron en sus respectivas conferencias la "Penetración de Internet en Chile", las "Firmas Electrónicas", la "Responsabilidad de los Proveedores de Servicios", los "Nombres de Dominio y Competencia Desleal en Internet" y la "Identidad y Propiedad Intelectual en Internet".

9. Seminario "Reformas Laborales"

Los días 26 y 27 de octubre, tan pronto fuera aprobada la Ley 19.759, que modificó el Código del Trabajo, la Facultad organizó un seminario destinado a analizar los alcances jurídicos y económicos de la reforma. Los expositores, señores Axel Buchheister Rosas, Ana María Díaz Muñoz, Luis Lizama Portal y Jorge Ogalde Muñoz, analizaron sucesivamente "El impacto de la Reforma Laboral a nivel de la Empresa", los "Alcances y Efectos de Modificaciones en materia de Negociación Colectiva", los "Alcances y Efectos de las Reformas en las Relaciones Individuales de trabajo y en las Facultades Fiscalizadoras y Sancionatorias de la Inspección del Trabajo" y finalmente "Los Alcances y Efectos en la Terminación del Contrato de Trabajo".

10. Seminario "La Tierra Media y Narnia, Mundos Maravillosos, y sus autores Tolkien y Lewis"

Dirigido a alumnos de enseñanza media y superior y, en general, a los asiduos lectores de estos connotados autores, en este seminario, efectuado el 7 de diciembre, se realizaron tres exposiciones, "Tolkien y Lewis, dos maestros universitarios", "Lewis, un testimonio de vida" y "Tolkien: la épica fantástica de la Tierra Media", a cargo de los profesores Gonzalo Rojas S., Amaya Alvez M. y Eduardo Andrades R., respectivamente.

II. Curso Academia Judicial: "Responsabilidad civil y penal por negligencia médica"

Por primera vez, este año la Facultad postuló y fue seleccionada por la Academia Judicial para dictar el curso sobre "Responsabilidad Civil y Penal por Negligencia Médica", destinado a miembros del escalafón primario del Poder Judicial. Los días 6 al 9 de noviembre de 2001, los profesores Carmen Domínguez Hidalgo, Marcelo Torres Duffau, Pedro Zelaya Etchegaray y Javier Zehnder Gillibrandt abordaron la problemática de la responsabilidad médica en sus aspectos civiles y penales ante un auditorio compuesto por Ministros de Corte, Fiscales y Jueces de Letras de diversas jurisdicciones. La Facultad procurará incrementar su participación en este tipo de convocatorias.

III. Vida estudiantil: Semana de la Facultad

A partir del 22 de octubre de 2001 se desarrolló la ya tradicional Semana de la Facultad, organizada por el Centro de Alumnos. Los estudiantes participaron en competencias deportivas, actividades culturales y juegos de ingenio, que culminaron con la elección de reina durante la fiesta de clausura.

IV. Presentación primer volumen de la Colección de Tesis del Magíster en Derecho de la Empresa

El 9 de noviembre del presente año tuvo lugar la presentación del primer volumen de la Colección de Tesis del Magíster en Derecho de la Empresa. Con esta publicación, de carácter anual, la Facultad pretende difundir a la comunidad jurídica nacional el fruto del esfuerzo académico y de investigación de sus alumnos de postgrado. En este número se contienen las tesis presentadas por los alumnos de la primera promoción del magíster, a saber:

- 1. Jorge Ogalde Muñoz, "La subsistencia de obligaciones del trabajador al término de la relación laboral".
- 2. Andrés Kuncar Oneto, "Problemas que plantea la fusión de bienes raíces".
- 3. Patricio Lagos Narváez, "La responsabilidad objetiva, su evolución en Chile desde 1988".
- 4. Humberto Carrasco Blanc, "Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet".

Nos permitimos anticipar las tesis inscritas para el presente año y que serán la base para el próximo número de la Colección de Tesis:

