

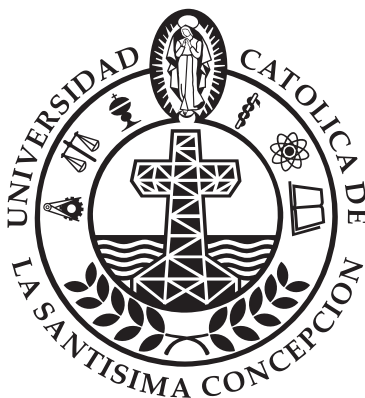
**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN**
FACULTAD DE DERECHO

**REVISTA
DE DERECHO**

N° 32

2 0 1 6

Esta publicación se imprimió
en el mes de marzo de 2018
en los Talleres de Trama Impresores S.A.
Avda. Colón 7845 - Hualpén - Talcahuano - Chile



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN**
FACULTAD DE DERECHO

**REVISTA
DE DERECHO**

Nº 32

2 0 1 6

INTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. La *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción está abierta para recibir artículos sobre cualquier materia de las Ciencias Jurídicas, tanto de autores nacionales y extranjeros, sin perjuicio de que el Comité Editorial decida dar énfasis a ciertas áreas en algunos de sus volúmenes, o publicar números monográficos.
2. Todo artículo recibido para su publicación será sometido a un juicio inicial de su Director, destinado a verificar que corresponde a las disciplinas científicas sobre las cuales publica la *Revista*, y a emitir una primera opinión sobre su carácter de investigación original y su calidad, pudiendo rechazarlo en caso de no cumplir con estos requisitos, o si su calidad es indiscutiblemente inferior a la necesaria.
3. Todos los trabajos que se publican en la *Revista de Derecho* serán revisados por el Comité Editorial y sometidos a arbitraje o evaluación de dos especialistas, cuyos resultados serán comunicados anónimamente a sus autores. La revisión atenderá, entre otros temas, al contenido, calidad, interés, carácter científico, metodología y fuentes del trabajo en cuestión. De acuerdo al resultado de ese arbitraje, la *Revista* se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos. Ante la eventualidad de darse un informe favorable y otro desfavorable de los árbitros, decidirá el Director. En caso de haber observaciones a un trabajo aceptado, una vez corregidas éstas por su autor, se procederá a su publicación.
4. A fin de dar homogeneidad a esta publicación, se detallan a continuación las normas editoriales a las que deben ceñirse las colaboraciones a la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.
5. Los trabajos deberán enviarse al Director de la *Revista Derecho* (Lincoyán 255, Concepción, Chile), impresos en hoja tamaño carta, en idioma español, inglés o francés, a espacio y medio en dos ejemplares y numerando las páginas. La letra a utilizar en el texto debe ser Times New Roman, tamaño 12, y en las notas, Times New Roman, tamaño 10. Salvo excepciones muy calificadas por el Comité Editorial, la extensión máxima no debe sobrepasar las 30 páginas. Además deberá acompañarse archivo electrónico en formato Word y, si es posible, ser enviado como archivo adjunto al correo electrónico revistadederecho@ucsc.cl.
6. Los escritos deben comprender un título breve y claro, el nombre completo del autor o autores, y una biografía sucinta de cada autor, que comprenda grados académicos más relevantes, institución a la que pertenece, ocupaciones y cargos actuales. Además, debe incluirse correo postal y correo electrónico.
7. Deben incluirse un Resumen o *Abstract* con un máximo de diez líneas y las correspondientes Palabras Clave o *Key Words*, en español y de ser posible en inglés.
8. Los trabajos enviados deben ser inéditos, lo cual supone el compromiso del autor de no publicarlo más de una vez. Debe tratarse además, de un estudio o investigación de interés en el mundo jurídico, que esté terminado o cuyo avance permita la comunicación de sus resultados.
9. Las citas, siempre a pie de página, deben numerarse correlativamente y contener en caso de libros, textos y folletos, lo siguiente y en este orden: *a)* apellidos y nombre del autor en MAYÚSCULAS o en VERSALITAS, coma; *b)* nombre de la obra: si es libro, en *cursivas*; si es un artículo de libro o revista, “entre comillas”, especificando el título de la revista o libro con *cursivas*, coma; *c)* sección, punto o párrafo (si lo tuviere), coma; *d)* traductor (si lo tuviere); *e)* editorial, lugar y año, coma; *f)* página o páginas (abreviado p. o pp.), punto. Estas mismas reglas se aplican en caso de que se acompañe la bibliografía al final del trabajo. En caso de repetirse alguna cita, se debe indicar: *a)* nombre del autor, coma; *b)* ob. cit. (o también *op. cit.*), coma; *c)* página o páginas. En caso de que la cita se repita en la nota siguiente, y siempre que se trate de páginas diferentes, sólo indicar: *a) ibid*, coma; *b)* página o páginas, punto. En caso de que sea la misma página o páginas de la cita anterior, sólo indicar *ibidem*, punto. Todo ello de acuerdo al sistema uniforme internacional de citas.
10. Los artículos que no se ajusten a estas normas no serán considerados para su publicación.
11. Aquellos autores cuyos trabajos sean publicados recibirán gratuitamente una copia del ejemplar de la *Revista de Derecho* y las correspondientes separatas de su artículo. Los originales no serán devueltos.

CONTENIDOS / CONTENTS

- La protección de los derechos laborales de los funcionarios públicos a través del procedimiento de tutela laboral** 11
The protection of the labor rights of public officials through the procedure of labor protection
ANDRÉS FRANCHI MUÑOZ
- La posesión notoria del estado civil. su origen, aspectos procesales, su relación con el principio de la identidad y constitucionalidad de sus disposiciones** 27
The notoria possession of the civil state. its origin, formal aspects, its relationship with the principle of the identity and constitutionality of its normative articles
RODRIGO JARA LARA
- El Fondo de Utilidades Tributables (FUT) y la reforma tributaria chilena** 47
The taxable income fund and the tax reform
JUAN CARLOS OCHOA SEPÚLVEDA
- Algunos mecanismos de control de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno** 71
Some control mechanisms of unfair terms in the chilean legal system
MARÍA ELISA MORALES ORTIZ
- “El ius aedificandi. su relación con la institución dominical y urbanística”** 93
“The ius aedificandi. its relationship with the dominical and urban institution”
VÍCTOR HUGO MORENO TOLEDO

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

THE PROTECTION OF THE LABOR RIGHTS OF PUBLIC OFFICIALS THROUGH THE PROCEDURE OF LABOR PROTECTION

ANDRÉS FRANCHI MUÑOZ*

RESUMEN: Los funcionarios laborales hoy en día se les concibe como titulares de los derechos fundamentales inespecíficos dotados no solo de una eficacia vertical sino que se les ha reconocido y conferido eficacia horizontal, constituye un límite al poder estatal en tanto este actúa como parte de la relación estatutaria, pudiendo acudir frente a su infracción o conculcación al procedimiento de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales contemplada en el Código del Trabajo, entregada al conocimiento y resolución del Tribunales con competencia en materia laboral

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales - Funcionarios públicos - Supletoriedad - Código del Trabajo - Eficacia horizontal - Tutela laboral y efectiva. Judicatura laboral.

ABSTRACT: *Them officials labour today is les conceived as holders of them rights fundamental nonspecific gifted not only of an efficiency vertical but is les has recognized and conferred efficiency horizontal, constitutes a limit to the power state insofar as this acts as part of the relationship statutory, can go facing its infringement or violation to the procedure of guardianship labor by violation of rights fundamental referred in the code of the work delivered to the knowledge and resolution of the courts with jurisdiction in labour matters.*

KEY WORDS: *Fundamental rights - Officials public - Supletoriedad - labour code - horizontal efficiency - Labour and effective supervision. Judiciary work.*

* Abogado Universidad Católica de la Santísima Concepción. Magister Derecho de la Empresa Universidad del Desarrollo Concepción-Chile. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Correo Postal: Anibal Pinto 561, 2do Piso, Concepción, Chile. Correo electrónico:franchiabogados@gmail.com

1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO DEL TRABAJO. RELACIÓN ES-TATUTARIA Y RELACIÓN LABORAL

El Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo son ramas jurídicas que nacen en momentos históricos que pueden estimarse coetáneos cuales son, por una parte, la revolución francesa y el nacimiento del concepto moderno de Estado y, por otra, la revolución industrial, sin embargo, sus surgimientos obedecen a razones distintas.

El Derecho Administrativo nace con el objeto de proporcionar una regulación de las funciones que debían desempeñar las personas que iban a prestar servicios para el aparato estatal y regular la forma como dichas relaciones se iban a desarrollar en el práctica, en cambio, por su parte, el Derecho del Trabajo emerge como un cuerpo normativo cuya finalidad es tutelar y reguardar la persona del trabajador y sus derechos tanto individuales como colectivos frente al poder al empleador, que implica el sometimiento de éste a su poder direccional, funcional, y sancionatorio, haciendo que la relación laboral se presentase como necesariamente asimétrica, ya que se rompía en ella el principio clásico del derecho civil decimonónico de la igualdad de los contratantes, por lo que era necesario el nacimiento de una legislación eminentemente protectora que viniese vía la dictación de normas especiales en la materia a reestablecer esa igualdad, o bien, si se quiere tratar de compensar o morigerar esa asimetría originaria con la que surge, desarrolla, y desenvuelve la relación de trabajo.

En consecuencia, podrá verse que en sus nacimientos los caminos de Derecho Administrativo y del Derecho del Trabajo se separan dada las finalidades por ellos perseguidas, no obstante, después convergerán en lo referente a la tutela de derechos de los funcionarios públicos y de los trabajadores.

Ahora, y que es lo que nos convoca, referirse a los derechos laborales de los funcionarios públicos puede parecer a primera vista contradictorio, si tiene en consideración que ellos siempre han tenido su propio estatuto regulatorio al margen del Derecho del Trabajo, y que éste ha estado fundamentado en los caracteres propios de la relación que ellos ostentan para con el Estado empleador, principalmente la carrera funcionaria y la inamovilidad en el empleo.

En Chile la relación del funcionario público para con el órgano estatal ha sido calificado como un vínculo naturaleza “*estatutario*”.

Así, la Contraloría General de la República en Dictamen N° 31000 de fecha 4 de julio de 2008 ha señalado que el vínculo “*estatutario*” implica: “*la necesaria sujeción de los funcionarios, empleados o servidores públicos a un régimen de derecho público preestablecido, unilateral, objetivo e impersonal, fijado por el Estado, cualquiera sea el nombre específico que pudieran recibir los diversos cuerpos estatutarios que los rijan y sea cual fuere la naturaleza del servicio en que se desempeñen [...] Dicho vínculo implica, por una parte, una garantía para el servidor en el sentido de que su relación laboral con la Administración está regulada por la ley de acuerdo a lo prescrito en el artículo 38 de la Constitución Política, y por la otra, una adscripción a un estatuto jurídico estatutario que regula integralmente sus derechos, obligaciones y modalidades de desempeño, que le es siempre exigible desde su incorporación voluntaria a prestar servicios en la Administración del Estado y mientras dure dicha relación*”.

Se podrá vislumbrar, que el carácter estatutario está concebido a que la relación funcionaria se encuentra de antemano sujeta a la regulación de normas imperativas de derecho público que buscan en definitiva el debido resguardo tanto del cometido como de la persona del funcionario, ello en garantía y resguardo de los fines propios del Estado, quien es en último término el beneficiario de los servicios prestados.

Sin embargo, dicha contrariedad es hoy en la actualidad tan solo aparente, como tuvimos ocasión de advertir.

Si se analiza en abstracto la relación jurídica que se genera entre un funcionario público y el órgano estatal se constatará que se está en presencia de una actividad que implica la prestación de servicios personales remunerados bajo subordinación y dependencia, lo que nos podría llevar a concluir que estamos frente a un relación de trabajo, ya que concurren en la especie todos y cada uno de los elementos de ella, sin embargo, existe al efecto una diferencia radical, cual es que quien hace las veces de empleador, frente a un funcionario público determinado, cualquiera que éste sea, será siempre el mismo, y no es otro que el respectivo Estado.

Rafael Pereira Lagos acertadamente nos señala que: *“Si superamos esta diferenciación formal entre e régimen contractual y estatutario, y analizamos el contenido de la relación, podemos efectivamente concluir que ambos sectores se dan vínculos de subordinación, sometimiento a una jerarquía y a instrucciones y por cierto un desequilibrio de poder. Desequilibrio que en la administración (también en el legislativo y judicial) tiene como particularidad que el empleador es el Estado, del cual emanan las normas que regulan las relaciones que tiene con sus funcionarios en los tres poderes”*¹.

El hecho de que el Estado haga la veces de “empleador” al interior de la relación que se desarrolla con el funcionario público, hace que las normas que regulan esta relación presenten particularidades propias, que devienen en definitiva en el nacimiento y creación de un régimen que le es propio, y forma parte del Derecho Administrativo, que matices más matices menos, es el encargado de tutelar y resguardar la relación del funcionario público que hemos denominado “estatutaria”, dictando al efecto legislación especial en la materia y confiriéndoles mecanismos propios de protección y tutela que se alejan del Derecho del Trabajo, en Chile principalmente el Ley N° 18.884², Estatuto Administrativo, Ley N° 18.883 Estatuto de Funcionarios Municipales, entre otra abundante legislación especial.

2. EL DERECHO DEL TRABAJO COMO RÉGIMEN SUPLETORIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El Derecho del Trabajo se presenta hoy como supletorio y residual en lo que a los derechos laborales de los funcionarios públicos se refiere, atendido que ellos tiene su propio estatuto regulatorio con caracteres propios y particulares.

En consecuencia, para que un funcionario público pueda acudir al Derecho del Trabajo se requiere necesariamente que se trate de materias que no estén reguladas por la legislación especial administrativa, y que éstas no sean contrarias a lo comprendido y regulado por ésta, parámetros o directrices que son las que en definitiva determinan el ámbito de la supletoriedad de la legislación laboral, y entre ellos la de tutela de los derechos fundamentales para los funcionarios públicos.

Esta supletoriedad está consagrada en el artículo 1 del Código del Trabajo y que dispone expresamente que:

“Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por éste

¹ Comentario a Sentencia Laboral de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 6 de mayo de 2013, autos rol número 9381-2012, en Revista de Derecho y Seguridad Social. Volumen IV-2013. Pág. 131.

² Cuyo Texto Refundido, Coordinado, y Sistematizado es DFL N° 29 del Ministerio de Hacienda del año 2004, Sobre Estatuto Administrativo.

Código y por su leyes complementarias.

Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.

Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”.

Norma la cual se ve completada con lo dispuesto en el artículo 1 del Estatuto Administrativo, que preceptúa que:

“Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el inciso segundo del artículo 21 de la ley N°18.575”.

En forma excepcional, la legislación laboral es aplicable en forma directa a determinados funcionarios públicos, por disponerlos expresamente el legislador en determinadas y específicas materias, como son los estatutos laborales de las empresas del Estado, entre ellas Empresa Nacional de Petróleos (Enap), Astilleros de la Armada (Asmar), Codelco, Enacar (Empresa Nacional del Carbón) etc.

La supletoriedad de la legislación laboral para los funcionarios públicos es de antigua data, no obstante, no tenía hasta hace poco tiempo ninguna relevancia ni trascendencia de orden práctico en lo que se refiere a la tutela efectiva de los derechos fundamentales de los que éstos eran titulares, constituyendo una mera declaración programática, sin que pudiese llevarse en definitiva a la práctica, siendo la causa principal de ello el que los Tribunales del Trabajo en forma reiterada y constante se declaraban incompetentes absolutamente - atendido el factor materia - para conocer de las demandas que al efecto se le planteaban, o bien se esgrimía que dichas controversias debían necesariamente ser conocidos y resueltos por la Contraloría General de la República.

Pues bien, es de la mano de los derechos fundamentales inespecíficos y de la creación e introducción en la legislación nacional del procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales en materia laboral que los funcionarios públicos pasan a ser titulares reales y efectivos de dichos derechos al interior de su relación funcionaria para con el Estado empleador, lo que a su vez, viene aparejado de eficacia práctica, ya que se le proporciona una herramienta procesal efectiva que permite en definitiva obtener la tutela jurisdiccional real frente a la vulneración, conculcación, o amenaza de algunos de los derechos fundamentales inespecíficos que se encuentran resguardados al amparo del nuevo proceso.

No existía ninguna duda, al menos desde el punto de vista dogmático, que los funcionarios públicos, concebidos como trabajadores estatales, eran titulares de derechos fundamentales, sin embargo, lo que ahora es digno de destacar es que a dichos derechos se le concibe como oponibles no solo en orden vertical, entendidos como límites al poder del Estado, sino que se le confiere una eficacia en orden horizontal, esto es, se les reconoce vigencia y exigibilidad frente al órgano estatal pero dentro de relación funcionaria, concibiéndolo al Estado como “empleador” para este particular propósito, y no como un mero órgano que detenta el poder gubernamental, y ello obedece en definitiva al carácter universal de los derechos fundamentales concebidos: “derechos subjetivos garantizados constitucionalmente a toda persona o todo ciudadano en su condición de tal, por ser

considerados primordiales para el pleno desarrollo del individuo”³.

3. LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. La Ciudadanía en la Empresa. El trabajador como titular de derechos fundamentales inespecíficos y su eficacia horizontal.

Es partir de la caída del régimen militar, y el advenimiento de la de democracia a principios de la década de los años noventa, que a empieza a desarrollarse un fenómeno que se ha denominado “*Constitucionalización del Derecho del Trabajo*”, consistente en el desarrollo de un proceso investigación y estudio de naturaleza interdisciplinaria entre el derechos constitucional y el derecho laboral, tarea que se ha llevado adelante principalmente en los que se refiere a los derechos fundamentales denominados inespecíficos, y a la vigencia de éstos al interior de la relación de trabajo, pasando en definitiva éstos a constituirse en un límite a las potestades de mando, disciplinarias y direccionales del empleador, propias del carácter asimétrico dentro del cual se desarrolla la relación laboral y, en definitiva, el contrato de trabajo. Se ha denominado también a este fenómeno como: “*un proceso de reconstrucción teórico-jurídico del contrato de trabajo*”⁴.

Durante largo tiempo, la relación laboral y el contrato de trabajo fueron visualizados como un vínculo entre privados, en la cual la potestad de mando, disciplinaria y direccional del empleador se fundamentaba en la autonomía de la voluntad y que, en definitiva, era el dependiente quien consentía voluntariamente en la acepción de la relación de trabajo y en el haz de obligaciones y derechos que emergían de él, ello en el marco de una concepción eminentemente de orden liberal, sin embargo, con el tránsito hacia una visión de un Estado más social, se empezó a comprender que siendo la relación laboral asimétrica, en que el empleador se posiciona sobre el trabajador, dada las potestades que a éste le asisten sobre la persona del trabajador y sus derechos, el Estado debe necesariamente tener una intervención más intensa en la relación de trabajo, dictando en consecuencia, normas protectoras de los derechos de esta parte más débil.

La Constitución Mexicana de 1917 y La Carta de Wiemar de 1919, son los primeros textos que consagran garantías propiamente laborales, marcando un hito en esta materia.

Sin embargo, el paso antes mencionado resultaba aún de suyo insuficiente y limitado.

En efecto, los resguardos, tutelas, y normas proteccionistas adoptadas por el ordenamiento jurídico nacional amparaban derechos de naturaleza eminentemente laboral, y eran protectoras de derechos que le asistían al trabajador en su calidad, como la justa retribución, el derecho a negociar colectivamente, el derecho a huelga etc, pero no se concebía al trabajador como titular derechos fundamentales de una naturaleza distinta a la antes mencionada, existiendo una disociación que estaba marcada por el haz derechos que a una persona le asistían en calidad de tal, como titular derechos subjetivos públicos, y los que le asistían como trabajador, no generándose una comunicabilidad entre ambas calidades, sin que existiese una razón legítima para justificar dicha disociación ni práctica ni dogmática.

Los derechos fundamentales fueron siempre concebidos como un límite al poder del Esta-

³ CASAL H, JESUS MARIA, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*. Editorial Legis. Primera Edición Año 2010. Venezuela. Pág. 17.

⁴ MELIS VALENCIA, CRISTIAN, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Editorial Legal Publishing Abelado Perrot. Santiago. Año 2009. Pág. 2.

do para el recaudo de aquellos derechos subjetivos de los ciudadanos que no podían ser avasallados por el ente estatal, sin embargo, éstos empezaron a conceptualizarse no solo como un límite al poder estatal, sino que también pasaron a constituir una límite a nivel horizontal, esto es, en las relaciones privadas habidas entre particulares, entre ellas el contrato de trabajo.

Es el constitucionalismo alemán quien elaboró la doctrina *Drittwirkung der Grundrechte* (efecto frente a terceros de los derechos fundamentales) y cuyo autor es Hans Carl Nipperdey, quien dicta el 18 de enero de 1958 la sentencia conocida como *Lüth- Urteil*, reconociendo la igualdad salarial entre hombres y mujeres, y su origen obedece a “*el creciente surgimiento y desarrollo de los centros de poder privado y tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, todo ello teniendo como marco doctrinal la teoría de los valores*”⁵.

Para hacer frente a dicha realidad nefasta, se empezó a concebir al trabajador como titular de una serie de derechos que escapaban del campo propiamente laboral, derechos que no eran propios del derecho del trabajo, porque no regulan o garantizan derechos de esta naturaleza, sino que eran de un contenido distinto, pero que eran de tal trascendencia o preponderancia que era indudable que debían tener aplicación dentro del marco de la relación laboral, aunque no fueran derechos propiamente laborales, y que éstos debían tener una aplicación inmediata o directa al interior de la relación de trabajo, aunque ellos no estuvieran señalados de forma expresa en el contrato de trabajo, o no fuesen objeto de regulación específica por parte de la legislación laboral, y los cuales además debían ser respetados por el empleador, a pesar de lo expresado, hablándose de la “*ciudadanía en la empresa*”⁶.

A estos derechos que no eran propiamente laborales se les denomina “*derechos laborales inespecíficos*” en contraposición al término obviamente de “*derechos laborales específicos*”⁷, que son en definitiva aquellos que tienen un contenido propiamente laboral o hacen referencia a derechos laborales puros, que tienen en la Constitución Política de 1980 una regulación propia y específica⁸.

En otras palabras, derechos laborales inespecíficos “*son aquellos derechos respecto de los cuales el trabajador es titular no en cuanto trabajador – como son los típicamente laborales – sino en cuanto ciudadano: se trata pues, de derechos de consagración constitucional que no son estrictamente laborales y que pueden ser ejercidos fuera del ámbito de la empresa, pero también dentro de ésta, éste es el punto*”⁹.

Como contrapartida, los derechos laborales inespecíficos son aquellos derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República de Chile de 1980 cuyo contenido no es el de un derecho de naturaleza laboral, como por ejemplo el derecho al respeto y protección de la vida e integridad física psíquica, el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de los cultos y la libertad de emitir opinión e informar sin censura previa, sin embargo, por el principio de la vinculación directa, dado por el carácter de norma fundamental que ostentan los preceptos que forman parte de la Carta Magna, en virtud del cual todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse conforme y según la Constitución y de aplicación obligatoria, reciben aplicación inmediata o directa dentro del ámbito de la relación laboral, debiendo ellos ser respetados imperativamente por parte del empleador, lo

⁵ MELIS VALENCIA, CRISTIAN, Ob. Cit. Pág. 12.

⁶ Ver GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *La Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos*. Fundación de Cultura Universitaria. Uruguay. Año 2004.

⁷ Ver en este sentido GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, “*Los derechos del trabajador en la Constitución Chilena*”, en *Derechos Fundamentales Homenaje al Profesor Patricio Novoa Monreal*, Anuario del Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, Santiago, pág. 33 y sgts.

⁸ Ver artículos 19 N° 16 y N° 19 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

⁹ MELIS VALENCIS, CRISTIAN, Ob. Cit. Pág. 31.

que se denomina “*eficacia horizontal*” de los derechos fundamentales.

Esta eficacia inmediata quiere significar que se considera a los derechos fundamentales: “*como derechos subjetivos públicos reforzados por la garantía constitucional, oponibles erga homines sin necesidad de mediación*”¹⁰, siendo en definitiva su oponibilidad al empleador su efecto primordial, quien además deberá respetarlo debidamente, siendo exigibles al empleador por parte del trabajador, dentro del marco de la relación de trabajo, aun cuando el contrato de trabajo o la legislación particular en la materia no diga nada al respecto.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral tiene en Chile consagración expresa a nivel constitucional, ya que es la Constitución Política de la República de Chile de 1980 en sus artículos 6° y 7° quien contempla lo que se ha denominado en doctrina constitucional “*el principio de la vinculación directa*” en virtud del cual las normas consagradas en la Carta Fundamental obligaban dentro del territorio patrio a toda persona, institución o grupo de personas, siendo lo particular y trascendente del precepto que consagra no solo una eficacia vertical –ciudadano versus Estado– de las normas fundamentales, sino que establece y consagra una aplicabilidad y obligatoriedad de las normas constitucionales *erga homines*, recepcionando la eficacia horizontal e inmediata de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral, y de toda relación jurídica.

Sergio Gamonal Contreras prefiere hablar de “*eficacia diagonal*” en vez de utilizar la denominación de eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral, fundándose para la adopción de esta terminología, en la asimetría con que se presenta en el contrato de trabajo dado el poder de mando, disciplinario y correccional que tiene el empleador sobre el trabajador, que hace que la relación laboral no se desarrolle ni desenvuelva en un plano de igualdad, sino que se materialice en forma diagonal y, en consecuencia: “*este contenido tan intenso desequilibra la relación empleador/trabajador, sustrayéndola de una eficacia horizontal y colocándola más bien en el horizonte de una eficacia diagonal de los derechos fundamentales entre particulares*”¹¹.

Si bien, los artículos 6° y 7° de la Carta Magna no tienen una referencia expresa a los derechos laborales inespecíficos, sin duda que los comprende, y es por ello que algunos autores hablan de una “*recepción innominada*”¹² de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la fábrica.

Las normas constitucionales a la cuales hemos hecho referencia precedentemente, y que hacen aplicable la eficacia horizontal de los derechos fundamentales dentro de la relación de trabajo, existen en nuestro ordenamiento patrio desde la dictación y promulgación original de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, sin embargo, hasta el inicio de la década de los años noventa esta interpretación no se había llevado adelante en la forma antes mencionada, no relacionándose las normas constitucionales con las normas del derecho del trabajo en el aspecto que hemos venido reseñando.

En consecuencia, es a raíz de una relectura de la Carta Fundamental que se realiza teniendo en cuenta que el trabajador amén de ser dependiente es además persona tanto fuera como dentro de la fábrica, y como tal es titular de un haz de derechos fundamentales que son exigibles, tanto mientras preste sus servicios personales remunerados bajo subordinación y dependencia o mientras no los esté prestando, lo que implica una visión más humanista, en que se pone de relieve y como principal objeto de protección a la persona humana, y que esta concepción no está en ningún caso separada o disociada de la calidad jurídica de trabajador que una persona pueda tener en un momen-

¹⁰ MELIS VALENCIA, CRISTIAN, Ob. Cit. Pág. 24.

¹¹ *Trabajo y Derecho*. Abelado Perrot Legal Publishing, Santiago, año 2010.

¹² LIZAMA PORTAL, LUIS y UGARTE CATALDO, JOSE LUIS, *Interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena*. Editorial Conosur. Santiago. Año 1998.

to determinado. Concordamos, cuando se afirma que: “*el tema de los derechos fundamentales en la relación laboral ha llegado a Chile para quedarse*”¹³.

La eficacia horizontal de los derechos laborales inespecíficos que, según se ha reseñado precedentemente, se obtiene por medio de la hermenéutica constitucional, vino a tener a partir del año 2001 consagración legislativa expresa, dictándose al efecto una serie de normas al efecto que le daban aplicabilidad para ciertas materias, como eran la no discriminación o los límites del poder correccional del empleador¹⁴.

El reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral mediante su consagración formal en normas del Código del Trabajo busca lograr un efecto que desde nuestro punto de vista podríamos calificar de *sociológico*, cual es recalcar y poner como objeto principal de preocupación del empleador a la persona del trabajador y sus derechos fundamentales, de ahí su consagración de forma expresa en el cuerpo legal del ramo mediante las normas que hemos referido, y que en definitiva no es otra cosa que el reconocimiento del respeto y protección de la persona humana como valor fundamental del ordenamiento jurídico chileno y que, en último término, tiene su fundamento en el artículo 1 de la Constitución Política de 1980, en cuanto a que el Estado debe estar al servicio de la persona humana, lo cual debe estar presente en la regulación de la relación laboral.

En consecuencia, el gran mérito de reformas legislativas en materia de reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral radica en considerar al trabajador como persona, y ello ahora, no como una mera declaración romántica, sin contenido, sino que ahora este rasgo elemental se posiciona como una limitación a los poderes del empresario y se transforma además en protección inmediata de los derechos fundamentales, tanto específicos como inespecíficos, se erigen como una muralla insoslayable en resguardo del trabajador tanto frente al empleador como a la autoridad, los cual en ningún caso pueden vulnerados o conculcados, o sufrir menoscabos en su contenido esencial.

3.2. El funcionario público como titular derechos fundamentales inespecíficos dotados de eficacia inmediata

Lo destacable es que este proceso de “*Constitucionalización del Derecho del Trabajo*”, es que en los últimos diez años se expandió hacia el Derecho Administrativo, concibiéndose en la actualidad al funcionario público como titular derechos fundamentales inespecíficos, dotados de eficacia horizontal e inmediata frente al Estado empleador, y que además en la actualidad dichos derechos gozan de tutela judicial efectiva, encontrándose debidamente amparados por la judicatura laboral, a quienes hoy se le reconoce competencia para conocer de las denuncias por vulneración de derechos fundamentales que realicen los funcionarios públicos en contra del Estado empleador, lo que se lleva a cabo en la práctica a través del procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales.

Es menester hacer la prevención de que el ordenamiento jurídico nacional existen otros mecanismos jurisdiccionales a los cuales el funcionario público puede echar mano cuando ve comprometido algún derecho fundamental del cual es titular por actos u omisiones del Estado empleador, lo que pasa que ellos en la práctica se han mostrado como insuficientes para conferir un resguardo real y efectivo de ellos.

¹³ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS, Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: en el mundo de las palabras. Derechos Fundamentales Homenaje al Profesor Patricio Novoa Monreal. Anuario del Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, Santiago, pág.33 y sgts.

¹⁴ Ley N° 19.945, de fecha de publicación el 25 de mayo de 2004 y Ley N° 20.005, de fecha 18 de marzo de 2005

Así, existe el recurso de protección (artículo 20 de la Constitución Política de la República de 1980); el reclamo de ilegalidad (artículos 141 y 142 de la Ley Nº 18.595 Orgánica Constitucional de Municipalidades); la acción de nulidad de derecho público (artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República de 1980); y la reclamación a la Contraloría General de la República (artículo 160 del Estatuto Administrativo), entre otros.

La ineficacia práctica de los mecanismos cautelares de los derechos fundamentales referidos precedentemente se debe: *“a que ciertamente y por desgracia, que los tribunales especialmente la Corte de Apelaciones de Santiago (que no la de otras regiones) y la Corte Suprema vayan cercenando estas vías por motivos “extrajurídicos”, como ha ocurrido frente a la acción constitucional de protección (art.20 de la Constitución) con el trámite de patente inconstitucionalidad del llamado “trámite de admisibilidad, o frente al reclamo de ilegalidad municipal con interpretación reductiva al extremo de la noción de “acto administrativo” que sólo la entiende referido al artículo 12 de la ley 18.695 olvidando el resto de aquellos actos que aparecen a lo largo de su articulado, o qué decir de la verdadera “masacre” que la Corte Suprema ha imaginado para destruir la acción constitucional de nulidad de derecho público transformándola en meramente “supletoria”, “subsidiaria” e “inespecífica” para impedir su aplicación haciendo caso omiso de la supremacía constitucional”*¹⁵ agregándose que esta ineficacia de los medios existentes no se debe a una falla de legislación, *“sino por interpretación de los tribunales de justicia (jueces estatistas en el fondo cuando no cómodos) la defensa de los derechos de los funcionarios públicos es hoy poco efectiva, no obstante que la acción de protección da cabal cumplimiento a la visión del constituyente de ser un verdadero amparo de los derechos de las personas y de los funcionarios públicos en este caso, siempre, claro está, que los jueces superiores estén imbuidos de su función, que es proteger los derechos de las personas, dado que ellos son único baluartes frente al actuar contrario a Derecho del poder estatal”*¹⁶.

4. EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA Y SU APLICACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

4.1. Acerca del procedimiento de tutela

Con la promulgación de la Ley Nº 20.087, el 3 de enero del año 2006, entró en vigor el ordenamiento jurídico nacional *“El Procedimiento de Tutela Laboral”*¹⁷, el cual pasó a incorporarse al párrafo 6º, Capítulo II, Título I, Libro V, del Código del Trabajo.

La finalidad de éste es dar una protección eficaz, inmediata, y directa a los derechos laborales fundamentales que específicamente se comprenden en las normas que lo regulan y que puedan verse vulnerados o conculcados durante la vigencia de la relación laboral o con ocasión de su término, cuando se ésta en presencia de un despido que puede afectarlos en su contenido esencial.

En la praxis, la acción de tutela pasó a ser la herramienta jurisdiccional efectiva a través de la cual los trabajadores pueden resguardar en forma real y efectiva sus derechos fundamentales cuando éstos sean conculcados por el empleador, la cual no se encontraba presente en nuestro ordenamiento laboral con anterioridad, llegando a afirmarse que: *“este procedimiento de tutela viene a ser la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de este tipo de derechos en la relacio-*

¹⁵ SOTO KLOSS, EDUARDO, *“Acción de protección y acción de tutela laboral. El amparo de los derechos de los funcionarios públicos (Acerca de algunos fallos de unificación de jurisprudencia)”*, en Gaceta Jurídica. Thomson Reuters. Santiago. Año 2015. Agosto. Nº 422.

¹⁶ SOTO KLOSS, EDUARDO, Ob Cit, pág. 13.

¹⁷ El cual posteriormente ha sufrido modificaciones introducidas por la Ley Nº 20.052, publicada en Diario Oficial con fecha 15 de febrero del año 2008; por la Ley Nº 20.260, publicada en el Diario Oficial 29 de marzo del año 2008; y por la Ley Nº 20.587, publicada en el Diario Oficial el 17 de septiembre del año 2008.

nes jurídicas entre privados y en este particular caso al interior del contrato de trabajo^{18 19}, ya que acertadamente se ha expresado que: “*el problema de fondo relativo a los derechos fundamentales no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos*”²⁰.

Los derechos en especial tutelados son el derecho a la vida e integridad física y psíquica; el respeto y protección al vida priva y a la honra de la persona y su familia; la inviolabilidad de todo forma de comunicación privada; la libertad de culto; la libertad de emitir opinión e informar; y la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección del trabajo, todos los cuales son garantías constitucionales consagradas respectivamente en el artículo 19 N° 1 inciso 1° , N° 4, N° 5, N° 6 inciso 1°, 12° inciso 1° y 16° inciso 1°, 2° y 4°, de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, que hoy reciben aplicación directa en la relación laboral a través de acción de tutela, según preceptúa el artículo 485 del Código del Trabajo.

Igualmente, y en este aspecto es quizás los más destacable en lo que a la garantía constitucional de igualdad ante la ley se refiere ya en su manifestación genérica ya en su manifestación específica, cobra aplicación el procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales cuando se trató de conocer actos discriminatorios ocurridos durante la vigencia de la relación laboral, o a su término, conforme dispone el artículo 485 inciso 2° del Código del Trabajo, por lo que el trabajador queda expresamente amparado frente a los actos discriminatorios acaecidos durante la vigencia de la relación laboral como frente al despido discriminatorio, y cuyo concepto lo proporciona en términos genéricos el artículo 2° inciso 4° del Código del Trabajo.

Por último, es objeto de resguardo lo que se ha denominado “*la garantía de la indemnidad*”, que se ha entendido como aquel derecho que le asiste al trabajador de no ser objeto de represalias por parte de su empleador como consecuencia de haber éste ejercido reclamaciones ante la Inspectoría del Trabajo, o acciones judiciales.

Se podrá apreciar, que se resguardan solamente aquellos derechos taxativamente que el legislador contempló en la norma, no pudiendo extenderse su ámbito de aplicación a otros derechos dado lo excepcional del procedimiento en cuestión.

Los derechos fundamentales protegidos a través del procedimiento de tutela se entiende vulnerados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de ellos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial, según preceptúa el artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo.

Aquel trabajador que considere que se ha vulnerando o conculcado alguno de los derechos fundamentales inespecíficos que se encuentran resguardados por el procedimiento de tutela laboral puede acudir al Juzgado del Trabajo que sea competente para solicitar que se ponga pronto remedio a la afectación del derecho, adoptando con ocasión de la dictación de la sentencia definitiva del caso las medidas que estime idóneas al efecto, teniendo el sentenciador amplias facultades al efecto, debiendo en especial declarar la existencia o no de la lesión de uno o más derechos fundamentales denunciados; en caso afirmativo, y de persistir el comportamiento anti-jurídico a la fecha de dictación de la sentencia, su inmediato cese bajo apercibimiento de multa, y la indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo

¹⁸ UGARTE CATALDO, JOSE LUIS, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Editorial Legal Publishing. Segunda Edición. Santiago. Año 2009. Pág. 23.

¹⁹ Sobre este punto también se ha señalado que: “La plena vigencia de los derechos de ciudadanía al interior de la empresa requiere como condicio sine quanon, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. En la práctica, los derechos fundamentales no pasan de ser meras entelequias en tanto los mecanismos de tutela de los mismos sean insuficientes o no funcionen adecuadamente o en la dirección correcta”, MELIS VALENCIA, CRISTIAN, Ob. Cit. Pág. 71.

²⁰ Mensaje Presidencial N° 43.580.

apercibimiento de multa, incluidas las indemnizaciones que procedan, dentro de las cuales entendemos comprendida las por daño moral²¹.

4.2. El procedimiento de tutela como instrumento efectivo de los funcionarios públicos para el amparo de sus derechos fundamentales inespecíficos

Pese a que el procedimiento de tutela por vulneración de derechos fundamentales es en nuestra legislación laboral noble, su aplicación en lo que se refiere a la resguardo de los derechos fundamentales inespecíficos de los funcionarios públicos ha sido un tarea no exenta de polémica, y que ha requerido de esfuerzos compartidos de los diversos operadores del derecho, siendo la labor desarrollada al efecto tripartita, y por cierto, loable.

