
DOCTRINA

LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS

Jorge Escobar Ruiz¹

RESUMEN: *En el presente trabajo se analizan algunos aspectos relevantes de la resolución alternativas de las controversias contencioso-administrativas, con especial acento en el papel que juega uno de los principales actores en dicho rubro, esto es, el Consejo de Defensa del Estado. Asimismo, se entregan algunas ideas de posibles modificaciones orientadas a favorecer análisis que profundicen en la perspectiva de abrir las posibilidades de salida a los conflictos ciudadano-Estado.*

Palabras claves: *Formas alternativas de solución de los conflictos jurídicos - Conciliación - Mediación – Transacción.*

ABSTRACT: *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS IN JUDICIAL REVIEW DISPUTES. In this paper, some relevant aspects of alternative dispute resolution mechanisms in judicial review of contentious-administrative disputes are analysed, with a special emphasis given on the role played by one of the main actors in this area, namely, the State Defence Council. Likewise, some ideas of possible modifications addressed to deepen on the perspective of opening the possibilities of reaching adequate solutions to the conflicts between the citizens and the State conflicts are given.*

Keywords: *Alternative dispute resolution (ADR) - Agreement - Conciliation - Mediation - State Defence Council*

¹ **JORGE ESCOBAR RUIZ.** Abogado Litigante de la Procuraduría Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado.

I. Introducción

No son escasas las oportunidades en las cuales, tanto los abogados como los jueces y, aún más, las partes en conflicto perciben que el sistema jurídico carece de ubicuidad suficiente para dar respuesta satisfactoria al infinito catálogo de disputas que surgen en la vida moderna. Añadiendo a ello que los procesos judiciales suelen caracterizarse por su larga extensión temporal, elevada complejidad y la inquietante aleatoriedad e imprevisibilidad de sus resultados.

El proceso judicial y su culminación —la sentencia— son herramientas, pero no son las únicas y tampoco necesariamente las más eficaces y eficientes.

Por lo anotado, la búsqueda y perfeccionamiento de los llamados mecanismos alternativos de resolución (ADR)² ha cobrado especial fuerza, particularmente en las últimas décadas.

Latinoamérica, por cierto, no ha sido ajena a ese fenómeno que ha presentado particulares niveles de desarrollo en la práctica forense en Chile.

En efecto, hasta hace unos años el arbitraje³ o la mediación eran herramientas escasamente aplicadas en el sistema chileno, quedando la primera reservada para aquellos casos de arbitraje forzoso, como acontece con el proceso particional de bienes *proindiviso*, la liquidación de una sociedad conyugal, etc. (artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales).

No obstante, en la actualidad es muy frecuente encontrar cláusulas de sometimiento voluntario a arbitraje en los contratos comerciales y civiles, en especial en aquellos que involucran una gran cantidad de recursos, al tiempo que los centros de arbitraje institucionalizado han

² Alternative Dispute Resolution, en la literatura anglosajona.

³ Ya indicaremos más adelante nuestra discrepancia respecto de los autores, en cuanto a considerar el arbitraje como un ADR.

ido adquiriendo un importante nivel de desarrollo y expansión. Buenos ejemplos de ello son el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM)⁴ y el Centro Nacional de Arbitraje (CNA).

De hecho, en el año 2015 la Corte Suprema dictó y publicó un instructivo para el registro y designación de jueces árbitros por parte de los tribunales, ordenando por primera vez en Chile la formación bianual de un Registro de Jueces Árbitros⁵.

De igual manera, el sistema de resolución de conflictos entre los concesionarios de obras públicas y el Estado a través de las Comisiones Arbitrales ha tenido un acentuado desarrollo a partir de su reforma en el año 2010⁶.

La mediación, a su turno, no tuvo un reconocimiento explícito y regulación normativa en Chile hasta fechas recientes y lo ha sido de manera inorgánica, únicamente para ámbitos acotados y específicos.

En lo que respecta a las salidas autocompositivas, como la transacción, conciliación y el avenimiento, es necesario reconocer que las facultades de Derecho en Chile tradicionalmente no estuvieron enfocadas en el desarrollo de destrezas negociales, generándose una cultura jurídica escasamente orientada a la búsqueda de soluciones concordadas a las controversias, y aún más distante de las estrategias de negociación anticipativa o preventiva del conflicto judicial, lo que de igual forma se ha visto reflejado en los litigios que enfrentan al Estado y sus órganos con los ciudadanos.