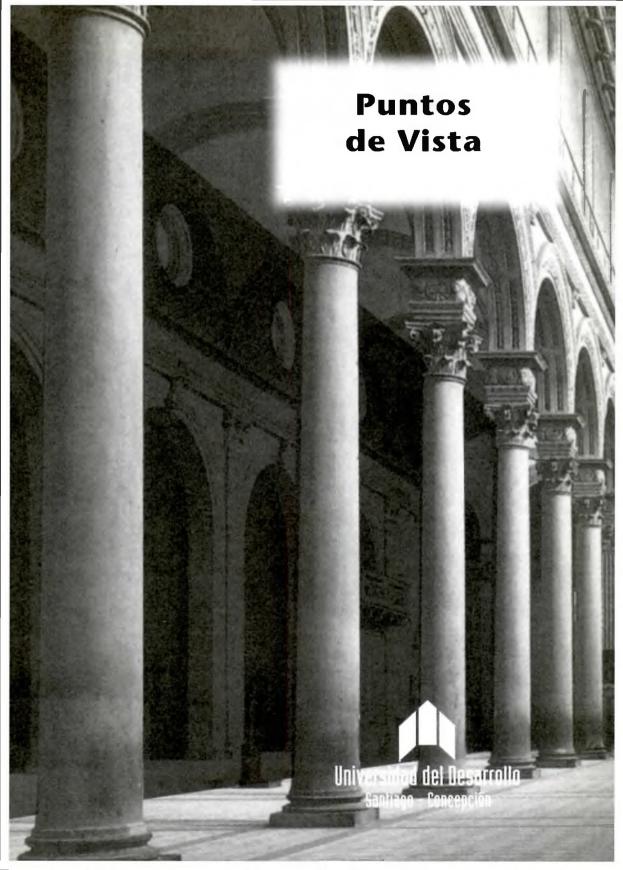
- 1. Claudia Hurtado Espinoza, "Regulaciones de emisión y calidad en Chile. Normas ambientales".
- 2. Javier Molina Gómez, "La responsabilidad civil postcontractual".
- 3. Gonzalo Montory Barriga, "El consentimiento y los medios informáticos".
- 4. Francisco Yaksic Marín, "El régimen jurídico de la importación de especies hidrobiológicas y su incidencia en el desarrollo de la salmonicultura en Chile".

Las tesis mencionadas se inscriben en el marco del proceso de titulación del Magíster en Derecho de la Empresa. Debe recordarse que la Facultad dicta en forma simultánea el Postítulo en Derecho de la Empresa y el Magíster en Derecho de la Empresa. Así, el alumno que apruebe las seis

asignaturas contempladas en el primer año del curso, cuya malla curricular se transcribe más adelante, obtiene el "Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa". Por su parte, el grado de Magíster en Derecho se otorga al alumno que haya aprobado la totalidad de las asignaturas del programa de estudios de cinco trimestres de duración y que, además, haya cumplido una de las dos siguientes exigencias de titulación: a) una tesis sobre materias especializadas, de interés profesional o doctrinario, trabajos que posteriormente se publican en la Colección a que aludíamos; o b) un examen escrito, multidisciplinario, en el que se evaluará la capacidad de análisis y resolución de problemas jurídicos que se plantean en el área del Derecho Societario, Civil y Tributario.

Actualmente 44 alumnos cursan los programas de postgrado, distribuidos en sus dos años de duración. La malla curricular es la siguiente:

		2 00
	PRIMER AÑO	SEGUNDO AÑO
RIMESTRE	Créditos, Garantías y Responsabilidad Civil	Aspectos Contemporáneos de la Teoría General del Contrato
PRIMER TRIMESTR	Libre Competencia y Derecho del Consumo	Legislación Ambiental y Sectorial
TRIMESTRE	Derecho Societario	Aspectos Jurídicos de la Concentración y Colaboración de Empresas
SEGUNDO TRIMESTRE	La Tributación en el Ordenamiento Jurídico Chileno	La Fiscalización Tributaria y la Aplicación Práctica del IVA
IMESTRE	Derecho Penal Económico	TITULACION:
TERCER TRIMESTRE	Aspectos de la Contratación Laboral, Individual y Colectiva	Tesis o Examen Multidisciplinario
	Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa	Grado Académico Magíster en Derecho



Derecho y Justicia

Pablo Rodriguez Grez

Decano Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo

En un trabajo publicado en el Nº 4 de esta Revista, don Enrique Alcalde Rodríguez se refiere a un comentario mío sobre la validez jurídica y la justicia.¹ Encuentro propicia esta oportunidad para volver sobre mi pensamiento y esclarecer las dudas que pueden haber suscitado mis comentarios.