Por un lado, ha sido la doctrina laboral y administrativa los que han abogado por aplicación de la doctrina de la “Ciudadanía en la Empresa” a la relación de los funcionarios públicos para con el Estado empleador, que unido a la labor realizados por los abogados laboristas, operadores prácticos del derecho, quienes mediante la interposición de denuncias de tutelas por vulneración de derechos fundamentales ante los Juzgado del Trabajo, siendo los titulares de los derechos vulnerados funcionarios públicos, quienes han dado el punta pie inicial, para que la judicatura laboral sostenga hoy los funcionarios públicos son titulares del derechos laborales inespecíficos y que ellos tiene expresa competencia para conocer de la denuncias que ellos realicen frente a su conculcación a través del procedimiento de tutela laboral.

Sin embargo, esta no ha sido una labor exenta de dificultades, como anticipamos.

En efecto, durante mucho tiempo las puertas de los Juzgados del Trabajo estuvieron cerradas para los funcionarios públicos, cuando ellos recurrían a éstos solicitando el amparo jurisdiccional frente a la vulneración, conculcación, o amenaza de los derechos fundamentales inespecíficos de que eran titulares frente actos u omisiones del Estado empleador de que estaban siendo víctimas.

Un primer argumento, era que correspondía a la Contraloría General de la República conocer de estas materias en particular, dicho se órgano se presentaba como el dotado de competencia para conocer de la vulneración de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, existiendo para ello el recurso contemplado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo.

Ahora, no se puede desconocer que el ente contralor ha actuado eficazmente, ejerciendo sus funciones y cumpliendo su cometido, el problema es que por diseño normativo la Contraloría General de la República no es un ente jurisdiccional, por lo que sus decisiones no están dotadas del efecto de cosa juzgada, careciendo de imperio para poder solicitar el cumplimiento coercitivo de lo resuelto, lo que evidentemente genera un problema de orden práctico cuando el propósito es lograr el acatamiento real y efectivo de lo resuelto por el órgano contralor, quien deberá necesariamente recurrir a la justicia ordinaria para logro de dicha finalidad.

Un segundo argumento, era la doctrina de la incompetencia absoluta sustentada por la Excelentísima Corte Suprema vía recursos de unificación de jurisprudencia, quién sostenía que los Juzgados del Trabajo carecían de competencia atendido el factor materia para conocer de las demandas que presentasen los funcionarios públicos a través de procedimiento de tutela por la vulneración de sus derechos fundamentales inespecíficos^{22 23}.

²¹ Ver artículo 495 del Código del Trabajo.

²² Ver en sentido las siguientes sentencias de la Excelentísima Corte Suprema: 5 de octubre de 2011, autos laborales rol número 1972-2011; 8 de agosto de 2012, autos laborales rol número 8680-2011; 3 de octubre de 2012, autos laborales rol número 12.712-2012; y 6 de mayo de 2013, autos laborales rol número 9381-2012, los cuales pueden extraerse de página web www.pjud.cl

²³ Para ver sentencias dictado por los Juzgados del Trabajo en primera instancia y por las Cortes de Apelaciones conociendo recurso de nulidad puede consultarse GONZALEZ BASTIAS, ALFREDO, *Tutela de Derechos Fundamentales de los Funcionarios de la Administración*

Se argumentaba, que de los artículos 1 del Código del Trabajo, y de los artículos 1,3, y 10 del Estatuto Administrativo, y 13 del Código Civil, se desprendería que los funcionarios públicos en su relación con el Estado se hallaban especialmente sometidos al Estatuto Administrativo y, en forma supletoria, a las normas del Código del Trabajo, pero sólo en los asuntos no regulados por dicho Estatuto y en la medida en que las normas del Código Laboral no fueran contrarias a las de esa normativa especial, señalándose que el propio Estatuto establece una regulación propia en torno a las calidades funcionarias que pueden formar parte de una dotación institucional, y en cuanto a las causales de expiración en los cargos de contratados; y sus disposiciones rigen con preferencia a quienes integran de la dotación administrativa del Estado en calidad de funcionario público, excluyéndose la aplicación del derecho laboral común en esos asuntos.

La tesis referida, esgrimía también como argumento la aplicación restrictiva del artículo 485 del Código del Trabajo.

En efecto, dicho precepto establece que procedimiento de tutela laboral sólo es aplicable respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores que allí se precisan esto es, aquellos que forman parte de la relación laboral en los términos de los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo y, en caso alguno, a la relación estatutaria a la que se someten los funcionarios públicos, cualquiera sea la calidad de ellos, cuyo contenido está dado por las disposiciones del Estatuto Administrativo y la legislación especial existente en la materia en comento.

Pues bien, fue de manos de la propia Excelentísima Corte Suprema, que la doctrina de la incompetencia absoluta fue echada por tierra, estimándose ahora que los Juzgados del Trabajo son competentes para conocer de la vulneración de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos a través del procedimiento de tutela laboral.

Lo curioso, es que el golpe de timón fue dado en esta materia por la Cuarta Sala del máximo Tribunal, que es la laboral, y no por la Tercera Sala, que es la constitucional.

Eduardo Soto Kloss nos señala sobre este punto que resulta reconfortante *“que la Corte Suprema haya “despertado” finalmente y se haya decidido a proteger los derechos de los funcionarios públicos a su empleador Estado (en su diversos organismos) y haya aceptado aplicar dicha tutela laboral a los empleados o trabajadores que sean regidos como un régimen estatutario (v.gr., entre otros, estatuto administrativo de los empleados civiles/ley 18.834, o para los empleados municipales/ley N°18.883)²⁴”*.

La sentencia emblemática en esta materia es la dictada con fecha 30 de abril de 2014 rol número 10972-2013 causa caratulada “Bussenius con Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud²⁵”.

Para fundar la tesis de la competencia de los Juzgados del Trabajo se argumenta que en materia del vulneración de derechos fundamentales de los funcionarios públicos recibe aplicación el Código del Trabajo, ya que se cumplen las condiciones del artículo 1 del citado cuerpo legal, esto es, se está en presencia de una materia que no se encuentra especialmente regulada en el Estatuto Administrativo ni ninguna ley especial de orden administrativo, y que además, no existe contradicción alguna, porque no se puede comprender como normas protectoras, como son la de tutela

Pública. Memoria de Prueba para el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago. Marzo. Año 2015. Pág. 33 y sgts.

²⁴ Ob. Cit. Pág. 7.

²⁵ Sentencia puede ser consultada en la página web www.pjud.cl. Posteriormente la Excelentísima Corte Suprema ha mantenido esta doctrina en sentencias posteriores, pudiendo consultarse al efecto sentencia de fecha 9 de julio de 2015, autos laborales rol número 24.388-2015, causa caratulada “Medina con Municipalidad de San Antonio”.

por vulneración de derechos fundamentales pueden ser contrarias a la legislación administrativa, al contrario, la vienen en definitiva a complementar y enriquecer.

En efecto, el ordenamiento administrativo no contempla ningún mecanismo jurisdiccional que le permita a los funcionarios reclamar el debido resguardo frente a la vulneración de un derecho fundamental de que es titular y que éste siendo conculcado por el Estado empleador, por lo que el procedimiento de tutela laboral viene a suplir dicho vacío, y cumplir una eficaz función protectora²⁶.

Un segundo argumento, está dado por una lectura adecuada del artículo 485 del Código del Trabajo, que cuando se refiere a la afectación de los derechos fundamentales de los trabajadores no solamente comprende a aquellos regulados por el Código del Trabajo, sino que también abarca a los funcionarios públicos cuando se encuentran en las hipótesis que contempla dicho cuerpo legal, excluir a los funcionarios públicos de su aplicación vendría a constituir una discriminación arbitraria, que carece de sustento normativo y sería inconstitucional.

En consecuencia, al realizarse una interpretación amplia del concepto de “trabajador”, comprensivo para estos efectos de los funcionarios públicos, el problema que se suscite con ocasión de la vulneración de un derecho fundamental de un funcionario público por parte del Estado empleador, es un conflicto entre empleador y trabajador por aplicación de normas laborales, por lo que queda comprendido en el artículo 420 letra a) del Código del Trabajo, norma que regula las materias de los cuales puede conocer la judicatura laboral, dentro de la cual está la que hemos hecho

²⁶ Sobre este punto la sentencia aludida precedentemente señala que:

11º) Que, si bien el inciso segundo del artículo 1º del Código del Trabajo excluye de la aplicación de sus normas a las personas que indica, en la medida que se encuentren sometidas por ley a un estatuto especial, cuyo es el caso de los funcionarios de la Administración del Estado como el demandante, según se ha anotado precedentemente, lo cierto es que el inciso tercero de la referida norma prevé la posibilidad de que a “los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente”, les sean aplicables las normas del Código del Trabajo, si concurren los siguientes requisitos, copulativos, a saber, que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos y, en seguida, que ellas no fueren contrarias a éstos últimos.

12º) Que, en relación al primero de los requisitos antes señalados, es posible establecer que revisadas las disposiciones del citado Estatuto Administrativo no se advierte que contenga normas que regulen un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo. En efecto, el procedimiento especial de reclamo consagrado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo, al que ha aludido la demandada, es un recurso de carácter administrativo que conoce la Contraloría General de la República, por vicios de legalidad que pudieren afectar los derechos conferidos a los funcionarios en dicho Estatuto. Lo anterior significa que el funcionario no tiene acceso a la jurisdicción, sino sólo a la revisión administrativa del órgano contralor; cuestión esencial que hace que ambos procedimientos no resulten homologables, sin perjuicio que, además, la materia objeto del reclamo administrativo se limita a los vicios o defectos de que pueda adolecer un acto administrativo, en circunstancias que el procedimiento de tutela laboral comprende cualquier acto ocurrido en la relación laboral que, como consecuencia del ejercicio de las facultades del empleador, implique una lesión en los derechos fundamentales del trabajador, en los capítulos que especifican los incisos 1º y 2º del artículo 485 del Código del Trabajo.

Por otra parte, la recurrente no ha precisado su afirmación en cuanto a que el “conocimiento jurisdiccional (de los hechos denunciados por el demandante) corresponde al juzgado civil pertinente”.

En consecuencia, las reflexiones precedentes conducen a sostener que se cumple el primer requisito previsto en la norma, cual es que exista un vacío legal en el estatuto especial, respecto de una materia o aspecto que sí se encuentra regulado en el Código del Trabajo, como es el procedimiento de Tutela Laboral a través del cual se busca proteger al trabajador; por la vía jurisdiccional, en el goce o disfrute de sus derechos fundamentales en el ámbito del trabajo.

13º) Que, tocante al segundo requisito previsto en el inciso tercero del artículo 1º del Código del Trabajo, que exige que las normas que habrían de aplicarse en forma supletoria no sean contrarias a las disposiciones del estatuto especial, es menester señalar que tampoco se encuentra en el Estatuto Administrativo algún capítulo o norma que pugne con la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos y, es que no se advierte cómo normas protectoras de dichos derechos podrían ser incompatibles con lo dispuesto en el estatuto especial que rige a aquellos funcionarios, toda vez que es dable asumir que el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios que trabajan en la Administración del Estado.

Se equivoca, pues, la demandada, al pretender contraponer lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 18.575, que establece que el personal del Estado se regirá por las normas estatutarias en cuanto al ingreso, deberes, derechos, responsabilidad administrativa y cesación de funciones, con el procedimiento de tutela laboral, toda vez que este último tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral y, en ningún caso, modificar u obviar el estatuto laboral que rige a los funcionarios públicos, respecto de quienes lo que se pretende es aplicar—cualesquiera sean las características del régimen de trabajo—un mismo estándar en cuanto al respeto de los derechos fundamentales por parte del empleador.

En consecuencia, satisfechos los requisitos establecidos en el inciso tercero del artículo 1º del Código del Trabajo, no resulta existir inconveniente para la aplicación supletoria de las normas que se consagran en el párrafo 6º del Título I del Libro V del referido cuerpo legal, respecto de la tutela de derechos fundamentales, a los funcionarios que se encuentran sujetos al Estatuto Administrativo”.

referencia precedentemente^{27 28}.

A lo expuesto, debemos agregar que la tesis que estima competentes a los Juzgado del Trabajo para conocer de las denuncias por vulneración de derechos fundamentales de los funcionarios públicos es armónica con los criterios de interpretación con deben necesariamente interpretarse esta tipología de derechos.

Uno de estos criterios es el principio hermenéutico onocido como “*favor persona*”, “*pro cives*” o “*pro homine*”, conforme al cual, en caso de duda, debe necesariamente optarse por aquella

²⁷ La sentencia citada de fecha 30 de abril de 2013 rol número 10972-2013 señala sobre el particular que:

14°) Que, la conclusión anterior guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo, que establece que el procedimiento de Tutela Laboral “se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores”. En efecto, el lenguaje utilizado en el inciso tercero del artículo 1° del cuerpo legal citado, no deja lugar a dudas en cuanto a que los funcionarios públicos son considerados también trabajadores, toda vez que luego de enunciarse, en el inciso segundo, los órganos a los cuales no se les aplicarán las normas del Código del Trabajo -entre los que se menciona a los funcionarios de la Administración del Estado, del Congreso Nacional, del Poder Judicial y de las empresas del Estado- se indica en el inciso tercero, “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código”, sin hacer distinción de ninguna especie en cuanto al tipo de entidad a que se refiere el inciso segundo.

Lo anterior está en concordancia, además, con la forma en que es concebida la excepción a la regla del inciso primero del artículo 1° del cuerpo legal citado. La regla del inciso primero es una de carácter general, por la que se sujeta las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores a las normas del Código del Trabajo y la excepción contenida en el inciso segundo, se refiere a una situación particular, que excluye a determinados trabajadores de la norma general. Así, el inciso segundo establece que “estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado”, lo que quiere decir que, no obstante ser éstos trabajadores quedarán sometidos en sus relaciones con el Estado, a la ley especial que los regule. La expresión sin embargo, utilizada en este contexto, es ilustrativa y permite reforzar lo que se viene diciendo, ya que implica que aun cuando la hipótesis es la reseñada en el inciso primero -es una relación laboral entre empleador y trabajador- se establecerá respecto de ella una solución distinta. Entenderlo de otra manera, haría inútil la expresión en comento.

15°) Que las reflexiones precedentes permiten descartar la interpretación que del artículo 3° letra a) del Código del Trabajo hace el recurrente, así como la mención al artículo 4° del mismo cuerpo legal. En efecto, una vez entendido que la relación entre el funcionario público y el Estado es una relación laboral, aunque sujeta a un estatuto especial, no resulta procedente privar a los primeros de un procedimiento que está llamado a determinar el cumplimiento o la vigencia de derechos fundamentales en la relación de trabajo, por el sólo hecho de que las referidas normas asocian el término empleador a un contrato de trabajo -y no a un decreto de nombramiento- o se refieran al empleador como a un gerente o administrador, olvidando que el Estado, en su relación con los funcionarios que se desempeñan en los órganos de la Administración, ejerce funciones habituales de dirección -términos que utiliza el artículo 4° citado- como lo hace todo empleador; lo que no es incompatible con el hecho de que se trate de órganos destinados a desempeñar una función pública.

Desde esta perspectiva, entonces, tampoco existe impedimento para aplicar las normas de Tutela a los funcionarios de la Administración del Estado, en la medida que su ámbito de aplicación abarca o comprende a todos los trabajadores sin distinción, calidad que -como se dijo- también poseen los referidos funcionarios.

16°) Que, así las cosas, debe concluirse que el Juzgado de Letras del Trabajo es competente para conocer de la demanda de autos, toda vez que el artículo 420, letra a) del Código del Trabajo, lo habilita para conocer las “cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores, por aplicación de las normas laborales” y la acción de tutela laboral, ejercitada por un funcionario público que denuncia una conducta de su empleador que, a su juicio, afecta sus derechos fundamentales es, precisamente y a la luz de lo preceptuado en el artículo 485 del Código del Trabajo, una de aquellas “cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales”, que la referida judicatura está llamada a resolver, conforme a la interpretación de la normativa laboral que aquí se ha venido desarrollando.

No es baladí para la interpretación que se efectúa, el especial significado que reviste la consagración de un instrumento de defensa de derechos fundamentales al interior de la relación laboral, que el trabajador aprecie le son desconocidos o lesionados por el empleador en el ejercicio de sus facultades, derechos de aquellos consagrados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, en los capítulos que especifica el inciso primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo. Se trata en definitiva, como señalaba el mensaje presidencial antes citado, “del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas”, para lo cual ha de tenerse presente que “su vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino también y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos”.

Así las cosas, atendida la entidad y naturaleza de los derechos que por esta vía se pretende proteger; los que según también se dijo, deben considerarse “inviolables en cualquier circunstancia”, no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos, particularmente si se toma en consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de las relaciones del Estado con sus trabajadores, siendo éste un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador.

Es menester destacar que el Estatuto Administrativo ha sido modificado por leyes recientes para consagrar la vigencia del derecho del funcionario a no ser discriminado por el empleador -artículo 17 inciso 2°- y ha reconocido su dignidad como persona humana, prohibiendo todo acto entre los mismos compañeros de labores en que ésta se vea afectada. Ello confirma que la Administración del Estado no es ajena al compromiso de velar porque los derechos fundamentales de los funcionarios sean respetados y conduce a promover una interpretación que permita integrar las normas del Código del Trabajo que estén orientadas a hacer posible, en los hechos, el ejercicio de tales derechos.

17°) Que, lo antes reflexionado permite sostener que el fallo impugnado, al hacer una interpretación restrictiva de los artículos 1°, 420 y 485 del Código del Trabajo, en relación a las normas del Estatuto Administrativo examinadas, en virtud de la cual establece que a los funcionarios públicos no les resulta aplicable el procedimiento de tutela laboral contemplado en el Código del Trabajo y, en consecuencia, que los Juzgados Laborales son incompetentes para conocer de las acciones que ellos deduzcan para denunciar la vulneración de sus derechos fundamentales en el ámbito de trabajo, se aparta de la interpretación que esta Corte estima correcta y, en consecuencia, se debe proceder a unificar la jurisprudencia en el sentido anotado en los motivos anteriores.

²⁸ Puede verse también siguiendo la misma doctrina sentencia de fecha 21 de octubre de 2014, autos laborales rol número 3515-2014, de la Excelentísima Corte Suprema, la que puede consultarse en el página web www.pjud.cl

solución interpretativa que resguarde eficazmente y proteja adecuadamente el respectivo derecho fundamental. En este sentido, se ha señalado que debe darse una interpretación: “*que optimice los derechos fundamentales, dando preferencia a la interpretación que más fuerte despliegue la eficacia jurídica de la norma*”²⁹.

Del principio *favor persona* o *pro homine*, emana la directriz interpretativa “*favor debilis*”, que exige que “*en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto, es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones*”³⁰.

Por último, la doctrina en cuestión es aquella que mejor se adapta a lo dispuesto por la Constitución Política de la República de Chile de 1980, en cuanto nos señala que el Estado está al servicio de la persona debiendo crear las condiciones tanto materiales como espirituales para el cumplimiento de dicha finalidad, artículo 1°, y que la soberanía reconoce como límites el respeto y protección de los derechos humanos reconocidos tanto por la Carta Fundamental como por los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile.

Claramente, la solución de aceptar que los Tribunales del Trabajo son competentes para conocer de la vulneración de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos a través del procedimiento de tutela laboral implica interpretar el ordenamiento jurídico infra constitucional conforme y según prescriben tanto la Constitución como los instrumentos internacionales, lo que trae consigo rescatar el carácter de persona y ciudadano del funcionario público en su relación estatutaria para con el Estado empleador, y como tal titular de derechos fundamentales inespecíficos oponibles a éste y de eficacia horizontal, y que a falta de un instrumento propio que provea la legislación administrativa en particular, no debe merecer reproche alguno que se acuda al procedimiento laboral de tutela por vulneración de derechos, que deben ser conocidos por la judicatura laboral.

CONCLUSIONES

- a) A los funcionarios públicos se le ha reconocido hoy en Chile la calidad de titulares de derechos fundamentales inespecíficos oponibles al Estado empleador, dotados de eficacia horizontal e inmediata;
- b). Para la debido resguardo de los derechos fundamentales inespecíficos de los funcionarios públicos se le permite acudir al procedimiento de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales que contempla la legislación laboral, habida consideración de que Estatuto Administrativo no contiene ningún mecanismo especial y propio para dicha finalidad;
- c). El problema que se suscita es que a través del procedimiento de tutela laboral solo pueden cautelarse los derechos fundamentales taxativamente protegidos por dicho procedimiento, de forma tal, que cuando se conculque a un funcionario público un derecho fundamental no comprendido en dicho catálogo, volveríamos al status anterior, esto es, al empleo de las mecanismos tradicionales que el ordenamiento jurídico contempla al efecto, los cuales como hemos visto, han devenido en insuficientes, principalmente por erróneas interpretaciones jurisprudencialmente, las cuales muchas veces desconocen la teoría de los derechos fundamentales, y el derecho constitucional en sí, realizando interpretaciones restrictivas y abiertamente contrarias a los principios constitucionales más básicos, debiendo legítimamente aspirar que acciones cautelares de los derechos fundamentales, como es el recurso de protección, sean empleados y fallados adecuadamente por los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país, ya que ello en definitiva redundaría en un eficaz tutela de ellos.

²⁹ NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Editorial Librotécnica. Santiago. Año 2006, Pág. 377

³⁰ NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO, Ob. Cit., Pág. 377.

BIBLIOGRAFÍA

CASAL H, JESÚS MARÍA, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*. Editorial Legis. Primera Edición Año 2010. Venezuela.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *La Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos*. Fundación de Cultura Universitaria. Uruguay. Año 2004.

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *Los derechos del trabajador en la Constitución Chilena*, en *Derechos Fundamentales Homenaje al Profesor Patricio Novoa Monreal*, Anuario del Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004. Santiago. Año 2004.

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. *Fundamentos de Derecho del Trabajo*. Editorial Lexis Nexis. Santiago. Año 2008.

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *Trabajo y Derecho*, Abelado Perrot Legal Publishing, Santiago, año 2010.

GONZÁLEZ BASTÍAS, ALFREDO, *Tutela de Derechos Fundamentales de los Funcionarios de la Administración Pública*. Memoria de Prueba para el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago. Marzo. Año 2015.

LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, “*Interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena*”. Editorial Conosur. Santiago, 1998.

MELIS VALENCIA, CRISTIAN, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Editorial Legal Publishing. Abelado Perrot. Santiago, Año 2009.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Editorial Librotecnia. Santiago. Año 2006.

PEREIRA LAGOS, RAFAEL, *Comentario a Sentencia Laboral de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 6 de mayo de 2013, autos rol número 9381-2012*, en *Revista de Derecho y Seguridad Social*. Volumen IV-2013. Pág. 131 y sgts.

SOTO KLOSS, EDUARDO, *Acción de protección y acción de tutela laboral. El amparo de los derechos de los funcionarios públicos (Acerca de algunos fallos de unificación de jurisprudencia)*, en *Gaceta Jurídica*, Thomson Reuters, Santiago, Año 2015, Agosto, N° 422, pág. 9 y sgts.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, *Los derechos fundamentales y las relaciones laborales: en el mundo de las palabras*. *Derechos Fundamentales Homenaje al Profesor Patricio Novoa Monreal*. Anuario del Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 3/2004, Santiago. Año 2004.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, *El Nuevo Derecho del Trabajo*. Editorial Lexis Nexis. Santiago. Año 2007.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, *Tutela de derechos fundamentales del trabajador*. Editorial Legal Publishing. Segunda Edición. Santiago. Año 2009.

LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL. SU ORIGEN, ASPECTOS PROCESALES, SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA IDENTIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE SUS DISPOSICIONES

THE NOTORIA POSSESSION OF THE CIVIL STATE. ITS ORIGIN, FORMAL ASPECTS, ITS RELATIONSHIP WITH THE PRINCIPLE OF THE IDENTITY AND CONSTITUTIONALITY OF ITS NORMATIVE ARTICLES

RODRIGO JARA LARA*

Resumen: En este artículo se aborda un tema de constante controversia en los tribunales de justicia, lo relativo a la posesión notoria del estado civil, analizando su origen y evolución, buscando determinar su naturaleza jurídica, si se trata de una institución o un medio de prueba, si su primacía por sobre las pruebas biológicas son acordes a nuestra Carta Fundamental, y la eventual colisión de derechos. Analizar las distintas Faz que comprende el derecho a la identidad y su relación con la posesión notoria del estado civil. Finalmente, se tratará la forma procesal de alegarla ¿Es posible alegar la posesión notoria del estado civil como fundamento de una acción de reclamación o impugnación?

PALABRAS CLAVE: Posesión notoria - estado civil - reclamación - impugnación.

Abstract: *This article addresses an issue of constant controversy in courts of law, concerning the possession of notorious civil status, analyzing its origin and evolution, seeking to determine its legal nature, is it an institution or a means of proof?, If the primacy of biological tests are in accordance with our Charter, and the possible collision of right. We will analyze the different aspects that comprise the right to identity and its relation to the notorious possession of civil status. Finally, it is the procedural way of claiming Is it possible to allege the possession of notorious civil status as the basis of a claim action or challenge?*

KEY WORDS: *Notorious possession - civil status - claim - challenge.*

*Abogado Universidad de Concepción. Magister en Derecho Privado en la Universidad Nacional de Rosario Argentina. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Talca. Dirección Postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 1332, Concepción, Chile. Correo electrónico: rodrigojaralara@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto dilucidar la constitucionalidad de las normas relativas a la posesión notoria de estado civil, y asimismo, determinar si constituye un medio de prueba, como lo dispone el artículo 200 del Código Civil, o en su caso constituye el fundamento para la constitución de un estado civil, sea por la vía de la acción o de la excepción.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley 19.585 no existía ninguna duda de que se trataba de un medio supletorio de prueba, su finalidad era precisamente sustituir la ausencia de partidas, y teniendo además presente, que estaba restringida la investigación de la paternidad, ya que no existían acciones concretas que permitieran reclamarla en caso de negativa del padre o madre. Es decir, la posesión notoria podía ser un medio adecuado para determinar la filiación, en la medida que no existiera la respectiva partida.

Con posterioridad a la Ley 19.585, se permite el uso de pruebas periciales biológicas, particularmente la de ADN que es la más utilizada, por ello cabe preguntarnos si efectivamente es un “medio de prueba”, que tenga por objeto comprobar la veracidad de un hecho o si se trata de una institución.

Para poder analizar dichos aspectos, resulta esencial referirse al Derecho a la Identidad, las distintas faz que la comprenden, su calidad de derecho humano y de derecho que se encuentra consagrado por nuestra Constitución, y finalmente determinar la relación que existe entre este principio y la posesión notoria del estado civil. Dentro de este último aspecto, referiremos a cuál de la faz del derecho a la identidad es la que puede entrar en colisión con la posesión notoria del estado civil.

Por ello, este artículo tiene por finalidad intentar dilucidar tres aspectos:

- a. La constitucionalidad de las normas sobre posesión notoria de estado civil, la eventual colisión de la faz dinámica y estática del Derecho de la Identidad y cuál de las dos debe prevalecer en caso de conflicto.
- b. Si la posesión notoria de estado civil es un medio de prueba o una institución.
- c. y, en su caso, si puede servir de fundamento para el reclamo de una filiación, o la impugnación, ya sea por la vía de la acción o de la excepción.

Para estos efectos, comenzaremos analizando los aspectos generales de la posesión notoria del estado civil, para luego tratar la constitucionalidad de la posesión notoria del estado civil, para finalmente referirnos, en el evento de estimarla ajustada a derecho, ¿cómo se debería reclamar la posesión notoria de estado civil?

I. ASPECTOS GENERALES

1. Evolución histórica

La posesión notoria del estado civil, fue establecida como un medio supletorio de prueba, para acreditar los estados civiles de hijo, padre o madre y de matrimonio, o en específico de la calidad de cónyuges, debía durar 10 años y debía acreditarse por un conjunto de testimonios que la establecieran de un modo irrefragable.

En su origen, a través de ésta, sólo se podía probar la posesión notoria de hijo legítimo, y debía ser referida a ambos padres, por tratarse de un hijo proveniente del matrimonio, pero no era posible, probar a través de este medio, la calidad de hijo natural, que se sujetaba, en ese entonces, a las reglas del título XII del libro I del Código Civil, ni la de simplemente ilegítimo, que sólo confe-

ría derecho de alimentos, ya que debían sujetarse a las reglas del antiguo artículo 280.

Sin embargo, con la dictación de la Ley 10.271 se permitió la adquisición de la calidad de hijo natural a través de la posesión notoria, al establecer en su Artículo 271 “Son hijos naturales:” número 3 “3.o.- Los que hubieren poseído notoriamente, a lo menos durante quince años consecutivos, la calidad de hijo respecto de determinada persona”. Es decir, en un concepto muy similar a la posesión notoria de la calidad de hijo legítimo, pero exigiendo un plazo mayor. La Ley 16.952 de 1968 redujo este plazo de 15 a 10 años.

Es necesario recordar que la nomenclatura original del Código Civil Chileno, promulgado en el año 1855, distinguía entre: a.- Hijos Legítimos, b.- Hijos Naturales, c.- Hijos simplemente Ilegítimos.

- a. Hijos Legítimos: Que eran los concebidos dentro de matrimonio verdadero o putativo de sus padres. Dentro de estos también se consideraba a los hijos legitimados, que eran los que habiendo sido concebidos con anterioridad al matrimonio de sus padres, se transformaban en legítimos por el matrimonio posterior de ellos.
- b. Hijos Naturales: Son los que habían sido reconocidos por el padre o la madre o por ambos, pero que no surgen de la unión matrimonial. Los padres de estos hijos naturales, en principio, podían contraer matrimonio pero no lo hacían, ya que de lo contrario estarían en la categoría de dañado de ayuntamiento.

De acuerdo a las siete partidas de Alfonso X “los hijos que no nacen de casamiento según ley, así como los que hacen en las barraganas”¹ la Ley 2 del título XVII indica: “Ley 2: Naturales son llamados los hijos que tienen los hombres de las barraganas”².

De acuerdo al título 14 Ley I de las siete partidas, barragana “tomó este nombre de dos palabras, de barra, que es de árabe, que quiere tanto decir como fuera, y gana que es de ladino, que es por ganancia; y estas dos palabras juntadas en uno quieren tanto decir como ganancia que es hecha fuera de mandamiento de la iglesia, y por ello los que nacen de tales mujeres son llamados hijos de ganancia”³.

También se distinguían dentro de los hijos naturales, los denominados hijos De dañado de ayuntamiento, dentro de los cuales estaban:

1. Hijos adúlterinos: Son los que habían sido concebidos en adulterio. Se llaman también fornecinos, que nacen de adulterio, y que no pueden ser llamados naturales porque son “hechos contra la ley y contra razón natural” (siete partidas título 15 Ley I)⁴.
2. Hijos Incestuosos: Los concebidos por padres que tenían una relación por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta o por consanguinidad en la colateral en el segundo grado (hermanos).
Tampoco son naturales porque son “hechos contra la ley y contra razón natural” (siete partidas título 15 Ley I).
3. Hijos Sacrílegos: Son aquellos, en que uno de sus padres, era clérigo de órdenes mayores o personas ligadas por voto solemne de castidad, en orden religiosa reconocida por la Iglesia Católica.

¹ Alfonso X El Sabio “*Las siete partidas*”, librodot, recurso informático, <http://dspace.utalca.cl/handle/1950/6543>, página 89.

² Alfonso X El Sabio, *Ibidem*.

³ Alfonso X El Sabio, *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

- c. Hijos Simplemente ilegítimos: Que son aquellos, que no tenían filiación determinada, de ninguno de sus padres.

Al tiempo de la dictación del Código Civil, los registros eran llevados por la Iglesia Católica, lo que perduró hasta la dictación de la Ley de Registro Civil. Se señala, que en general estos registros eran bien llevados, pero había personas que no se incorporaban en los mismos, fundamentalmente por ser reacios a someterse a la Iglesia o por mera desidia.

Esto genera un primer problema, que no todas las personas habían sido incorporadas en los registros, lo que se unía al hecho de que muchos de los partos ni siquiera se producían en los hospitales, lo que también debe relacionarse con los desastres naturales, tales como incendios o terremotos que podían llevar a la destrucción de los registros o de las partidas de los mismos. Por estos motivos era fundamental establecer la posesión notoria, como un medio de prueba para acreditar el estado civil de hijo, padre, madre o cónyuge

Si se analizan las razones que llevan a instaurar a la posesión notoria, podemos observar que existe en todos ellos un factor común, la inexistencia de la partida, lo cual es esencial para dilucidar ciertos aspectos procesales. En efecto, en la legislación anterior a la ley 19.585, se contemplaba a la posesión notoria como un medio supletorio de prueba, que permitía dar por constituido un estado civil, siempre que faltara la partida respectiva.

De hecho, dentro de las pruebas en contrario a la posesión notoria, se podía presentar la partida respectiva en la que constaba su estado civil, con lo cual no se podía dar por constituida la posesión notoria del estado civil.

Además, es necesario agregar que, la investigación de la paternidad estaba fuertemente limitada, no existían, propiamente, acciones de reclamación de filiación, sólo la citación a confesar paternidad, pero no se podía accionar en el evento que el padre o madre negare derechamente la paternidad, ni menos se podía recurrir al uso de pruebas periciales biológicas. Así, la posesión notoria podía constituir un medio para establecer la paternidad o maternidad.

En el mensaje presidencial que dio origen a la ley 19.585, se contemplaba, dentro de las acciones de reclamación de filiación, la siguiente disposición relativa a la posesión notoria de estado civil: Artículo 204 “Podrá declararse la filiación que resulte de la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona, siempre que hubiere sido debidamente acreditada en juicio y no se hubiere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico”. Es decir, de la interpretación de la norma, se permitía reclamar la filiación basándose en la posesión notoria, y además le daba mayor valor a las pruebas biológicas.

En el primer informe de la comisión constitución se modificó este segundo aspecto, y se resolvió darle mayor valor a la posesión notoria, aunque existiera contradicción con el nexo biológico. En el mismo informe y a pesar de la redacción del mensaje, se indica “El proyecto contempla la posesión notoria como medio de prueba de la filiación en el artículo 203”⁵, es decir ya no contemplada como fundamento para el ejercicio de una acción de reclamación de filiación, sino que como un medio de prueba para determinarla. Esta decisión es fundamental, en razón de la discusión que estamos planteando.

Esta decisión, además, modifica la naturaleza de la institución, debe recordarse que en su origen se refería a un medio supletorio de prueba, en cambio al darle un mayor valor a la posesión notoria por sobre la prueba pericial, ya no es supletoria sino que pasa a prevalecer sobre la verdad.

⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley 19.585”, www.bcn.cl página 383.

De hecho, la Ley 19.585, no mantuvo el artículo 311 del Código Civil referido a la posesión notoria del estado civil de hijo, derogándolo, a diferencia del estado de matrimonio, que si lo conservó en el artículo 310 del mismo texto legal.

2. Definición.

De acuerdo al inciso segundo del artículo 200 “La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal”.

3. Utilidad de la posesión notoria.

De acuerdo al artículo 200 inciso primero: “La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable” (Artículo 200 inciso primero).

En la legislación anterior a la 19.585, su utilidad se fundaba en suplir la inexistencia de un medio probatorio, la partida respectiva, y con posterioridad a la modificación, ya no se funda en esta inexistencia, sino que la de constituir o reforzar un estado filiativo, prueba de ello es el hecho que en caso de contradicción con las pruebas biológicas, prevalece la posesión notoria de estado civil.

Si de verdad se tratara de un medio supletorio de prueba, o medio de prueba, no podría en caso de contradicción prevalecer sobre la verdad, porque la prueba tiene por finalidad establecer la veracidad de un hecho y al hacerla prevalecer por sobre la biológica, precisamente se consolida un hecho que no es verídico, ya que determina como verdadero al padre, madre o hijo, que biológicamente no lo es.

Prueba de lo que venimos razonando se encuentra en la discusión de la ley, cuando se indica por la Ministro de Justicia Amira Esquivel: “Se declaró partidaria de reforzar el valor de la posesión notoria del estado civil, toda vez que los lazos afectivos y sociales, que pudieron llegar a establecer una determinada filiación, son, en ciertas circunstancias, tanto o más valiosos que el origen biológico”⁶.

4. Requisitos de la Posesión Notoria

a. Debe haber durado a lo menos 5 años continuos.

Es importante indicar que “la voz “a lo menos”, es un límite que no admite laxitud en su aplicación”⁷, mismo sentido que se ha aplicado en autos Rol 2248-2015 que se cita en éste artículo.

Cuando se refiere a 5 años continuos, no implica que debe ejercerse ininterrumpidamente durante ese lapso de tiempo, es decir, los 365 días del año, de manera tal que si por un viaje o por

⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley 19.585”, www.bcn.cl página 343.

⁷ Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/2441/2015, Corte Suprema, sentencia de fecha 4 de Mayo de 2015, Rol 2250-2015, pronunciada por cuarta sala por los Ministros integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., señor Carlos Cerda F., y los Abogados Integrantes señor Jorge Lagos G., y señora Leonor Etcheberry C. Fundamento séptimo.

otros motivos no puede ejercer dicha posesión notoria, ello no implica que no se configure.

“Que, respecto a la alegación efectuada en estrados por el abogado de la demandante, en orden a que en el caso de marras no se cumple con el requisito del plazo establecido en el artículo 200 del Código Civil, toda vez que la demandada permaneció privada de libertad y, por ende, no puede considerarse que la menor anteriormente individualizada haya detentado la posesión notoria de hija de aquella a lo menos durante cinco años continuos, es dable hacer presente, que estos juzgadores no comparten lo expresado en estrados por dicho letrado en orden a que el término “continuo” a que refiere la norma legal precitada deba entenderse como “ininterrumpidamente los 365 días del año”, toda vez que tal argumentación nos llevaría a concluir inequívocamente que bastaba tan sólo un día de ausencia durante los cinco años requeridos, para no cumplir con la exigencia legal; interpretación que estos juzgadores consideran del suyo extrema, pues tal ausencia puede ocurrir debido a múltiples factores como hospitalización, viaje, etcétera y no por ello la demandada dejó de proporcionarle el nombre, trato y fama”⁸.

b. Debe probarse por los hechos que la constituyen esto es: nombre, trato y fama.

El nombre se refiere a que haya sido conocido con el apellido del padre o madre a que se refiere la posesión notoria; trato, que haya sido tratado como hijo por el padre o madre; y la fama se refiere a que el resto de las personas, esto es deudos, amigos y vecinos, le hayan conocido como hijo del padre o madre a que se refiere.

La Corte de Apelaciones de Arica indica: “Esto es, que al presunto hijo se le conozca con el nombre y/o apellido de sus padres; que la forma de tratar a la persona sea familiar de la manera en que se trata comúnmente a un hijo y que en los círculos en que se desenvuelve socialmente sea reconocido y conocido como hijo de quien pide su reconocimiento”⁹.

c. Debe probarse por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.