¿En qué circunstancias puede el Estado y sus órganos transigir?, ¿pueden hacerlo previo a la entrada a un litigio?, ¿hacia dónde deberíamos avanzar?

⁴ El CAM fue fundado en el año 1992 y ofrece servicios de arbitraje internacional desde 2006. Asimismo, en materia de mediación iniciaron en el año 1998 y Dispute Boards en 2015.

⁵ Auto Acordado de la CS, N° 115-2018 de 17 de agosto de 2015.

⁶ Ley N° 20410.

En el presente trabajo, pretendemos pasar revista a algunos aspectos relevantes de la resolución alternativas de las controversias contencioso-administrativas, con especial acento en el rol que juega uno de los principales actores en dicho rubro, esto es, el Consejo de Defensa del Estado.

Asimismo, intentaremos entregar algunas ideas de posibles modificaciones que de ninguna manera pretenden ser concluyentes, sino más bien abrir el debate para futuros estudios o análisis que profundicen en la perspectiva de explorar las posibilidades de salida a los conflictos ciudadano-Estado.

II. Mecanismos de solución alternativa de controversias en el ordenamiento chileno

Como anticipamos, la denominada cultura “jurídica tradicional” en Chile se ha mostrado escasamente abierta a los mecanismos alternativos de resolución de disputas, fenómeno que al menos en parte nos parece asociado a la manera en que las facultades de Derecho han venido formando sucesivas generaciones de abogados instruidos en el manejo de litigio como un fin y no como un medio.

Dicha circunstancia indudablemente obstaculiza la búsqueda e implementación de soluciones colaborativas de las contiendas, acudiéndose en la mayoría de los casos a las tradicionales fórmulas adversariales, principalmente fundadas en la lógica de *suma cero*, donde aquello que gana una de las partes es la exacta medida de la pérdida o desmejora de la otra.

Como escribe una autora: “*Tradicionalmente hemos construido los procesos judiciales en forma lineal, como si se tratase de un camino recto que no admite desvíos ni salidas de ninguna especie*”⁷.

⁷ Vargas Pavez, Macarena: “La Justicia Civil de doble hélice hacia un sistema integral de resolución de conflictos en sede Civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 31, de la Universidad Diego Portales, Chile, 2018, pág. 196.

II.1) Digresión dogmática. El arbitraje no es un ADR

Como indispensable prevención metodológica estimamos necesario precisar que al hablar de mecanismos alternativos de resolución de disputas debe excluirse del análisis al arbitraje.

En este punto disentimos de lo que plantean la mayoría de los autores, quienes consideran al Juicio Arbitral insito de esta categoría, como una especie dentro del género de los llamados ADR⁸.

En nuestra opinión, si bien es cierto el arbitraje es una vía alternativa a la justicia proporcionada por el aparato público, no es menos cierto que igualmente conforma un mecanismo competitivo, heterónimo y jurisdiccional, cuyas diferencias con la Justicia Estatal no guardan relación con las características y elementos propios del mecanismo, sino más bien con su origen.

Recordemos que en lo relativo a la delimitación conceptual del arbitraje se ha escrito: *“La institución del arbitraje es muy antigua en el Derecho. Ella implica sustraer del conocimiento de la justicia ordinaria determinadas materias para someterlas al fallo de una o más personas designadas al efecto”*⁹.

Valga el esfuerzo de detenerse en este punto para subrayar que, conceptualmente, el proceso arbitral no ofrece diferencias sustantivas en relación al proceso judicial público. De hecho, en ambas las partes entregan la resolución de una controversia a un tercero, cuya decisión es vinculante, al estar revestida de autoridad de cosa juzgada. Y ello es así porque el ordenamiento jurídico le reconoce esta virtud, al igual como ocurre con los tribunales ordinarios.

⁸ Por ejemplo: Vargas Pavez, Op. cit; Carnevali, en “Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile”, *Ius et Praxis*, vol. 25, N°1, Talca, 2019; Bordalí Salamanca en “Justicia Privada”, *Rev. de Derecho*, Valdivia, Chile, vol. 16, 2014; etc.