La cuestión planteada dice relación con la validez de la norma jurídica. Ella consiste en el poder del derecho para obligarnos. En este sentido nosotros afirmamos, adscribiéndonos al pensamiento positivista, que la norma vale por su pertenencia al ordenamiento normativo, vale decir, por haberse incorporado a él en conformidad a las disposiciones que reglan esta creación. Dicho en otras palabras, toda norma jurídica para obligarnos debe emanar de una potestad que, obrando en el ámbito de su competencia, ha generado aquel mandato. Por consiguiente, las normas jurídicas no valen por el contenido del mandato, sino por la forma en que ellas han sido generadas. De aquí que la validez jurídica sea derivada y no originaria. Ahora bien, para incorporar (insertar) una norma en el sistema iurídico es necesario que la respectiva potestad respete, tanto formal como materialmente, lo que dispone la norma superior. Es por ello que toda norma tiene dos funciones: una de ejecución (ejecuta el mandato contenido en la norma superior) y otra de producción (genera una norma inferior). De lo señalado se desprende que no es el contenido de la norma lo que determina su validez, sino la forma en que ésta se incorpora al ordenamiento jurídico.

Lo anterior explica por qué en los diversos períodos de la historia ha existido un derecho **injusto**, esto es, contrario a nuestra concepción de justicia. ¿O es que alguien puede sostener que era justo el derecho que amparaba la esclavitud, u ordenaba las sanciones que aplicaban los tribunales de la Inquisición, o las persecuciones raciales del nazismo, o el aplastamiento de la burguesía y la religión en manos del comunismo? Tampoco

¹ Enrique Alcalde Rodríguez. "Persona humana, autonomía privada y orden público". Revista Actualidad Jurídica. Año II N° 4. Julio 2001.

puede sostenerse, salvo que se trate de soslayar dialécticamente el problema, que aquél no era derecho, porque entonces la solución consiste en desconocer la realidad y transportarnos a un mundo ideal inexistente. De allí que sostengamos que no existe relación entre validez jurídica y justicia si, como está demostrado, ha habido y, ciertamente, seguirá habiendo derecho injusto sin que ello afecte la validez jurídica.

Con todo, la cuestión es más compleja. Indudablemente el contenido de la norma jurídica (en cuanto expresión de valores) tiene una importancia determinante en el derecho, pero no para justificar su validez. Desde luego, todo creador de normas (titular de potestad) al elaborarlas incorpora valores a su construcción, pero desde el momento que dichos valores entran a formar parte de su estructura se transforman en elementos normativos, pasando a constituir mandatos obligatorios para los titulares de las potestades inferiores. Así, por ejemplo, los valores incorporados en la Constitución son obligatorios, en tanto elementos normativos, para las potestades inferiores encargadas de completar el desarrollo del sistema jurídico (legislativa, reglamentaria y regulatoria), de suerte que aquellos valores se van realizando (función de ejecución) a medida que el sistema jurídico se desenvuelve y el mandato normativo (general y abstracto) se singulariza. Desde otra perspectiva, toda potestad se ejerce, esencialmente, introduciendo valores a la creación que realiza. Pero esta facultad tiene una limitación: ella no puede contradecir los elementos normativos (valores) incorporados por la potestad superior. De esta característica resulta la coherencia y unidad axiológica y positiva del derecho.

De lo que llevamos dicho se infiere que, si bien el contenido axiológico de la norma no tiene **jurídicamente** relación con su validez, juega, sin embargo, un papel determinante en la construcción y desarrollo del sistema jurídico y en su unidad y armonía internas.

Dentro de estas reflexiones, es natural que salte a la vista la necesidad de explicar y justificar el valor jurídico de la primera Constitución. Si afirmamos que el valor jurídico es derivado y depende de que la norma sea creada (por la respectiva potestad) respetando, tanto formal como materialmente, el mandato de la norma superior, no puede omitirse una respuesta a la interrogante de por qué vale la primera Constitución (norma fundarte del sistema).

Veamos.

Es indudable que una primera Constitución debió tener una validez originaria (axiológica) y no derivada (puesto que no existe norma por enci-

ma de ella). Por consiguiente, es forzoso aceptar que la validez de lo que hemos llamado **primera Constitución** es axiológica (originaria) y no jurídica (derivada).

Para analizar esta situación nos remontamos a un acto original institutor del derecho, que lógicamente ha debido existir y que representa el paso de un estado ajurídico a un estado jurídico. Dicho de otro modo, hubo un instante en que la sociedad humana pasó a regirse por un sistema normativo (un sistema jurídico), desterrando la fuerza bruta como instrumento de organización social.

¿Qué ocurrió en ese instante? Dos cosas trascendentales: primero, por acuerdo (consenso) o por imposición (voluntad de quienes eran capaces de hacerse obedecer), se estableció que en el futuro la vida social se regiría por medio de normas (generales y abstractas), las cuales se aplicarían por medio de la fuerza en el evento de que ellas no se acataran voluntariamente (coerción); y, segundo, toda la fuerza pasó a ser monopolio exclusivo del Estado, el cual sólo puede disponer de ella para hacer cumplir las normas. Nace, entonces, el Estado moderno, que se confunde con el sistema jurídico. De esto deriva nuestra afirmación en orden a que toda manifestación jurídica es expresión del Estado, porque él aporta la fuerza, elemento caracterizador de la norma jurídica.