Se ha resuelto por la Excelentísima Corte Suprema que este conjunto de antecedentes y testimonios “establece un alto estándar de convicción”¹⁰ mismo sentido que se ha aplicado en autos Rol 2250-2015 que se cita en éste artículo.

Esto implica que el conjunto de antecedentes y pruebas, deben ser convincentes, debe existir la más absoluta certeza que efectivamente se han configurado los tres elementos, lo cual debe ser establecido normalmente por varios medios probatorios. Esto es bastante curioso, porque a través de medios de prueba, estaríamos probando otro “medio de prueba”.

El fundamento que se transcribe, demuestra que la posesión notoria debe ser demostrada a través de otros medios de prueba: “Que la procedencia del instituto de la posesión notoria del estado civil de hijo requiere del cumplimiento de los requisitos legales y su debida acreditación en el juicio en el que se reclama una supuesta paternidad, toda vez que la ley exige probar la posesión notoria con un “conjunto de testimonios, antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable”. Tales exigencias plantean la interrogante acerca de la posibilidad que la posesión en cuestión sea justificada únicamente con el mérito de la prueba testimonial rendida, situación

⁸ Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/4061/2012, Corte Apelaciones de Arica, sentencia de fecha 26 de Marzo de 2012, Rol 18-2012. Fundamento cuarto.

⁹ Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/376/2013, Corte Apelaciones de Arica, sentencia de fecha 18 de Febrero de 2013, Rol 144-2012. Fundamento quinto.

¹⁰ Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/2440/2015, Corte Suprema, sentencia de fecha 4 de Mayo de 2015, Rol 2248-2015, pronunciada por cuarta sala por los Ministros integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., señor Carlos Cerda F., y los Abogados Integrantes señor Jorge Lagos G., y señora Leonor Etcheberry C. Fundamento séptimo.

que debe responderse negativamente de acuerdo al tenor literal del artículo 200 del Código Civil, que expresamente alude a estos elementos, es decir, requiere más de una sola prueba y esto para salvaguardar la armonía y no vulnerar ni contrariar lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 198 del Código del ramo, que prescribe la insuficiencia de la prueba testimonial por sí sola para establecer la paternidad o maternidad disputada”¹¹.

5. Contradicción entre la Prueba Pericial Biológica y la Posesión Notoria de Estado Civil.

Un punto esencial respecto a la posesión notoria, es que de acuerdo al Artículo 201 del Código Civil: “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras.

Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico”.

Como se puede vislumbrar, el legislador ha decidido dar preferencia a la posesión notoria de estado civil, por sobre las pruebas de carácter biológico, lo que se podría justificar, ya que lo que le interesa al legislador es la realidad social y, en definitiva, el interés superior del niño, el cuales se encuentra en el seno de una familia que le brinda protección, alimentación y amor, y ninguna prueba de carácter biológica puede alterar esta conclusión.

Así lo ha resuelto la Excelentísima Corte Suprema en diversos fallos:

“Que, en este mismo orden de ideas, se puede afirmar que el legislador prefiere la verdad social y al declarar que la acción de impugnación caduca en los plazos que establece, es evidente que la intención o espíritu de la Ley es hacer primar la estabilidad del estado filiativo ya adquirido, salvo la situación especial del artículo 208 del Código Civil. Por consiguiente, no es efectivo, como lo entiende el recurrente, que el factor biológico y, por ende, los resultados del examen de ADN, sean absolutos y determinantes para excluir la paternidad en estas materias” (Sentencia Corte Suprema de fecha 12 de Marzo de 2007 autos Rol 4679-06)¹².

“7° Que el hecho de no haberse llevado a efecto las pruebas periciales biológicas para determinar la filiación, no impide que el Tribunal la establezca fundándose en la posesión notoria del estado civil de hija por parte de la niña T.F.N.B., respecto de los demandados, pues, ni aun en el evento de haberse realizado tales exámenes y que el resultado hubiese indicado que el demandante es el padre biológico, debe darse preferencia a la posesión notoria del estado civil por sobre las pruebas periciales, tal como señala el fallo recurrido al citar el texto del inciso 1° del artículo 201 del Código Civil.

La Corte no advierte que se dé la circunstancia prevista en el inciso 2° del mismo artículo que autoriza dar prevalencia a la prueba biológica por sobre la referida posesión notoria del estado civil, pues, no se aprecia la existencia de alguna razón grave que autorice seguir tal predicamento.

8°.- Que, por otra parte, al resolver la cuestión debatida, debe tenerse presente el interés superior de niño, tal como prescribe el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, concepto que reitera el artículo 16 de la Ley N° 19.968. Al respecto conviene considerar, que los

¹¹ Jurisprudencia electrónica Thomson Reuters, Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de Febrero de 2012, Rol 9607-2011, pronunciada por por la Sala de Verano integrada por los Ministros Sres. Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., Héctor Carreño S., Guillermo Silva G. y Sra. María Eugenia Sandoval G. Fundamento Undécimo.

¹² Jurisprudencia electrónica, Legal Publishing, Cita online: CL/JUR/3380/2007, Apariciones: Revista Fallos del Mes 543, Marzo 2007, sentencia Corte Suprema de Justicia, de fecha 12 de Marzo de 2007, Rol 4679-2006, considerando quinto, pronunciada por la cuarta sala por los Ministros Sres. Orlando Álvarez, Urbano Marín y Patricio Valdés y los Abogados Integrantes Sres. Roberto Jacob y Oscar Herrera.

sentenciadores no divisan un beneficio para la niña en cuanto a llevarla a un nuevo entorno familiar, distinto y ajeno al que ha tenido toda su vida, pues, don Alfonso Noguera Lecaros la reconoció como hija el 11 de enero de 1.999 y que T.F.N.B. nació el 04 de abril de 1.998, es decir, ha compartido el hogar de los demandados desde antes de cumplir un año de vida” (Sentencia Corte Apelaciones de Santiago de fecha 26 de Mayo de 2010 autos Rol 2489-2009)¹³.

Como puede observarse de este fallo, la razón por la cual se prefiere la posesión notoria del estado civil, se encuentra en el interés superior del niño, pues implicaría llevarlo a un nuevo entorno familiar, en definitiva, a su verdadero entorno familiar.

La historia fidedigna del establecimiento de la Ley demuestra que, precisamente, el legislador prefiere a la verdad social lo que se hace patente en la posesión notoria del estado civil. Así se desprende de la discusión de la Ley, conforme a algunos pasajes que pasamos a exponer:

“La asesora del Ministerio de Justicia, doña Amira Esquivel Utreras, en el primer informe constitucional concordó, finalmente, en que es necesario producir un mayor equilibrio entre el origen biológico, como antecedente de una determinada filiación, y la posesión notoria de la calidad de hijo. Se declaró partidaria de reforzar el valor de la posesión notoria del estado civil, toda vez que los lazos afectivos y sociales, que pudieron llegar a establecer una determinada filiación, son, en ciertas circunstancias, tanto o más valiosos que el origen biológico”¹⁴.

“No obstante esta coincidencia, la Comisión declaró su inquietud por la prevalencia absoluta que el proyecto le asigna en relación con otro tipo de pruebas, debido a que hay ciertos casos en que la verdad biológica debe dejar paso a valores socialmente más importantes, como ocurre con la posesión notoria del estado civil. En casos como ciertas modalidades de la reproducción humana asistida, o incluso de adulterio cuando el hijo ha sido aceptado por el otro cónyuge, no le pareció lógico que, si la familia ha acogido al hijo en su seno, pueda cuestionársele su filiación, pese al daño que se le cause a él y a la unidad de la familia”¹⁵.

“En atención a que la conveniencia del hijo debe ser la primera consideración en esta materia, si obran graves razones en favor del resultado de las pericias biológicas, lo que ponderará el tribunal sobre la base del mérito del proceso, éstas prevalecerán en cambio por sobre la posesión notoria”¹⁶.

Esto último implica que la regla general es hacer prevalecer la posesión notoria, y sólo en caso de ser perjudicial al niño se preferirá la prueba biológica.

“Pero hay una cosa muy importante, por lo que ruego a los señores Senadores poner atención. La prueba biológica que estamos incorporando por primera vez no es la más relevante en materia de filiación, sino la que dispone el artículo 201, que dice: “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras”. Lo que ahora analizamos se aplica en el caso de que no haya “posesión notoria del estado civil”, expresión que define el artículo 200: “Posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal”. Entonces, la primera regla es otra vez la de la estabilidad de la familia o del grupo familiar, que es

¹³ Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, Cita online: CL/JUR/2995/2010, sentencia Corte Apelaciones de Santiago de fecha 26 de Mayo de 2010 autos Rol 2489-2009, Pronunciada por la Cuarta Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros señor Patricio Villarroel Valdivia, señor Jorge Zepeda Arancibia y la señora Pilar Aguayo Pino, Fundamento octavo.

¹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 343

¹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 383

¹⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 384.

lo que implica la “posesión notoria del estado civil”. Si esto no es aplicable, se practica la prueba pericial de carácter biológico. Y, en caso de negativa, no hay apremio, sino que sirve de base para una presunción judicial. Y no es una presunción de derecho. Y no puede serlo porque el mismo artículo 201 hace prevalecer la “posesión notoria del estado civil”. (5 Agosto de 1998 Senador Diez)¹⁷.

Josefina Bilbao, Ministra del SERNAM, señaló: “En el mismo ámbito, el Senado introdujo algunos ajustes tendientes a otorgar mayor equilibrio entre la prueba biológica y la posición notoria del estado civil cuando ambas circunstancias estuvieren en pugna. La posición notoria es una fuente del estado civil que constata los lazos afectivos y sociales que reconoce el derecho y que en determinadas oportunidades puede primar, incluso, sobre la verdad biológica, salvo que el interés del niño aconseje otra cosa” (Septiembre de 1998)¹⁸.

El Diputado Juan Bustos Señaló “Por último, está resguardado el interés superior del niño en concordancia con el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto se da preferencia a la posesión notoria del estado civil de hijo con que el niño ha sido tratado y bajo el cual ha construido su personalidad e identidad en caso de contradicción con pruebas periciales biológicas” (Septiembre de 1998)¹⁹.

A pesar de la utilidad de la presunción, en el sentido que proporciona estabilidad a la familia matrimonial, al impedir que se averigüe la verdad, no es menos cierto que, precisamente, es contrario a los propios principios que motivaron la dictación de la Ley N° 19.585, uno de los cuales era averiguar la verdad biológica, lo que a través de esta norma se impide. Además confunden un aspecto fundamental, que es que la identidad no se encuentra dada por la posesión notoria, como lo sostiene el Señor Bustos, sino que se encuentra determinado por el conocimiento de las relaciones familiares, biológicas, en definitiva del conocimiento de nuestros orígenes.

En el mismo sentido Paulina Veloso (Ministra Directora Subrogante del Servicio Nacional de la Mujer) señaló: “Otra de las formas graves de discriminación legal directa contra los nacidos fuera del matrimonio se genera cuando la Ley les niega la posibilidad de que se determine la filiación. De allí que el proyecto consagra el principio de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, con acceso a todo tipo de pruebas, incluidas las biológicas. Con ello se consagra el principio de la primacía de la verdad biológica, esto es, de la verdad real por sobre la formal, que existe actualmente en nuestro sistema”²⁰.

Sin embargo, esta distinción no es acorde con lo señalado en el Primer informe constitucional, por La asesora del Ministerio de Justicia, doña Amira Esquivel Utreras, “Resaltó que las bases fundamentales del proyecto descansan, por una parte, en la consagración legal del principio de igualdad ante la Ley y el cumplimiento de las convenciones internacionales sobre derechos humanos, y, en segundo lugar, en el establecimiento del principio de admisibilidad de la libre investigación de la paternidad y maternidad”²¹.

En conclusión y como muy bien lo expone Carlos Pizarro Wilson, respecto al artículo 201: “Este precepto, entonces, privilegia a la posesión de estado por sobre la verdad biológica. Se prefiere, en palabras del profesor Hauser y Huet Weiller, «la verdad del corazón, de los sentimientos, aquella que corresponde a la filiación vivida». La filiación genética o biológica pasa, en consecuencia, a un segundo plano. Siguiendo este precepto y al profesor Cornu podríamos decir que «el derecho de la filiación no es sólo un derecho de la verdad. Es también, en parte, un derecho de la vida, del interés del niño, de la paz de las familias, de las afecciones, de los sentimientos morales,

¹⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 1149.

¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 1253

¹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 1268

²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 167.

²¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n.5) p. 341.

del orden establecido de los tiempos pasados»²².

En esta discusión, podemos encontrarnos frente a la colisión de dos principios resguardados constitucionalmente, por los tratados internacionales, el principio de la libre investigación de la paternidad y el principio del interés superior del niño, por lo cual es necesario determinar cuál debe prevalecer en caso de conflicto.

II. CONSTITUCIONALIDAD DE LA POSESIÓN NOTORIA DEL ESTADO CIVIL

1. Disposiciones Legales.

Artículo 201 del Código Civil dispone: “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras.

Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico”.

2. Análisis del Problema.

La posesión notoria del estado civil “consiste en gozar de un estado civil a la vista de todos y sin protesta ni reclamo de nadie. Él se traduce en las tres palabras latinas “nomen, tractus, y fama”.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 19.585, la posesión notoria de estado civil de hijo legítimo se encontraba establecida en el artículo 311 del Código Civil, el cual fue derogado de la Ley N° 19.585, ya que la hipótesis de posesión notoria comenzó a ser regulada en el artículo 201 del Código Civil. Por estas razones el artículo 310 mantuvo las reglas de posesión notoria de estado de matrimonio.

La posesión notoria del estado civil, ha sido mantenida en las disposiciones del Código Civil, a pesar de las nuevas normas que dan prevalencia a la verdad real por sobre la material. De hecho, no es efectivo que el legislador prefiera la verdad real, precisamente esta institución es un claro ejemplo de ello, siendo la frase “preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico” una clara demostración de que el legislador prefiere la verdad social.

En el caso específico, si existe un juicio de impugnación de filiación, y el demandado ha gozado por más de 5 años de la calidad de hijo, comprobándose a través de nombre, trato y fama, podrá oponer, como una especie de excepción a la demanda, la posesión notoria de estado civil. En este caso, el juez debería desechar la demanda, salvo que fuere inconveniente para el hijo hacer prevalecer la posesión notoria.

3. Interés Protegido por el Legislador.

Al momento de discutirse el proyecto de Ley, en el primer informe de la comisión Constitución, la Directora del SERNAM Amira Esquivel, se declaró partidaria de reforzar el valor de la posesión notoria del estado civil, “toda vez que los lazos afectivos y sociales, que pudieron llegar

²² PIZARRO WILSON, CARLOS “*Algunas consideraciones en torno a la determinación y acciones de filiación en la ley 19.585*”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 5, número 2, 1999, Página 17, Universidad de Talca, Talca, Chile

a establecer una determinada filiación, son, en ciertas circunstancias, tanto o más valiosos que el origen biológico”.

Los intereses protegidos, en consecuencia serían, en primer término, la verdad social, lo que se traduce en mantener el status que el hijo detenta, manteniendo su nombre y sus relaciones y; en segundo término, el interés superior del hijo, ya que mantener esta situación le beneficiaría y en caso contrario, se da preferencia a las pruebas de carácter biológico.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha resuelto “Cuarto: Que el derecho a la identidad es una de las bases esenciales que inspiran el nuevo estatuto filiativo y se expresa normativamente, entre otros, en el artículo 195 del Código Civil, al consagrar el derecho a la libre investigación de la paternidad o maternidad, con miras a la búsqueda de la verdad real o biológica sobre la verdad formal. Con esta inspiración las pruebas periciales de carácter biológico son fundamentales para determinar la identidad de una persona como un derecho esencial. Sin embargo, el legislador reconoce excepciones a la búsqueda de esa verdad, haciendo primar la posesión notoria de estado civil si ella es contradictoria con la realidad biológica, facultando al juez para decidir lo contrario en aras de respetar el interés superior del niño, si existe grave inconveniente para este último.

Quinto: Que, en este mismo orden de ideas, se puede afirmar que el legislador prefiere la verdad social y al declarar que la acción de impugnación caduca en los plazos que establece, es evidente que la intención o espíritu de la Ley es hacer primar la estabilidad del estado filiativo ya adquirido, salvo la situación especial del artículo 208 del Código Civil. Por consiguiente, no es efectivo, como lo entiende el recurrente, que el factor biológico y, por ende, los resultados del examen de ADN, sean absolutos y determinantes para excluir la paternidad en estas materias” (Sentencia de fecha 12 de Marzo de 2007, autos Rol 4679-2006, Cuarta Sala Corte Suprema)²³.

Este fallo demuestra que los 2 intereses protegidos son la verdad social o identidad social y el interés superior del hijo, siendo en definitiva estas las razones que llevan al legislador a proteger la posesión notoria del estado civil.

4. Análisis de principios constitucionales que podrían resultar vulnerados.

El Principio de la identidad y la Verdad Biológica

A. El derecho a la identidad y el principio de la verdad biológica.

El derecho a la identidad personal se refiere a la posibilidad que tiene toda persona de conocer su origen genético, el nombre de sus padres biológicos y de los aspectos relacionados con su filiación. Alejandro Molina citado por Gonzalo Figueroa señala “ser uno mismo importa saber de dónde vengo”²⁴.

La Doctora Adriana Krasnow siguiendo la construcción de Zanoni indica “El derecho a la identidad comprende tres dimensiones: identidad personal en referencia a la realidad biológica; identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona e identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona”²⁵.

²³ Jurisprudencia electrónica legal Publishing, cita online: CL/JUR/3380/2007. **Apariciones:** Revista Fallos del Mes 543, Marzo 2007, sentencia Corte Suprema, de fecha 12 de marzo de 2007, Rol 4679-2006, Pronunciada por la cuarta sala integrada por los Ministros Sres. Orlando Álvarez, Urbano Marín y Patricio Valdés y los Abogados Integrantes Sres. Roberto Jacob y Oscar Herrera.

²⁴ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO “*Derecho Civil de las Personas. Del Genoma al Nacimiento*”, 1ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2001, página 260.

²⁵ KRASNOW, ADRIANA NOEMI “*Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*”, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial la Ley, 2005, página 55.

La identidad personal en referencia a la realidad biológica y la identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona, constituyen la faz estática de la personalidad.

La identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona constituyen la faz dinámica, aquella que se determina por el entorno en que la persona se desarrolla, por la familia y la sociedad con la cual se desenvuelve.

El principio de la verdad biológica se basa en el principio o derecho a la identidad biológica y dice relación con la dimensión de la “identidad personal en referencia a la realidad biológica”, lo que forma parte de la faz estática de la persona.

La posesión notoria del estado civil, dice relación con la faz dinámica de la personalidad, la cual, para el legislador debía protegerse con esta institución.

El punto primordial a dilucidar, es determinar en caso de colisión de ambas faz, cuál es la que prevalece.

B. ¿Dónde se encuentra consagrado el derecho a la identidad?

Este Derecho se encuentra consagrado en la Convención de los Derechos del Niño en los artículos 7 y 8, la convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 18, y el artículo 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los que son aplicables en razón del artículo 5 de la Constitución Política, teniendo a juicio del suscrito rango constitucional.

Además nuestra legislación en diversas disposiciones ha consagrado este principio de identidad, como los artículos 195, 198, 199 y 320 del Código Civil.

C. ¿Existe vulneración al principio de la identidad?

c.1. Eventual colisión de derechos

En caso que la identidad biológica se oponga a la identidad social, podríamos enfrentarnos a una aparente colisión de derechos fundamentales, ya que una de las dos debería prevalecer o primar sobre el otro en un caso de conflicto.

Frente a ello el legislador, en la Ley 19.585, como ya lo hemos explicado latamente, adoptó una decisión, preferir la identidad social, reflejada a través de la posesión notoria del estado civil.

La convención internacional de los Derechos del Niño, indica en su artículo 7: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Esto se debe complementar con lo dispuesto en el artículo 8 de la misma convención, que dispone “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

La convención internacional de los Derechos del Niño, tiene rango constitucional “Por

su parte y con relación a la obligatoriedad para el Estado de Chile de cumplir con los tratados de derechos humanos que haya suscrito y estén vigentes, es preciso tener en cuenta también que en virtud de la propia Carta, Art. 5º, dichos tratados constituyen límite a la soberanía y, en la pirámide normativa, deben entenderse con un rango constitucional o suprallegal²⁶.

En consecuencia, tenemos dos disposiciones normativas en aparente conflicto, una de rango legal, que es la referida a la posesión notoria del estado civil, y otra de rango constitucional, como es la identidad biológica consagrada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Lo que debemos determinar ¿En caso de colisión entre la faz dinámica y la estática, cuál es la que prevalece? O si se quiere ¿En caso de colisión entre la posesión notoria del estado civil (verdad social) y la identidad biológica (verdad real), cuál es la que debe prevalecer?

c.2. ¿En caso de colisión entre la posesión notoria del estado civil (verdad social) y la identidad biológica (verdad real), cuál es la que debe prevalecer?

Ya sabemos que nuestro legislador interno prefirió la posesión notoria del estado civil.

Así se ha resuelto: “De otro lado, para el caso que en un mismo proceso haya resultado acreditada esta posesión del estado filiativo y concurra también la pericia biológica que establece negativamente esa filiación, deberá primar la primera y no la verdad biológica. Lo anterior, significa que ante una colisión entre estas verdades, el legislador ha preferido la que representa una realidad consolidada, elección que se sustenta en el reconocimiento de que la paternidad y maternidad ejercidas como tales, generan un nexo de afectos y sentimientos que trascienden a lo puramente biológico y que por ello se protege, atenuándose los efectos de este factor en materia de determinación de la filiación²⁷.”

Sin embargo, a juicio del suscrito, en esta institución, el legislador se aparta abiertamente del principio de la verdad real o biológica, para dar paso a un principio de mayor valor para él, cual es la verdad social.

La posesión notoria, es una institución que ya existía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.585, y se trata de una institución que es un reflejo de la verdad social, y no de la verdad biológica, por eso, podría parecer extraño que se hubiera mantenido en la nueva Ley, máxime considerando las pruebas periciales biológicas que permiten determinar y conocer la verdad real. Pero, no es extraño, porque el legislador, a pesar de su declaración de buscar la verdad biológica, le da preferencia a la verdad social.

A pesar de reconocer el suscrito que se trata de una institución útil, básicamente por la preocupación constante de una persona, la que debería preferirse, por el lazo que ha formado con el hijo. Sin embargo, la mayoría de las veces la posesión notoria es empleada contra la persona que pretende impugnar, generalmente un tercero que se presenta impugnando con la venia del propio padre. Por lo cual, más que favorecer a quien cría, es negarle la posibilidad de que alguien reclame contra dicho reconocimiento, y si el padre, ya no le quiere como hijo, no se vislumbra de qué manera es beneficioso para el hijo.

²⁶ VELOSO, PAULINA Y SCHMIDT, CLAUDIA “*La filiación en el nuevo Derecho de Familia*”, Santiago, Chile, Editorial Conosur, 2001, página 25.

²⁷ Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/8461/2011, Corte Suprema, sentencia de fecha 27 de Octubre de 2011, Rol 2259-2011, pronunciada por cuarta sala integrada por los Ministros Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., señoras Rosa María Maggi D., Rosa Egnem S. y el abogado integrante señor Ricardo Peralta V. Fundamento décimo quinto.

Pues bien, la posesión notoria, a pesar de su utilidad es una institución absolutamente contraria a los principios de la verdad biológica y además, en su caso, no es concordante con la disposición del artículo 320 del Código Civil, ya que ni prescripción ni fallo alguno puede hacerse valer contra el que se presenta como verdadero padre.

Además, priva al hijo de conocer a su verdadera familia, sus verdaderos lazos, lo que en definitiva le impide conocer los elementos fundamentales de la identidad, por lo cual estimamos que se trata de una institución que no es acorde con los principios de la verdad biológica y de la identidad, dos principios de derechos humanos y constitucionales.

Precisamente, la posesión notoria de estado civil, impide las relaciones familiares que deben existir entre el hijo y su verdadero padre, por lo cual el Estado a través de norma impide el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones con su familia biológica.

Este derecho a la identidad se garantiza cuando el niño conoce su origen, a sus progenitores y a su familia, y como lo señala la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cuando es cuidado por sus propios padres, cuando conoce sus antecedentes genéticos y culturales. La posesión notoria del estado civil impide estos propósitos.

Además en muchas circunstancias el padre no sabía de la existencia de este hijo, o sabiendo, su madre impidió el ejercicio de una relación libre y fluida con su hijo, lo que puede llevar a que nunca se de la conexión con la familia de origen, pero no porque no quieran que ello exista, sino por decisiones del otro progenitor. Frente a esto la posesión notoria del estado civil se presenta no como un beneficio, sino que la consolidación de una mentira, la consolidación de una apariencia.

Finalmente, con la posesión notoria del estado civil no se cumple con uno de los propósitos fundamentales de la Ley 19.585, que era el de libre investigación de paternidad y maternidad, y de verdad biológica.

En este sentido, el suscrito estima como adecuado el argumento reproducido en autos Rol 23736-2014 de la Excelentísima Corte Suprema, que resolvió ratificar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, este indica: “La identidad biológica, es de rango superior de aquel estatuto de filiación aparente, ya que constituye un derecho de la personalidad y como tal es inherente al ser humano, sólo por ser tal, en consecuencia, se trata de derechos esenciales y originarios que al legislador únicamente cabe reconocer y garantizar”.

Lo cual se condice con la esencia del ser humano y su derecho de conocer a su familia de origen y ser criado por ella.

Sin embargo, y a pesar de esta manifestación, el suscrito es del parecer que existen situaciones excepcionales en que la posesión notoria puede llegar a ser más beneficiosa que la identidad biológica, como en aquellos caso de aquel padre que no manifiesta ningún interés de mantener la filiación, lo cual se puede verificar, por ejemplo en su inactividad ante un juicio en que se discuta la filiación. En dichos casos, se ve beneficioso que se establezca la posesión notoria del estado civil.

En conclusión el suscrito es del parecer que sería más adecuado modificar el artículo 201 de la siguiente manera:

“En caso de que haya contradicción entre la posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, y las pruebas periciales de carácter biológico se preferirá ésta última.

Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior o la conformidad expresa o tácita de los progenitores de no aplicarla, pre-

valecerá la posesión notoria del estado civil de hijo”.

III. EN EL EVENTO DE ESTIMARLA AJUSTADA A DERECHO ¿CÓMO SE DEBERÍA RECLAMAR LA POSESIÓN NOTORIA DE ESTADO CIVIL.

La posesión notoria se encuentra concebida como un medio de prueba para acreditar la filiación, sin embargo, y como lo ha reiterado la jurisprudencia de los tribunales, en caso de contradicción con la prueba biológica prevalece la posesión notoria, por sobre la prueba biológica.

Los medios de prueba tienen por finalidad establecer la veracidad de un hecho, lo que buscan es dilucidarla, convencer al tribunal de cuál es la verdad, y tratándose de un juicio de filiación, dicha verdad es la biológica.

Couture ha entendido como medio de prueba “Toda cosa, hecho o acto que sirve por si solo para demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio”²⁸.

Por ello, si la posesión notoria se tratara de un medio supletorio de prueba, o medio de prueba, no podría en caso de contradicción prevalecer sobre la verdad, porque la prueba tiene por finalidad establecer la veracidad de un hecho y al hacerla prevalecer por sobre la biológica, precisamente se consolida un hecho que no es verídico, al otorgarle la calidad de verdadero padre, madre o hijo a quien no lo es.

Por esto, el suscrito no comparte la jurisprudencia sostenida por los tribunales superiores en orden a indicar que la posesión notoria ha sido establecida como un medio de prueba, eso podía sostenerse antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.585, pero en la actualidad, lo que se pretende a través de la posesión notoria de estado civil es constituirlo, en su caso, hacer permanecer un estado civil, en contra de la verdad biológica.

Dicho lo anterior, es necesario determinar cómo se reclama la posesión notoria de estado civil. Es necesario tener presente, que en ningún caso sostenemos que la posesión notoria de estado civil sea una acción, sino que lo que discutimos es que si dicha institución puede servir de fundamento para reclamar o impugnar una filiación ya constituida, o en su caso, si puede servir como una excepción a una impugnación de filiación.

A pesar de un par de fallos que negó la posesión notoria, no existe ninguna duda que la posesión notoria pueda ser reclamada por la vía de la excepción, básicamente para oponerse a una demanda de impugnación de la filiación, por lo cual la posesión notoria opera de manera distinta a como era concebida en el Código Civil de manera original, ya que sólo tenía por finalidad suplir la ausencia de partidas. De hecho, si no fuera aceptado por esta vía, prácticamente la posesión notoria no tendría aplicación práctica.

La duda radica en dilucidar si la posesión notoria del estado civil puede llegar a ser demandada por la vía de la acción.

Al respecto, lo primero que es necesario tener presente, es que no se vislumbra necesidad de que el padre o madre reclamen la filiación en conformidad a la posesión notoria respecto a un hijo que no tiene una filiación determinada, ya que bastaría con reconocerlo. Si en cambio, es el hijo quien pretende valerse de la posesión notoria, se podría vislumbrar una utilidad de la institución.

²⁸ MENESES PACHECO, CLAUDIO “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, *Revista Ius et Praxis*, año 14, número 2, 2008, Página 49, Universidad de Talca, Talca, Chile, cita a: COUTURE, EDUARDO J., “*Vocabulario jurídico. Una explicación de los sentidos de la palabra prueba y su etimología*”, Depalma, 5 reimpresión, Buenos Aires, 1993, pp. 490 y 491

La duda que se formula y que ha sido materia de discusión en los tribunales de justicia, es la relativa a la impugnación de una filiación ya establecida, en la cual conjuntamente se acciona reclamando la filiación basado en la posesión notoria. Han existido fallos en ambos sentidos, siendo mayoritaria la Jurisprudencia partidaria de negar la posibilidad de poder accionar para reclamar una filiación basado en la institución de la posesión notoria.

Existen razones para acoger una y otra teoría, siendo básicamente las de la jurisprudencia mayoritaria las siguientes:

A. Que no existe en la Ley una acción específica que permita reclamar la posesión notoria.

El Código Civil, trata las acciones de reclamación de filiación y las acciones de impugnación, y en ninguno de dichos párrafos, indica que alguna de ellas se pueda fundar en la posesión notoria de estado civil.

B. Que las disposiciones relativas a la posesión notoria se encuentran ubicadas antes de las acciones de reclamación de filiación, por lo cual no estaría contemplada dentro de estas.

La Posesión Notoria de estado civil se encuentra establecida en los artículos 200 y 201 del Código de Procedimiento Civil, mientras que las acciones de reclamación de filiación están establecidas en los artículos 204 y siguientes.

Así lo ha resuelto nuestra Excelentísima Corte Suprema en fallo de causa Rol 4311-2013: “Asimismo, consideran que es correcto entender a la posesión notoria en materia de filiación como el goce y ejercicio de un estado civil determinado en su manifestación en los hechos unida a un título legal formal, independientemente de la existencia de un hecho biológico, la que en todo caso no da o genera un estado, sino que solo sirve para probarlo, pues no es una acción sino un medio de prueba de filiación, lo que se infiere de relacionar el artículo 200 del Código Civil, ubicado en el párrafo de las reglas generales del Título 8° que regula las acciones de filiación con las normas del artículo 201 e inciso 2° del artículo 309 del mismo cuerpo legal, ya que la primera previene que las pruebas de posesión notoria prefieren a las periciales de carácter biológico y el segundo establece que el estado de padre, madre o hijo debe probarse en el correspondiente juicio de filiación en la forma y con los medios de prueba previstos en el título octavo”²⁹.

C. Que la posesión notoria es sólo concebida como medio de prueba.

Así lo ha resuelto nuestra Excelentísima Corte Suprema por ejemplo en autos Rol 4311-2013, y recientemente en autos Rol 39477-2016 al sostener en su fundamento quinto: “Que los sentenciadores efectuaron una correcta interpretación de las normas jurídicas pertinentes al caso, toda vez, que tal como ha sido sostenido por esta Corte (en autos Rol N° 4311 2013, entre otros), la posesión notoria del estado civil de hijo es un medio de prueba y no constituye una acción de filiación independiente, toda vez que las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad, consagradas por el nuevo estatuto filiativo se sustentan en la premisa de la verdad biológica, en el sentido que lo que por ellas se pretende es la declaración de la existencia de una determinada filiación en el primer caso y, en el segundo, la declaración de que la filiación que se ostenta no es real”.

El suscrito no comparte los argumentos que se han expuesto por los siguientes motivos:

A. Que lo que se interpone no es una acción de posesión notoria de estado civil, sino que una acción

²⁹ Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/2318/2013, Corte Suprema, sentencia de fecha 21 de Octubre de 2013, Rol 2248-2015, pronunciada por cuarta sala integrada por los Ministros Patricio Valdés A., Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., y los Abogados Integrantes señor Arturo Prado P., y señora Virginia Cecily Halpern M. Fundamento séptimo

de reclamación y de impugnación de filiación, basados en la posesión notoria, acciones que si están reguladas en nuestra legislación. En este sentido se confunde la acción con su fundamento, la acción es la de reclamación e impugnación pero basada en esta institución llamada posesión notoria de estado civil, que aunque se considere como un medio de prueba, perfectamente puede servir como fundamento o base de una demanda.

B. Que si bien las disposiciones relativas a la posesión notoria se encuentran ubicadas antes de las acciones de reclamación e impugnación de filiación, ello no descarta su aplicación por las siguientes razones:

B.1. La posesión notoria del estado civil se encuentra dentro del título VIII llamado “De las acciones de filiación” por lo cual no es efectivo que no esté contemplado dentro de las reglas de las acciones.

“lo que se infiere de relacionar el artículo 200 del Código Civil, ubicado en el párrafo de las reglas generales del Título 8° que regula las acciones de filiación con las normas del artículo 201 e inciso 2° del artículo 309 del mismo cuerpo legal”³⁰ Que si bien en dicho fallo establece que la posesión notoria es tan sólo un medio de prueba y que no puede servir de fundamento para constituir un estado civil, es importante rescatar de él, la conclusión de que las reglas de los artículos 200 y 201 se encuentran dentro de las acciones de filiación.

B.2. Porque el artículo 200 y 201 se encuentran dentro de las reglas generales, lo que se justifica, porque sería aplicable a todos los párrafos del título, por lo cual la regla de la posesión notoria sería aplicable tanto para la reclamación de filiación como para la impugnación de filiación.

Como fundamento de este argumento podemos hacer valer el mismo fundamento tercero recientemente relatado en el punto anterior.

B.3. Porque el artículo 201 indica “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada”, lo que demuestra su carácter de institución, ya que se establece a través de medios de prueba.

Así queda demostrado en Sentencia de la Corte Suprema, en que precisamente se habla del Instituto de la Posesión notoria y además hace referencia a que debe ser establecido por medios de prueba, así se indica: “Que la procedencia del instituto de la posesión notoria del estado civil de hijo requiere del cumplimiento de los requisitos legales y su debida acreditación en el juicio en el que se reclama una supuesta paternidad, toda vez que la ley exige probar la posesión notoria con un “conjunto de testimonios, antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable”. Tales exigencias plantean la interrogante acerca de la posibilidad que la posesión en cuestión sea justificada únicamente con el mérito de la prueba testimonial rendida, situación que debe responderse negativamente de acuerdo al tenor literal del artículo 200 del Código Civil, que expresamente alude a estos elementos, es decir, requiere más de una sola prueba y esto para salvaguardar la armonía y no vulnerar ni contrariar lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 198 del Código del ramo, que prescribe la insuficiencia de la prueba testimonial por sí sola para establecer la paternidad o maternidad disputada”³¹.

C. Que siguiendo con el razonamiento anterior, no puede ser considerado un medio de prueba, el artículo 201 habla de que la posesión notoria debe acreditarse, los medios de prueba sirven para la

³⁰ Jurisprudencia electrónica Thomson Reuters, Corte Suprema, sentencia de fecha 21 de Octubre de 2013, Rol 4311-2013, Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Patricio Valdés A., Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., y los Abogados Integrantes señor Arturo Prado P., y señora Virginia Cecily Halpern M. Fundamento tercero.

³¹ Jurisprudencia electrónica Thomson Reuters, Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de Febrero de 2012, Rol 9607-2011, pronunciada por la Sala de Verano integrada por los Ministros Sres. Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., Héctor Carreño S., Guillermo Silva G. y Sra. María Eugenia Sandoval G. Fundamento Undécimo.

demostración de la verdad, y aquí a través de medios de prueba acreditamos la posesión notoria.

“Tales exigencias plantean la interrogante acerca de la posibilidad que la posesión en cuestión sea acreditada únicamente con el mérito de la prueba testimonial rendida, situación que debe responderse negativamente, de acuerdo al tenor literal del artículo 200 del Código Civil, que expresamente alude a “un conjunto de testimonios y antecedentes”, es decir, requiere más de una sola prueba y esto para salvaguardar la armonía y no vulnerar ni contrariar lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 198 del Código del Ramo, que prescribe la insuficiencia de la prueba testimonial por sí sola para establecer la paternidad o maternidad disputada”³².

Si sostenemos que la posesión notoria del estado civil es un medio de prueba se daría una situación ilógica, ya que a través de medios prueba, como la testimonial (que se requiere de acuerdo al artículo 200), de la prueba documental, y de otros medios probatorios, probaríamos no un hecho, sino que otro medio probatorio. Sostener ello, a juicio del suscrito, altera la lógica.

D. Porque los fallos de tribunales han permitido por vía de excepción la posesión notoria de estado civil a fin de poder mantener una filiación actual. No se vislumbra ninguna razón jurídica para permitir que se ejerza como fundamento de una excepción y no como fundamento de una acción.

E. Que los fallos referidos a la Ley indígena, basados en el artículo 4 de la Ley 19.253, han permitido el ejercicio de esta reclamación de filiación basada en posesión notoria de estado civil, y cuando estos fallos han invocado sus argumentos legales, estos están fundados en los artículos 200 y 201 del Código Civil.

Entre estas sentencias se encuentran la Rol V-75-2012 del Juzgado de Letras de Lautaro, Rol V-96-2012, del tercer Juzgado Civil de Temuco, Rol 81-2010 del tercer Juzgado Civil de Temuco, Rol N° V-51-2012 del Juzgado de Letras de Pitrufquen.

A fin de establecer dicha posesión notoria “basta la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director” (inciso segundo artículo 4 de la Ley 19.253), empleándose habitualmente, información sumaria de testigos.

Las sentencias así dictadas, son declarativas de estado civil (pero en el fondo lo constituyen) como se demuestra en la parte resolutive de dichas sentencias las que emplean la siguiente frase: “Que ha lugar a la solicitud de fojas _____, en consecuencia se declara que don _____ cédula de identidad _____, tiene la posesión notoria de estado civil de hijo respecto de don _____, cédula de identidad N° _____”.