De lo que decimos se infiere, entonces, que la validez jurídica (de carácter derivado) no obsta al reconocimiento de la validez axiológica, la cual se manifiesta en el derecho de dos maneras diversas, pero complementarias. Desde luego, explica la validez del acto institutor original del derecho, mediante el cual transitamos entre la sociedad primitiva gobernada por la fuerza y la sociedad jurídicamente organizada (la fuerza bruta se transforma en coerción y ésta en coacción). Enseguida, los valores son la fuente principal en el ejercicio de las potestades (creadas a partir del acto original institutor del derecho), de modo que ellos, al incorporarse a la norma, se transforman en elementos normativos, imponiéndose per se a las potestades inferiores.

Lo que hemos llamado "primera Constitución", por consiguiente, obliga originariamente, en virtud de los valores que en ella se expresan. Dichos valores son dictados en virtud de un "consenso" o de un "acto de imposición" proveniente de quien es capaz de hacerse obedecer. Por lo mismo, a este antecedente axiológico debe unirse un antecedente sociológico que consistirá en la eficacia de la primera Constitución, esto es, en el hecho de que aquella norma original se cumpla efectivamente (consecuencia necesaria del consenso o del acto de imposición).

Entre los valores que dan fuerza obligatoria a la primera Constitución pueden hallarse todos, sin excepción alguna, debiendo ellos ser respetados por las potestades inferiores (a partir de la potestad originaria) como elementos normativos. Sin embargo, existe un solo valor que no puede estar ausente, sin el cual el sistema jurídico no podría surgir y que debe estar recepcionado necesariamente en el acto institutor original del derecho para tener carácter de tal. A este valor lo hemos denominado normativización coercitiva de la vida social.

¿Qué implica y qué sentido tiene dicho valor? El implica que la vida social sólo puede estar regida por normas generales y abstractas, previas a nuestros actos, susceptibles de ser conocidas, y llamadas a cumplirse voluntaria o forzadamente (por medio de la fuerza). Ausente este valor, el sistema jurídico no puede surgir. Incluso más, basta su sola presencia para fundarlo. Lo señalado explica nuestra afirmación de que existen dos valores propiamente jurídicos: la normativización coercitiva de la vida social, que se expresa en el acto original institutor del derecho, y la seguridad jurídica (postulado por Jorge Millas como valor propiamente jurídico), el cual supone el orden jurídico en pleno funcionamiento.

No es fácil explicarse la persistencia de los jusnaturalistas para imponernos la existencia de un derecho natural por sobre el derecho positivo, en circunstancias de que los valores que se expresan en aquél son plenamente recogidos por éste, tanto en su establecimiento como en su desenvolvimiento posterior. El derecho no es más que una técnica destinada a organizar la vida social en función de valores y preferencias que al incorporarse en la norma experimentan una transformación ontológica (devienen en elementos normativos). Es en razón de ello que estos valores se imponen universalmente a la sociedad, mas allá de la adhesión que cada cual les profese.

No puede, entonces, presentarse a los positivistas como indiferentes al contenido de la norma o ajenos a la necesidad de impregnar al derecho de un alto sentido de justicia. Lo que tratamos de indagar y establecer es cómo funciona el derecho y desde esa perspectiva realizar un aporte efectivo a su enriquecimiento axiológico. Todo empeño por ideologizarlo transfiere intereses políticos, filosóficos y, aun, religiosos al campo jurídico y con ello se paraliza o entraba su constante perfeccionamiento.

Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez

Pedro Pablo Vergara Varas

Profesor de Derecho Civil
Universidad del Desarrollo

Antes de ser publicado, he tenido la oportunidad de leer el trabajo en comento y, puesto que mi ejercicio profesional se ha desarrollado preferentemente en el campo de la litigación civil, creo poder hacer algunas precisiones o comentarios útiles, en la búsqueda de una necesaria reforma. Quiero agregar que es la hora de que nuestro legislador se tome en serio una materia tan alejada del quehacer político y, por lo mismo, severamente abandonada.

Concuerdo íntegramente con la necesidad de una reforma procesal civil, puesto que, salvo las pequeñas adecuaciones que se han ido introduciendo durante su vigencia, nuestro Código de Procedimiento Civil ya cumplió, en buena parte, más de 100 años,¹ por lo que no recoge ninguno de los avances tecnológicos que se han producido, especialmente en los últimos 20 años del siglo recién pasado. Sin embargo, en otros aspectos, las normas ahí contenidas, de carácter universal, resistirán sin ambages otra centuria, sin que sean necesarios más que mínimos retoques. Dejémoslas, pues, seguir cumpliendo su noble labor, como lo han hecho hasta hoy, con relativo éxito.

Hay algunos aspectos en los que no estoy de acuerdo con la solución que se propone por el autor y en otros creo que todavía es necesario ser más incisivos. Veámoslos:

1. En lo que se refiere a sacar del ámbito de los tribunales civiles las cobranzas de crédito.

Conforme a mi experiencia, la mayor parte de los que son demandados en juicios ejecutivos –de simple cobranza– oponen excepciones y, por lo tanto, es ilusorio que se alivianará la carga de los tribunales. Por el contrario,

¹ El Mensaje original es de 1893 y el de una modificación importante es del año 1942.

muchas veces lo único que el ejecutado persigue es ganar tiempo, y la reforma propuesta lo incentivará a oponer excepciones o defensas, ya que ello redundará, precisamente, en una mayor demora, con ocasión de la intervención de un nuevo organismo público. La solución es, por lo tanto, más compleja, y no logrará el fin perseguido, de disminuir la carga de trabajo.

Desde el punto de vista del subsidio económico, que sin dudas existe, hay que tener presente que en definitiva suprimirlo importa encarecer el crédito. En otras palabras, los subsidiados hoy día no son los bancos o instituciones financieras, sino los que piden crédito.

- 2. Las actuaciones administrativas de cargo de los tribunales, como la dación de posesión efectiva de la herencia, facción de inventarios y tasaciones, sin lugar a dudas recargan el trabajo del tribunal, pero no debe olvidarse que ellas son también fuentes de ingreso. En efecto, por todas ellas hay diversos funcionarios que tienen derecho de cobrar honorarios. Al contrario de lo que se afirma, ello constituye un aliciente al desarrollo de la ardua labor judicial, que, por lo demás, en mi conocimiento, nunca ha retardado el desarrollo de las gestiones de carácter contencioso. Se aplica aquí, además, lo que el propio autor propugna, el pago en relación a la eficiencia. Tal vez habría que incentivar ello, en vez de privarlos de esa fuente de trabajo.
- 3. El abuso del procedimiento incidental no es un problema de la ley. Por el contrario, la ley prevé una serie de mecanismos para evitarlo, claro que sin éxito. La simple tramitación por cuerda separada, exigida en el artículo 87 del Código de Procedimiento Civil, bastaría para desincentivar la interposición de esa clase de incidentes. Pero los tribunales no cumplen con ello, y la razón se encuentra en que resultaría materialmente imposible el trabajo de secretaría de cada tribunal, de administrar cientos de pequeños "cuadernos" de los miles de juicios en tramitación.

En este aspecto, se hace necesario la incorporación de técnicas modernas en la tramitación de los expedientes, entre otras cosas, suprimiendo la anacrónica presentación de escritos hasta las 12 de la noche en la casa de un sufrido secretario de tribunal, reemplazándolo por un buzón automático o el e-mail, este último mucho más seguro en cuanto a certificación de hora de presentación, si eso es lo que se quiere resquardar.

4. En cuanto a la "oralidad" en la resolución de las diversas incidencias, creo que, siendo muy buena como idea, en la práctica no ha dado resultados, ya que los tribunales, abocados a resolver cientos de escritos que se le han presentado, carecen del tiempo necesario para prepararse y resolver "in situ".

Por lo demás, es probable que haya días en que el tribunal deba atender decenas de estos comparendos "incidentales", que por regla general toman muy largo tiempo. Experiencia hay en ese sentido en la atención de las causas de violencia intrafamiliar, que ocupan, a veces, jornadas enteras en un solo asunto y con intervención personal y directa del juez que, entonces, debe desatender los demás asuntos pendientes.

5. El término probatorio sí que requiere de urgentes reformas, sobre todo porque en este punto es donde mayor incidencia tiene el avance de la tecnología. Sin embargo, no me parece que la etapa de prueba ocasione demoras. Por el contrario, el sistema actual es tan perverso que vencido los 20 días y el de observaciones a la prueba, el demandado está siempre solicitando que se cite a las partes a oír sentencia, salvo que sean ambas partes –demandante y demandado– las que aún estén interesadas en aportar sus propias pruebas pendientes. En lo personal, me ha tocado intervenir en asuntos complejos en que las partes hemos debido ponernos de acuerdo para recibir la prueba, a veces, **por varios meses**, como ocurre cuando se trata de rendir prueba de testigos en el extranjero, o esperar el resultado de exámenes periciales que se extienden, casi siempre, incluso más allá del plazo que la ley le asigna al juez para dictar sentencia.