Por estas razones, el suscrito cree que los argumentos que se han esgrimido para rechazar la posesión notoria no son sostenibles, y que de admitirse su constitucionalidad, debe al mismo tiempo permitirse que esta pueda servir de fundamento ya sea para una acción de reclamación como para una acción de impugnación.

CONCLUSIONES

Que la finalidad de este artículo era dilucidar tres aspectos:

32 Jurisprudencia electrónica Legal Publishing, CL/JUR/8461/2011, Corte Suprema, sentencia de fecha 27 de Octubre de 2011, Rol 2259-2011, pronunciada por cuarta sala integrada por los Ministros Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., señoras Rosa María Maggi D., Rosa Egnem S. y el abogado integrante señor Ricardo Peralta V. Fundamento décimo sexto.

- a. La constitucionalidad de las normas sobre posesión notoria de estado civil, la eventual colisión de la faz dinámica y estática del Derecho de la Identidad y cuál de las dos debe prevalecer en caso de conflicto.
- b. Si la posesión notoria de estado civil es un medio de prueba o una institución.
- c. y, en su caso, si puede servir de fundamento para el reclamo de una filiación, o la impugnación, ya sea por la vía de la acción o de la excepción.

El suscrito estima, de acuerdo a lo que se ha expuesto que las disposiciones referidas a la Posesión notoria del Estado Civil, no son ajustadas a la Constitución, o que al menos estas disposiciones no deberían prevalecer sobre la verdad real. En este sentido la colisión entre las dos faz del derecho de la identidad, es solucionada de manera incorrecta, ya que debió haberse preferida la identidad biológica por sobre la social en caso de dudas. Esto hubiera permitido que las disposiciones internas fueran acordes con los principios de Derechos Fundamentales garantizados.

Las normas de posesión notoria del estado civil, vulnera el derecho a la identidad que se garantiza cuando el niño puede conocer su origen, a sus progenitores y a su familia, sus antecedentes genéticos y culturales y como lo señala la Convención Internacional de los Derechos del Niño, cuando es cuidado por sus propios padres.

En cuanto al segundo aspecto, estimo que la posesión notoria no constituye un medio de prueba, sino que es una institución que sirve de fundamento de una acción de reclamación o de impugnación

No se trata de una acción propiamente tal, su ubicación en las reglas generales de las normas de las acciones de filiación, nos permite sostener que se trata de reglas aplicables a la reclamación y la impugnación y, que sirven de fundamente para el ejercicio de dichas acciones.

En cuanto al tercer aspecto, en el evento que se estimen constitucionales sus disposiciones, estimo que puede ser reclamado por la vía de la acción o de la excepción, no existen razones jurídicas que limiten su ejercicio, ya que el legislador no lo ha limitado. Por estas razones creo que la jurisprudencia no ha aplicado correctamente las disposiciones relativas a la posesión notoria del estado civil, ya que no habría ninguna razón para permitirlo para enervar una acción de filiación y en caso contrario, rechazarlo cuando se pretende constituir dicho estado civil. La excusa de que se trata de un medio de prueba no es suficiente, ya que se sabe que la posesión notoria del estado civil, no se basa en la verdad biológica, por lo cual no tiene por finalidad demostrar la verdad real sino que una verdad social.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ “La filiación y sus efectos” Editorial jurídica, Santiago de Chile, Octubre de 2000, tomo I.

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER “El Código de la Familia” 1ª Edición, Legal Publishing Chile, Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2009.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN “Adopción y filiación adoptiva” Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2002.

FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO “Derecho Civil de las Personas. Del Genoma al Nacimiento” Editorial Jurídica, Santiago de Chile, julio de 2001.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ “El sistema filiativo chileno” Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Septiembre de 2007.

KRASNOW, ADRIANA NOEMI “Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida”, Editorial la Ley, Buenos Aires, Argentina 2005.

LÓPEZ RIVERA, GISELLA “Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos esenciales”, editorial Jurídica Conosur, Santiago Chile Marzo de 2001.

MEZA BARROS, RAMÓN, “Manual de Derecho de familia”, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 3ª Edición, 1995.

RAMOS PAZOS, RENÉ “Derecho de Familia” 5ª Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, febrero de 2007, tomo II.

SCHMIDT HOTT, CLAUDIA, “Instituciones de derecho de familia”, Editorial Lexisnexis, Santiago de Chile, 2004.

SCHMIDT, CLAUDIA y VELOSO, PAULINA: “La Filiación en el nuevo Derecho de Familia”, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2001.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL “Derecho de Familia”, Editorial nacimiento, Segunda Edición, Santiago De Chile, 1963.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, Derecho de familia, tomo II, Editores jurídicos Limitada, Santiago de Chile, 1983.

TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN, Derecho de Familia, Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 14ª Edición, 2011.

B. PAGINAS WEB Y RECURSOS INFORMÁTICOS

Sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. www.bcn.cl

Sitio web del Poder Judicial de Chile www.poderjudicial.cl

Sitio web portal de jurisprudencia de Legal Publishing Chile.

Jurisprudencia electrónica Thomson Reuters.

Alfonso X El Sabio “Las siete partidas”, librodot, recurso informático, <http://dspace.otalca.cl/handle/1950/6543>.

C. ARTÍCULOS REVISTA

Meneses Pacheco, Claudio “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, revista Ius et Praxis, año 14, número 2, 2008, Página 49, Universidad de Talca, Talca, Chile.

Pizarro Wilson, Carlos “Algunas consideraciones en torno a la determinación y acciones de filiación en la Ley 19.585”, Revista Ius et Praxis, vol. 5, núm. 2, 1999, pp. 11-29 Universidad de Talca, Talca, Chile.

EL FONDO DE UTILIDADES TRIBUTABLES (FUT) Y LA REFORMA TRIBUTARIA CHILENA

THE TAXABLE INCOME FUND AND THE TAX REFORM

JUAN CARLOS OCHOA SEPÚLVEDA*

RESUMEN: La eliminación del Fondo de Utilidades Tributables como herramienta tributaria para los contribuyentes, es acorde con el principio de igualdad tributaria y con las necesidades del Estado de financiar diversas reformas estructurales de nuestro país. En específico se ha levantado la bandera de la educación gratuita, finalidad muy noble por cierto, pero de un gran gasto de recursos fiscales. Es con la eliminación de este registro que siempre habrá tributación de impuestos finales por las personas, toda vez que ya no se podrá postergar su pago a sola voluntad del contribuyente. Este trabajo pretende dejar al lector con una referencia a la tributación nacional, la tributación del FUT, las alternativas planteadas por el legislador para hacer menos gravosa la tributación del llamado FUT histórico, y en definitiva señalar que pasará en el futuro con los registros que estructuraban su composición.

Abstract: *The elimination of the Taxable Income Fund as a tributary instrument for the taxpayers, is consistent with the principle of equality in taxation and the necessities of the state for financing various structural reforms of our country. Specifically, the flag of free education has been raised, with a very noble purpose indeed, but with a large fiscal expenditure. It is with the elimination of this register that there will always be taxation of final duties by the people, given that it will no longer be possible to postpone its payment by the own volition of the taxpayer. This study aims to leave the lector with a guideline to the national taxation, the taxation of the TIF (FUT), the alternatives proposed by the legislator to mitigate the taxation of the so called historical TIF and, ultimately, indicate what will happen with the registers that articulated its composition.*

PALABRAS CLAVE: FUT - Reforma - Recursos.

KEY WORDS: FUT - Reform - Resources.

*Abogado y Contador Auditor, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción. Magíster en Derecho Tributario. Profesor titular de Derecho Tributario y Derecho Económico de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo postal: Tucapel 340, Of. 3C, Concepción, Chile. Correo electrónico: juancarloochoa@udec.cl

INTRODUCCION

Uno de los objetivos más importantes, por no decir el más importante, cuando se emprende una actividad empresarial es la obtención de utilidades, ojala el máximo que sea posible, hacia ese objetivo se destinan todos los esfuerzos.

La utilidad empresarial queda comprendida dentro del concepto legal de Renta y como tal, configura el hecho gravado con el impuesto establecido en el Decreto Ley Número 824 que fija el texto de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

En la Ley de Impuesto a la Renta, se clasifica este impuesto en categorías, Primera Categoría y Segunda Categoría, siendo la primera respecto de las rentas generadas por el capital y la segunda respecto de las rentas generadas por el trabajo.

Pues bien, las utilidades empresariales, ya sean generadas por una empresa individual o por empresas que desarrollan su actividad como personas jurídicas, quedan gravadas con el impuesto de Primera Categoría, cuya tasa para este año comercial 2016 es de un 24% sobre las utilidades generadas, tasa que se ha ido incrementando con el transcurso del tiempo y la entrada en vigencia de los ajustes y reformas tributarias.

Al quedar estas utilidades gravadas en primera categoría, no se completa la tributación final de estas rentas toda vez que falta el impuesto final que grava las rentas en nuestro país que es el Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional según corresponda, impuesto que afecta el patrimonio de las personas naturales, parte final de la cadena impositiva nacional.

La utilidad generada con la respectiva actividad impositiva, luego del pago del impuesto de primera categoría, debe llegar necesariamente a una persona natural, y es en ese instante cuando de completa la tributación con el impuesto final llamado Impuesto Global Complementario.

Pues bien, el Registro Fondo de Utilidades Tributables (FUT), permitía postergar este impuesto a las personas naturales a través de registrar estas utilidades en el FUT, y solo tributar cuando en el mismo registro figuraban como retiradas o distribuidas. La anterior era la principal función y gran beneficio del FUT.

Este registro, ha sufrido modificaciones en diversas oportunidades, las últimas, con la Ley 20.630.- que perfecciona la legislación tributaria y financia la reforma educacional de fecha de publicación 27 de septiembre de 2012; con la Ley 20.780.- reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, de fecha de publicación 29 de septiembre de 2014; y Ley 20.899.- que simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias, de fecha de publicación 08 de febrero de 2016.

Como es sabido, las modificaciones introducidas por la reforma tributaria, ocasionaron una serie de adecuaciones a la forma de tributación tradicional, eliminaron el FUT como registro contable, entre otras, acarreando problemas de interpretación como de aplicación práctica de las normas introducidas y de las modificadas.

Lo anterior origina que el Servicio de Impuestos Internos, estableciera normativa administrativa respecto del adecuado cumplimiento y fiscalización de estas normas.

Es así, como este Servicio vía Circulares intentó e intenta clarificar el la aplicación práctica de la normas de la reforma tributaria chilena.

Pues bien, producto del clamor ciudadano originado por la complejidad de esta reforma,

el legislador dicto una nueva ley para lograr el adecuado cumplimiento e interpretación de la nueva normativa tributaria, y a la vez simplificar la reforma.

Es así, que el 8 de febrero de 2016, se publicó la Ley 20.899.-, cuyo fin es simplificar la tributación a las rentas y perfeccionar algunas normas tributarias.

Esta nueva Ley, modificó, entre otras normas, la Ley 20.780.-.

En este trabajo, se pretende realizar un resumen de la situación tributaria del FUT y su destino, quedado como resultado de las modificaciones introducidas por las ya citadas leyes.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Es en nuestra Constitución Política, en la que se establece la primera normativa en materia tributaria. Establece los lineamientos y principio que imperan en la legislación impositiva nacional. Las más importantes tienen que ver con las garantías constitucionales, consagradas en el artículo 19.

El artículo 19 numeral 20 nos indica que los tributos deben repartirse de igual manera entre las personas, en proporción a las rentas o en la progresión y forma que determine la ley.

También dicho numeral establece que la ley no puede establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos, que los tributos que se recauden ingresan al patrimonio de la Nación, sin ser destinados a un fin específico, salvo que se trate de la defensa nacional o del desarrollo regional o local.

La Constitución establece que en materia de proyecto de ley de tributación, estos sólo pueden fijarse por ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

La Constitución, ordena que los impuestos deban ser equitativos, y que su aplicación, determinación y elementos deba efectuarse conforme a la ley.

Elimina la arbitrariedad en materia impositiva.

De este modo, la regulación de la tributación chilena se establece, además de la Constitución política del Estado, en los siguientes cuerpos legales:

- 1.- Decreto Ley N° 830, Código Tributario, que establece la normativa básica y general en cuanto a la tributación, definiciones, administración y fiscalización fiscal, pago de los impuestos, plazos, prescripción, notificaciones, apremios, infracciones y sanciones, procedimientos administrativos y jurisdiccionales, procedimiento de cobro, entre otros. Es como un “código de procedimiento tributario”.
- 2.- Decreto Ley N° 824, Ley de Impuesto a la Renta, cuerpo que crea el impuesto a la renta, su aplicación, determinación y elementos, los regímenes tributarios aplicables a la materia, entre otros.
- 3.- Decreto Ley N° 825, Ley de Impuestos a las Ventas y Servicios, crea este impuesto (IVA), establece su forma de determinación elementos y cumplimiento.
- 4.- Ley 17.235.- Ley de Impuesto Territorial, que regula el impuesto sobre los bienes raíces.
- 5.- Ley 20.780.- Reforma Tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario.
- 6.- Ley 20.899.- Simplifica sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones tributarias.

7.- Y otros conjuntos de leyes sobre la materia.

Es importante destacar que por mandato expreso de los artículos 2 y 4 del Código Tributario, la legislación tributaria nacional prima por el Principio de la Especialidad y es integrada por el Derecho Común. En caso de lagunas al interior de la legislación tributaria, se aplicará el derecho común contenido en el resto de la legislación nacional, pero las disposiciones de derecho tributario sólo tienen validez fuera del mismo sólo cuando la ley común expresamente se refiera a ella. Esto debe relacionarse con el artículo 1° del Código Tributario, que señala como su ámbito de aplicación, y el de sus leyes complementarias, a las materias de tributación fiscal interna que sean de competencia del Servicio de Impuestos Internos.

El Principio de la Legalidad de los Impuestos, consagrado en la Constitución, exige que los órganos vinculados a la creación de la ley intervengan en su imposición, modificación o derogación, lo que implica al Congreso Nacional y al Presidente de la República. Además de eso, a nivel administrativo, hay dos órganos relacionados específicamente con materias tributarias; el Servicio de Impuestos Internos y la Tesorería General de la República, sin dejar de lado, actualmente, a los Tribunales Tributarios y Aduaneros creados por la Ley 20.322.- de fecha de publicación 27 de Enero de 2009, que vino a llenar el vacío de falta de un Tribunal que no fuera juez ni parte como ocurría hasta antes de su creación, y además un Tribunal especializado en materias tributarias.

El Servicio de Impuestos Internos, conocido también por su sigla **SII**, y denominado por la ley tributaria como “el Servicio” a secas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, número 3 del Código Tributario, es el órgano que tiene a su cargo la interpretación, aplicación y fiscalización del adecuado cumplimiento de la normativa tributaria nacional interna, es decir, quedan excluidos los impuestos externos, como por ejemplo los aranceles, que son de competencia del Servicio Nacional de Aduanas.

El ámbito de su competencia es importante, entre otras cosas, porque delimita el ámbito de aplicación espacial de las leyes tributarias en Chile, al tenor de lo dispuesto en el art. 1° del Código Tributario.

Por otra parte, Tesorería General de la República, denominado como “la Tesorería” a secas por la ley tributaria, es el órgano ante el cual deben pagarse los impuestos y tributos. Es decir, el Servicio determina cuánto es el monto del impuesto a pagar, pero una vez hecha esta determinación, debe pagarse el mismo en Tesorería.

El artículo 38 del Código Tributario, indica que los impuestos deben pagarse en Tesorería, pero en los hechos, este órgano no recibe el pago de los impuestos. Lo anterior se debe a que el artículo 48 del Código Tributario, establece la facultad del Tesorero General de la República para autorizar al Banco del Estado de Chile, bancos comerciales y otras instituciones para recibir el pago de cualquier impuesto, contribución o gravamen en general, con sus correspondientes recargos legales, aun cuando se efectúen fuera de los plazos para su pago establecidos en las leyes impositivas.

II. BREVE RESEÑA DEL IMPUESTO A LA RENTA

En Chile, los primeros intentos por imponer un impuesto a la renta derivan de dos leyes, de 1924 y 1925, que establecieron impuestos de categoría, y el actual Global Complementario, respectivamente. Después, las seis categorías fueron refundidas en dos, las actuales Primera y Segunda Categorías. Esto, más una serie de reformas añadidas, le dieron una gran complejidad al actual sistema.

La legislación aplicable es el DL 824, de 1974, cuyo artículo primero contiene el texto

íntegro de la Ley de Impuesto a la Renta (L.I.R.).

En nuestra legislación, se establece un concepto amplio de renta. La Ley de impuesto a la Renta, en su artículo segundo número 1 define Renta como: “1° Por “renta”, los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban, o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denomina”. Este numerando fue modificado por la Ley 20.780.-, de conformidad con lo establecido en el numeral i) de la letra a), del número 1, modificación que consiste en sustituir la expresión “perciban o devenguen” por “perciban, devenguen y atribuyan”. Esta modificación entra en vigencia a partir del primero de enero de 2017, lo que equivale que su influencia se hará efectiva en el año tributario 2018.

Luego la Ley 20.899.- introduce un segundo párrafo al numeral 2 del artículo 2 de la Ley de La Renta, párrafo donde se establece lo que debe entenderse por Renta Atribuida: “Por “renta atribuida”, aquella que, para efectos tributarios, corresponda total o parcialmente a los contribuyentes de los impuestos global complementario o adicional, al término del año comercial respectivo, atendido su carácter de propietario, comunero, socio o accionista de una empresa sujeta al impuesto de primera categoría conforme a las disposiciones de las letras A) y C) del artículo 14, y de la letra A) del artículo 14 ter, y demás normas legales, en cuanto se trate de rentas percibidas o devengadas por dicha empresa, o aquellas que le hubiesen sido atribuidas de empresas en que ésta participe y así sucesivamente, hasta que el total de las rentas percibidas, devengadas o atribuidas a dichas empresas, se atribuyan a los contribuyentes de los impuestos global complementario o adicional en el mismo año comercial, para afectarse con el impuesto que corresponda”.

1. IMPUESTOS DE LA LEY DE LA RENTA

A pesar de que se habla del “Impuesto a la Renta” en singular, en realidad podríamos hablar de varios impuestos a la renta, lo anterior se debe a que el legislador tributario, dividió o clasificó el impuesto a la renta en categorías, Primera Categoría y Segunda Categoría.

Impuesto de Primera Categoría, grava las llamadas “rentas de capital”, y se aplica fundamentalmente a las personas jurídicas, a los empresarios individuales y a las llamadas “sociedades de hecho”.

Impuesto de Segunda Categoría, grava las llamadas “rentas del trabajo”, y se aplica a las personas naturales. En la actualidad sólo sirve para el cálculo del Impuesto Global Complementario.

Impuesto Global Complementario, grava la totalidad de los ingresos de las personas naturales residentes en el país.

Otro impuesto que se establece es el Impuesto Adicional, que grava las rentas de fuente chilena, de personas naturales y jurídicas que no tengan residencia en nuestro país.

2. RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LA RENTA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En Chile, la ley implementó sistemas separados para las “rentas del capital” y las “rentas del trabajo”, tal y como ya se dijo. Las primeras se gravan con el Impuesto de Primera Categoría, que afecta principalmente a empresas, incluyendo sociedades de hecho y empresarios individuales, en determinadas circunstancias. Este impuesto tiene una tasa fija para el año comercial 2015 (año tributario 2016) de 22,5% sobre la renta líquida imponible (base imponible) y para el año comercial 2016, año tributario 2017, de un 24%.

La base imponible, renta líquida imponible, se calcula sumando todos los ingresos brutos de bienes de esta categoría (art. 30 de la L.I.R.). A continuación se descuentan los costos directos desembolsados para producir dicha renta (art. 31 de la L.I.R.). Luego se descuentan los gastos necesarios que no hayan sido descontados como costos directos (art. 32 de la L.I.R.). A continuación se hacen reajustes para calcular la renta líquida, considerando la adición y sustracción de algunas partidas contables (arts. 33 y 34 de la L.I.R.).

El resultado obtenido de la operatoria anterior, es la base imponible para sobre este monto, aplicar la tasa del impuesto de primera categoría. La cantidad que se obtenga es el impuesto a pagar. El impuesto que se pague de esta manera, es un crédito contra el Global Complementario o el Adicional, según sea el caso. Este crédito se determina de acuerdo a la participación de cada persona natural en las utilidades, ya sea socio o accionista. Es aquí donde el FUT cobra relevancia, ya que el impuesto Global Complementario se puede postergar hasta que no se haga un retiro o distribución de las utilidades en forma efectiva y se aplicara el crédito correspondiente de acuerdo a la tasa del impuesto de Primera Categoría pagado según la tasa del año en que se obtuvieron o generaron y en la proporción antes dicha.

3. RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LA RENTA DE LAS PERSONAS NATURALES

En general, hay dos impuestos a la renta que gravan a las personas naturales, el Impuesto Global Complementario, que grava las rentas de los contribuyente con domicilio o residencia en el país; y el Impuesto Adicional, para aquellas personas que no tengan residencia ni domicilio en nuestro país.

3.1. *Personas naturales residentes*

Elas se encuentran gravadas por el Impuesto Global Complementario. Están afectas a este impuesto todas las rentas que perciban, hoy, y mañana, por las rentas que perciban, devengan o se les atribuyan, sean de fuente chilena o extranjera. O sea, es un impuesto que grava la renta de fuente mundial.

Este sistema genera un problema de eventual doble tributación internacional, por los impuestos que un residente debe pagar en Chile y en el extranjero por un mismo hecho tributario, y que se resuelve por vía de Convenios de Doble Tributación Internacional.

Debido a su carácter global –que incluye rentas que ya pagaron un impuesto a la renta, Primera Categoría–, contra este impuesto se pueden hacer valer los impuestos de categoría. Esto opera de la siguiente manera:

El Impuesto de Primera Categoría puede imputarse contra el Impuesto Global Complementario determinado, es decir, si determino mi impuesto de segunda categoría como persona natural, al monto a pagar puedo deducir el monto del impuesto de Primera Categoría pagado en la proporción que corresponda de acuerdo a la participación del contribuyente en las utilidades. Esto se produce solo si la persona retira sus utilidades desde la empresa o entidad de la cual es dueño, socio o accionista. Si no las retiras no hay pago de impuesto Global Complementario, y se registra esta cantidad de utilidad no retirada en el FUT, y en consecuencia no hay pago de impuesto.

Ahora con la reforma, corresponderá pagar este impuesto siempre que se generen rentas ya sea que se perciban, devenguen o atribuyan, sin importar si las retiro o no. Ya es irrelevante la efectiva percepción por parte del contribuyente de las utilidades generadas, ya no sirve el FUT para lograr la postergación del impuesto a solo antojo del contribuyente. Lo anterior es consecuen-

te con su eliminación.

Existe además un sistema de pagos provisionales mensuales (PPM) que permiten provisionar o anticipar el pago del monto del Impuesto. Si el cálculo del pago provisorio mensual falla por exceso o por defecto en relación al monto anual final, el contribuyente debe pagar el defecto, o el fisco devolver el exceso pagado, se genera de esta manera las llamadas devoluciones de impuesto luego de declarar en el mes de abril, tan esperadas por los contribuyentes. A modo de ejemplo simple, si una persona efectúa PPM por \$100.000.- mensuales, a lo largo del año tendría provisionado para el pago del impuesto una suma de \$1.200.000.-, y si su impuesto a pagar es la suma de \$900.000.- no tiene que pagar suma alguna ya que se considera como abono los 1.2 millones y se determina una diferencia a favor del contribuyente de \$300.000.- que se le devuelve. Se conocen como devolución de impuesto, la verdad que son devoluciones de PPM.

3.2. Personas naturales o jurídicas no residentes

Éstas se encuentran afectas al Impuesto Adicional, pero sólo por las rentas de fuente chilena. Como es muy difícil que ellas vengan a Chile a pagar su propio impuesto, la ley contempla un sistema de retención, de manera que quien debe enterar el impuesto en arcas fiscales, es la persona que envía la remesa de dinero al extranjero. Un ejemplo de éstos son los royalties o regalías, como por ejemplo derechos por usos de marcas y patentes, que debe pagar el contribuyente extranjero, pero que le son descontados a éste, y pagados en Chile, por la persona que debe pagar el correspondiente derecho.

III. FONDO DE UTILIDADES TRIBUTABLES, FUT

El sistema tributario de impuesto a la renta chileno se creó en el año 1925, modificándose en varias oportunidades en aspectos como su tasa, la oportunidad de devengamiento, entre otras.

La Ley de Impuesto a la Renta en su grueso viene desde el año 1974, luego el año 1984 se realizó la gran reforma tributaria. La Ley de Impuesto a la Renta, con el correr del tiempo ha sufrido varias modificaciones, las más recientes de las leyes 20.630.-, 20.780.- y 20.899.-. Pese a las reformas y modificaciones, el texto legal de la Ley de la Renta sigue contenido en el artículo número 1 del Decreto Ley número 824.

1. LA GRAN REFORMA TRIBUTARIA DEL AÑO 1984, SURGIMIENTO DEL FUT

El primero de Enero del año 1984, la tributación de las utilidades empresariales experimentó un gran cambio y a la vez se estableció un beneficio para los contribuyentes, se instituyó un sistema tributario para incentivar la reinversión y capitalización de estas utilidades, experimentando dos cambios profundos, a saber: la aplicación del Impuesto Global Complementario a las utilidades se posterga hasta que las utilidades sean retiradas efectivamente por los socios o distribuidas como dividendos a los accionistas personas naturales, en vez de quedar gravadas y ser pagado el impuesto en el mismo año de su generación; y el segundo gran cambio, el impuesto pagado por la empresa es un crédito contra el Impuesto Global Complementario en la proporción correspondiente a favor del contribuyente, de esta forma se transforma en un mero anticipo a cuenta del impuesto Global o del Impuesto Adicional en su caso, para cuando los socios, empresario individual, accionistas o comuneros retiren su porcentaje en la utilidades empresariales.

De esta forma, se pasó de un sistema en que las utilidades pagaban dos tributos distintos y definitivos, a saber, el Impuesto de Primera Categoría y el Impuesto Global Complementario o

adicional en su caso, a un sistema tributario integrado en el cual el definitivo gravamen que afecta a las utilidades empresariales es el Impuesto Global Complementario o el Impuesto Adicional según el caso, transformándose el Impuesto de Primera Categoría, como se dijo, en un anticipo de dichos impuestos, que se hace efectivo al momento de percibir dichos ingresos como un crédito contra el Impuesto Global Complementario. Además de lo anterior, en el caso de contribuyentes del Impuesto Global, no así del Adicional por ser la tasa de este impuesto superior (35%) al de Primera Categoría, se puede originar incluso una devolución de impuesto cuando la tasa de dicho impuesto sea inferior al crédito a que tiene derecho al ser superior la tasa de Primera Categoría.

Este sistema de tributación se encuentra contenido en el artículo 14 de la Ley de la Renta, que aún está vigente pese a las modificaciones sufridas por las leyes 20.630.- y 20.780.-, esta última, modificada por la Ley 20.899.- que establece un artículo 14 nuevo que en su totalidad aún no entra en vigencia.

En cuanto a los requisitos para acogerse a este sistema tributario integrado son:

1. Debe tratarse de empresas que declaren en base a renta efectiva según contabilidad fidedigna o completa y en base a un balance general.
2. Deben tributar en Primera Categoría con la tasa respectiva de este impuesto, correspondiente al año en que se generen las utilidades.
3. Su dueños personas naturales deben tributar en Global Complementario o Adicional según el caso, con domicilio o residencia en Chile el primero, y sin domicilio ni residencia en Chile el segundo.
4. Deben tener derecho al crédito del impuesto de Primera Categoría pagado.

La gracia de este sistema, vigente hasta antes de la reforma, es que también los dueños pueden postergar la tributación de Global Complementario, no obstante retirar sus utilidades, reinvertiendo tales rentas, obviamente cumpliendo con los requisitos que la Ley establece o establecía para ello.

Como se dijo, desde el año 1984 el Impuesto de Primera Categoría que pagan anualmente las empresas sobre sus utilidades percibidas o devengadas, pasó a constituir un crédito o anticipo contra el Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional según el caso. Por lo anterior, cada retiro o distribución generaba un crédito contra los impuestos personales equivalente este crédito a la tasa del Impuesto de Primera Categoría que haya afectado a las utilidades que se repartan o distribuyan. Es necesario entonces conocer el año de origen de las utilidades empresariales y la tasa de primera soportada, estableciéndose la necesidad de crear un registro especial que controlara el destino de tales rentas, naciendo de este modo el Libro o Registro FUT, Fondo de Utilidades Tributables.

IV. COMENTARIOS SOBRE EL REGISTRO FUT

En el año 1984, propietarios, socios o accionistas de entidades comerciales o empresas, comienzan a tributar en el impuesto Global Complementario o Adicional, según el caso, sólo por las utilidades que efectivamente retiran de las empresas; aquellas utilidades no retiradas se registraban en el FUT y no tributaban con impuesto Global Complementario, se postergaba.

Antes de lo señalado, los dueños, socios o accionistas tributaban sobre las rentas devengadas, y pagaban Global Complementario aunque no hubieran retirado sus respectivas utilidades.

Por su parte la empresa pagaba sobre sus rentas devengadas el Impuesto de Primera Categoría consistente en una tasa fija.

En la actualidad los dueños, accionistas o socios, como ya se dijo, sólo pagan por rentas retiradas.

Si no se retira nada, no se paga impuesto Global Complementario o Adicional por ese concepto. Se pueden postergar indefinidamente los retiros. Además, el Impuesto de Primera Categoría que pagan las empresas, les servirá a los dueños, accionistas o socios para pagar su impuesto Global Complementario en la proporción que les corresponda. Para ellos este impuesto es un crédito. Incluso hay muchos casos en que este impuesto se devuelve. Son las ventajas del Fondo de Utilidades Tributables inserto en un sistema tributario que permita estas imputaciones y postergaciones de impuesto.

El reconocimiento legal del FUT, se realiza el año 1990 a través de la Ley número 18.985.- que lleva por Título “Establece Normas sobre Reforma Tributaria”, en su Artículo 1 numerando 2, al establecer un nuevo artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta. La tributación desde la instauración de este sistema se realiza por la empresa en base a renta devengada o percibida y los dueños personas naturales en base a renta percibida. Recordemos que con la reforma la tributación se realizará en base a renta devengada, percibida o atribuida, perdiéndose el beneficio establecido al crearse el Registro Fondo De Utilidades Tributables (FUT), registro que ya no será eficiente aunque se haya mantenido como tal.

El FUT, como ya se dijo es un registro contable tributario, Fondo de Utilidades Tributables, donde se anotaban las utilidades o pérdidas de los negocios generados por las empresas, contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría, por la renta efectiva que demuestren, según contabilidad completa y en base a un balance general.

Su reglamentación está contenida en el artículo 14, letra A), número 3 de la Ley de Impuesto a la Renta. Su texto actual, que fue modificado en un principio por la Ley 20.780.-, contenido en el artículo segundo transitorio de dicha Ley, estará vigente hasta el 31 de Diciembre de 2016. Más adelante me referiré a las modificaciones introducidas.

El Libro donde se contiene el FUT, debía ser timbrado ante en Servicio de Impuestos Internos, así está establecido en la Circular número 7 de 1985, año en que fue reconocido este registro por el SII.

1. FUNCIONES DEL FUT

Este Libro o Registro auxiliar tributario, cumple las siguientes funciones:

1. Controlar el monto de las utilidades tributables acumuladas desde el primero de Enero de 1984, su retiro o distribución y el saldo que no es retirado o distribuido y que en consecuencia se encuentra pendiente su tributación en el Impuesto Global Complementario o Impuesto adicional según el caso.
2. Controlar el monto del crédito de primera categoría existente dentro del monto de las citadas utilidades tributables, acorde con la tasa del Impuesto de Primera Categoría que las haya afectado a través del tiempo, crédito que se utilizará por el contribuyente al imputarlo a su impuesto Global Complementario determinado.
3. Determinar el orden de imputación de los retiros o dividendos, debiendo comenzar siempre por las utilidades tributarias más antiguas registradas.
4. Determinar el monto máximo de tributación en Global Complementario o Adicional de los retiros o dividendos anuales, es decir, hasta donde haya FUT positivo.
5. Imputar retiros y dividendos al Fondo de Utilidades No Tributables, FUNT, cuando el FUT no exista o sea negativo.

6. Determinar el monto de los retiros en exceso de las utilidades, cuando no existe FUT ni FUNT y cuya tributación queda pendiente.
7. Determinar el monto del Impuesto de Primera Categoría que tiene derecho la empresa a solicitar que se le devuelva en el caso de pérdidas tributarias que absorban total o parcialmente su FUT.
8. Controlar el monto de la diferencia entre la Depreciación Normal y la Depreciación Acelerada, para que tribute con Global Complementario o Impuesto Adicional en el caso de ser retirada o remesada al exterior, sin crédito.

2. PARTIDAS DEL FUT

En el Registro Fondo de Utilidades Tributables se registran partidas (expresadas en columnas) de distinta naturaleza, dependiendo de la necesidad de cada empresa, eso sí, hay algunas que son básicas y comunes a todo registro. Podemos mencionar a modo de ejemplo las siguientes: utilidades y pérdidas de la empresa, rentas presuntas, utilidades que vienen de otras empresas, ingresos que no constituyen renta, retiros, incremento por impuestos de primera categoría, retiros para reinvertir, impuesto de primera categoría pagados, control, entre otras.

Lo anterior es sin perjuicio de que en la práctica para la fidelidad del registro se agreguen otras columnas que sean necesarias.

Se dice que el registro FUT tiene saldo positivo cuando existen utilidades tributables que pueden retirar los dueños, accionistas o socios, se dice que es negativo cuando no ocurre lo anterior.

En cuanto a otros temas relevantes para el FUT, tales como los retiros en exceso, los gastos rechazados, no me referiré a ellos, los dejaré para otro trabajo.

V. ULTIMAS MODIFICACIONES IMPORTANTES AL ARTÍCULO 14, LETRA A), NUMERO 3 DE LA LEY DE IMPUESTO A LA RENTA, PRODUCTO DE LA REFORMA TRIBUTARIA

En nuestro país se han implementado reformas tributarias tendientes al financiamiento de los gastos del Estado, por una parte y la más importante, y por otra para evitar la evasión fiscal de los contribuyentes.

En cumplimiento de los objetivos antes indicados y en un afán eminentemente recaudador por parte del Fisco, se deroga el FUT y sus agregados, para así, evitar la postergación del impuesto que en la práctica redundaba en efectivamente no pagarlo, originando la merma en las arcas fiscales, casi como una evasión del impuesto.

De esta forma, el sistema tributario se hace consistente con los principios de dar igual tratamiento tributario a los ingresos provenientes del capital y del trabajo y dónde aporten proporcionalmente más quienes generan más ingresos.

Es en este contexto, en que el Legislador comenzó a dictar leyes que introdujeron modificaciones a nuestro sistema tributario en general y no solamente a la norma en comento.

1. MODIFICACIONES AL ARTÍCULO 14 DE LA L.I.R.

Pues bien, hablaremos ahora de las modificaciones introducidas al artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta, y de las modificaciones específicas al número 3 de la letra A) de este mismo

artículo, que reglamenta el FUT.

1.1. LEY 20.630.-

La primera de estas leyes de reforma tributaria, es la Ley número 20.630.-, la que perfecciona la legislación tributaria y financia la reforma educacional, publicada el 27 de septiembre de 2012.

Esta Ley introdujo una serie de modificaciones, dentro de ellas modificó al artículo 14 en forma muy menor, y específicamente el número 3 de la letra A), se modificó sólo la referencia a un inciso del artículo 21 de la Ley de la Renta.

Esta Ley entró en vigencia, en lo general, en primero de enero de 2013.

1.2. LEY 20.780.-

La segunda ley es la Ley número 20.780.-, reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, publicada el 29 de Septiembre de 2014.

Es esta Ley la que modifica en forma importante la tributación nacional, la que sí afecta al artículo 14 en gran medida y sustituye el número 3 de la letra A), que establece el Fondo de Utilidades Tributables, FUT. Lo anterior lo realiza la Ley en su artículo 1 permanente número 4.

Mucho se ha dicho de la reforma introducida por la Ley 20.780.-, que es buena, que es mala, difícil de entender y difícil de implementar, etc, pero lo cierto es que ésta y vino a quedarse y se quedó.

Esta Ley, introduce diversas modificaciones e incorpora normas a distintos cuerpos legales, modificando por cierto, el Código Tributario, La Ley de la Renta y la Ley del IVA entre otros cuerpos y disposiciones legales.

Consta la Ley 20.780.- de 18 artículos permanentes y 24 disposiciones transitorias.

En relación con la materia de este trabajo, la Ley 20.780.- en su artículo 1 permanente, número 4, ordena reemplazar el artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta por el que en su texto indica.

Es en este nuevo artículo 14 en el cual se elimina el FUT, en razón de que se comenzará a tributar en base, también, a renta atribuida. Todo lo anterior en armonía con el espíritu y objetivos de la reforma tributaria.

Este artículo, nos establece seis nuevos registros o si se quiere un gran registro con seis columnas, tal y como lo dijo el ex Director del Servicio de Impuestos Internos don Fernando Barraza Luengo, que reemplazarán a nuestro registro FUT, a saber:

1. Registro Rentas Atribuidas Propias
2. Registro Rentas Atribuidas de Terceros
3. Registro Rentas Exentas e Ingresos no Constitutivos de Renta
4. Registro de Rentas o Cantidades Afectas a los Impuestos Global Complementario o Adicional cuando sean retiradas, remesadas o distribuidas

5. Registro Control de los Retiros, Remesas o Distribuciones efectuadas desde la empresa, establecimiento permanente o sociedad
6. Registro Saldo Acumulado de Crédito.

El nuevo artículo 14, que sustituye al antiguo, de conformidad con el artículo 1 transitorio inciso primera de la Ley 20.780.-, entrará en vigencia el día primero de enero del año 2017.

Este nuevo artículo 14, modifica el régimen general de tributación de las utilidades empresariales establecido en la letra A) del antiguo artículo 14, sustituyéndolo por dos regímenes, el de la nueva letra A) “contribuyentes obligados a declarar sus rentas efectivas según contabilidad completa, sujetos al régimen de impuesto de primera categoría con imputación total de crédito en los impuestos finales”, y el de la letra B) “contribuyentes obligados a declarar sus rentas efectivas según contabilidad completa, sujetos al régimen de impuesto de primera categoría con deducción parcial de crédito en impuestos finales”.

A su vez, esta nueva estructura del artículo 14, en su letra C) establece el régimen para contribuyentes que no estén obligados a determinar su renta efectiva según contabilidad completa, distinguiendo en su número 1 aquellos obligados a determinar renta efectiva; y en su número 2 a aquellos contribuyentes sujetos al régimen de renta presunta.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 20.780.-, en sus disposiciones transitorias, específicamente, en su artículo segundo, introduce a partir del año comercial 2015, respecto de los impuestos que deban declararse y pagarse por rentas percibidas o devengadas (recordemos que la reforma incorpora las rentas atribuidas) a partir de ese mismo año comercial, otro nuevo artículo 14, que regirá desde el 1 de Enero de 2015 y hasta el 31 de Diciembre de 2016, de acuerdo con lo dicho en la Ley.

Este nuevo artículo 14, vigente durante el tiempo que se indica, permite a los contribuyentes seguir utilizando el registro FUT, hasta el 31 de diciembre de 2016.

Pero, con el propósito de incentivar el pago de impuestos correspondientes a las utilidades registradas en el FUT, la Ley en su artículo tercero transitorio, número 11, establece un régimen opcional de tributación sobre rentas acumuladas y retiros en exceso.

La opción consiste en que sólo aquellos contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría, determinado según balance y contabilidad completa y que hayan iniciado actividades con anterioridad al 1 de Enero de 2013 y que al término del año comercial 2014 mantengan en su libro FUT utilidades pendientes de distribución o retiro y en consecuencia postergado el Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional según el caso, podrán optar por pagar a título de Impuesta a la Renta, un **tributo sustituto** de los impuestos finales, aplicando las normas que este mismo número señala.

Los contribuyentes deberán ejercer su opción mediante el Formulario 50 cuyas instrucciones serán impartidas por el Servicio de Impuestos Internos, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la norma y ejerzan su opción durante el año comercial 2015. Lo anterior se modificó por la Ley de febrero de 2016, en el sentido de extender el plazo hasta abril del año 2017.

La tasa de este impuesto sustitutivo del Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional según el caso, sobre las utilidades registradas en el FUT a la fecha indicada, es de un 32% o la **tasa especial variable** que se determine en conformidad a la Ley y de acuerdo con los requisitos por ella exigidos.

La tasa fija, como se dijo, es de un 32% y está establecida por la Ley, la tasa especial variable hay que determinarla. La aplicación de esta última tasa está reservada para empresas, comuni-

dades y sociedades que desde el 1 de Enero de 2014 y hasta el año comercial 2015 estén formados exclusivamente por contribuyentes del Impuesto Global complementario, y en consecuencia sean personas naturales.

La Ley señala que la tasa variable es el promedio ponderado determinado de acuerdo con la participación que cada socio, comunero o accionista mantenga en la empresa de las tasas marginales más altas del Impuesto Global Complementario que les haya afectado durante los años tributarios 2012, 2013 y 2014. Se obtiene de las declaraciones a la renta individuales de las respectivas personas naturales. De conformidad con el este cálculo la tasa del impuesto variable puede llegar a ser considerablemente más baja que el 32%.

Este **régimen transitorio y opcional**, establece que se podrá gravar con el impuesto sustitutivo todas la utilidades registradas en el Libro FUT al 31 de Diciembre de 2014, o una parte de ellas, cuando dicho monto exceda el promedio de los retiros o distribuciones durante los años comerciales 2011, 2012 y 2013. De este monto determinado, se pueden rebajar las reinversiones recibidas durante el año 2014. Si aún con rebaja, este saldo excede el promedio, se debe atender a este último.

De esta manera, se entrega una válvula de escape para aquellos contribuyentes que tengan pendientes de retiro grandes utilidades o en otras palabras un gran FUT.

Esta era la situación hasta la dictación de una ley muy necesaria, esperada por todos, que viniera a explicar y solucionar la aplicación e interpretación de las normas establecidas en la ley 20.780.-. Esta ley, que muchos llaman contra reforma, fue dictada por el clamor o ruido social de los diferentes actores del mundo contributivo.

1.3. LEY 20.899.-

Se promulga así, el 01 de Febrero de 2016 la Ley número 20.899.- que simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias, su Título lo dice todo, que fue publicada el 08 de Febrero de 2016.

Esta Ley está articulada mediante 11 artículos permanentes y 9 disposiciones transitorias, a través de las cuales modifica diversas normas e incorpora otras nuevas. Modifica distintos cuerpos legales y normas, y también modifica la Ley número 20.780.-.

En lo referente a nuestro trabajo, la Ley 20.899.-, modifica el artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta, sustituido por el numeral 4 del artículo 1 permanente de la Ley 20.780.- sustituyendo los incisos segundo al sexto, sustituyendo las letras A) y B), modificando la letra D) y la E), de acuerdo con lo que se señala en la Ley 20.899.-.

Es importante señalar, que la Ley 20.899.-, entrega una definición legal de lo que debe entenderse por Renta Atribuida, definición señalada en su artículo 8 permanente que introduce a la modificación establecida en la Ley 20.780.-, un segundo párrafo al número 2 del artículo 2 de la Ley de Impuesto a la Renta.

El nuevo artículo 14 de la Ley 20.780.-, modificado por la Ley 20.899.-, entrará en vigencia, tal y como lo dijo en la primera de las leyes aludidas, el día primero de enero de 2017.

Como consecuencia de las modificaciones introducidas, el nuevo artículo 14, se refiere en sus incisos a lo siguiente:

1. Los nuevos incisos segundo al sexto, señalan los requisitos que deben cumplir los contribuyentes para poder tener derecho a optar a uno de los nuevos dos regímenes tributarios establecidos en las letras A) y B) del artículo 14. A la vez, se establecen reglas para asignar un régimen en caso en que no se ejerza opción alguna.
2. La letra A) establece el régimen para contribuyentes sujetos al Impuesto de Primera Categoría que determinen su renta en base a un balance general según contabilidad completa, con deducción total de créditos para los impuestos finales.
3. La letra B), establece el régimen para los mismos contribuyentes señalados en el número anterior, pero con deducción parcial de créditos a los impuestos finales.
4. Para los contribuyentes no obligados a determinar su renta efectiva según contabilidad completa, se establece en la letra C) del artículo 14 su régimen distinguiéndose entre contribuyentes obligados a determinar renta efectiva y contribuyentes sujetos al régimen de renta presunta.
5. La letra D), establece normas sobre armonización de los regímenes tributarios.
6. La letra E) establece normas sobre la información que deben proporcionar los contribuyentes indicados en las letras A) y B) del artículo 14, referente a ciertas inversiones allí señaladas.
7. La letra F), establece otras normas relativas a las formalidades que deberán cumplir ciertas declaraciones que deben efectuar los contribuyentes, y la responsabilidad de la empresa en el pago de las diferencias de impuesto que se determinan cuando los créditos o certificados excedan a los que efectivamente correspondan.

Tal y como lo señalo la Ley número 20.780.-, al establecer el nuevo texto del artículo 14, modificado por la Ley 20.899.- en el sentido que ya se dijo, se confirma la **eliminación de nuestro registro FUT** como registro contable tributario, y en consecuencia, se eliminan los beneficios que este registro otorgaba a los contribuyentes y empresas.

La Ley 20.899.-, no modificó el artículo segundo transitorio de la Ley 20.780.-, dejándolo vigente como régimen transitorio hasta el 31 de Diciembre de 2016, tal y como lo dice la norma.

Si bien la Ley 20.899.-, modificó el artículo tercero transitorio de la Ley 20.780.-, no modificó el numeral 11 de dicha norma que establece un régimen opcional de tributación sobre las rentas acumuladas y los retiros en exceso, al cual ya nos referimos.

Lo que si hace la Ley 20.899.-, es reforzar y confirma la opción ofrecida a los contribuyentes, que aun conserven utilidades pendientes de tributación final, en el número 11 de la disposición antes referida, introduciendo las modificaciones señaladas en su artículo primero transitorio, con vigencia a partir del primero de Enero de 2016.

Confirma entonces, la existencia de este impuesto sustitutivo regulado en el número 11, numeral I, del artículo tercero transitorio de la Ley 20.780.-.

De esta manera, la reforma establece un mecanismo opcional y transitorio para los contribuyentes –empresas, comunidades o sociedades- sujetos al Impuesto de Primera Categoría sobre la base de un balance general y contabilidad completa, que hubieren iniciado actividades con anterioridad al primero de Diciembre de 2015, cumpliendo los requisitos exigidos, para que paguen un impuesto sustitutivo con tasa de un 32%, o la tasa variable determinada según el caso, como impuesto final sobre una parte o el total de la utilidades registradas en el FUT al termino de los años comerciales 2015 o 2016, según el caso.

La Ley señala que la opción podrá ser ejercida durante el año 2016 y/o hasta el 30 de Abril de 2017, si no se ejerce dentro de estas oportunidades, que dependen del año en que se generan las utilidades, se extingue el derecho a optar.

El ejercicio de la opción, declaración y pago de este impuesto sustitutivo se hará mediante

el Formulario 50, antes indicado, del Servicio de Impuestos Internos, ya instruido por ese servicio mediante Resolución Exenta número 27 del 5 de Abril de 2016.

Cabe señalar que los contribuyentes que pueden optar a este régimen especial y transitorio, obviamente deben llevar Registro FUT con todos los requisitos exigidos por la Ley y en específico con los señalados en el número 3, de la letra A), del artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta vigente. Además, este Registro debe arrojar un saldo de utilidades, pendientes de tributación en Global Complementario o Impuesto Adicional, según el caso.

No es relevante para determinar este saldo, si las utilidades acumuladas provienen de rentas generadas por el propio contribuyente, como sería el caso de la renta líquida imponible o de rentas exentas del Impuesto de Primera Categoría, o si han sido generadas por sociedades en las cuales el contribuyente es accionista o socio.

En cuanto a la tasa, la regla general es la de un 32%, tasa fija, solo hay que cumplir con los requisitos ya mencionados.

Es en la otra posibilidad de tasa en la cual hay que más exigencias. La Ley establece que las empresas, comunidades y sociedades integradas exclusivamente por personas naturales y contribuyentes del Impuesto Global Complementario podrán aplicar la tasa variable.

El impuesto en este caso, se aplicará con una tasa equivalente al promedio ponderado, de acuerdo con la participación que tenga cada socio, comunero o accionista en la empresa, de las tasas marginales más alta del Impuesto Global Complementario de los últimos tres años respectivos, es decir, si el acumulado del FUT es al 31 de Diciembre de 2015 o al 31 de Diciembre de 2016.

En cuanto a la base imponible de este impuesto sustitutivo de los impuestos finales, la Ley establece que podrá ser el total del saldo del Registro FUT determinado al 31 de Diciembre de 2015 o 31 de Diciembre de 2016. Para el año comercial 2016 no hay limitación alguna en cuanto a la determinación de este saldo.

Los contribuyentes podrán optar por el total del saldo o por una parte como base imponible para calcular el impuesto sustitutivo.

Para el cálculo de esta base imponible, no debe considerarse el Impuesto de Primera Categoría correspondiente a la renta de los años tributarios 2016 o 2017, toda vez que una vez pagado este impuesto y atendido su carácter de gasto rechazado no afecto a la tributación del artículo 21 de la Ley de Impuesto a la Renta, debe rebajarse de las utilidades registradas en el FUT, al no ser una cantidad susceptible de retiro, remesa o distribución.

En cuanto a su determinación, incrementos, reajustes, etc, se debe cumplir con lo establecido en el número 3 de la letra A) del artículo 14 vigente.

Declarado y pagado este impuesto sustitutivo sobre aquella parte de las utilidades tributables que le sirvieron de base imponible, registradas en el FUT al 31 de Diciembre de 2015 y/o 2016, se considerara que han cumplido con la tributación del Impuesto a la Renta ya sea en Global Complementario o Adicional según el caso.

Para los efectos del cálculo de la base imponible para el Impuesto Global complementario, las rentas anteriores no deben considerarse en la renta bruta del respectivo contribuyente, ya que no son catalogadas de retiros, dividendos o remesas. De esta forma se cumple con el objetivo de este impuesto sustitutivo, ya que precisamente sustituye a los impuestos finales, de lo contrario una misma renta se gravaría dos veces.

Las utilidades que sirvieron de base imponible para el impuesto sustitutivo, deben rebajarse del FUT, e incluirse en el Fondo de Utilidades No Tributables, todo de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta, artículo vigente desde el primero de Enero de 2015.

De esta manera se termina la tributación de estas utilidades, ya que podrán ser retiradas del registro FUNT, o distribuidas o remesas en cualquier momento y no están afectos a tributo alguno ni registro alguno, sólo se exige que deben imputarse con preferencia a cualquier otra suma, sin considerarse las reglas establecidas en el artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta en cuanto a la imputación de los retiros, dividendos o remesas. Así lo establece expresamente la Ley número 20.899.- al señalar que los contribuyentes que hubieren declarado y pagado el impuesto sustitutivo indicado en el número 11, del numeral I, del artículo tercero transitorio de la Ley número 20.780.-, podrán retirar, distribuir o remesar en cualquier momento con preferencia a cualquier cantidad, sin que debe cumplirse la regla indicada en la letra g) del número 11 del artículo tercero transitorio de dicha Ley.

Tampoco deberán efectuar la retención de impuestos señala en el número 4 del artículo 74 de la Ley de Impuesto a la renta por estas utilidades que sean pagadas o remesadas al exterior, o se pongan a disposición o se abonen en cuenta.

En lo que dice relación con los retiros que se destinen a reinversión o los retiros en exceso efectuados, desde el primero de Enero de 2015 o 2016, desde contribuyentes que se acogieron a este impuesto sustitutivo, la Ley 20.899.-, no contempla tributación alguna respecto de los impuestos Global Complementario o Adicional.

La Ley 20.780.-, dispone también, que no podrán someterse a este régimen, la diferencia que resulte entre la depreciación normal y la depreciación acelerada establecida en el número 5 del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, la que sólo se grava con los impuestos finales cuando existen utilidades acumuladas en el Registro FUT. Tampoco lo será, la diferencia que resulte entre estas dos depreciaciones establecida en el número 5 bis del artículo 31 de la misma ley.

De esta manera, queda establecido por el Legislador el mecanismo y operatoria para la tributación de las utilidades registradas en nuestro FUT y que se encuentran pendientes de tributación por parte de sus dueños.

VI. CONCLUSION

Con lo antes señalado en lo principal de este trabajo, queda establecido el término de nuestro Registro de Fondo de Utilidades Tributables, FUT. A su vez, el Legislador normó una serie de registros que contablemente permitirán registrar las anotaciones necesarias para la tributación de las utilidades que antes estaban contenidas en el FUT.

El Legislador, también estableció un régimen de tributación transitorio y opcional de estas utilidades, régimen que permite ser un poco menos onerosa la tributación final de las utilidades del llamado FUT Histórico, ya que de no ser así, se llevarían a Global Complementario y tributarían con el tope que les correspondería de conformidad a la escala de dicho impuesto, y en el caso de los contribuyentes gravados con el Impuesto Adicional, tributaría con dicha tasa.

En cuanto a las utilidades pendientes quedadas en el FUT que no se acogieron al régimen del impuesto sustitutivo, en sus dos tasas, quedarán registradas en los nuevos registros que establece la Ley 20.780.- modificada por la Ley 20.899.- y tributarán cuando se efectúe el retiro de ellas con preferencia a otras utilidades, en tributación normal.

Es innegable que el FUT cumplió su objetivo de sacar al país de la crisis económica en que se encontraba en la década de los ochentas, fundamento de su creación, permitiendo a los contribuyentes postergar la tributación final y de ese modo utilizar esos recursos en crecer empresarialmente.

Pero, como muchas cosas en nuestro querido Chile, también es innegable que se abusó de esta herramienta, para eludir impuestos, en tal cantidad, que es una de las principales razones para la dictación de estas reformas tributarias que hoy nos rigen y las que se espera que entren en vigencia.

El FUT como mecanismo económico, como herramienta para hacer frente a una crisis económica, fue tremendamente eficiente, de igual modo lo fueron las reinversiones en su aspecto tributario, pero todo esto se terminó, ya no se puede lucrar con los impuestos, se acabó.

Nuestro sistema tributario se ha ido desarrollando a lo largo del tiempo al igual que nuestra economía. Como producto final es un sistema a veces bastante complejo, en parte, porque muchas modificaciones han sido emprendidas sin eliminar consideraciones anteriores, o simplemente incorporándolos dentro de las mismas.

A contar de la reforma tributaria que da cuenta la publicación de la Ley N° 18.293 de fecha 31 de enero de 1983, significó dar grandes avances en materia de inversión y ahorro para aquellos que determinan su renta a través de contabilidad completa y balance, dado el escenario país de aquellos años, con una Banca incipiente y con muchos problemas estructurales, fue un verdadero “salvavidas” a la economía de aquellos años.

Como contra partida, el legislador entregó una salida a la tributación de las utilidades pendientes de ella, es este impuesto sustituto, herramienta no poco atractiva para los contribuyentes, pero en mi opinión no con una tasa beneficiosa y del todo motivadora, me refiero a la fija.

La opción de tributación sustituta la estableció la recientemente publicada Ley 20.899 (que simplifica el sistema de Tributación a la Renta), que en su artículo primero transitorio entregó la posibilidad para que los contribuyentes sujetos al impuesto de Primera Categoría determinado sobre la base de un balance general según contabilidad completa, de pagar un impuesto sustitutivo de los impuestos finales, sobre una parte o el total de su saldo FUT, aplicando para tales efectos lo dispuesto en el citado número 11 del Numeral I.- del artículo tercero transitorio de la Ley 20.780, con las modificaciones ya referidas.

Sin perjuicio de lo anterior, la modificación que hace atractivo al nuevo mecanismo dice relación con el hecho que las cantidades que en definitiva se acojan al procedimiento, sin perjuicio de su anotación en el registro FUNT: “podrán ser retiradas, remesadas o distribuidas en la oportunidad que se estime conveniente, con preferencia a cualquier otra suma y sin considerar las reglas de imputación que establezca la ley sobre Impuesto a la Renta vigente a la fecha del retiro, remesa o distribución”, y respecto de ellas no deberá practicarse retención de Impuesto Adicional por las remesas a contribuyentes afectos a dicho tributo (habida cuenta que se ha cumplido a su respecto con la tributación de impuesto a la renta que les resulta aplicable).

Por otra parte, aquellos contribuyentes que hayan declarado y pagado el impuesto sustitutivo conforme a las normas del N° 11, Numeral I.- del artículo tercero transitorio de la Ley 20.780, podrán retirar las cantidades acogidas a dicho régimen con la preferencia antes indicada.

Bueno, al final del día, nuestro Registro de Fondo de Utilidades Tributables, desaparece como tal, pasando las anotaciones y partidas a registrarse en otros registros creados por la Reforma Tributaria.

Se pierde el beneficio de postergación del impuesto Global Complementarios o Adicional según el caso, ahora se tributa por las utilidades percibidas, devengadas o atribuidas.

Ahora, sólo debemos esperar los resultados en la recaudación fiscal y en el rendimiento de nuestra economía para ver si estas modificaciones alcanzarán la meta propuesta.

Junto con lo anterior, al Servicio de Impuestos Internos, le corresponde velar por su implementación y eficaz cumplimiento.

VII. ANEXO 1

En ANEXO N° 1, se adjuntan ejemplo sobre la materia analizada, respecto de una sociedad de personas, ejemplo contenido en la Circular Número 17 del Servicio de Impuestos Internos de fecha 13 de Abril de 2016.

Caso: Sociedad de Personas. Caso de aplicación del impuesto sustitutivo sobre el saldo de FUT.

I.- ANTECEDENTES: Al 31 de Diciembre de 2015, una sociedad de personas que inició sus actividades en el año comercial 2010, registra la siguiente información:

1.- Saldo FUT al 31-12-2015.

Detalle	Control	Utilidades netas propias 2014 crédito IDPC tasa 21% (0,265822)	Utilidades netas propias 2015 crédito IDPC tasa 22,5% (0,290322)	IDPC (impuesto de primera categoría)	Crédito IDPC	Incremento IDPC
Saldo al 31-12-2015	55.500.000	30.500.000	19.375.000	5.625.000	13.732.560	13.732.560

2.- Saldo FUNT al 31-12-2015.

Detalle	Control	Rentas exentas	Ingresos no tributables
Saldo al 31-12-2015	8.300.000	0	8.300.000

3.- Contribuyente acogerá el 60% de FUT neto susceptible de acogerse al sistema opcional y transitorio. La opción se ejercerá en el mes de junio de 2016 (IPC 3%)

4.- Alternativa 1: La sociedad no puede aplicar la tasa variable, por lo que aplica la tasa general de 32%

Alternativa 2: La sociedad cumple con los requisitos para aplicar la tasa especial variable, de acuerdo a los siguientes antecedentes:

Año tributario	Socio	Tasa marginal más alta IGC
2013	A	0%
	B	15%
	C	37%
2014	A	10%
	B	25%
	C	40%
2015	A	0%
	B	23%
	C	35,5%

Los socios presentan la siguiente participación al 31-12-2015:

Socio A: 20%

Socio B: 35%

Socio C: 45%

II.- DESARROLLO: Alternativa 1, aplicación de la tasa fija de 32%.

1.- Determinación del monto máximo susceptible de acogerse:

(i)	Saldo FUT determinado al 31-12-2015				55.500.000	(más)
(ii)	IDPC AT 2016				-5.625.000	(menos)
(iii)	Monto máximo susceptible de acogerse				49.875.000	(=)

2.- Monto que efectivamente se acogerá al sistema: \$49.875.000 por 60%= \$29.925.000.-

3.- Imputación de las cantidades que se acogerán para determinar el crédito por IDPC:

N°	Detalle	Control	Utilidades netas propias 2014 crédito IDPC tasa 21% (0,265822)	Utilidades netas propias 2015 crédito IDPC tasa 22,5% (0,290322)	IDPC	Crédito IDPC	Incremento IDPC
	Saldo al 31-12-2015	55.500.000	30.500.000	19.375.000	5.625.000	13.732.560	13.732.560
	Monto que se acogerá	-29.925.000	-29.925.000			-7.954.723	-7.954.723

4.- Cálculo del impuesto sustitutivo:

Base Imponible:

Monto de saldo FUT que se acogerá \$29.925.000 por 1,03 30.822.750

Incremento por crédito por IDPC \$7.954.723 por 1,03 8.193.365

Base imponible afecta al impuesto sustituto 39.016.115

Impuesto tasa 32% sobre \$39.016.115 12.485.157

Crédito por IDPC -8.193.365

Impuesto a declarar y pagar junio 2016 (F-50) 4.291.792

5.- Determinación FUT y FUNT al 31-12-2016

Supuestos:

- i) IPC anual 2016: 5,5%
- ii) IPC de enero a junio 2016: 3%
- iii) IPC de abril a diciembre 2016: 3,5%
- iv) IPC de junio a diciembre a diciembre 2016: 2,5%
- v) Pago del IDPC: Con PPM
- vi) Retiros efectuados en julio 2016, reajustados: \$28.000.000

5.1.- Determinación FUT al 31-12-2016 (considerando los supuestos)

Detalle	Control	Utilidades netas propias 2014 Crédito IDPC tasa 21% (0,265822)	Utilidades netas propias 2015 Crédito IDPC tasa 22,5% (0,290322)	IDPC Utilidad sin crédito	Crédito IDPC	Incremento IDPC
Saldo al 31-12-2015	55.500.000	30.500.000	19.375.000	5.625.000	13.732.560	13.732.560
Reajuste anual 5,5%	3.052.500	1.677.500	1.065.625	309.375	755.291	755.291
Remanente reajustado	58.552.500	32.177.500	20.440.625	5.934.375	14.487.851	14.487.851
Pago del IDPC \$5.625.000 por 1,035	-5.821.875			-5.821.875		
Saldo al 31-12-2016	52.730.625	32.177.500	20.440.625	112.500	14.487.851	14.487.851
FUT acogido a pago de impuesto sustitutivo \$30.822.750 por 1,025	-31.593.319	-31.593.319			-8.398.199	-8.398.199
Saldo FUT	21.137.306	584.181	20.440.625	112.500	6.089.652	6.089.652

5.2.- Determinación FUNT al 31-12-2016 (considerando supuestos):

Detalle	Control	Rentas exentas	Ingresos no renta	Rentas afecta al IDPC en carácter de único	Rentas afectas al impuesto sustitutivo
Saldo al 31-12-2015	8.300.000	0	8.300.000	0	
Reajuste anual 5,5%	456.500	0	456.500	0	
Remanente reajustado	8.756.500	0	8.756.500	0	
FUT acogido a pago de impuesto sustitutivo	31.593.319				31.593.319
Pago de impuesto sustitutivo \$4.291.792 por 1,025	-4.399.087				-4.399.087
Subtotal FUNT	35.950.732		8.756.500	0	27.194.232
Retiros no imputados a FUT	-27.194.232				-27.194.232 (*)
(Saldo FUNT	8.756.500	0	8.756.500	0	0

(*) Estas cantidades pueden ser retiradas en cualquier momento, sin atender al orden de imputación a que se refiere el artículo 14 de la LIR.

La parte del retiro que no pudo imputarse a las rentas afectas al impuesto sustitutivo, deberá someterse a las reglas generales de imputación, es decir, consumir en primer término las utilidades contenidas en el FUT y a continuación las utilidades contenidas en el registro FUNT al término del ejercicio. Para el caso del ejemplo, deberá incorporarse al remanente de FUT las rentas recibidas en el ejercicio, entre las cuales se encuentra la Renta Líquida Imponible y a continuación imputarse los retiros del ejercicio, en este caso \$805.768 (\$28.000.000 - \$27.194.232)

III.- DESARROLLO: Alternativa 2, aplicación de la tasa especial variable.

1.- Determinación del monto máximo susceptible de acogerse:

(i)	Saldo FUT determinado al 31-12-2015				55.500.000	(más)
(ii)	IDPC AT 2016				-5.625.000	(menos)
(iii)	Monto máximo susceptible de acogerse				49.875.000	(=)

2.- Monto que efectivamente se acogerá al sistema: \$49.875.000 por 60%: \$29.925.000

3.- Imputación de las cantidades que se acogerán para determinar el crédito por IDPC:

N°	Detalle	Control	Utilidades netas propias 2014 crédito IDPC tasa 21% (0,265822)	Utilidades netas propias 2015 crédito IDPC tasa 22,5% (0,290322)	IDPC	Crédito IDPC	Incremento IDPC
	Saldo al 31-12-2015	55.500.000	30.500.000	19.375.000	5.625.000	13.732.560	13.732.560
	Monto que se acogerá	-29.925.000	-29.925.000			-7.954.723	-7.954.723

4.- Cálculo del impuesto sustitutivo:

4.1.- Cálculo de la tasa variable:

Año tributario	Socio A	Socio B	Socio C
2013	0%	15%	37%
2014	10%	25%	40%
2015	0%	23%	35,5%
Total	10%	63%/3	112,5%/3
Promedio simple	10%	21%	38%
Porcentaje de participación	20%	35%	45%
Promedio ponderado	$(10\% * 29\%)+(21\% * 35\%)+(38\% * 45\%)= 2\%+ 7,35\%+ 17,1\% = 26\%$		

Base Imponible:

Monto de saldo FUT que se acogerá \$29.925.000 por 1,03 30.822.750

Incremento por crédito por IDPC \$7.954.723 por 1,03 8.193.365

Base imponible afecta al impuesto sustituto 39.016.115

Impuesto tasa 26% sobre \$39.016.115 10.144.190

Crédito por IDPC -8.193.365

Impuesto a declarar y pagar junio 2016 (F-50) 1.950.825

5.- Determinación FUT y FUNT al 31-12-2016

Supuestos:

- i) IPC anual 2016: 5,5%
- ii) IPC de enero a junio 2016:3%
- iii) IPC de abril a diciembre 2016: 3,5%
- iv) IPC de junio a diciembre a diciembre 2016: 2,5%
- v) Pago del IDPC: Con PPM
- vi) Retiros efectuados en julio 2016, reajustados: \$28.000.000

5.1.- Determinación FUT al 31-12-2016 (considerando los supuestos)

Detalle	Control	Utilidades netas propias 2014 Crédito IDPC tasa 21% (0,265822)	Utilidades netas propias 2015 Crédito IDPC tasa 22,5% (0,290322)	IDPC Utilidad sin crédito	Crédito IDPC	Incremento IDPC
Saldo al 31-12-2015	55.500.000	30.500.000	19.375.000	5.625.000	13.732.560	13.732.560
Reajuste anual 5,5%	3.052.500	1.677.500	1.065.625	309.375	755.291	755.291
Remanente reajustado	58.552.500	32.177.500	20.440.625	5.934.375	14.487.851	14.487.851
Pago del IDPC \$5.625.000 por 1,035	-5.821.875			-5.821.875		
Saldo al 31-12-2016	52.730.625	32.177.500	20.440.625	112.500	14.487.851	14.487.851
FUT acogido a pago de impuesto sustitutivo \$30.822.750 por 1,025	-31.593.319	-31.593.319			-8.398.199	-8.398.199
Saldo FUT	21.137.306	584.181	20.440.625	112.500	6.089.652	6.089.652

5.2.- Determinación de FUNT al 31-12-2016 (considerando los supuestos)

Detalle	Control	Rentas exentas	Ingresos no renta	Rentas afecta al IDPC en carácter de único	Rentas afectas al impuesto sustitutivo
Saldo al 31-12-2015	8.300.000	0	8.300.000	0	
Reajuste anual 5,5%	456.500	0	456.500	0	
Remanente reajustado	8.756.500	0	8.756.500	0	
FUT acogido a pago de impuesto sustitutivo	31.593.319				31.593.319
Pago de impuesto sustitutivo \$1.950.825 por 1,025	-1.999.596				-1.999.596
Subtotal FUNT	38.350.223		8.756.500	0	29.593.723
Retiros no imputados a FUT	-28.000.000		0		-28.000.000 (*)
(Saldo FUNT	10.350.223	0	8.756.500	0	1.593.723

(*) Estas cantidades pueden ser retiradas en cualquier momento, sin atender al orden de imputación a que se refiere el artículo 14 de la LIR.

BIBLIOGRAFIA

ASTE, CHRISTIAN (2010): *Curso Sobre Derecho y Código Tributario*, (Santiago, Editorial AbeledoPerrot, quinta edición).

CONTRERAS Y GONZALEZ, HUGO Y LEONEL (2009): *Curso Práctico de Impuesto a la Renta*, (Santiago, Editorial Cepet, sexta edición).

CONTRERAS Y GONZALEZ, HUGO Y LEONEL (2009): *Manual Aplicación Práctica del Fondo de Utilidades Tributables*, (Santiago, Editorial Cepet, cuarta edición).

PEREZ, ABUNDIO (2013): *Manual de Código Tributario*, (Santiago, Editorial Thomson Reuters, novena edición).

NORMAS CITADAS

DECRETO LEY N°830 (31/12/1974), Código Tributario.

DECRETO LEY N°824 (31/12/1974), Ley de Impuesto a la Renta.

LEY N°20.630 (27/09/2012), Perfecciona la Legislación Tributaria y Financia la Reforma Educativa.

LEY N°20.780 (29/09/2014), Reforma Tributaria que Modifica el Sistema de Tributación de la Renta e Introduce Diversos Ajustes en el Sistema Tributario.

LEY N°20.899 (08/02/2016), Simplifica el Sistema de Tributación a la Renta y Perfecciona otras Disposiciones Legales Tributarias.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS, Circulares: Números 15, 55 y 70 año 2014; Número 10 año 2015; y Números 17 y 21 año 2016.

ALGUNOS MECANISMOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO*

SOME CONTROL MECHANISMS OF UNFAIR TERMS IN THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

MARÍA ELISA MORALES ORTIZ**

RESUMEN: El presente artículo realiza un reconocimiento de los principales mecanismos de control de cláusulas abusivas e identifica, en el ordenamiento jurídico chileno, algunos de los mecanismos que operan o, podrían operar, como tales. Se concluye que, tanto en la ley 19.496 como fuera de ella, es posible encontrar mecanismos de control de cláusulas abusivas, sin embargo, la falta de una norma de coordinación genera un problema de incerteza para proveedores y consumidores.

PALABRAS CLAVES: Cláusulas abusivas, mecanismos de control, derecho de consumo.

ABSTRACT: *This article recognises the main control mechanisms of unfair terms and identifies some of these mechanisms that operate or could operate in the Chilean law. It is concluded that in both cases, inside the 19,496 Act and outside it, is possible to identify such mechanisms however, the lack of a rule to coordinate them, produces a problem of uncertainty for suppliers and consumers.*

KEY WORDS: *Unfair terms, control mechanisms, consumer law.*

* El presente artículo es parte de mi tesis doctoral inédita titulada "Control preventivo de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno. Una propuesta de control fuerte".

** Doctora en Derecho, Universidad de Chile; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Profesora e Investigadora, Departamento de Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile. Correo postal: Avenida Francisco Salazar 01145, Temuco. Correo electrónico: maria.morales@ufrontera.cl.

INTRODUCCIÓN

En este artículo se clasifican y definen los principales mecanismos de control de cláusulas abusivas con el objeto de identificar algunos de ellos en el ordenamiento jurídico chileno, sea que figuren dentro de la ley 19.496¹ (LPDC) o fuera de ella.

El enfoque se dirige a aquellos mecanismos que han surgido precisamente para controlar cláusulas abusivas en el contexto de la contratación masiva. Lo anterior, a excepción de ciertas reglas de interpretación que “han sido una forma clásica de control de cláusulas abusivas”².

Hay que prevenir que, en general, los mecanismos que se pueden identificar fuera de la LPDC tienen fines amplios de control de legalidad, pero pueden ser considerados mecanismos controladores de cláusulas abusivas pues dentro de esa noción laxa de legalidad quedan comprendidas las normas que regulan cláusulas abusivas de la LPDC. Justamente, cuando alguna doctrina chilena³ se ha referido a la incidencia de dicha normativa en la protección del consumidor, lo ha hecho a propósito de los controles formales de legalidad que realizan⁴. Así, si el control incluye el respeto de las normas de la LPDC, comprende las normas de control de contenido de cláusulas abusivas. Esto debería ocurrir cuando, en cumplimiento de sus facultades, el órgano deba verificar la legalidad de relaciones contractuales regidas por un contrato de adhesión⁵. Son entonces, bajo esas premisas, mecanismos de control de cláusulas abusivas, aunque no exclusivamente.

El artículo se dividirá en dos partes. En la primera parte se revisan, separadamente, las tres principales clasificaciones de mecanismos de control de cláusulas abusivas que se han distinguido en doctrina, identificado las manifestaciones más representativas de cada uno de éstos en nuestro ordenamiento. En la segunda parte, se analizan los problemas del conjunto de los mecanismos identificados.

I. MECANISMOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El gran desequilibrio que suele caracterizar a la contratación por adhesión es la razón primordial para controlar las cláusulas abusivas⁶. En efecto, en un contexto de desequilibrio contractual la posibilidad de discutir antes de concluir un contrato se restringe sólo a la elección de “tomar o dejar”. El principal problema que entraña lo anterior es que se incluyan cláusulas abusivas en perjuicio del contratante débil y de ahí la necesidad de mecanismos de control⁷. A continuación, se revisarán tres de las principales clasificaciones de estos mecanismos.

1. Según el momento en que operan: control preventivo y represivo

Conforme a García⁸, los mecanismos de control pueden clasificarse según el momento en

¹ Ley N° 19.496 de 1997.

² PIZARRO, CARLOS. *La protección de los consumidores en materia contractual*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1999, p. 111.

³ PIZARRO, CARLOS “Análisis empírico del control represivo de cláusulas abusivas”. En: Barrientos Camus, Francisca., De La Maza Gazmuri, Íñigo., y Pizarro Wilson, Carlos., (Eds.). *Consumidores*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2012, pp. 185 y ss. ISLER, E, “Artículo 57. Comentario”. En: Barrientos, F. (Coord) *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago, Legal Publishing, 2013, p.1117.

⁴ PIZARRO, CARLOS “Análisis empírico del...cit., pp. 185 y ss.

⁵ En tanto actos mixtos. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2 bis de la LPDC y las demás normas relativas al ámbito de aplicación de la misma ley.

⁶ HOWELLS, GERAINT Y WEATHERILL, STEPHEN *Consumer Protection Law*. Aldershot, Ashgate Publishing, Second Edition, 2005, p. 261.

⁷ PIZARRO, CARLOS “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho Chileno”. En: Barrientos Camus, Francisca., De La Maza Gazmuri, Íñigo., y Pizarro Wilson, Carlos., (Eds.). *Consumidores*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2012, p. 55.

⁸ GARCÍA, MANUEL *Condiciones generales de los contratos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pp.176 y ss.

que se efectúan en control preventivo y represivo. El primero opera antes de que el contrato haya perfeccionado y el segundo, a partir de ese momento⁹.

A lo anterior hay que agregar que, desde otra perspectiva, un control represivo puede generar efecto preventivo evitando la incorporación de cláusulas abusivas a nuevos contratos. Bajo este punto de vista, surge entonces la posibilidad que un mismo control sea represivo, según el momento en que opera, pero que sus efectos sean además preventivos. Un ejemplo servirá para ilustrar esta idea.

En un contrato de adhesión “X”, Sernac¹⁰ detecta la presencia de cláusulas que, a su juicio, son abusivas. En virtud de esa situación, el ente administrativo inicia una mediación colectiva logrando que la empresa redactora retire las cláusulas. En consecuencia, la empresa reformula el contrato de adhesión afectado relaciones contractuales vigentes pero, además, surge una nueva fórmula contractual, jamás empleada, “X1”. Desde ese momento, los futuros contratos entre la empresa y nuevos consumidores se registrarán por un nuevo contrato de adhesión, “X1”, desprovisto de cláusulas abusivas gracias al control represivo que se efectuó¹¹.

Ese efecto preventivo se relaciona con mecanismos de negociación¹² y va a depender de la fuerza o influencia que pueda ejercer el ente negociador. Así, sería muy difícil un acuerdo con los referidos alcances entre un consumidor y una gran empresa de *retail*. Eso demuestra que el efecto preventivo derivado de un mecanismo represivo es eventual.

Ambas fórmulas, preventiva y represiva, deben estar presentes en un sistema de mecanismos de control de cláusulas abusivas. Debido a los costos de un sistema puramente sancionatorio, éste debería ser complementado con mecanismos preventivos que eviten, en alguna medida, estos abusos. Los mecanismos preventivos son verdaderos filtros de abusos.

Esto último se relaciona con el rol preventivo que se asigna al derecho de consumo y que queda muy bien explicado en palabras de Stiglitz y Stiglitz: “es de la esencia del derecho del consumidor, la característica preventiva de las normas y soluciones del sistema de protección, imponiendo una de las más notables superaciones del sistema clásico, que sólo genera la reacción jurídica frente al daño ya producido”¹³. Y ello, continúan los autores, sería absolutamente estéril en el ámbito de la protección del consumidor, pues los costos sociales que dejan las prácticas abusivas no son reparables a través de puros mecanismos sancionatorios tradicionales¹⁴.