Concuerdo en que es necesario hacer modificaciones, como la exigencia de que a la demanda se acompañe toda la prueba documental; agregaría la exigencia de ponerla en copia a disposición del demandado al notificársele de la demanda. A su vez, el demandado debiera estar obligado en la misma forma, pero admito que para ello habría que extender a 60 días el plazo para contestar la demanda, ya que no es justo asignarle al demandante un plazo de años (sólo limitado por la prescripción) para preparar su demanda, y escasos 15 días al demandado.

La lista de testigos también debiera acompañarse en la demanda y contestación, respectivamente, así como los demás medios de prueba. Creo, sin embargo, que debe dejarse para la etapa de prueba la diligencia de absolución de posiciones. No tiene sentido exigir confesión si el hecho fue aceptado por el demandado al contestar.

6. La prueba de testigos merece un análisis particular, y es urgente que ella sea objeto de una reforma.

En primer lugar, como la lista se acompañará en la etapa polémica, las tachas deberán deducirse, probarse y resolverse antes de que el testigo declare. Para ello, la lista de testigos deberá individualizar al testigo en forma íntegra; deberá además señalarse qué hechos se pretende probar con su testimonio y cómo tomó conocimiento de los hechos. El sistema

actual, que exige tachar al testigo en su presencia, es, a veces, francamente ofensivo, y una pérdida de tiempo enorme.

Es fundamental, además, que la declaración de los testigos se recoja por medios tecnológicos adecuados. El actual sistema de transcripción es, por decir lo menos, paupérrimo. Además, las preguntas a formular deben presentarse antes de la audiencia, por escrito, limitándose el derecho de las partes para hacer sólo un número limitado de preguntas adicionales. Conocí de una audiencia de prueba de testigos en que el testigo no respondió nada; toda la audiencia estuvo destinada a las tachas y a las oposiciones a las preguntas que se formulaban. Ello es simplemente absurdo.

Por último, el actual sistema de recepción de la prueba de testigos redunda sólo en jornadas agotadoras, mal transcritas y que pocos leen nuevamente. Es sintomático que en las relaciones ante la Cortes rara vez se haga más que lateral mención a lo que declararon los testigos, entre otras cosas, porque el sistema de trascripción en uso dificulta en grado extremo la lectura y comprensión de lo declarado, amén del escaso valor que nuestra legislación le atribuye a este medio de prueba.

- 7. En cuanto a la inhabilidad del juez por expiración del plazo para dictar sentencia, creo que no se trata de una solución práctica. Terminará designándose en reemplazo de los atrasados a los que estén al día, ya que el universo de jueces es muy limitado, lo cual se constituirá, a la postre, en un castigo al más diligente. Me parece que en esto se trata sólo de exigir disciplina, al fin y al cabo, la misma que se impone a los abogados que litigan, puesto que todos los plazos del Código de Procedimiento Civil son fatales. Sugiero, en todo caso, simplificar la redacción del fallo y, naturalmente, promover el uso de técnicas modernas en materia de procesamiento de textos, hasta hoy ausentes en nuestros tribunales.
- 8. Para la tramitación en segunda instancia, discrepo de la necesidad de crear Cortes comunales, dividiendo Santiago en varios sectores; ello obligaría a hacer la misma división en primera instancia aumentando la dispersión de criterios jurisprudenciales. La solución, estimo, pasa por especializar salas en la Corte, creando tal vez algunas nuevas, que se aboquen al despacho de causas agregadas y a la atención de la cuenta diaria.

Resulta muy interesante la idea de suprimir la relación por intermedio de un funcionario especial "relator" encargándole esa labor a un ministro de turno en la sala. Sin embargo, con la actual carga de trabajo de las Cortes, ello no es posible y es necesario, además, evitar que por ese medio se transforme en unipersonal la administración colegiada de justicia. Quede como una idea para una reforma más profunda.