1.1. Sello Sernac

En el ordenamiento jurídico chileno, dentro de la LPDC, el mecanismo que podría operar como control preventivo de cláusulas abusivas es el “Sello Sernac”.

⁹ O, en otras palabras, cuando “los contratos ya se encuentran regulando la relación entre consumidores y proveedores”. DE LA MAZA, Í. “El control de las cláusulas abusivas y la letra G”, en: Barrientos, F., De la Maza, I., y Pizarro, C. (Eds.), *Consumidores*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2012, p. 116.

¹⁰ Servicio Nacional del Consumidor.

¹¹ Es exactamente el supuesto que se puede constatar en la mediación colectiva de Sernac con 14 clínicas que eliminan de sus pagarés y mandatos cláusulas abusivas que perjudicaban a usuarios. [En línea] <<http://www.sernac.cl/tras-mediacion-colectiva-con-el-sernac-14-clinicas-eliminam-de-sus-pagares-y-mandatos-clausulas-abus/>> [consulta: 24 de junio de 2016].

¹² Como el acuerdo conciliatorio al que este año arribaron Sernac y Falabella. “Tras un acuerdo conciliatorio en el marco de una demanda colectiva presentada por el SERNAC, Falabella Retail S.A. ajustó los términos y condiciones comerciales establecidos en su sitio web, eliminando una serie de disposiciones que a juicio del Servicio vulneraban los derechos de los consumidores”. [En línea] <<http://www.sernac.cl/tras-acuerdo-conciliatorio-con-el-sernac-falabella-elimino-clausulas-abusivas-y-entregara-solucion-a/>> [consulta: 24 de junio de 2016].

¹³ STIGLITZ, RUBÉN Y STIGLITZ, GABRIEL. *Defensa del consumidor y derecho del consumidor*. Buenos Aires, La ley, Segunda edición, 2012, pp. 15-16.

¹⁴ Íd.

Como se sabe, el Sernac es la agencia especializada a cargo de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la LPDC y demás normas que digan relación con el consumidor. Entre sus facultades puede otorgar y revocar un sello a los contratos por adhesión de proveedores financieros¹⁵. Este sello busca operar como una especie de certificación de legalidad antes de que los contratos sean utilizados por los proveedores en sus relaciones con consumidores. Se le ha denominado legalmente “Sello Sernac” y fue introducido por la ley N°20.555¹⁶ que modifica la LPDC.

De acuerdo a las disposiciones pertinentes (arts. 55 y ss. de la LPDC), el referido mecanismo debería funcionar de la siguiente manera. Los proveedores de productos financieros pueden solicitar voluntariamente la revisión por el Sernac de sus contratos de adhesión. Para ello deben cumplir con una serie de condiciones establecidas en el artículo 55 de la LPDC. Si algún proveedor decide obtener el sello, debe someter a revisión del Sernac, todos sus contratos de adhesión. La agencia tiene un plazo legal para pronunciarse sobre el otorgamiento del sello. Si es que no hay pronunciamiento dentro de plazo, se entiende que el o los contratos sometidos a revisión cuentan con el Sello. Por otro lado, si algún proveedor con sello Sernac modifica alguno de sus contratos o incorpora uno nuevo, debe someterlo a un nuevo procedimiento de verificación. Además, el Sello es revocable, entre otras razones, por haber sido dictada sentencia definitiva ejecutoriada que declare la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión relativo a productos o servicios financieros del respectivo proveedor. De esto último se colige que el Sello no representa una garantía de legalidad.

Como se advierte, la tramitación por la obtención del Sello surge a instancias del proveedor, quien voluntariamente decide someterse al control del órgano administrativo. Se trataría entonces de un mecanismo preventivo mixto ya que, como se verá, mezcla la intervención de un órgano de la administración para evitar la incorporación de cláusulas abusivas, con el sometimiento voluntario del proveedor al mecanismo. Además, como se advierte, sería un mecanismo de control especial, ya que tiene un ámbito de aplicación restringido. Lamentablemente, habiendo transcurrido más de 4 años desde su entrada en vigencia, el Sello jamás ha sido utilizado. Ni si quiera hay proveedores que tengan solicitudes en curso¹⁷.

1.2. Mediaciones colectivas

Otro mecanismo relevante susceptible de operar tanto como control preventivo, como represivo son las denominadas mediaciones colectivas¹⁸ llevadas a cabo por Sernac. No están reguladas en la LPDC, pero se ha interpretado que el servicio cuenta con la atribución de iniciar estos procedimientos en virtud de su facultad más amplia de velar por la protección de los derechos de los consumidores, la que incluye el resguardo de sus intereses colectivos o difusos¹⁹. El objeto de estas mediaciones es que los proveedores cesen en las acciones, que según Sernac, constituyen acciones infractoras²⁰.

¹⁵ Ver: artículos 55 y 55 c, LPDC.

¹⁶ Ley N° 20.555 de 2011.

¹⁷ Servicio Nacional del Consumidor. 5 de octubre de 2016. Respuesta a su solicitud de información AH009T0000394 [en línea] En: <elisa.moralesortiz@gmail.com> 5 oct. <no-responder@portaltransparencia.cl> [consulta: 12 de octubre de 2016].

¹⁸ Denominadas así por la práctica de Sernac. Técnicamente no son mediaciones ya que no se verifica la figura triangular con un tercero imparcial entre las partes. Para nosotros es más propiamente una negociación. Otra apreciación crítica sostiene que sería más propio hablar de “conciliación colectiva”. Ver: AGUIRREZABAL, M. 2015 Intereses supraindividuales: acción colectiva, mediación colectiva. En: Reformas al Sernac. Comentarios y Propuestas Minuta #2. Fundación Fernando Fueyo. [En línea] <<http://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2015/10/Propuestas-proyecto-de-fortalecimiento-al-Sernac.pdf>> [Consulta: 25 de mayo de 2015]

¹⁹ Contraloría General de la República. División de Coordinación e Información Jurídica. Dictamen número 94206N14, 04-12-2014. [En línea]: <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=46361CAF8226F35C84257DAA004CC7E3>> [Consulta: 22 de marzo de 2016]

²⁰ Servicio Nacional del Consumidor. 20 de enero de 2016. Respuesta a su solicitud de información AH009T0000102 [en línea] En: <elisa.moralesortiz@gmail.com> 20 ene. <no-responder@portaltransparencia.cl> [consulta: 28 de julio de 2016].

Las vías o medios a través de los cuales Sernac toma conocimiento de las situaciones infractoras son las denuncias efectuadas por los mismos consumidores; el análisis de información que los proveedores aportan, previa instancia de Sernac; o, a través del resultado de acciones efectuadas por el mismo Servicio de acuerdo a su planificación estratégica de intervención de mercados²¹.

Ejemplo de lo último es que en marzo del año 2013, a través de un oficio, el Sernac exigió a todas las empresas financieras el envío de sus contratos para analizar si se encuentran ajustados a las exigencias de ley 20.555 (ley de Sernac Financiero)²². Tras la revisión realizada por el Servicio se detectaron cláusulas abusivas en contratos de adhesión de los proveedores sometidos a este procedimiento. Frente a este hallazgo, Sernac inició 4 demandas colectivas y 9 mediaciones colectivas²³.

En la práctica, este ha sido un mecanismo bastante utilizado para atacar cláusulas abusivas. En efecto, según cifras entregadas por Sernac²⁴ durante el año 2015 se cerraron 53 mediaciones colectivas, 27 de ellas versaron sobre cláusulas abusivas, y de dicha cantidad 12 resultaron favorables a los consumidores. En el año 2014, se cerraron 39 mediaciones colectivas, 20 de ellas versaron sobre cláusulas abusivas, y de dicha cantidad 12 resultaron favorables a los consumidores. Y en el año 2013 se cerraron 23 mediaciones colectivas, 3 de ellas versaron sobre cláusulas abusivas, y de dicha cantidad 3 resultaron favorables a los consumidores.

Se trata de un mecanismo de control mixto, ya que, como se verá en la próxima sección, estos se caracterizan por mezclar la voluntad del proveedor y la intervención del ente estatal, y las mediaciones de las que se está hablando se fundan en la negociación directa entre Sernac y el respectivo proveedor que se somete voluntariamente al procedimiento, a instancias del órgano estatal.

Las mediaciones colectivas, cuentan entonces con las ventajas de la negociación, que por lo general es un mecanismo barato, rápido, flexible, informal, y como es el Sernac quien interviene en representación de los consumidores, se excluye el problema de la asimetría en la negociación. Se trata de un “*Control by Negotiating*” definido como una forma específica de influencia sobre la formación de los términos del contrato donde una institución pública entra en negociaciones con los proveedores para hacerlos respetar ciertas reglas y así asegurarse que no usen cláusulas abusivas²⁵.

Las señaladas ventajas permiten que la negociación o mediación colectiva opere previniendo la incorporación de potenciales cláusulas abusivas a nuevos contratos de adhesión –por ejemplo si es que recae sobre condiciones generales– o sobre cláusulas de contratos vigentes negociando el retiro de las que son estimadas abusivas y, por lo tanto, modificando esas relaciones contractuales. En este último caso, perfectamente podría operar, además, el llamado “efecto preventivo”.

El problema con la mediación colectiva es que su procedimiento no está establecido en una ley que permita oportuno y cabal conocimiento a proveedores y consumidores. Otro inconveniente es que la realización de la mediación no suspende el plazo de prescripción para ejercer las acciones que la ley dispone a favor de los consumidores. Sin embargo, actualmente, existe un proyecto de reforma²⁶ de la LPDC, en gran estado de avance en el Congreso Nacional que busca, entre otras

²¹ Íd.

²² Ver: [en línea] < <http://www.sernac.cl/27390/> [consulta: 28 de julio de 2016]

²³ Servicio Nacional del Consumidor. 14 de abril de 2016. Respuesta a su solicitud de información AH009T0000165 [en línea] En: <elisa.moralesortiz@gmail.com> 14 abr. <no-responder@portaltransparencia.cl> [consulta: 28 de julio de 2016].

²⁴ Servicio Nacional del Consumidor. 20 de enero de 2016...cit.

²⁵ TRÄGER, M. “Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation: A Survey of Theory and Practice”. En: Collins Hugh (Ed.) *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*. The Netherlands. Kluwer Law Internationals BV, 2008. p. 65.

²⁶ En el proyecto se ley que se tramita actualmente en el Congreso Nacional, se estudia su regulación expresa. Ver: Boletín 9369-03. Modifica ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. El proyecto propone, entre otras cosas, el fortalecimiento del Sernac confiriéndole facultades para fiscalizar, sancionar, interpretar la ley y dictar normas de carácter general; modificaciones en la forma de operación y financiamiento de las Asociaciones de Consumidores; regular, en la misma ley, las mediaciones colectivas que, actualmente, no están especificadas en la LPDC; además, los legisladores están discutiendo la incorporación de un organismo coordinador de las distintas

cosas, resolver los problemas planteados.

2. Según quién realiza el control: control voluntario, administrativo, mixto y judicial

Otra forma de clasificar el control de cláusulas abusivas es según quien lo ejerce²⁷. Así, se puede distinguir entre mecanismos de control voluntario, administrativo, mixto y judicial.

El control voluntario se refiere a fórmulas no impuestas al proveedor, generalmente producto del acuerdo de este con otros proveedores (autocontrol), o con consumidores o sus representantes (control pactado)²⁸.

El ejemplo paradigmático de autocontrol, son los códigos voluntarios de conducta. A través de ellos las empresas intentan fijar reglas para enfrentarse a ciertos asuntos relativos a responsabilidad social corporativa, tales como compromisos empresariales asumidos con el consumidor. Así, indirectamente o por vía de principios, estos códigos inciden en la formulación de condiciones generales²⁹ que son redactadas para integrar el futuro contenido contractual de contratos que, generalmente, serán contratos de adhesión.

En cuanto al control pactado con consumidores, este consiste en la redacción de las cláusulas del contrato de adhesión con participación de los consumidores a través de algún organismo no estatal que represente sus intereses, normalmente, asociaciones de consumidores. Aparte de su vocación preventiva, otras ventajas de estos mecanismos es que suelen ser más baratos y rápidos que los administrativos o judiciales y son atractivos para los proveedores porque suelen funcionar como capital de confianza, siendo este el incentivo para someterse al respectivo control.

Como ejemplos de control voluntario en el ordenamiento jurídico chileno, se pueden citar el defensor del asegurado, el defensor del cliente bancario, y algunos mecanismos que operan al alero de la Cámara de Comercio de Santiago como el Servicio de Atención al Cliente que se encuentra establecido en el Código de Buenas Prácticas de Comercio Electrónico. Sin embargo, por motivos de extensión, no se hará un desarrollo de estos aquí.

Por su parte, los controles administrativos, normalmente consisten en un control sectorial ejercido por un ente de la administración del Estado que, en su versión más vigorosa, supedita la liberación al mercado de un contrato de adhesión a la autorización por parte del órgano administrativo³⁰. La obligatoriedad no es una condición necesaria para su operación³¹. Se relacionan con este último tipo de control, ciertos órganos reguladores. Se pueden mencionar los siguientes órganos reguladores que operan en nuestro ordenamiento y cuyas materias y normativa involucran derechos de los consumidores: Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC); Superintendencia de Valores y Seguros (SVS); Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF); Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel); y Superintendencia de Seguridad Social (Suseso). Teniendo en cuenta que la mayor cantidad de reclamos que recibió el Sernac por parte de los consumidores durante 2015, afecta al sector de las telecomunicaciones, con un 22,1% del total de los reclamos y que el mercado de los seguros sólo recibió un 3,1% en el mismo periodo³², manteniéndose esta

entidades administrativas con competencia en la aplicación del derecho de consumo. El proyecto y su tramitación en segundo trámite constitucional puede revisarse [en línea] <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9369-03#> [consulta: 19 de agosto de 2016].

²⁷ POLO, EDUARDO *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1990, pp. 42-43.

²⁸ *Ibid.*, pp. 43-45.

²⁹ POLO, EDUARDO *Protección del contratante...cit.*, p. 43.

³⁰ DE LA MAZA, ÍNIGO "El control de...cit.", p.118.

³¹ Existen controles administrativos que no son obligatorios, como por ejemplo el Sello Sernac en Chile.

³² Balance de Gestión Integral año 2015. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Servicio Nacional del Consumidor. 01 de abril

brecha en el ámbito específico de las cláusulas abusivas, en este trabajo sólo se analizarán las facultades de Subtel y SVS, que corresponden a los organismos reguladores de mercados con mayor y menor porcentaje de reclamos durante el año 2015, respectivamente.

El control mixto, por su parte, asume dos formas. La primera viene dada por el sometimiento voluntario por parte del proveedor al control del órgano administrativo correspondiente y, la segunda, por la figura del Ombudsman. El distintivo es la combinación de intervención de un órgano administrativo y la voluntad del proveedor, sin que sea obligatorio someterse al respectivo procedimiento.

En la primera modalidad se puede incluir el control vía negociación, entendida como una forma de influenciar la formación del contrato de adhesión donde el ente administrativo busca un acuerdo con los proveedores a fin de evitar la incorporación o suprimir cláusulas, a su juicio, abusivas. Manifestaciones de este tipo de control encontramos en el Sello Sernac y las mediaciones colectivas, ya revisadas a propósito del control preventivo/represivo.

Por otro lado, como se dijo, existe la figura de un *Ombudsman* especializado. El *Consumer Ombudsman*³³ constituye uno de los modelos básico de derecho de protección al consumidor en Europa, es una especie de mediador cuyas funciones varían de país en país. En su rol protector de los consumidores, sin perjuicio de poder actuar en el ámbito represivo³⁴, puede desempeñar una importante labor de control preventivo interviniendo en la redacción de los contratos en conjunto con las asociaciones de empresarios³⁵.

Finalmente, dentro de esta clasificación se encuentra también el control judicial. Este es el control realizado por los tribunales de justicia interviniendo el contrato en virtud de las facultades que la ley les ha entregado. Primero, entonces, debe estar dispuesto el control de contenido de las cláusulas en la ley respectiva –del cual se hablará a propósito del control legal– para, luego, ser aplicado en sede judicial. El grado de intensidad de este mecanismo puede variar según la prevalencia que el respectivo sistema legal de a la autonomía de las partes³⁶. De todas formas, es el ejemplo más palmario de postergación de los postulados clásicos de la contratación en beneficio del principio de protección del consumidor. En palabras de Ramsay, lo anterior supone “la ruptura del sistema formal del derecho contractual como un sistema autónomo que se basa en la igualdad formal entre las partes contratantes”³⁷.

La facultad de activar el control judicial –ejercer la respectiva acción– no tiene un titular exclusivo. De hecho, son titulares de la acción el Sernac, las asociaciones de consumidores, un grupo de consumidores no inferior a 50, y el consumidor afectado para proteger su interés individual³⁸.

El control judicial, cuando recae en cláusulas de contratos vigentes entre las partes es, a la vez, un control represivo. Sin embargo, si por sentencia judicial se anulan condiciones generales de la contratación, no hay intervención en una relación contractual, y por lo tanto el control es preventivo porque estas condiciones no están regulando una la relación vigente entre proveedor y consu-

de 2016. [En línea] <<http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/04/10-BGI-2015-SERNAC.pdf>> [consulta: 28 de julio de 2016], p.13.

³³ MICKLITZ, H., STUYCK, J. and TERRY, E. *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oxford, Portland, Hart, 2010, pp. 55 y ss.

³⁴ En defensa de los intereses de los consumidores y presenta querrelas ante los tribunales en su representación. MOURE, A. *El ombudsman. Un estudio de Derecho Comparado con especial referencia a Chile*. Madrid. Dickinson, 2013, p. 50.

³⁵ PIZARRO, CARLOS. *La protección de...cit.*, 156p.

³⁶ TRÄGER, MARION “Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation: A Survey of Theory and Practice”. En: Collins Hugh (Ed.) *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*. The Netherlands. Kluwer Law Internationals BV., 2008. p. 64.

³⁷ “[T]he breakdown of the formal system of contract law as an autonomous system of law that assumed a basis of formal equality between contracting parties”, RAMSAY, Iain. *Consumer Law and Policy. Text and Materials on Regulating Consumer Markets*. Tercera Edición. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, pp. 305-306. La traducción es propia.

³⁸ Ver: artículo 50 y 51 de la Ley N° 19.496 de 1997.

midor. Como en el caso Sernac con Ticketmaster Chile S.A., aunque se advierten ciertos inconvenientes normativos ya que el artículo 16 de la LPDC no entrega expresamente al juez la posibilidad de controlar condiciones generales, sino que circunscribe el control a los contratos de adhesión³⁹.

El control judicial suele criticarse por ser muy lento y costoso. Además, el control judicial no es capaz de evitar, directamente, que cláusulas muy similares vuelvan a insertarse en futuros contratos⁴⁰. En este sentido, los mecanismos voluntarios, e incluso los mixtos –como la negociación– parecen ser mejores soluciones.

2.1. El depósito de pólizas

En el mercado de los seguros, la SVS⁴¹ cuenta con la facultad de examinar la legalidad de las cláusulas, según lo dispone el artículo 3 letra e) del Decreto con Fuerza de Ley N°251⁴² (DFL 251), conforme al cual se crea un depósito de pólizas de seguros cuya función es mantener a disposición del público los modelos de pólizas y cláusulas que se contraten en el mercado, no pudiendo las entidades aseguradoras contratar con modelos que no hubieren sido previamente depositados allí, sino a partir del sexto día del depósito.

Conforme a la norma recién citada, la SVS tiene la facultad de prohibir la utilización de un modelo de póliza o cláusula cuando, a su juicio, su texto no cumpla con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción. Este es, en principio, un control administrativo obligatorio. En efecto, todas las pólizas, para poder ser utilizadas, deben ingresar al depósito de pólizas. La única excepción viene dada por el artículo 3 letra e) inciso 2°, que excluye de este control los seguros de grandes riesgos.

La existencia de este depósito genera en los consumidores la impresión de iniciar “su relación de consumo, con la tranquilidad de que los términos base de su contrato -condiciones generales- han pasado por un control preventivo de la autoridad sectorial (...)”⁴³. Lo anterior tiene sentido, si se piensa en la baja cantidad de reclamos ante Sernac relativos al contrato de seguro, en contraste con el mercado de telecomunicaciones, u otros mercados, donde no hay algo parecido al depósito de pólizas.

La cuestión acerca del depósito de pólizas como mecanismo de control de cláusulas abusivas requiere primero de una precisión⁴⁴.

La pregunta inicial es si efectivamente el depósito de pólizas opera como una garantía de legalidad. Es decir, si acaso la SVS realmente realiza control de todas y cada una de las condiciones generales depositadas prohibiendo las que no se ajustan a la ley vigente antes de vencido en plazo de 6 días.

³⁹ Corte Suprema. 7 de julio de 2016. Rol 1533-2015. Ver: MORALES, María Elisa. “El control judicial como control preventivo de cláusulas abusivas (Corte Suprema)”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30 (1), 2017: pp. 387-396.

⁴⁰ Como lo ha hecho Cencosud, no obstante la comentada sentencia dictada por la Corte Suprema en materia de cláusulas abusivas. Ver: en línea <<http://www.sernac.cl/sernac-inicia-mediacion-colectiva-con-cencosud-por-cambios-en-cobros-de-comision-mensual/>> [consulta: 2 de marzo de 2017].

⁴¹ Con la ley 21.000 se crea la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) que reemplazará a la SVS, cuya vigencia se proyecta para agosto de 2018 o incluso antes si es que la Comisión entra en funcionamiento de manera previa. No obstante, la referida ley no modifica el DFL 251 que regula el depósito de pólizas.

⁴² Decreto con Fuerza de Ley N° 251 de 1931.

⁴³ CASTILLO, XIMENA. “Los textos asimétricos y el control preventivo de abusividad”. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado VIII*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 2014, p. 290.

⁴⁴ Existen otras fórmulas que podrían operar como mecanismos de control de cláusulas abusivas en el seno de la SVS como son los reclamos y el arbitraje. En esta oportunidad no se hará referencia a ellos por preferir dar prioridad al mecanismo que posiblemente sea el más relevante para efectos de este trabajo, esto es, el depósito de pólizas.

Sobre esto Contreras⁴⁵ ha señalado que en la actualidad la Superintendencia no realiza un examen anterior a los referidos 6 días, pero su facultad de prohibir la utilización de un modelo de póliza o cláusula subsiste. En resumen, concluye el autor, la inclusión de las pólizas en depósito llevado por la Superintendencia, no garantiza su legalidad, porque en los hechos la SVS no realiza control durante el periodo señalado, sin perjuicio del control posterior que se concreta con el retiro del depósito de algunos modelos de pólizas transcurridos los seis días. Lo anterior es coherente con dispuesto en la Norma de Carácter General N° 349⁴⁶ (NCG) que señala que la prohibición que efectúe la SVS sobre la utilización de un modelo de póliza o cláusula no afectará los contratos celebrados con anterioridad, lo que sugiere que el control de legalidad opera *ex post*.

Las preguntas ahora son ¿es posible identificar en el depósito de pólizas un mecanismo de control de cláusulas abusivas? y en caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior ¿qué tipo de control sería?

Respondiendo a la primera pregunta, si se admite que las normas sobre cláusulas abusivas contenidas en la LPDC resultan aplicables al contrato de seguro, sumado a la facultad de control de legalidad de la SVS sobre los textos de las pólizas, es posible identificar en el depósito de pólizas un mecanismo de control de cláusulas abusivas ya que cuenta con la configuración legal para hacerlo. Y respondiendo a la segunda pregunta, se trataría de un control preventivo, sea que opere antes o después de los 6 días de depositada la póliza. Esto es así porque el control no se ejerce sobre un contrato vigente entre las partes, sino sobre cláusulas generales de la contratación.

La conclusión anterior se ve refrendada por la NCG que regula el depósito y que dispone que la prohibición de utilización de un modelo o cláusula no afectará los contratos celebrados con anterioridad, por lo que no alcanza a contratos de seguros vigentes, de lo cual se sigue que no podría ser un control represivo. Y es razonable que las cosas sean así porque la ley entrega el poder de intervenir un contrato vigente declarando nulas todas o algunas de sus cláusulas al juez.

Con todo, la Superintendencia no ha rechazado o prohibido las condiciones generales de una póliza invocando, como causal de rechazo, la LPDC⁴⁷.

2.2. Subtel

En cuanto al control administrativo realizado por la Subtel, entre sus principales facultades encontramos la de supervisar a las empresas del sector a través de su función de control de legalidad, función que le es atribuida por la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante LGT)⁴⁸ y el Decreto Ley que crea la Subsecretaría⁴⁹.

En resumen, las normas pertinentes señalan que compete a la Subtel la aplicación y control de las leyes y reglamentos que versen sobre las telecomunicaciones y normas complementarias, así como proteger los derechos del usuario y velar por el cumplimiento de las políticas de telecomunicaciones aprobadas por el gobierno.

En el ejercicio de su función de control de legalidad, la Subtel resuelve reclamos relativos a “cualquier cuestión” derivada de las leyes cuyo cumplimiento debe supervigilar. El procedimiento de reclamo se encuentra regulado en el Decreto 194, sobre tramitación y resolución de reclamos

⁴⁵ CONTRERAS, O. Derecho de Seguros. Santiago, Legal Publishing, 2014, pp. 195 y ss.

⁴⁶ Norma de Carácter General N°349 de 26 de julio de 2013.

⁴⁷ Superintendencia de Valores y Seguros Oficio Electrónico Nro: 7574 [En línea] <elisa.moralesortiz@gmail.com> 29 mar. <webmaster@svs.cl> [consulta: 11 de noviembre de 2016].

⁴⁸ Ley N° 18.168. 2 de 1982. Artículos 6 y 7.

⁴⁹ Artículo 6 Decreto Ley N° 1.762.

sobre servicios de telecomunicaciones. De acuerdo a este procedimiento, el usuario de servicios de telecomunicaciones reclama, en primer lugar, ante el proveedor. Este debe dar respuesta aceptando total o parcialmente el reclamo o rechazándolo. En caso de disconformidad con lo resuelto, el reclamante podrá insistir ante la Subsecretaría. Recibida una insistencia, la Subsecretaría notificará al proveedor y resolverá conforme al mérito de los antecedentes. En el marco de este procedimiento, la Subsecretaría podrá impartir las órdenes que estime pertinentes para la protección de los derechos de los usuarios⁵⁰.

Cabe preguntarse si en el ejercicio de esta facultad podría la Subtel ordenar el retiro de las cláusulas, a su criterio, potencialmente abusivas. La verdad es que no hay una norma que entregue explícitamente dicha facultad a la Subtel y en virtud del principio de vinculación positiva en relación al principio de juridicidad la respuesta tendría que ser no.

Lo cierto es que la LPDC sólo entrega al juez la facultad intervenir un contrato vigente entre las partes y declarar la nulidad de una cláusula, y por lo tanto excluirla del contrato vía nulidad, y la facultad de activar dicho control es entregada por el legislador al Sernac, los consumidores y las asociaciones de consumidores.

Entonces, si Subtel, advierte la presencia de una cláusula probablemente abusiva en un contrato de telecomunicaciones vigente, en virtud del principio de inexcusabilidad⁵¹ debería enviar los antecedentes al Sernac, informando de ello a los interesados. De esta forma, frente a cláusulas consideradas abusivas, el control quedaría limitado sólo a la detección de cláusulas. Además, de acuerdo a la LGT, no procedería aplicar una sanción administrativa, ya que según la norma respectiva⁵², la facultad sancionadora de Subtel procede por infracción a la LGT, sus reglamentos y normas técnicas, pero no se menciona la infracción a normas complementarias como la LPDC.

3. Control legal

Las normas legales que tienen el específico objeto de controlar cláusulas abusivas, o bien por su configuración han servido de manera indirecta a dicho propósito, constituyen lo que se denomina control legal. Se distinguen 3 formas de control legal, a saber: control de inclusión de cláusulas en el contrato, reglas de interpretación favorable al consumidor y control de contenido de las cláusulas⁵³.

3.1. Control de inclusión

El control de inclusión busca garantizar que el consumidor esté en condiciones de obtener la información necesaria antes de la conclusión del contrato⁵⁴ y supone el cumplimiento de una serie de requisitos formales. Como se advierte, se trata de una técnica que recae sobre la forma de la cláusula y de esta manera intenta impedir que albergue un contenido abusivo.

En términos amplios, manifestaciones de este tipo de control en la LPDC encontramos en los artículos 12 A, 17, 17 B y 17 C. El primero de ellos se refiere, específicamente, a los contratos celebrados por medios electrónicos y a distancia en general, exigiendo, para que se entienda formado el consentimiento, que el consumidor haya tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del contrato y la posibilidad de almacenarlo o imprimirlo.

⁵⁰ Artículo 30, Reglamento 194.

⁵¹ Contenido en el artículo 14 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

⁵² Artículo 36 de la LGT.

⁵³ DE LA MAZA, IÑIGO. "El control de...cit., pp. 124 y ss.

⁵⁴ *ibid.*, p. 124.

Una especificación del control de inclusión es el principio de transparencia. Cuando se habla de principio de transparencia se hace referencia a lo establecido en la primera parte del artículo 5 de la Directiva 93/13⁵⁵ que señala: “[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”⁵⁶. Otros encuentran allí dos principios distintos, “claridad y comprensibilidad”⁵⁷.

El principio de transparencia implica, por una parte, que los términos redactados por el proveedor se ponen a disposición de la otra parte (consumidor) antes de la conclusión del contrato y, por otro lado, que los términos deben ser redactados de tal manera que un consumidor promedio sea capaz de entenderlos sin necesidad de asesoría jurídica⁵⁸. Se ha sostenido que en este sentido el principio de transparencia opera como control *ex ante*, ya que sus exigencias deben satisfacerse antes de la conclusión del contrato⁵⁹.

Ahora, el principio de transparencia no puede asegurar que el consumidor vaya, efectivamente, a conocer y comprender el contenido de la cláusula, ya que eso depende de factores adicionales tales como educación, tiempo, etc. Este control implica, más bien, que los términos deben ser formulados de manera tal que provean la oportunidad de ser conocidos. Loos⁶⁰ entiende que, en orden a cumplir este principio, “(1) el proveedor debe asegurarse de que la otra parte tenga la oportunidad de conocer los términos contractuales antes de la conclusión del contrato; (2) los términos deben ser «comprensibles» para la otra parte (promedio) por si decide utilizar la oportunidad de conocerlos”.

El principio de transparencia es criticado porque la fuente de donde se recoge —el artículo 5 de la Directiva 93/13— no señala sanción para su transgresión. Sin embargo, su incumplimiento puede activar la aplicación de la regla *contra proferentem*, como de hecho dispone la segunda parte de la norma en comento⁶¹. Operaría en ese caso como un control *ex post*⁶². Por último, la falta de transparencia de un término contractual es un fuerte indicio de que la cláusula es abusiva⁶³.

Según Baraona⁶⁴, este principio se puede verificar ampliamente en la LPDC en los artículos 1 N°2; 3 b); 12; 14; 17 A, 17B, 17 C, 17 D, 17G, 17J y 17L.

De las disposiciones citadas, la más representativa de transparencia es la norma del artículo 17. Esta norma exige que los contratos de adhesión estén escritos de modo claramente legible. A diferencia de la Directiva, la norma prevé una sanción para el caso de que alguna cláusula no cumpla las exigencias de transparencia, disponiendo que “no producirá efecto alguno respecto del consumidor”.

Otras expresiones del principio de transparencia se verifican en las normas especialmente

⁵⁵ Directiva 93/13 Sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores.

⁵⁶ DE LA MAZA, ÍÑIGO “El control de...cit., p. 125.

⁵⁷ SALVADOR, PABLO Y RUIZ, JUAN. “Comentario artículo 6.2”. En: Águila- Real, Jesús (Coord). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid, Civitas, 2002, p. 390.

⁵⁸ “(1) the trader must ensure that the other party has an opportunity to become acquainted with the terms before the contract is concluded; (2) the terms must be ‘understandable’ to the (average) other party if he decides to make use of the opportunity to become acquainted with these terms”. LOOS, MARCO. “Transparency of Standard Terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law”. En: *European Review of Private Law* (2), 2015, pp. 179-178. La traducción es propia.

⁵⁹ FEJÖS, ANDREA. *European, Hungarian and Serbian models of fairness consumer contracts and their application to consumer credit*. PhD Thesis. Szeged, University of Szeged Faculty of Law and Political Sciences Graduate School, 2013, p. 43.

⁶⁰ LOOS, MARCO. “Transparency of Standard...cit., p. 180.

⁶¹ “(...) En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. (...)”

⁶² FEJÖS, A. *European, Hungarian and...cit., p. 44.*

⁶³ LOOS, MARCO. “Transparency of Standard...cit., p.189.

⁶⁴ BARAONA, JORGE “La regulación contenida en la ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol.41 (2), 2014, p.280.

aplicables a contratos de adhesión de productos o servicios financieros⁶⁵. Así, el artículo 17 B contempla el contenido mínimo que estos contratos deben tener. En caso de que el proveedor no respete este contenido mínimo, el consumidor puede solicitar la nulidad de la respectiva cláusula⁶⁶. Por su parte, el artículo 17 C, exige que este tipo de contratos contengan, al inicio, una hoja de resumen estandarizado de sus principales cláusulas. No hay sanción específica en este último caso, pero para la infracción de cualquiera de ellos se dispone una multa agravada, respecto a las que proceden en general, y sin perjuicio de la indemnización de perjuicios⁶⁷.

Fuera de la LPDC también es posible identificar control de inclusión vía principio de transparencia. Por ejemplo, en el mercado de los seguros. Según lo dispone el artículo 3 letra e) parte primera del DFL 251, las compañías de seguros son responsables de que las pólizas estén redactadas en forma clara y entendible.

3.2. Reglas de interpretación

En cuanto a las reglas de interpretación, éstas son fórmulas clásicas de control⁶⁸. Se trata de la regla de prevalencia y *contra proferentem*.

La regla de prevalencia consiste en reconocer la preferencia de las cláusulas individuales por sobre las condiciones generales⁶⁹. Esta regla va a operar en aquellos casos en los que existe una discrepancia entre las cláusulas especialmente negociadas y las condiciones generales contenidas en el contrato, con independencia del momento en que el acuerdo individual se haya alcanzado, pudiendo ser antes, durante o después de la celebración del contrato de adhesión, porque lo relevante aquí es “la expresión genuina de la autonomía de la voluntad”⁷⁰.

Interpretando a la luz del principio de protección de los consumidores, la regla de prevalencia se puede extender a aquellos casos en que, habiendo discrepancia entre dos cláusulas en el mismo contrato, prevalezca la más favorable para el consumidor.

En cuanto a la regla *interpretatio contra proferentem* o *contra stipulatorem*, de acuerdo a su formulación básica “cuando se esté ante la ambigüedad de una cláusula que no haya podido ser superada con los demás cánones de interpretación y, adicionalmente, la cláusula haya sido dictada por una de las partes (o una de las partes se haya valido de un formulario facilitado por un tercero), dicha ambigüedad debería resolverse en contra de la persona que ha dictado la cláusula o se ha valido del formulario del tercero”⁷¹.

Algunas legislaciones⁷² han concretado la formulación anterior en una regla especialmente aplicable a los consumidores y que denominan *interpretatio pro consumatore*⁷³.

La LPDC contiene una regla de prevalencia en el artículo 17 inciso 2° aplicable a los contratos de adhesión impresos en formularios y según la cual “prevalecerán las cláusulas que se

⁶⁵ Ver artículo 17 B de la Ley N° 19.496 de 1997.

⁶⁶ Ver artículo 17 E de la Ley N° 19.496 de 1997.

⁶⁷ Ver artículo 17 K de la Ley N° 19.496 de 1997.

⁶⁸ PIZARRO, CARLOS. *La protección de...*cit., p. 111.

⁶⁹ Íd.

⁷⁰ PAGADOR, JAVIER *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid, Macial Pons, 1999, pp. 542-543.

⁷¹ RODRÍGUEZ, JAVIER., “Contexto y construcción de la regla ‘interpretatio contra proferentem’ en la tradición romanista. Aspectos histórico-comparativos de un principio de interpretación contractual”. En: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, (14), 2008, p. 70.

⁷² Ver: artículo 86 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario en Venezuela o el artículo 47 del Código de Defensa del consumidor en Brasil.

⁷³ RODRÍGUEZ, JAVIER., “Contexto y construcción...”cit., p. 105.

agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí”.

Respecto a la regla *contra proferentem*, esta no encuentra una consagración expresa en la LPDC. No obstante, nuestra legislación contiene su formulación desde antes en el Código Civil⁷⁴ entre las normas de interpretación de los contratos en el artículo 1566. Pero la falta de consagración expresa de *la regla contra proferentem* no impide sostener su aplicación en base al principio de protección del consumidor. En este sentido Momberg, en su comentario a la sentencia del caso Cencosud, señala que a partir del reconocimiento que en dicho fallo se realiza de los principios especiales que rigen las relaciones de consumo, “los tribunales podrán comenzar a aplicar, por ejemplo, la regla de la interpretación del contrato de la manera más favorable al consumidor, aun a falta de norma expresa que la consagre legalmente”⁷⁵.

En cuanto al momento en que este tipo de control opera, al aplicarse estas reglas de interpretación de un contrato vigente entre las partes, son controles que operan represivamente.

3.3 Control de contenido

Como ya se ha sostenido en doctrina⁷⁶, la teoría general del contrato no resultó suficiente para abordar la problemática de la contratación estandarizada. Es por ello que, actualmente, la mayoría de las legislaciones han adoptado soluciones especiales ya no sustentadas en válvulas generales sino en normas especiales dirigidas a, entre otras cosas, controlar el contenido de los contratos de adhesión disponiendo la invalidez de las cláusulas contractuales abusivas⁷⁷.

No existe sólo una fórmula de control de contenido, sino que diferentes formas en que los sistemas legales intervienen, sea directa o indirectamente sobre la justicia del contrato. En este contexto, una opción es el control donde la ley señala qué se debe entender por cláusulas abusiva y entrega directamente a los tribunales la facultad de anular aquellas que puedan subsumirse en la norma⁷⁸. Un ejemplo de este tipo de control es el modelo europeo de control de contenido de cláusulas abusivas.

En Chile, el control legislativo de la LPDC sigue muy de cerca el modelo europeo instaurado por la Directiva 93/13. Este modelo, se caracteriza por operar a través de una cláusula abierta o general y una lista indicativa de cláusulas⁷⁹. La cláusula abierta o general consiste en una definición de cláusula abusiva contenida en el artículo 3 § 1 de la Directiva 93/13, que dispone “[l]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. El control a través de la definición de cláusula abusiva se complementa con una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, constituida por 17 tipos de cláusulas con claros indicios de abusividad. Esta es una lista gris de cláusulas que podrían ser declaradas abusivas⁸⁰. Así, si algunas cláusulas no quedan incorporadas en la lista, pero cumplen con los criterios que establece la definición contenida en la cláusula general, entonces pueden ser declaradas abusivas.