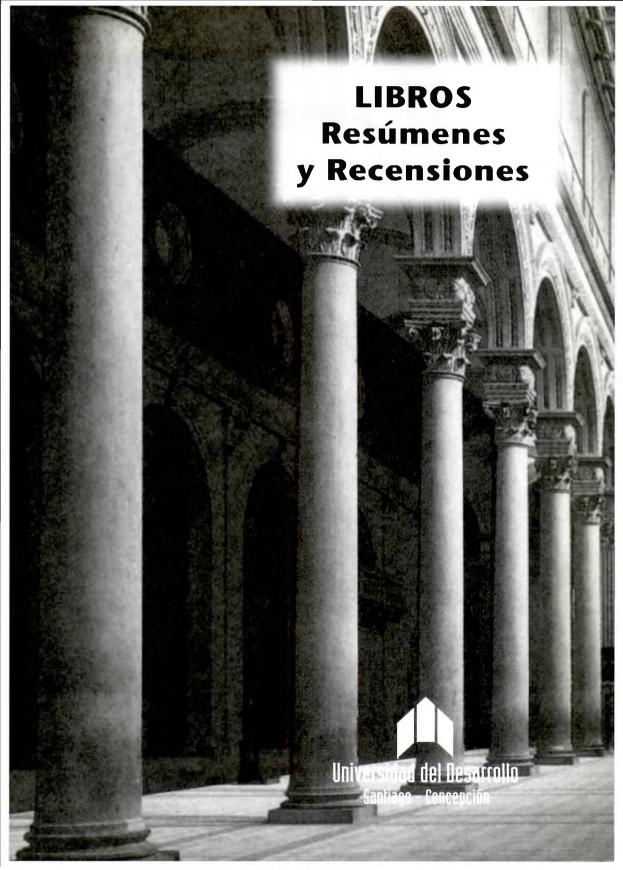
- 9. Comparto la idea de buscar los mecanismos para terminar con los actuales incentivos para "judicializar los conflictos". Sin embargo, no es adecuada la vía de las costas, al menos en su actual estructura, ya que abre camino a la arbitrariedad, no en el sentido peyorativo del término, sino simplemente en el hecho que cada juez puede fijar la suma que estime adecuada. Para evitar abusos como hemos conocido, debería existir una tasa precisa y previamente conocida, de manera que el litigante temerario pueda calcular exactamente qué arriesga. De otro modo, no se logrará mucho. Por lo demás, los litigantes insolventes —que hay muchos— no se verán afectados por ninguna condena. Para hacer eficaz esta sanción, sería necesario exigir una consignación previa, lo que nos aleja del principio de la gratuidad de la justicia.
- 10. Comparto plenamente la idea que es necesario terminar con el excesivo formalismo. A tal punto se llega en nuestro Código de Procedimiento Civil, que ocurre a menudo que un juicio se pierde –o se gana– gracias exclusivamente a esos formalismos, los que priman por sobre la idea de administrar justicia. El ejemplo lo cita el artículo en comento. Nuestra Corte Suprema, en el pasado, en muchas ocasiones declaró inadmisible recursos de casación porque la cuantía de la causa se había fijado en pesos sin señalar su equivalencia en UTM.

Por ejemplo y a propósito de formalidades, aun cuando el tema ha sido simplificado, subsisten las dificultades para emplazar al demandado en la primera notificación, a diferencia de lo que ocurre en países desarrollados. Debiera establecerse que toda persona pueda ser notificada por cédula en un domicilio que al efecto siempre deberá designar ante el Registro Civil, cuestión que en la era de Internet se puede hacer con gran facilidad. Cabe tener presente que, en esta materia, sin reformas legislativas, el SII ha dado grandes avances y hoy día hasta el pago de impuestos se puede hacer por vías electrónicas.

Pero en materia judicial se estima que todo esto pasa por una reforma legislativa, lo que no es necesariamente exacto. A veces, sólo falta voluntad de modernizar el servicio.

11. Discrepo de la idea de darle más facultades a los jueces, ya que ello abre paso a la discrecionalidad. No es admisible que un mismo asunto se resuelva de una manera por un juez, y de manera inversa por otro, porque cada uno de ellos da a la ley una interpretación distinta. La certeza es un elemento esencial en la administración de justicia y la única mane-

ra de garantizar, aunque escasamente, esa certeza, es a través de la ley, esto es, normas previamente conocidas por las partes, que regulan su actuar de un modo más o menos preciso. Si se termina con ello, se abre paso a la anarquía más absoluta.