De similar forma, el actual artículo 16 de la LPDC contempla una cláusula general y una

⁷⁴ Decreto con Fuerza de Ley N° 1. De 2000.

⁷⁵ MOMBERG, RODRIGO. “Primera sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol 12.355-11”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, n20, 2013, p. 248.

⁷⁶ PIZARRO, CARLOS. *La protección de...cit.*, p. 115.

⁷⁷ STIGLITZ, RUBÉN Y STIGLITZ, GABRIEL. *Defensa del consumidor...cit.*, p. 7.

⁷⁸ CARTWRIGHT, JOHN., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, Segunda Edición, 2013, pp. 209 y ss.

⁷⁹ DE LA MAZA, IÑIGO. “El control de...cit., pp.126 y ss.

⁸⁰ La otra posibilidad es lista negra, donde las cláusulas allí contenidas son irremediamente abusivas.

lista de cláusulas abusivas, con la diferencia que en este caso la cláusula general forma parte de esta lista de cláusulas y no constituye una definición, y la lista es negra y no gris como en la Directiva. La causal genérica, consiste en una formulación casi idéntica a la del artículo 3 § 1 de la Directiva.

La lista del artículo 16 ha sido catalogada como una “extraordinariamente escasa”⁸¹, no obstante, la amplitud del tenor de la letra g) del artículo 16⁸² parece compensarlo.

Ahora bien, este control legal de contenido entrega a los tribunales la facultad de anular cláusulas abusivas dando facultad a los consumidores, a Sernac y a las asociaciones de consumidores para activar el procedimiento ejerciendo la respectiva acción⁸³. Así, el control de contenido da lugar al control judicial y represivo ejercido por los tribunales de justicia. Entonces, el control establecido en el artículo 16 de la LPDC es, a la vez, un control legal, de contenido, represivo y judicial.

II. ALGUNOS PROBLEMAS DE LOS MECANISMOS DE CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Los mecanismos de control de cláusulas abusivas vigentes en el ordenamiento jurídico chileno ofrecen, al menos, dos grandes problemas.

En primer lugar, el control represivo es débil y parece no haber control preventivo que efectivamente opere como tal.

Según estudios realizados por parte de la doctrina chilena, el control judicial como mecanismo represivo de control de cláusulas abusivas, establecido en la LPDC, se ha mostrado “ineficaz”. Así lo han sostenido, por ejemplo, Pizarro⁸⁴ y Barrientos⁸⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, este mismo mecanismo de control represivo ha generado en los últimos años algunos importantes efectos en casos de defensa del interés colectivo de los consumidores⁸⁶. Esto, además de la consideración que merecen las mediaciones colectivas como mecanismo controlador de cláusulas abusivas.

Por lo anterior, en este trabajo, se sostiene que el control represivo no puede ser catalogado categóricamente como ineficaz sino, como débil, teniendo presente que no es posible exigirle todos los objetivos ya que, una política correcta de protección al consumidor debería recurrir, además, a un control preventivo⁸⁷ que funcione.

Con respecto al control preventivo en el sistema chileno, los resultados no son mejores que

⁸¹ DE LA MAZA, IÑIGO “El control de...cit., p.134.

⁸² Un análisis al respecto en: DE LA MAZA, I. “El control de...cit., pp. 115 y ss.

⁸³ Ver: artículos 8 letra e); 50 y ss.; 51 y ss.; y 57 de la Ley Nº 19.496 de 1997.

⁸⁴ PIZARRO, CARLOS. “Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI (semestre II), 2005, 391-904. Ver, además, del mismo autor: “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho Chileno”. En: BARRIENTOS, F., DE LA MAZA, IÑIGO., y PIZARRO, CARLOS., (Eds.). *Consumidores*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2012: pp. 47-74. (Este artículo se publicó originalmente en: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario. Vol. 6 2002, pp. 117-141); “El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión”. En: BARRIENTOS, F., DE LA MAZA, I., y PIZARRO, C., (Eds.). *Consumidores*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2012: pp.149-170. (Este artículo se publicó originalmente en: *Revista de Derecho*, Valdivia. Vol.XX-Nº2, 2007, pp.31-47); “Análisis empírico del control represivo de cláusulas abusivas”. En: BARRIENTOS, F., DE LA MAZA, I., y PIZARRO, C., (Eds.). *Consumidores*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2012: pp. 171-190. (Este artículo se publicó originalmente en: *Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Prado de Carvallo*, Valparaíso, Chile, 2008, 13pp.).

⁸⁵ BARRIENTOS, FRANCISCA. “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”. En: *Estudios de derecho civil VIII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz*, 2012. Santiago, Legal Publishing Chile, (e-book).

⁸⁶ Como por ejemplo, Sernac con Cencosud, Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol 12.355-2011; Sernac con Cofisa, Corte Suprema, 11 de octubre de 2016, Rol 27.802-2014; Sernac con Gimnasio Pacific Fitness Limitada, Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de mayo de 2015, Rol 1693-2015; Sernac con Hites, Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de noviembre de 2013, Rol 7502-2013.

⁸⁷ PIZARRO, C. 2005. “Las cláusulas abusivas...cit., 403p.

los demostrados por el control represivo.

Por otro lado, la falta de norma legal que coordine los diferentes mecanismos que operan o podrían operar, genera un problema de incerteza para ambas partes de la relación de consumo, sin contar otros inconvenientes que se podrían presentar horizontalmente entre los órganos administrativos.

1. Control represivo débil y falta de control preventivo

Nuestro sistema de protección de los derechos de consumidores vigente responde a un modelo sancionatorio de *enforcement*⁸⁸. Siendo coherentes con ello, los controles represivos deberían ser los más fortalecidos.

De los mecanismos represivos, el más importante es el control judicial, activado a través de una acción ante los tribunales ordinarios de justicia que, de ser acogida, culmina en la declaración de nulidad de la respectiva cláusula. Así, frente a una cláusula abusiva, de conformidad al control represivo establecido en la LPDC, el consumidor (o quien lo represente) debería interponer una acción de nulidad ante el tribunal competente, y es aquí donde descansa la gran crítica que parte de la doctrina chilena ha realizado al sistema ya que se ha constatado que son escasos los litigios por contratos con contenido abusivo, dado que son muy pocos los consumidores que reclaman judicialmente pese a la existencia de este tipo de cláusulas⁸⁹. Quien más ha estudiado el asunto en Chile es el profesor Pizarro⁹⁰.

Pizarro ha sostenido, categóricamente, como conclusión de sus estudios empíricos, que el sistema de control represivo imperante en Chile es ineficaz, destacando que lo más negativo es que, en las escasas oportunidades en que el consumidor recurre ante los tribunales, raramente logra una sentencia favorable que decida excluir la cláusula respectiva⁹¹. En la misma línea Barrientos, a 8 años del estudio de Pizarro, actualiza y confirma sus conclusiones⁹². En efecto, una clara tendencia muestra la carencia de litigios por contratos con contenido abusivo, dado que los consumidores no reclaman pese a la existencia de cláusulas abusivas en los contratos⁹³. Si el presupuesto que activa el funcionamiento del mecanismo se manifiesta escasamente, entonces es débil, no tiene la potencia para luchar por sí solo en contra de las cláusulas abusivas. Se ha concluido, por lo tanto, que el control represivo no resulta suficiente para entregar remedios sustantivos que procuren evitar los perjuicios de las cláusulas abusivas⁹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, este mismo mecanismo de control represivo ha generado algunos importantes efectos en casos de defensa del interés colectivo de los consumidores. Es el caso del asunto Cencosud⁹⁵. Se debe advertir que este no es el único juicio sobre protección del interés colectivo de los consumidores que ha llevado adelante Sernac en materia de cláusulas abusivas, pero sí el con mayor repercusión de los pocos con sentencia de término hasta el año 2015⁹⁶. Cabe

⁸⁸ “the objective of enforcement is to detect and prosecute violations of the law to use the legal penalties to punish lawbreakers”. Veljanovski, 1984:172. Citado por: Ramsay, *I Consumer law and Policy. Text and Material son Regulating Consumer Markets*. Third Edition. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, p. 218.

⁸⁹ BARRIENTOS, FRANCISCA. “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”. En: *Estudios de derecho civil VIII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz*. Santiago, LegalPublishing Chile, 2013. (e-book).

⁹⁰ Estudios que formaron parte del proyecto FONDECYT N° 1050882, sobre “La eficacia del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión en el ordenamiento jurídico chileno”.

⁹¹ PIZARRO, CARLOS. “Análisis empírico del...cit., p. 186.

⁹² BARRIENTOS, FRANCISCA. “El fracaso del...cit., (E-book)

⁹³ Íd.

⁹⁴ PIZARRO, CARLOS. “Las cláusulas abusivas...cit., p. 420.

⁹⁵ Sernac con Cencosud. Corte Suprema de 24 de abril de 2013, Rol 12.355-11.

⁹⁶ En enero de 2015, el Sernac era parte de 23 juicios en curso por materia de cláusulas abusivas donde era demandante y había terminado 3 sobre la misma materia [En línea] <<http://www.sernac.cl/proteccion-al-consumidor/juicios-colectivos/iniciados-por-sernac-2/>> [Consulta: 23 de enero de 2015]

tener en cuenta, además, que las sentencias recaídas en estos juicios tienen efectos *erga omnes*⁹⁷ y hay que agregar a las negociaciones o mediaciones colectivas han venido a cumplir un rol de control represivo, generando incluso efectos preventivos.

Es por eso que en este trabajo el control represivo no se cataloga como ineficaz sino, como débil.

La anterior calificación del control represivo, tiene en cuenta dos cosas. Primero, como el mismo Pizarro reconoce, no es posible exigir a los mecanismos represivos todos los objetivos ya que una política correcta de protección al consumidor debería recurrir además a un control preventivo⁹⁸. Y segundo, siguiendo al mismo autor, en el caso del control judicial, se trata de un mecanismo demasiado costoso y engorroso para el consumidor⁹⁹, a lo cual cabe agregar la lentitud de la tramitación, razones que impiden esperar mayores resultados de este mecanismo por sí solo.

En cuando a los controles preventivos, de los pocos mecanismos de este tipo, el Sello Sernac, hasta ahora, no se ha utilizado¹⁰⁰. Sin embargo, como se dijo, las mediaciones colectivas han tenido algún efecto preventivo, pero el problema con estas es que no se encuentran reguladas.

Además, como se dijo, ha sido posible verificar control preventivo judicial, pero esta parece ser una excepción ya que sólo se ha identificado un caso y las facultades del juez para realizar este tipo de control no parecen estar claramente expresadas en el artículo 16 de la LPDC.

En cuanto a los mecanismos extra LPDC, de los dos casos analizados, Subtel no tiene facultades expresamente conferidas para ejercer un control de cláusulas abusivas y SVS tendiendo facultades para ello no lo ha hecho –o, al menos no en virtud de la LPDC–.

En base a lo anterior, es posible concluir que los mecanismos de control de cláusulas abusivas de nuestro ordenamiento no actúan como filtro preventivo y, al parecer, sólo operan débilmente de forma represiva.

Como los mecanismos represivos no encuentran complemento en mecanismos de control preventivos que efectivamente funcionen como tales, tenemos un sistema permeable, que permite holgadamente la existencia de contratos de adhesión con cláusulas abusivas rigiendo las relaciones de consumo. Este escenario evidencia un aspecto donde el principio de protección de los consumidores no encuentra proyección.

2. Vacío legal de coordinación

Otra deficiencia que se puede observar en el sistema de mecanismos de control vigente es que no existe una norma legal que establezca una coordinación entre ellos¹⁰¹.

No hay una disposición en la LPDC que lo resuelva, ni respecto del contrato de seguro ni de otros tipos de contratos de adhesión. Debido a este vacío, existe la posibilidad de que los controles mixtos y/o administrativos se contradigan o superpongan.

⁹⁷ Ver artículo 54 LPDC.

⁹⁸ PIZARRO, CARLOS. “Las cláusulas abusivas...cit., p. 403.

⁹⁹ *Ibid.*, 393p.

¹⁰⁰ Servicio Nacional del Consumidor. 5 de octubre de 2016. Respuesta a su solicitud de información AH009T0000394 [en línea] En: <elisa.moralesortiz@gmail.com> 5 oct. <no-responder@portaltransparencia.cl> [consulta: 12 de octubre de 2016].

¹⁰¹ En lo relativo a la coordinación, actualmente se discute en el Congreso la incorporación de un comité de coordinación de las distintas entidades administrativas con competencia en la aplicación del derecho de consumo. Ver: Boletín 9369-03. Modifica ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

Cabe señalar que el artículo 16 letra g) parte final de la LPDC, pareciera sugerir una manifestación de coordinación entre los diferentes controles administrativos.

En virtud de dicha disposición se presumen legalmente ajustadas a la buena fe las cláusulas de contratos revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales. Es decir que si, por ejemplo, la Subtel conociendo de un reclamo revisa un contrato de adhesión y autoriza que siga vigente en los términos en que fue redactado, dichas cláusulas gozan de presunción de buena fe, lo que excluiría, en principio, la posibilidad de anularlas de acuerdo con la causal que la misma norma establece¹⁰².

Sin embargo, el alcance de esta norma es limitado debido a que se trata de una presunción *iuris tantum* y, por lo tanto, admite prueba en contrario.

De manera que, no obstante haberse efectuado algún control sobre el contrato por parte de un órgano administrativo, a la luz de esta norma, ello no garantiza que sus cláusulas se encuentren ajustadas a la buena fe, pudiendo alegarse su abusividad de acuerdo con la letra g) del artículo 16 y obtener la declaración de nulidad, lo que parece ser un contrasentido.

Por lo tanto, esta presunción lejos de venir a cerrar el sistema más bien confirma el problema de descoordinación frente a los consumidores, porque abre la posibilidad de que resoluciones contradictorias. Diferente habría sido si la misma presunción hubiese tenido carácter de presunción de derecho, lo que habría dado a la norma mayor alcance y verdadero efecto coordinador.

Con todo, aunque no existe en la LPDC una norma de coordinación, es posible encontrar ciertas manifestaciones dispersas de coordinación que buscan justamente evitar superposiciones. Así, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁰³ establece el principio de coordinación que exige a los órganos de la administración cumplir sus cometidos coordinadamente y evitando la duplicación o interferencia de funciones. La norma anterior se complementa con el principio de inexcusabilidad contemplado en el artículo 14 de la ley 19.880 según el cual establece la obligación de los órganos de la administración para dictar resolución expresa en todos los procedimientos salvo que se trate de un asunto que no sea de su competencia, caso en el cual debe enviar de inmediato los antecedentes a la autoridad que deba conocer según el ordenamiento jurídico, informando de ello al interesado. Se establece así, un mandato de actuación coordinada para los órganos del Estado.

En cumplimiento de dicho mandato legal, existen convenios que Sernac ha suscrito con algunos organismos reguladores para la derivación de reclamos¹⁰⁴. Sin embargo, la forma en que dichos organismos cumplen con las exigencias de coordinación e inexcusabilidad no es visible para consumidores y proveedores, persistiendo el inconveniente de falta de seguridad jurídica.

CONCLUSIONES

En nuestro ordenamiento jurídico es posible identificar distintos mecanismos de control de cláusulas abusivas. Sin embargo, los mecanismos de control represivos son débiles y, desde el punto de vista preventivo, el sistema es permeable, es decir desprovisto de filtros que eviten la incor-

¹⁰² Artículo 16: No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

¹⁰³ Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.653 de 2001.

¹⁰⁴ Balance de Gestión Integral año 2015...cit., 13p.

poración de cláusulas abusivas a los contratos, no obstante contar con la institucionalidad para ello.

El problema, probablemente, no tenga sólo una explicación. No obstante, se puede advertir que, dentro de esas explicaciones se encuentra el desconocimiento por parte de los consumidores de la existencia y funcionamiento de estos mecanismos.

Para solucionar el problema de debilidad e ineficacia, una buena salida sería regular y fortalecer el mecanismo de negociación, que de facto viene realizando Sernac. Gracias a su flexibilidad, podría funcionar tanto como mecanismo preventivo como represivo, de manera más informal, rápido y menos costoso que los mecanismos judiciales, y podría tener un gran alcance impidiendo, a través del acuerdo, que cláusulas similares se vuelvan a insertar a futuros contratos de adhesión.

Por otro lado, existe un vacío de coordinación, aunque no absoluto. En efecto, entre Sernac y los demás órganos de la administración con competencias en materia de consumidores existen normas legales, y convenios en virtud de dichas leyes, que buscan algún grado de coordinación horizontal.

El gran inconveniente de esto es que se trata de disposiciones cuyos destinatarios son los órganos de la administración, y no los consumidores o proveedores, por lo que difícilmente estos conozcan dicha distribución de competencias, lo que crea un ambiente de confusión e incerteza.

Lo dicho hace evidente la necesidad de contar con una norma legal que establezca la coordinación entre estos órganos, de manera que pueda ser conocida por los consumidores que, para ejercer sus derechos de manera eficiente, requieren certeza y claridad respecto del órgano competente¹⁰⁵.

BIBLIOGRAFÍA

BARAONA, JORGE. “La regulación contenida en la ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol.41 (2), 2014,

BARRIENTOS, FRANCISCA. “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”. En: *Estudios de derecho civil VIII: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz 2012*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2013. (e-book).

CARTWRIGHT, JOHN. *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, Segunda Edición, 2013.

CASTILLO, XIMENA. “Los textos asimétricos y el control preventivo de abusividad”. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado VIII*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 2014.

CONTRERAS, OSVALDO. *Derecho de Seguros*. Santiago, Legal Publishing, 2014.

DE LA MAZA, ÍÑIGO. “El control de las cláusulas abusivas y la letra G)”. En: BARRIENTOS CAMUS, Francisca., DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo., y PIZARRO WILSON, Carlos., (Eds.). *Consumidores*. Santiago, Legal Publishing, 2012.

¹⁰⁵ En lo relativo a la coordinación, actualmente se discute en el Congreso la incorporación de un organismo coordinador de las distintas entidades administrativas con competencia en la aplicación del derecho de consumo. Ver: Boletín 9369-03...cit.

FEJÖS, ANDREA. *European, Hungarian and Serbian models of fairness consumer contracts and their application to consumer credit*. PhD Thesis. Szeged, University of Szeged Faculty of Law and Political Sciences Graduate School, 2013.

GARCÍA, MANUEL. *Condiciones generales de los contratos*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

HOWELLS, GERAINT Y WEATHERILL, STEPHEN. *Consumer Protection Law*. Aldershot, Ashgate Publishing, Second Edition, 2005.

ISLER, ERIKA “Artículo 57. Comentario”. En: BARRIENTOS (Coord) *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago, Legal Publishing, 2013.

LOOS, MARCO. “Transparency of Standard Terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law”. En: *European Review of Private Law* (2), 2015.

MICKLITZ, HANS-W; STUYCK, JULES; TERRY, EVELYNE. *Cases, Materials and Text on Consumer Law*. Oxford/Portland, Hart Publishing, 2010.

MOMBERG, RODRIGO. “Primera sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol 12.355-11”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, n20, 2013.

MORALES, MARÍA ELISA. “El control judicial como control preventivo de cláusulas abusivas (Corte Suprema)”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30 (1), 2017.

MOURE, ANA MARÍA. *El ombudsman*. Un estudio de Derecho Comparado con especial referencia a Chile. Madrid, Dickinson, 2013.

PAGADOR, JAVIER. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid, Marcial Pons, 1999.

PIZARRO, CARLOS. *La protección de los consumidores en materia contractual*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1999.

PIZARRO, CARLOS. “Análisis empírico del control represivo de cláusulas abusivas”. En: BARRIENTOS CAMUS, Francisca., DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo., y PIZARRO WILSON, Carlos., (Eds.). *Consumidores*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2012.

PIZARRO, CARLOS. “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el Derecho Chileno”. En: BARRIENTOS CAMUS, Francisca., DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo., y PIZARRO WILSON, Carlos., (Eds.). *Consumidores*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2012.

PIZARRO, CARLOS. “Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI (semestre II), 2005.

POLO, EDUARDO. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1990.

RAMSAY, IAN. *Consumer law and Policy. Text and Material son Regulating Consumer Markets*. Third Edition. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012.

RODRÍGUEZ, JAVIER. “Contexto y construcción de la regla ‘interpretatio contra proferentem’ en

la tradición romanista. Aspectos histórico-comparativos de un principio de interpretación contractual”. En: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, (14), 2008.

SALVADOR, PABLO Y RUIZ, JUAN. “Comentario artículo 6.2”. En: ÁGUILA- REAL, Jesús (Coord). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid, Civitas, 2002.

STIGLITZ, RUBEN Y STIGLITZ, Gabriel. *Defensa del consumidor y derecho del consumidor*. Buenos Aires, La ley, Segunda Edición, 2012.

TRÄGER, MARION. “Party Autonomy and Social Justice in Member States and EC Regulation: A Survey of Theory and Practice”. En: COLLINS Hugh (Ed.) *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*. The Netherlands. Kluwer Law Internationals BV., 2008.

SENTENCIAS CITADAS

SERNAC CON GIMNASIO PACIFIC FITNESS LIMITADA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 11 DE MAYO DE 2015, Rol 1693-2015.

SERNAC CON CENCOSUD. Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol 12.355-11.

SERNAC CON HITES, Corte de Apelaciones de Santiago. 6 de noviembre de 2013. Rol 7502-2013.

SERNAC CON TICKETMÁSTER CHILE S.A. Corte Suprema. 7 de julio de 2016. Rol 1533-2015.

SERNAC CON COFISA. Corte Suprema. 11 de octubre de 2016. Rol 27.802-2014.

NORMAS CITADAS

Norma de Carácter General 349. Establece normas relativas al depósito de pólizas y disposiciones mínimas de las pólizas de seguros.

Decreto 194. Sobre tramitación y resolución de reclamos sobre servicios de telecomunicaciones.
Decreto Ley 1.762. Crea la Superintendencia de Telecomunicaciones.

Decreto con Fuerza de Ley N° 251. Compañías de Seguros, Sociedades Anónima y Bolsa de Comercio.

Ley N° 18.168. Ley General de Telecomunicaciones.

Ley N° 18.575. Orgánica Constitucional de las Bases Generales de la Administración del Estado.

Código Civil chileno.

Ley N° 19.880. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

Ley N° 19.496. Normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

Ley N° 19.955. Modifica ley N° 19.946.

Ley Nº 20.416. Fija normas especiales para empresas de menor tamaño.

Ley Nº 20.555. Modifica ley Nº 19.496.

Ley Nº 20.667. Regula el contrato de seguro.

Ley Nº 21.000. Crea la Comisión para el Mercado Financiero.

Ley Nº 37.930. Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Venezuela.

Ley Nº 8.078. Código de Defensa del Consumidor. Brasil.

“EL IUS AEDIFICANDI. SU RELACIÓN CON LA INSTITUCIÓN DOMINICAL Y URBANÍSTICA”

“THE IUS AEDIFICANDI. ITS RELATIONSHIP WITH THE DOMINICAL AND URBAN INSTITUTION”

VÍCTOR HUGO MORENO TOLEDO*

RESUMEN: El presente artículo pretende exponer, desarrollar y proponer una mirada doctrinaria respecto de un tema poco familiar, pero de gran trascendencia práctica, cual es, el vínculo entre la facultad de edificar o *ius aedificandi* y el derecho de propiedad. Todo volcado al ámbito de la propiedad urbana, es decir, la que recae sobre el suelo de la ciudad.

PALABRAS CLAVE: Derecho a edificar, *ius aedificandi*, derecho de propiedad, derecho urbano o urbanístico, propiedad urbana.

ABSTRACT: *The present article seeks to expose, develop and propose a doctrinal view regarding a topic unfamiliar, but of great practical importance, that is, the link between the faculty to build the right aedificandi and the right of ownership. Every volcano in the realm of urban property, that is to say, that falls on the floor of the city.*

KEYWORDS: *Right to build, ius aedificandi, property rights, urban or urban rights, urban property.*

*Abogado, Candidato a Magister de la Universidad de Concepción. Correo Postal: Calle Vicente Méndez N° 595, Chillán. Correo electrónico: vmoreno@udec.cl. Profesor de Derecho Económico de la Universidad de Concepción. Chillán - Chile.

INTRODUCCIÓN

La facultad de construir constituye hasta hace poco, una potestad carente de atención jurídica, ya que lo natural ha sido concebirla como derivada del dominio, y por ende accesoria a él, volcándose todo el tratamiento doctrinario a este derecho principal.

El Derecho dominical pensado en un primer momento en términos absolutos, ha visto socavado este dogma por la denominada función social de la propiedad. En nombre de esta última se ha limitado el Derecho de propiedad de forma impensada en épocas pretéritas.

Consecuencia de lo anterior es que en las últimas décadas ha emergido con fuerza una discutible nueva rama del Derecho, conocida como Derecho Urbanístico, el cual haciendo uso de dicha función social ha perturbado con cada vez mayor intensidad a la institución dominical.

El Derecho urbano surge precisamente por la incapacidad que presenta la regulación dominical para dar solución a los problemas que se fueron suscitando en el diario vivir de las grandes urbes actuales, donde las múltiples interacciones que en ellas se producen, reflejan que no es intrascendente lo que se haga o no en el suelo urbano.

De esta forma la misión primaria de este nuevo orden es regular el uso racional del suelo, y siendo el uso natural o de mayor probabilidad el constructivo, la regulación urbana gira en torno a la afectación de dicha potestad.

El punto es que en este cometido se ha ido menoscabando dicha prerrogativa con fuertes restricciones e incluso eventuales privaciones, por ende, es lícito cuestionarse ¿hasta dónde se puede afectar esta potestad? o ¿cuál es el límite de dichas regulaciones?

Sin duda, para responder aquellas interrogantes será fundamental la postura que se adopte en relación a la divergencia doctrinaria existente al respecto que se sintetiza en la pregunta ¿forma parte el derecho a edificar del contenido del derecho de propiedad?

Justamente esta obra tiene como pretensión dar respuesta a aquella interrogante, dilucidar el estado actual de las cosas, en lo referente a la facultad que tiene el titular de la propiedad urbana de edificar en ella. Facultad conocida con la expresión latina “*ius aedificandi*”.

I. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD Y EL DERECHO URBANÍSTICO

La mayoría de la doctrina prefiere adoptar una concepción sintética a la hora de definir la propiedad, frente a una analítica, basada en la enumeración de caracteres. Justamente, se define el dominio como el poder más amplio que se puede tener sobre una cosa; frente a la noción analítica que lo entiende como la suma de tres facultades, uso, goce y disposición.

Sin embargo, se puede inferir de ambas nociones, que ninguna de ellas considera al dominio como un derecho vacío de contenido.

El Derecho urbanístico por su parte viene a regular el uso racional que se le debe dar al suelo, a través del plan de urbanismo. Para lo cual lo primero que hace el orden urbano es fijar su campo de aplicación, por medio del límite urbano, dando nacimiento a la propiedad urbana, y por exclusión a la rural.

Cabe destacar que la rama urbanística tiene como objeto último buscar un equilibrio entre

el interés individual del propietario y el general de la comunidad. Equilibrio que ningún caso debe obtenerse o se logra, a costa de desnaturalizar el derecho individual.

II. LA PROPIEDAD URBANA

Como ya anticipábamos, la mezcla elemental del Derecho urbanístico con el derecho propiedad, se denomina propiedad urbana. Ya que el estatuto urbanístico opera como fuente de la doctrina de la pluralidad de propiedades.

Precisamente, dependiendo del estatuto aplicable al objeto sobre el cual recae la propiedad, esta se clasificará en minera, urbana, rural, intelectual, industrial, agrícola, etc.

De esta manera, resulta imprescindible contar con una noción de propiedad urbana, pudiendo mencionar preliminarmente que la propiedad urbana se concibe como aquella donde el dominio recae sobre inmuebles situados dentro de los límites urbanos de las ciudades, a diferencia del inmueble o predio rural que es aquel ubicado fuera de dicho radio.

No obstante, el concepto debiese ser más amplio, por lo ya señalado respecto al actual entendimiento del problema del urbanismo. Por lo cual se propone entender la propiedad urbana referida al derecho de propiedad que recae sobre bienes inmuebles por naturaleza y adherencia, ubicados en las ciudades y sus alrededores¹. De esta manera parece ser determinante el concepto de límite urbano.

Como punto de intercepción entre el derecho de propiedad y el derecho urbanístico, está la propiedad urbana, y más precisamente, el suelo de las ciudades. Para determinar que se puede hacer o no hacer en el suelo de la ciudad, no basta examinar el solo estatuto de la propiedad, sino que es imprescindible, el análisis de la legislación urbanística, y más precisamente, el de los planes reguladores.

De este modo, el concepto previo que se tenga sobre el derecho de propiedad va a resultar fundamental.

III. EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA PROPIEDAD URBANA

Ahora bien, la pregunta es si ¿tiene o no un contenido el derecho de propiedad? Respuesta que afectará por vía consecencial a la propiedad urbana, es decir, si el derecho de propiedad carece de contenido, menos aún lo tendrá la propiedad urbana, producto de la relación de género a especie que existe entre ambas.

El punto de inflexión entre el Derecho dominical y el Derecho urbanístico, estará constituido por la respuesta que dé a la pregunta ¿Qué puedo hacer sobre el predio urbano?

Si las respuestas coincidieran, no habría ningún problema. El problema es justamente que estas no suelen coincidir, ya que en principio el dominio me otorga amplias facultades, que el Derecho urbanístico tiende a limitar, y ¿por qué pasa eso?, por algo simplemente fáctico, el Derecho urbanístico surge precisamente por la ineficiencia del derecho de propiedad para dar solución al problema de la racionalización del suelo. De hecho, es justamente la propiedad entendida en términos absolutos y arbitrarios la que da origen al problema, el cual como veremos se pretende solu-

¹ HOLMES, FELIPE (2010): *Propiedad Urbana, Régimen Jurídico*. Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, pág. 72.

cionar muchas veces con otras decisiones arbitrarias, como desnaturalizar la propiedad, al negarle todo contenido.

En consecuencia, la solución a lo anterior dependerá de la existencia de un equilibrio entre ambos regímenes.

Ya el derecho de propiedad no es el mismo, está fuertemente limitado, entre otras cosas, por la legislación territorial. Pero dicha legislación parece no tener una contrapartida, un límite definido. Y es en la búsqueda de tales límites que el reconocimiento de un contenido mínimo de la propiedad, intangible, emerge como un punto de encuentro.

Es en virtud de lo anterior, que la distinción de propiedades no ha estado exenta de polémicas, postulando algunos, que en virtud de esta pluralidad de propiedades ha desaparecido el concepto unitario de dominio de nuestra legislación.

Frente a esta postura, parte de la doctrina, basándose en el respeto por el contenido esencial, sostiene lo contrario. Para ellos existe un común denominador a todas las propiedades, constituido por dicho contenido esencial. De esta manera se ha señalado que se ha creado un fantasma con la idea de que no hay propiedad, sino propiedades, para de esta manera, reducir al máximo la protección constitucional de la propiedad y conceder un cheque en blanco al legislador².

Ante aquello, se puede argumentar que el concepto de propiedad es uno solo, y las clasificaciones que se han hecho han atendido principalmente a la naturaleza del objeto sobre el cual recae. La propiedad que recae sobre el suelo es una sola, con facultades y atributos a fines a la naturaleza del objeto.

Dicho de otra forma, el contenido mínimo de la propiedad está estrictamente vinculado al aprovechamiento natural del objeto sobre el cual recae; así el propietario de un automóvil no dudaría de que en virtud de su uso pueda circular por las calles, como tampoco el propietario de un inmueble urbano dudaría de que puede construir en él.

Es así, como este contenido esencial emerge como un límite a las limitaciones. Como un límite a la función social de la propiedad, como un límite al orden urbanístico.

De esta manera, *a priori*, afirmo que la propiedad urbana si tiene un contenido mínimo, el punto será precisar quién determina dicho contenido, lo que abordaremos en seguida.

IV. ¿CUÁL ES EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA PROPIEDAD URBANA? *IUS AEDIFICANDI*

El problema del contenido mínimo parece circunscribirse principalmente al *ius aedificandi* o derecho a edificar, ya que es este uso del suelo urbano, el centro de preocupación del orden urbanístico, y sin duda, el aprovechamiento más rentable del suelo de la ciudad.

Al preguntarnos si la propiedad tiene un contenido mínimo, en realidad nos referimos a si la propiedad comprende o no el *ius aedificandi*, por ser este el objeto de nuestra preocupación y el centro de la discordia.

El *ius aedificandi* o derecho a edificar no se encuentra definido legalmente, por lo cual se

² HOLMES, FELIPE. Ob. cit. nota n° 1, pág. 68.

debe recurrir como referente obligatorio al diccionario de la real academia española, el cual define edificar como “Fabricar, hacer un edificio o mandarlo construir”³.

Es así como edificar, obviamente, gira en torno a edificio, es hacer un edificio. Y edificio conforme a la OGUC es “toda edificación compuesta por uno o más recintos, cualquiera sea su destino”. Pero estimamos más apropiado entenderlo para fines doctrinarios, conforme al aludido diccionario, esto es, como toda “construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos”⁴.

En consecuencia, si bien se puede estimar que edificación es un término más amplio que construcción, comprendiendo a esta última inclusive, no cabe duda de que el vínculo entre el *ius aedificandi* y la construcción sea casi congénito. De tal forma que este puede ser entendido en sentido estricto como el derecho a realizar un edificio, el cual no es otra cosa que una construcción.

Sentado lo anterior, cabe enfatizar, que la doctrina extranjera ha definido el *ius aedificandi* como “el derecho a materializar físicamente el adquirido o consolidado Derecho al aprovechamiento urbanístico, mediante obras de edificación”⁵. Dicho de otra manera, aparece como una de las facultades típicas del dominio cuyo contenido consiste en poder levantar una edificación sobre un solar del que se dispone, disfrutando así del valor económico del área o parcela susceptible de edificación⁶.

Retornando al problema principal, corresponde preguntarse nuevamente ¿quién determina dicho contenido mínimo?, o más bien, ¿Quién determina si el *ius aedificandi* forma parte o no del derecho de propiedad?, ¿Será el derecho de propiedad o el derecho urbanístico?, ¿Es el derecho de propiedad quien detenta un contenido innato a él mismo o bien el derecho de propiedad carece de todo contenido, siendo este determinado casuísticamente por el Derecho urbanístico, más precisamente por los planes?

Acto seguido, cabe cuestionarse, ¿Cuál es la importancia de esto?

Dependerá de la solución dada, es decir, si el derecho a edificar forma parte del contenido del derecho de propiedad, cualquier afectación al primero repercutirá en el segundo, la cual a su vez deberá ser legitimada por el Derecho, y más precisamente por la normativa reguladora del derecho de propiedad. De esta forma si afecto al *ius aedificandi* estaré afectando al dominio. De lo contrario, o sea, si se estima que el *ius aedificandi* no forma parte del contenido del derecho de dominio, cualquier afectación a este pasará desapercibida, al menos jurídicamente.

Replanteando el problema, en palabras del profesor Manuel Medina de Lemus, se debe determinar si el *ius aedificandi* es una facultad propia del derecho de propiedad, necesitada, a lo sumo, de un acto administrativo de carácter puramente declarativo para poder ser ejercitada, o si, por el contrario, se trata de una forma de aprovechamiento del terreno de la que esta naturalmente privado el propietario, y que adquiere en virtud de un acto constitutivo de tipo administrativo⁷.

Es justamente, en la respuesta a estas interrogantes donde se divide profundamente la doctrina, comparada principalmente, como la incipiente escuela nacional. Distinguiéndose dos posiciones claras, que denominaré tesis formal o publicista y tesis material o privatista respectivamente, que sintetizaré a continuación:

³ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=edificar

⁴ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=edificio

⁵ MEDINA DE LEMUS, MANUEL (1997): La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de Madrid, España, pág. 262.

⁶ MEDINA DE LEMUS, MANUEL (1997), Ob. Cit. nota n°5, pág.133.

⁷ MEDINA DE LEMUS, MANUEL(1997), Ob. Cit. nota n°5, pág. 263.

- a) Tesis formal: según la cual la propiedad urbana carece de contenido propio, siendo el planificador quien le otorga su contenido real. Dicha tesis le atribuye a la planificación un poder constitutivo, ya que esta configuraría el derecho de propiedad, y no se limitaría solo a regularlo. Claramente esta postura facilita las cosas para el planificador, ya que, si este dictamina que en un determinado lugar no se podrá construir, su decisión no se podrá objetar por la vía de afectar el derecho de propiedad, ya que justamente será este quien defina que se entiende por propiedad en ese caso, y por lo mismo, tendrá que concluirse que no se puede afectar aquello que no se posee.
- b) Tesis material: para la cual la propiedad urbana si posee un contenido propio determinado por el orden constitucional, la cual, si bien puede ser limitada por su función social, posee una configuración constitucional previa y vinculante para el legislador. Aquí resulta fundamental lo que entendamos por contenido esencial de la propiedad, ya que es este el elemento unificador de todos los tipos de propiedad⁸. Esta posición apunta hacia el respeto de un contenido esencial de los derechos subjetivos, anterior al reglamento, y provenientes del orden constitucional.

Cabe subrayar, como puntualiza Felipe Holmes, que definir cuál es la tesis imperante, depende del sistema jurídico analizado. Así en Francia parece imperar la segunda postura, mientras que en Italia, España y Alemania la primera. Aunque en todas aquellas se da la misma discusión, que hoy de la mano de una mayor preocupación por los problemas urbanísticos, parece tomar mayor interés en Chile.

La posición que se adopte es clave a la hora de examinar las limitantes al derecho de propiedad, ya que cualquier afectación que se haga al derecho de construir, afecta mi derecho de propiedad o no, según participe de la primera o segunda tesis ya ilustradas.

Los párrafos siguientes estarán dedicados al análisis y desarrollo de ambas posiciones doctrinales, así como al estudio de sus fundamentos principales.

1. TESIS FORMAL, PUBLICISTA O DE LA PROPIEDAD SIN CONTENIDO.

La tesis partidaria de que la facultad de edificar es una concesión del plan tiene sus cimientos sobre todo en el campo de los administrativistas, debiendo reconocerse una clara influencia italiana. El profesor español Eduardo García de Enterría es considerado su máximo exponente, postulando la disociación del *ius aedificandi* de la titularidad dominical, concibiéndolo como una atribución pública de la ordenación del suelo⁹.