*Ius Publicum N° 7 (septiembre 2001)*Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás

Publicación semestral cuyo volumen 7 está dedicado especialmente al estudio de la llamada píldora del día después, en sus aspectos filosóficos, jurídicos y médicos, con trabajos de P. de la Noi, Moreno Valencia, Soto Klöss, Ugarte Godoy, Angela Vivanco, Hernán Corral, Ginés Ortega, Cristóbal Orrego, Mauricio Echeverría. Incluye también trabajos de los doctores G. Brozzatto (en italiano) y Fernando Orrego, y una declaración sobre el tema de la Academia Pontificia por la Vida. La sentencia de la Corte Suprema, que viene a ser destruida, "asesinada" por dicha píldora, cuyo efecto es abortivo, es comentada por los profesores Carrasco Delgado, Corral Talciani, y Vivanco Martínez.

En la sección "Estudios" resultan de interés "El derecho a la vida y la acción del Estado en su protección", de Pedro Aguerrea M., y "La responsabilidad por falta de servicio en el régimen chileno de concesiones viales", de Mauricio Viñuela.

De la sección "Documentos" destacamos el Discurso del Presidente de la Corte Suprema, don Hernán Alvarez G., sobre el Estado de Derecho y el respeto de los fallos judiciales, en el juramento de nuevos abogados en septiembre de 2001, y "En defensa de la probidad", de Segio García V., presidente del Instituto Probidad, discurso pronunciado en el Seminario sobre el tema en abril de 2001 en la Universidad Santo Tomás.

La sección "Jurisprudencia" está dedicada al fallo del Tribunal Constitucional sobre restricción a los vehículos catalíticos (26.6.2001), con comentarios de los profesores Bertelsen, Cuevas e Hidalgo.

La sección "Reseñas bibliográficas" incluye un completo recuento de los artículos referentes al derecho público de las revistas jurídicas chilenas de los años 2000/2001.

30 años de la Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso

30 años cumplió el 2001 la **REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES** que edita la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso.

Su primer Director fue Jorge Jobet (1971-1973), y desde 1973 en adelante su Director ha sido el Profesor de Filosofía del Derecho de la misma Universidad don Agustín Squella Narducci. Actual Subdirector de la Revista es don Aldo Valle Acevedo.

Hasta la fecha, la mencionada publicación ha entregado 44 números, el último de los cuales corresponde a 2000.

En cuanto al N° 45, se encuentra publicado y está dedicado al tema del razonamiento jurídico.

Cabe destacar que la **Revista de Ciencias Sociales** combina la publicación de números misceláneos con la edición de números monográficos. En los primeros, se difunden trabajos de interés en el campo de la ciencia jurídica y de las ciencias sociales, mientras que en los segundos se tratan autores, tendencias o problemas relevantes de filosofía jurídica y de teoría del derecho.

Los volúmenes monográficos publicados por la Revista de Ciencias Sociales han estado dedicados a Hans Kelsen; Rudolf Von Ihering; Friedrich Karl Von Savigny; Alf Ross; H.L.A. Hart; Norberto Bobbio; Ronald Dworkin; el Neokantismo en la Filosofía del Derecho; Filosofía del Derecho y Democracia en Iberoamérica; Positivismo Jurídico y Doctrinas del Derecho Natural; y Razonamiento Jurídico, este último recién aparecido.

Todos esos volúmenes han sido editados por Agustín Squella Narducci. En cuanto al número dedicado a Alf Ross, fue editado por Squella en conjunto con Roberto J. Vernengo.

Los autores e investigadores interesados en tomar contacto con la Revista de Ciencias Sociales, ya sea para colaborar con ella o solicitar algún número de la misma, pueden dirigirse a su Director, Casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o correo electrónico aldo.valle@uv.cl

ACTUALIDAD JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre		0.0
Dirección		
Comuna		
Ciudad	País	
Teléfono	Fax	
Profesión/Carrera	-	
Universidad/Instituto		
Institución		
R.U.T.	E-mail	
☐ Nueva ☐ Renovació Adjunto cheque cruzado: a nombre de Universidae		■ 2 Anos
por la suma de US\$/\$	po	or suscripción (e.
Tipo de Documento Boleta Document	· ·	
SUSCRIPCION*	1 AÑO (2 Revistas)	2 AÑOS (4 Revistas)
Nacional	\$ 10.000	\$ 16.000
América (Aéreo)	US\$ 25,00	US\$ 35,00
Europa y otros (Aéreo)	US\$ 25,00	US\$ 40,00

Europa y otros (Aéreo)

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e-mail a:

Ediciones Universidad del Desarrollo Avda. Las Condes 12,584 Santiago, Chile.

Fax: 299 92 83

E-mail: raj@santiago.udesarrollo.cl

^{*} Incluye gastos de envío e impuestos.



ACTUALIDAD JURIDICA pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.

Universidad del Desarrollo Santiago – Concepción