De este modo dicho autor ha sostenido que: “*el paso fundamental dado por la Ley consiste en privar a la propiedad de todas las expectativas urbanísticas y considerar éstas como derivadas directamente del Plan público, en lugar de entender que el plan debía reducirse a limitar las expectativas urbanísticas que sustancialmente emanasen de la propiedad misma. Según este planteamiento, se ha disociado el ius aedificandi de la titularidad dominical, en el sentido de que aquel derecho no dimana de esta titularidad, sino de una atribución pública de ordenación del suelo, atribución que determina, además la medida concreta en que ese derecho queda reconocido*”¹⁰.

En la misma dirección encontramos a otro profesor español, Tomás-Ramón Fernández¹¹, quien grafica lo anterior señalando que: “*el derecho de propiedad del suelo no es ya un derecho*

⁸ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n° 1, págs. 5-6.

⁹ PAREJO, PIEDAD MARÍA (1991): El contenido esencial de la propiedad urbana. Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, España, pág. 406.

¹⁰ CALVO, MARÍA JOSÉ (2000): La Función Social de la Propiedad y su Proyección en el Sistema De Compensación Urbanística. Ediciones Universidad de Salamanca, España, pág. 169.

¹¹ FERNÁNDEZ, TOMÁS - Ramón (2008): Manual de Derecho Urbanístico. Editorial Wolters Kluwer, Madrid, España, pág. 119.

potencialmente ilimitado, sino, más bien, un derecho encerrado en límites precisos que empieza por definir la propia ley, y que terminan de perfilar los planes de ordenación. La ley y los planes no recortan, por lo tanto, un derecho que inicialmente tenga una extensión mayor, sino que definen cual es en cada caso la extensión misma de ese derecho al precisar sus fronteras normales en función del concreto destino de los terrenos”.

Por eso, precisamente, porque se trata de definir los límites o fronteras y no de recortar algo previamente definido, es por lo que el artículo 3 inciso 1° de su ley urbanística, conocida como Ley del Suelo, no confiere derecho a indemnización producto de la ordenación urbanística, ya que este derecho se contempla solo frente a privaciones, y no ante meras restricciones¹². Esto se puede asimilar a nuestra Constitución, donde el Derecho urbanístico, en virtud de la función social puede imponer limitaciones al derecho de propiedad, las cuales en caso de que se transformen en privaciones, obligan a indemnizar.

Siguiendo esta tendencia el profesor Antonio Carceller Fernández ha señalado que las facultades del derecho de propiedad tienen el contenido establecido en la referida Ley del Suelo española, o, en virtud de la misma, por los planes de ordenación. La ordenación del uso de los terrenos y construcciones define el contenido normal de la propiedad¹³.

En Chile, hay quienes en la misma dirección sostiene, que el *ius aedificandi* no formaría parte del contenido del derecho de propiedad, sino que sería conferido por el poder público a través del ordenamiento urbanístico, argumentando a favor de ello, que en la legislación chilena la regla general, en base al artículo 55 de la LGUC, sería el suelo rural, en el cual por naturaleza la construcción no tiene cabida o está fuertemente limitada¹⁴.

Por otra parte, se ha sostenido que hasta el derecho de propiedad va adquirir, en el ámbito urbano, la fisonomía y el contenido patrimonial que el plan decida otorgarle¹⁵.

Como cimientos en pro de esta tesis es posible enumerar los siguientes:

- a) El primer argumento sostiene la *publicatio* del suelo, manifestación de clara influencia española. La ley española de 1956 estatizó la potestad urbanística, detentando la administración su monopolio. Por lo cual el Estado sin la injerencia de nadie determina que es lo que se puede hacer o no en el territorio. Sobre esto Felipe Holmes señala que: “*la teoría formalista parte de la base de que la ley de urbanística de 1956 implicó establecer una publicatio del suelo español. De esta forma, se ha señalado que la aludida norma legal supuso una publicatio de la actividad urbanística en su totalidad, pasando a ser la ordenación urbanística una función pública: la nacionalización o estatización del urbanismo, y la consideración de la ordenación urbanística como ordenación integral del territorio*”.

En suma, es la ordenación urbanística que –como resultado de dicha *publicatio*– define el contenido normal del derecho de propiedad.

- b) El segundo argumento se basa en sustentar que la regla general es el suelo rural, siendo el plan quien da vida al suelo urbano. En consecuencia, la regla general es que el uso agrícola forme parte del contenido del dominio, no así el urbano como sinónimo de edificación, que es más bien una concesión del plan, ya que este uso no deriva de la naturaleza del suelo. En

¹² FERNÁNDEZ, TOMÁS- RAMÓN (2008), Ob. Cit. nota n° 11, pág. 119.

¹³ CARCELLER, ANTONIO (1989): Instituciones de Derecho Urbanístico. Editorial Montecorvo, Madrid, España, pág. 106.

¹⁴ CORDERO, EDUARDO. “El derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad”. Revista Nomos, Universidad de Viña Del Mar, Número 2, págs. 91-112, 2008, pág. 104.

¹⁵ FIGUEROA, PATRICIO Y FIGUEROA, JUAN (2006): Urbanismo y Construcción. Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, pág. 78

este sentido Carceller Fernández¹⁶ ha sostenido que en el sistema de definición del derecho de propiedad se parte del contenido del suelo no urbanizable (rural), cuyo aprovechamiento es exclusivamente agrícola, ganadero o forestal, en cambio en el suelo urbano y urbanizable (de extensión urbana) se incorpora al derecho de propiedad contenidos urbanísticos “artificiales” que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística.

Es así, como la segunda base dogmática de esta teoría (la primera es la *publicatio* del suelo), para la doctrina española, es la creencia de que el uso natural del suelo es el agrícola, independientemente de que se aluda al suelo urbano o rural.

De ese contenido inicial, la ley no quita nada, y como esto no ocurre, tampoco precisa indemnización, la cual solo se contempla para los casos de efectivo arrebato o privación¹⁷.

Siguiendo a este autor, la ley tampoco añade nada a este contenido natural del derecho de propiedad en este caso. Si lo hace en cambio, cuando la ordenación prevé o permite su paso a la situación de suelo urbanizable o de extensión urbana para nosotros, y cuando se encuentra ya en esta situación, o sea cuando ya es urbano.

Termina señalando que en ambos casos al contenido original del derecho de propiedad se adicionan otros contenidos artificiales, que no están en su naturaleza y que dependen de una voluntad exterior y ajena a la del propietario, la del legislador primero y luego la del planificador, ambos representantes de la comunidad.

2. TESIS MATERIAL, PRIVATISTA O DE LA PROPIEDAD CON CONTENIDO.

Es conveniente –desde ya– destacar que en favor de esta tesis la jurisprudencia italiana ha otorgado un decisivo criterio para determinar cuál es este contenido, sosteniendo que el contenido de la propiedad urbana debe buscarse también en la naturaleza del terreno de que se trata¹⁸. Es así que tanto la doctrina comparada como nacional, en base a ese criterio, ha construido sus postulados.

El planteamiento anteriormente expuesto resulta fundamental, ya que al afirmar que la propiedad en Chile tiene una sustancia, se debe determinar aquella atendiendo a la naturaleza del objeto. Por ende, no basta que se reconozca a la propiedad urbana un determinado contenido, sino que aquel, debe ser acorde a su naturaleza. Dicho de otra manera, el plan no podría asignar a mi propiedad solo un uso agrícola, siendo que aquella está ubicada en el centro mismo de la ciudad, por lo cual su naturaleza se opone definitivamente a lo rural, siendo su uso natural, el urbano en sentido estricto.

Como se ha señalado, es la doctrina española la más nutrida en la materia, con fundamentos en ambos sentidos de la discusión. Justamente, en apoyo de esta tesis se pueden citar a los autores Martín Blanco, Chico Ortiz, Torres Lana, Sustaeta, entre otros¹⁹.

Sobre esto, Barnés Vázquez ha señalado –refiriéndose al sentido o finalidad de la propiedad privada, que aquel no es otro que el de la productividad o aprovechamiento que se deriva de la utilización de los bienes sobre los que recaiga la propiedad constitucional, concluyendo que la potestad de goce –en la que se entiende incluida la de uso– se identifica con la finalidad del derecho:

¹⁶ CARCELLER, ANTONIO (1989), Ob. Cit. nota n° 13, pág. 281.

¹⁷ FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón (2008), Ob. Cit. nota n° 11, pág. 119-120.

¹⁸ HOLMES, Felipe (2010), Ob. Cit. nota n° 1, pág. 76, citando a Cartei, Gian Franco.

¹⁹ LOBATO, J. MIGUEL (1989): La propiedad privada del suelo y derecho a edificar. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, España, págs. 548-549.

ius aedificandi en la propiedad urbana o facultad de explotación de cultivos, en la agraria²⁰.

Conviene agregar a Torregrossa²¹ quien, criticando la tesis formal, señala que: “no es correcto atribuir los desórdenes urbanísticos al principio de inherencia del *ius aedificandi* a la propiedad privada, como tampoco es necesario para solucionarlos articular la separación de ambos, pues puede decirse que tales desórdenes han sido consecuencia de un comportamiento ciertamente ilícito, constituido por la convergencia de la inoperancia de los poderes públicos y una acción especulativa casi institucionalizada que cuenta con una impunidad sin precedentes”.

En el mismo sentido De Los Mozos²² ha sostenido, luego de criticar la tesis formal, que el plan lo que hace es definir las limitaciones de la propiedad que son conformes con la función social, pero nada más. Ajustándose a la regulación constitucional y legal. De esta manera en los planes no está el origen de las facultades, sino el condicionamiento de su ejercicio.

Nuestra doctrina también se ha interesado en la discusión, y ha sostenido²³ que el ordenamiento jurídico nacional, al igual que el alemán, ha optado por que el derecho a edificar no sea concedido por el plan, sino preexistente al mismo, y solo limitado por él.

En nuestro medio, el autor Felipe Holmes²⁴ es uno de los que con mayor profundidad ha tratado el tema en su obra “propiedad urbana”, en la que ha señalado como criterio vital para determinar la inherencia o no del *ius aedificandi* al derecho de propiedad, el de la naturaleza de las cosas. En este caso la cosa es el suelo, y para determinar su naturaleza, atiende a la ubicación, distinguiendo conforme a nuestro legislador entre las áreas urbanas, de extensión urbana, y rural. En el área rural el uso natural que debe respetar el legislador es el agrario. En el suelo de extensión urbana para determinar su uso natural, realiza dos precisiones; primero si estos no están siendo urbanizados por una decisión discrecional pública legítima; segundo si no han sido urbanizados porque el desarrollo de la ciudad aún no ha llegado de manera espontánea. En el primero el uso será urbano y en el segundo rural, ya que no tendrán naturalmente características urbanas.

En tercer lugar, si la propiedad está en la ciudad, en suelo urbano, su uso natural será la edificación, rechazando las teorías que postulan que el uso natural es el agrario, ya que ello no es efectivo en la ciudad.

Si bien entre este autor y Rajevic existe consenso en la unión del *ius aedificandi* al derecho de propiedad, Holmes difiere de este último; ya que para Rajevic la esencia debe buscarse en la aptitud natural del terreno, es decir, caso a caso; en cambio, para Holmes el derecho a edificar es inherente a la propiedad urbana, al suelo urbano, por el solo hecho de ser tal. De esta manera para este último autor, si el propietario no puede edificar en un terreno pese a los avances tecnológicos, ello será una situación de hecho, mas no de derecho. Es por ello que el *ius aedificandi* no solo es el uso más rentable en las ciudades, sino que es su uso natural, ya que desde que el hombre se hizo sedentario y se formaron las primeras civilizaciones, el uso del suelo ha sido eminentemente el constructivo.

Acto seguido, Holmes enfatiza –y esto es lo más importante– que el hecho de que el *ius aedificandi* forme parte del contenido de la propiedad urbana, no implica que sea un derecho absoluto, lo cual es lógico dado que este es accesorio a la propiedad, por lo cual no siendo esta absoluta, menos lo será el derecho a edificar. De esta manera, esta facultad puede ser limitada, pero dichas limitaciones no pueden llegar a convertirse en privaciones encubiertas o derechamente no puede

²⁰ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n° 1, pág. 79, citando a Barnés Vázquez.

²¹ MEDINA DE LEMUS, MANUEL (1997), Ob. Cit. nota n° 5, pág. 127, citando a Torregrossa.

²² *Ibid.*, pág. 129. Citando a De Los Mozos.

²³ FIGUEROA, PATRICIO & FIGUEROA, JUAN (2006), Ob. Cit. nota n°15, pág. 74.

²⁴ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n° 1, págs. 83-86.

despojarse de dicha potestad, sin previa indemnización, conforme a la protección constitucional del derecho principal, el de propiedad.

Sobre este último punto es interesante examinar lo sostenido por nuestros tribunales, en particular los considerandos quinto, sexto y séptimo, de la sentencia de 28 de junio de 2011²⁵. En ella, se reconoce que el derecho a edificar es limitado, lo que es coherente con la normativa que afecta al derecho de propiedad. Limitaciones impuestas por la función social de esta, concretadas a través de los planes de ordenación territorial. Estos últimos –como hemos visto– solo pueden afectar la propiedad ejecutando el contenido de una ley, en este caso, de la aludida (en el fallo) Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Cabe destacar que limitación es muy distinta a privación. Decimos ésto, porque, es muy frecuente observar en la legislación territorial requisitos disfrazados de limitaciones, pero que en la praxis distan mucho de serlo.

Finalmente -Holmes- señala, que una de las principales críticas que pueden formularse a esta tesis, deriva del enorme costo que este respeto por el *ius aedificandi* significaría para el Estado. Sin embargo, un Estado de Derecho respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, tiene un costo económico intrínseco, pero que debe soportarse si quiere aspirarse a un sistema efectivo y real.

En la misma dirección, el profesor Enrique Rajevic²⁶ señala que si bien la edificación no es el único uso que se le puede dar a un bien raíz, si este se sitúa en el radio urbano es el más probable y más rentable. Para él los deberes urbanísticos afectan a la facultad de usar el bien sin tener que afectarla en su esencia, atendiendo para determinar esto último a la naturaleza del bien, conforme a la función social que debe cumplir la propiedad. Así en el caso del artículo 60 de la LGUC que prescribe que “el Plan Regulador señalará los terrenos que por su especial naturaleza y ubicación no sean edificables”, cuando el plan determina su inedificabilidad no está afectando la esencia de la facultad de uso, dado que por su naturaleza –ubicarse en las cercanías inmediatas a un volcán en actividad– esta (la facultad edificatoria) no está contemplada. Termina expresando que: “*De toda lógica es suponer, entonces, que de su función social deriva la limitación de no construir en ellos: la facultad de usar se referirá a otros aprovechamientos, pero no al asentamiento de grupos humanos, con lo que la determinación urbanística no vulneraría contenido esencial alguno*”.

Como contrapartida respecto de los predios que tengan una aptitud natural para ser edificados existe la obligación constitucional de reconocer dicha facultad, y solo limitarla conforme a la función social. Es así como concluye este autor que: “*Nuestro ordenamiento reconoce a los dueños de bienes raíces urbanos que la esencia de su derecho de propiedad incluye el derecho a edificar (ius aedificandi) conforme a las naturales aptitudes urbanas de su terreno, pudiendo aquella ser limitada por la autoridad siempre que con ello no la menoscabe sustancialmente*”.

Por ende, le asigna un rol preponderante a la judicatura, para que esta controle que no se usen normas urbanísticas para privar a los propietarios de lo suyo bajo el manto engañoso del bien común, atendiendo para ello, especialmente, a la naturaleza de los terrenos.

Al igual que Rajevic, se ha señalado, que atendido el rasgo de que la facultad edificatoria emanada de la facultad de uso del dominio, sea la principal y más rentable prerrogativa del propietario, y el contexto constitucional de protección de la propiedad, se debe concluir que, por regla general, la facultad de edificar debe entenderse incluida en nuestro ordenamiento dentro de la esencia

²⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción (Recurso de Protección) de 28/06/2011, ROL Nº 6162011

²⁶ RAJEVIC, ENRIQUE: “*La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana*”. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (vol. 25 nº 1, págs. 65-112), Santiago, 1998; pág. 104-106.

de este derecho, conforme las naturales aptitudes del inmueble en específico.

Se arriba a la conclusión anterior pues dicha facultad solo puede eliminarse cuando la especial naturaleza y ubicación de los inmuebles así lo requieran, de manera que la edificabilidad o no edificabilidad de un terreno no dependen de los autores del plan sino de las naturales aptitudes del mismo. Solo en forma excepcional (la ley utiliza la expresión especial) y por causas determinadas (naturaleza y ubicación) puede llegar a eliminarse esta facultad²⁷.

Es necesario nuevamente recalcar en este punto la discrepancia entre Holmes y Rajevic; ya que mientras el primero sostiene la inherencia incondicional del *ius aedificandi* a la propiedad urbana; el segundo la estima condicionada. Condicionada a que por su especial naturaleza o ubicación sea edificable.

Sentado lo anterior, reitero la incógnita principal, consistente en determinar la relación existente entre el derecho a edificar y el derecho de propiedad. Así cabe cuestionarse si el *ius aedificandi* forma parte de aquel contenido mínimo, o por el contrario esta fuera de él. Y si esta fuera de él ¿es un derecho independiente del derecho propiedad o accesorio a él?

Para responder aquello se distinguirá (solo para fines didácticos, ya que la propiedad como se ha sostenido, es una sola, y el derecho a edificar forma parte de su núcleo intrínseco, solo que en algunos casos adquiere verdadera relevancia) entre un contenido mínimo general, aplicable a todo tipo de propiedad, y un contenido mínimo específico, aplicable solo a la propiedad que recae sobre determinados objetos, en este caso, inmuebles por naturaleza, especialmente en lo que atañe al suelo.

En apoyo de esta tesis cabe agregar lo señalado por Lobato Gómez²⁸, según el cual: "*En definitiva, aunque la función social va a conformar diferentes estatutos propietarios, no es un elemento que llegue a modificar la estructura interna del derecho de propiedad, sino el elemento que permite construir, en torno a un núcleo predeterminado, las variadas normas de la propiedad. En este marco, el contenido esencial actúa como elemento unificador del derecho de propiedad, independientemente de su objeto, y representa un contenido genérico, un haz de facultades que puede resumirse en el goce y la disposición referido al sujeto, mientras que la función permite delimitar legalmente el alcance concreto de ese contenido respecto a determinados bienes, dando origen a una pluralidad de propiedades, cada una de las cuales gozará de un contenido mínimo, ya específico, determinado por la utilidad que el bien represente según su naturaleza, y en su defecto por la utilidad o equivalente económico que el bien debe reportar a su propietario*"²⁹.

A primera vista se puede concluir que el *ius aedificandi* no forma parte del contenido mínimo general del derecho de propiedad, ya que no es un concepto aplicable a la noción de propiedad universal. Siendo conformado aquel por las facultades genéricas tradicionales de uso, goce y disposición, o más bien por todas las facultades posibles de tener sobre una cosa, conforme a la concepción sintética del dominio ya expuesta. La cuales no necesariamente se traducirán en el *ius aedificandi*, así por ejemplo este es intrascendente en el uso que se le puede dar a un vehículo.

Pero en lo referente a aquel contenido mínimo específico de la propiedad, esto es, de la propiedad que recae sobre el suelo; me parece que el *ius aedificandi* lo integra, fundándonos en razones legales para sostener aquello, pero sobre todo en razones impuestas por la realidad de las cosas. En este caso el *ius aedificandi* es la concreción de la facultad de uso que, ejercida sobre el

²⁷ SANTIBAÑEZ, FRANCISCO (2006): La Planificación Urbana: Conceptos, Normativa y su Relación con el Derecho de Propiedad. Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, Concepción, pág. 97.

²⁸ LOBATO, J. Miguel (1989), Ob. Cit. nota n° 14, pag. 371.

²⁹ Énfasis agregado.

suelo urbano, le confiere operatividad real a dicha prerrogativa.

Y si se estima que ello no es así, que la facultad de edificar no está contenida en la facultad de uso, de todas maneras, es posible concluir que integra el contenido específico de la propiedad. Ya que es una facultad más del universo de facultades que integra la propiedad, en virtud de la concepción sintética de la misma. Compartiendo lo señalado por Felipe Holmes, en orden, a que el derecho a edificar es de la naturaleza de la propiedad urbana.

Lo que descarto es concebir al *ius aedificandi* como un derecho autónomo, independiente del de propiedad, ya que es poco plausible el resultado que esa desconexión pueda provocar³⁰. Cuesta pensar o en realidad concebir que una persona tenga el derecho a construir, prescindiendo de la necesidad del derecho de propiedad. En mi opinión, los hechos se imponen, y el derecho a edificar solo cobra importancia real unido al derecho de propiedad. Existe entre ellos una relación de dependencia clara, que justifica, además, las conclusiones arribadas en cuanto a su contenido.

Se debe reiterar la concepción plena de la propiedad, como derecho que comprende la totalidad de facultades que es posible tener sobre una cosa. Carácter hoy limitado, pero el cual lleva al investigador a concluir que siendo el *ius aedificandi* una facultad que se ejerce sobre una cosa, conforme a la concepción sintética, es fuerza afirmar su unión al derecho dominical.

De esta manera los Fundamentos principales en pro de esta tesis se pueden sintetizar de la siguiente manera:

a) Para los formalistas el orden urbanístico ha supuesto una *publicatio* del suelo.

Frente a ello se puede decir, que para que existiese una *publicatio* del suelo, el Estado conforme a nuestra Constitución (artículo 19 número 24) debería previamente indemnizar a todos los propietarios, cosa que no ha ocurrido, y que prácticamente es imposible que ocurra, por los evidentes costos económicos que ello significaría.

A consecuencia de dicha *publicatio*, la constitución española en su artículo 33 le confiere un papel “delimitador” a la función social respecto de la propiedad. En Chile como hemos tenido la oportunidad de precisar, solo se autoriza a “limitar” en virtud de dicha función.

A lo anterior se suma que la ley del suelo española en sus artículos 6 letra d) y 8 despojan expresamente a la propiedad del *ius edificandi*. Frente a aquello existe una respuesta clara, en Chile no existe ninguna disposición que prive al dominio de *ius aedificandi*, sin perjuicio de las precisiones que se harán en su momento en relación a lo dispuesto por el artículo 60 de la LGUC.

Por lo cual, patentemente este argumento es incompatible con la realidad nacional, siendo aplicable únicamente al contexto español.

b) El segundo argumento de la tesis formal, es la naturalidad rural del suelo.

Este argumento es de fácil refutación fáctica, en base a hechos públicos y notorios. Otra cosa es que antes de las ciudades el uso natural del suelo fuese rural, de esta manera hoy desde que la ciudad es tal, su uso natural es el urbano, antes de serlo puede haber sido otro, si deja de serlo quien sabe cuál será³¹.

³⁰ PAREJO, Piedad María (1991), Ob. Cit. nota n° 9, pág. 375.

³¹ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n° 1, pág. 89.

Por ende, dicha justificación la estimo antojadiza, opuesta a la realidad de las cosas, donde el noventa y cinco por ciento de nuestra población se sitúa en las ciudades, pretender que esto sea la excepción no parece la respuesta correcta.

- c) La doctrina chilena ha negado que el plan regulador pueda ser la fuente del *ius aedificandi*, ya que implicaría conferirle a una norma reglamentaria una capacidad configuradora o delimitadora del derecho de propiedad, lo cual en Chile solo le corresponde a la ley.
- d) En virtud de la *publicatio* del suelo, el derecho a edificar podría solo emanar de una decisión de la autoridad formalizada en el plan de urbanismo. El hecho de que exista el *ius aedificandi* en zonas rurales (no sometidas al planeamiento) demuestra que dicha facultad no emana del plan.
- e) El permiso de edificación constituye un acto declarativo de derechos y no constitutivo. Por lo cual no crea el derecho a edificar, sino que lo somete al cumplimiento de requisitos para permitir su ejercicio. Afectando no la existencia del derecho sino su ejercitabilidad. Es un acto administrativo, no una ley, por ende solo limita la propiedad ejecutando una ley, y sin que ello implique privación, lo cual en caso de ocurrir requiere indemnización.

Sobre el particular, son precisas las palabras de Piedad Parejo³², quien señala que: “*No obstante, el que el ius aedificandi, forme parte del contenido del derecho de propiedad, ello no quiere decir que exista una edificabilidad natural, sino que la posibilidad de construir depende del acomodamiento al plan y del cumplimiento de los deberes urbanísticos*”.

No coincido con la tesis de la no existencia de una edificabilidad natural, por las razones ya anotadas, pero sí en que su ejercicio se condiciona al cumplimiento de la normativa urbanística.

- f) Al rechazarse esta unión entre el derecho a edificar y el derecho de propiedad, se alcanzarían resultados incompatibles con el Estado de Derecho, ya que el legislador ordinario gozaría en materia urbanística de un espacio exento, no protegido por los derechos fundamentales, ya que estos no podrían actuar como límite a la actividad limitadora del legislador³³.
- g) Solo a partir de la Ley N° 4.563 de 1929 (primera ley de urbanismo) empieza a exigirse el correspondiente permiso de construcción, por lo cual el *ius aedificandi*, solo a partir de dicha fecha comienza a ser limitado³⁴. Por ende, es claro que este derecho preexiste a la propia ley de urbanismo, y por ende al plan. Siendo carente de lógica el argumentar que el derecho a edificar emana del plan.
- h) Por último, la tesis contraria podría ver en el artículo 60 de la LGUC la consagración del poderío del plan pudiendo extraer el *ius aedificandi* del dominio. No obstante, ello no es tan evidente, ya que dicha norma encierra dudas ciertas acerca de su constitucionalidad. Primero, como señala Holmes no es para nada claro que en base a la ubicación el plan pueda privar del *ius aedificandi*; en cuanto a su naturaleza parece referirse a una naturaleza riesgosa. Concluyendo que la naturaleza riesgosa no priva del derecho a edificar por varias razones³⁵: “*Si existe una zona que representa riesgos insuperables para la población, parece raro que el asentamiento humano se haya localizado en dicho lugar (ejemplo, sobre la copa de un volcán activo). Lo más probable es que la urbe no se forme en dichos lugares, excepto que la tecnología disponible permita asumir el riesgo (ciudad de México, Venecia, etc.)*”

Para el autor el estar privado del *ius aedificandi* en virtud de esta naturaleza es una cuestión de hecho, mas no de derecho.

³² PAREJO, PIEDAD MARÍA (1991), Ob. Cit. nota n° 9, pág. 402.

³³ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n°1, pág. 77.

³⁴ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n°1, pág. 109.

³⁵ HOLMES, FELIPE (2010), Ob. Cit. nota n°1, pág. 107.

V. EL CONTENIDO MÍNIMO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

Hay que tener presente que nuestra Carta Fundamental no define el derecho de propiedad, siendo nuestro Código Civil el que lo hace a partir de una concepción analítica del mismo, entendido como un conjunto de facultades, uso, goce y disposición.

Facultades reconocidas por la Constitución, y a las cuales le confiere amparo, por medio de prohibir afectar los atributos o facultades esenciales del dominio, a través de limitaciones u obligaciones impuestas por el legislador, en virtud de lo que la misma Constitución llama función social. Atributos que la doctrina entiende referidos al uso, goce y disposición, a que la misma Carta hace referencia.

Por ende, bastaría que el derecho a edificar derivare de alguna de dichas facultades (uso o goce), para automáticamente disfrutar éste de tutela constitucional. Pero cabe preguntarse ¿de qué facultad emana?

Para Rajevic el *ius aedificandi* es una expresión de la facultad de usar o *ius uttendi*, que confiere el dominio de un bien a su titular³⁶.

Asimismo, nuestro propio Código Civil al definir el dominio solo hizo referencia a las facultades de goce y disposición, entendiendo la mayoría de la doctrina que de la facultad de goce se desprende la de uso.

El Código Civil español en el mismo sentido que el nuestro, solo comprende las facultades de goce y disposición³⁷. Es por ello que la doctrina española habla de *ius aedificandi* dentro de la facultad de goce.

Por ello es más preciso sostener que el derecho a edificar emana de la facultad de uso. De esta manera un predio ubicado en la ciudad tiene un uso eminentemente urbano, uso al cual es innata la facultad edificatoria según hemos tenido la ocasión de precisar.

Pero si no se concluye lo anterior, se podría hacer una interpretación sistémica de la Constitución, especialmente del artículo 19 número 24 en relación con el número 26, ya que el constituyente para dejar clara su ideología frente a la propiedad le otorgó una tutela específica, cual es la garantía material, de no afectar la esencia de los atributos o facultades del dominio. Pero dicha protección, al basarse en una concepción analítica del dominio podría dejar fuera atributos o facultades no identificados con los tradicionales. Frente a ese inconveniente se puede recurrir a la garantía del número 26 que tutela los derechos (entre ellos, la propiedad) en su esencia, con un campo de aplicación más amplio. Conviene tener presente sobre este punto las sabias palabras del profesor Peñailillo, quien después de analizar el artículo 19 número 24, concluye que este guarda armonía con el número 26 ya que: "*Insistiendo en el resguardo de la generalidad de los derechos fundamentales, acude a la noción de contenido esencial, disponiendo que se asegure asimismo que las leyes no afectarán los derechos en su esencia. Tratándose del derecho de dominio, aquí resulta protegido con otro método; ya no (con la concepción analítica) mediante el recurso a los atributos esenciales, sino (en la sintética) acudiendo a la esencia. Estimamos que esta esencia o contenido esencial encuentra su significado básico en la ya citada expresión atributos esenciales, pero, incluyéndolos, la supera, con una fórmula más integradora, prescindente de atributos individualizables que la conforman por suma y que pueden dejar intersticios...*"³⁸.

³⁶ RAJEVIC, ENRIQUE (1998), Ob. Cit. nota n° 26, pág. 104.

³⁷ Art. 348 La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

³⁸ PEÑAILILLO, DANIEL (2006): Los Bienes, La Propiedad y Otros Derechos Reales. Editorial. Jurídica de Chile, Santiago, págs. 47-48. Énfasis agregado.

En virtud de lo anterior, la esencia del número 26, como precisa el profesor Peñailillo, es más amplia y deja disminuidas las posibilidades de facultades no previstas en la garantía del artículo 19 número 24 de la CPR. Luego, dicha esencia de la propiedad o contenido mínimo será, como ya se ha visto en los apartados anteriores, el que dicte la naturaleza del objeto sobre el cual recae. A lo antes expuesto se puede agregar lo señalado por la autora Piedad Parejo quien concluye que: “*Es por ello que una vez que la propiedad privada está reconocida en la constitución no puede el legislador posteriormente privarla de cualquier contenido so pena de desconocer la misma propiedad; y si la propiedad es urbana, el contenido normal, la utilidad que ella proporciona es a través de su aprovechamiento encaminado a la edificación, es decir, es esencial a la misma que su ejercicio normal sea mediante su aprovechamiento urbanístico*”³⁹.

Finalmente, más adelante sostiene que: “*Dicho marco constitucional supone que el legislador no puede a la hora de regular cada una de las distintas manifestaciones de la propiedad hacerlo de tal manera que desconozca cualquier tipo de goce o aprovechamiento sobre el bien que constituya el objeto de la relación dominical*”⁴⁰.

En consecuencia, ¿basta que deje subsistente cualquier uso o aprovechamiento para no infringir la garantía?

Creo que no, ya que no basta que el plan me permita arrendar mi inmueble, y nada más, o bien me permita el uso agrícola de mi propiedad situada en el centro mismo de la urbe; entonces la pregunta es ¿Qué uso o aprovechamiento de los múltiples existentes debe respetar?

Desde mi perspectiva cualquiera sea la regulación debe respetar aquel uso o aprovechamiento que emane directamente de la naturaleza o esencia del bien en cuestión, de lo contrario afectaría la esencia del derecho de propiedad.

VI. EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA PROPIEDAD RURAL.

Desechada la pluralidad de propiedades tendiente a desconocer un contenido mínimo compartido por todas las propiedades, me parece interesante hacer ciertas precisiones en torno a la propiedad rural.

Claramente no se puede dudar que el contenido mínimo de la propiedad rural será el uso agrícola (ganadero o forestal).

Pero en mi opinión, creo que, si bien el derecho a edificar no forma parte de dicho contenido en su máxima expresión, si lo hace de manera atenuada. Ya que del propio texto de la LGUC se desprende que lo que se quiere evitar en el área rural es permitir la edificación con fines urbanos. Así el inciso 2° del artículo 55 de dicho cuerpo legal dispone que: “*Corresponderá a la Secretaría Regional de la Vivienda y Urbanismo respectiva cautelar que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, no originen nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbana-regional*”.

En el mismo sentido el artículo 60 de la LGUC prescribe: “*El Plan Regulador señalará los terrenos que por su especial naturaleza y ubicación no sean edificables. Estos terrenos no podrán subdividirse y sólo se aceptará en ellos la ubicación de actividades transitorias, manteniéndose las características rústicas del predio...*”

³⁹ PAREJO, PIEDAD MARÍA (1991), Ob. Cit. nota n° 9, págs. 383-384.

⁴⁰ PAREJO, PIEDAD MARÍA (1991), Ob. Cit. nota n° 9, pág. 402.

Por ende, la intención del legislador no es prohibir en forma absoluta la construcción, sino mantener las características rurales del predio. Dicho de otra forma, su enemigo no es la construcción, sino, la urbanización. Siendo un tema terminológico, pero de no imposible precisión.

De esta manera es suficiente para lograr dicho objetivo –según nuestra ley urbanística– el establecimiento de una determinada subdivisión predial mínima, y prohibir la edificación con fines urbanos.

Todo lo cual nos habilita para concluir que el derecho a edificar forma parte del contenido del derecho de propiedad sobre inmuebles, tanto urbanos como rurales. Así difiere de lo señalado por Holmes, en el sentido de que el *ius aedificandi* solo forma parte del contenido del derecho de propiedad sobre inmuebles urbanos.

Es más, sostengo que el derecho a construir forma parte del contenido de los inmuebles rurales, aunque atenuado, porque la finalidad de los terrenos urbanos y rurales difiere. Pero no creo que esa divergencia sea suficiente para negar la existencia del *ius aedificandi* en el área rural en forma absoluta.

Consagración de lo anterior es que se permita como excepción al citado principio, la construcción de la vivienda del propietario. Excepción que en realidad solo recoge algo indiscutible, la relación del inmueble con la persona de su propietario. Lo que nos muestra que esta excepción es en realidad una regla general. Dicho de otra manera, no se podría haber prohibido al propietario de un predio rural construir su hogar en él.

Otra cosa es la excepción que introduce la posibilidad de construir viviendas sociales, que claramente es una excepción propiamente tal, ya que le da un fin urbano a un objeto rural, lo cual es tremendamente negativo, por cuanto distorsiona la finalidad misma de la distinción, pudiendo incluso, si refinamos los conceptos, afectar la esencia de la propiedad rural

De esta forma se vislumbra un importante nuevo argumento en favor de nuestra tesis. Ya que si el derecho a edificar se reconoce en la propiedad rural –cuya naturaleza intrínseca es agrícola–, es fuerza concluir que debe existir en la propiedad urbana –cuya naturaleza supone la edificación–.

En síntesis, el *ius aedificandi* forma parte del contenido del derecho de propiedad de todo tipo de inmueble, claro que en unos con mayor intensidad que en otros. Lo cual vigoriza la inherencia de esta potestad al derecho dominical.

CONCLUSIÓN

Reiterando nuestra pregunta de investigación ¿Forma parte el derecho a edificar del contenido del derecho de propiedad?

Sobre la base del trabajo expuesto, se ha logrado una construcción armónica, que compatibiliza y hace operativo el derecho de propiedad, con el orden urbanístico.

Constituyen argumentos decisivos, que otorgan una respuesta sólida, a la hora de afirmar con toda seguridad que el derecho a edificar ha sido, es, y seguirá siendo parte del derecho de propiedad conforme a la actual concepción constitucional de la facultad dominical.

BIBLIOGRAFÍA

CALVO, MARÍA JOSÉ (2000): *La Función Social de la Propiedad y su Proyección en el Sistema De Compensación Urbanística*. Ediciones Universidad de Salamanca, España.

CARCELLER, ANTONIO (1989): *Instituciones de Derecho Urbanístico*. Editorial Montecorvo, Madrid, España.

CORDERO, EDUARDO. “El derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad”. *Revista Nomos, Universidad de Viña Del Mar* (Número 2, págs. 91-112), 2008, pág. 104.

FERNÁNDEZ, TOMÁS - RAMÓN (2008): *Manual de Derecho Urbanístico*. Editorial Wolters Kluwer, Madrid, España.

FIGUEROA, PATRICIO Y FIGUEROA, Juan (2006): *Urbanismo y Construcción*. Editorial Lexis-Nexis, Santiago, Chile.

HOLMES, FELIPE (2010): *Propiedad Urbana, Régimen Jurídico*. Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile.

LOBATO, J. MIGUEL (1989): *La propiedad privada del suelo y derecho a edificar*. Editorial Montecorvo S.A., Madrid, España.

MEDINA DE LEMUS, MANUEL (1997): *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de Madrid, España.

PAREJO, PIEDAD MARÍA (1991): *El contenido esencial de la propiedad urbana*. Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, España.

PEÑAILILLO, DANIEL (2006): *Los Bienes, La Propiedad y Otros Derechos Reales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

RAJEVIC, ENRIQUE: “La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana”. *Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile* (vol. 25 n° 1, págs. 65-112), Santiago, 1998; pág. 104-106.

SANTIBAÑEZ, FRANCISCO (2006): *La Planificación Urbana: Conceptos, Normativa y su Relación con el Derecho de Propiedad*. Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, Concepción.



UCSC

Programas de Postgrado Facultad de Derecho UCSC

MAGÍSTER

- Derecho Privado
- Derecho Procesal de Familia
- Derecho Penal



www.derecho.ucsc.cl
Lincoyán 255 - Concepción

CONTENIDOS / CONTENTS

- La protección de los derechos laborales de los funcionarios públicos a través del procedimiento de tutela laboral** 11
The protection of the labor rights of public officials through the procedure of labor protection
ANDRÉS FRANCHI MUÑOZ
- La posesión notoria del estado civil. su origen, aspectos procesales, su relación con el principio de la identidad y constitucionalidad de sus disposiciones** 27
The notoria possession of the civil state. its origin, formal aspects, its relationship with the principle of the identity and constitutionality of its normative articles
RODRIGO JARA LARA
- El Fondo de Utilidades Tributables (FUT) y la reforma tributaria chilena** 47
The taxable income fund and the tax reform
JUAN CARLOS OCHOA SEPÚLVEDA
- Algunos mecanismos de control de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno** 71
Some control mechanisms of unfair terms in the chilean legal system
MARÍA ELISA MORALES ORTIZ
- “El ius aedificandi. su relación con la institución dominical y urbanística”** 93
“The ius aedificandi. its relationship with the dominical and urban institution”
VÍCTOR HUGO MORENO TOLEDO