⁹ Phillipi, Julio: “Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores”. *Revista Estudios Jurídicos*, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile, Vol. 2, Números 1 & 2 / Julio, Diciembre 1973.

Como indica un procesalista nacional: “(...) *el arbitraje civil presenta en Chile como principal característica el tratarse de una función jurisdiccional. En efecto, aunque en doctrina y legislación procesal extranjera, condicionadas por su propia realidad jurídica, se discute sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje, entre nosotros pacíficamente se ha sostenido desde hace bastante tiempo el contenido jurisdiccional de la justicia arbitral*”¹⁰.

En un análisis comparativo, otro autor señala: “*Las dos vías heterocompositivas que se conocen en los ordenamientos jurídicos son el **proceso judicial**, en el que es el juez el que impone la solución a quienes acuden al mismo, o el **arbitraje**, (...). En ambos casos existe la alteridad en la resolución del conflicto, existe proceso, existen partes y garantías de contradicción a las mismas, amén del respeto debido a principios como el de igualdad*”¹¹.

Fijado lo anterior, concluimos que —en estricto sentido— el arbitraje responde a un fenómeno distinto de la resolución alternativa de conflictos, pues en realidad responde a una forma de privatización del ejercicio jurisdiccional.

Como toda privatización, el arbitraje ofrece a los usuarios ciertos elementos de flexibilidad que normalmente los tribunales de origen público no pueden alcanzar como, por ejemplo, la posibilidad de establecer reglas procedimentales *ad-hoc*, escoger jueces con determinado perfil profesional¹², incluso ajenos al ámbito jurídico¹³ y obtener fallos fundados

¹⁰ Romero Seguel: “Nociones Sobre la Justicia Arbitral”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 2, 1999, pág. 411.

¹¹ Baraona Vilar, Silvia: “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la Mediación”, *Revista de Derecho de la U. Católica del Norte*, Chile, N° 1, 2011, pág. 188.

¹² Es común que las cláusulas compromisorias indiquen como requisito ser profesor universitario en alguna materia determinada.

¹³ Característica que resulta especialmente atractiva cuando se trata de resolver conflictos de alta complejidad técnica. De hecho, en estos casos suele optarse por la conformación de un tribunal colegiado y mixto integrado por abogados y profesionales o expertos en otras áreas.

en la equidad, como ocurre con los árbitros arbitradores o amigables componedores.

En otros términos, se trata de un sistema judicial a la medida de aquello que requieran los justiciables, quienes son destinatarios y al mismo tiempo clientes del árbitro, en tanto receptores de sus servicios profesionales mediando el pago de un estipendio en dinero.

Adicionalmente, no ha de perderse de vista que el proceso arbitral puede ser tanto o más adversarial que el juicio ordinario. No hay en él un esfuerzo colaborativo de construcción de una solución satisfactoria, no hay concesiones ni indulgencias.

El sustrato base del mismo es, como se dejó constancia en líneas precedentes, el interés de las partes de sustraer del aparato público un asunto que, por defecto, caería en la esfera de las funciones elementales del Estado, pero que por diversas razones se considera ineficiente, lento o insatisfactorio. Es decir, el motivo o causa del fenómeno en cuestión finalmente no es distinto de otros tantos procesos privatizadores.

En resumen, y cerrando este acápite, sostenemos que al hablar de métodos o mecanismos alternativos de resolución de controversia, o su acrónimo en inglés ADR, ha de excluirse al procedimiento seguido ante Jueces Árbitros, por las razones expuestas.

II.2) Salidas alternativas a la resolución de conflictos en Chile

Como es sabido, en nuestro sistema normativo se reconocen tres mecanismos que constituyen alternativas no controversiales o autocompositivas, a saber:

- a. La transacción judicial o extrajudicial;
- b. La conciliación; y
- c. La mediación.

Tal como apuntábamos el principio de este capítulo, la cultura jurídica chilena ha tenido una mirada escéptica y distante respecto de los antedichos mecanismos, al punto que en los manuales de Derecho Procesal se les estudia en poca profundidad y bajo el rótulo de “*formas anormales de poner término al juicio ordinario*”¹⁴ (lo destacado es nuestro).

Esta mirada recelosa se acentúa en el área del Derecho Público, según analizaremos más adelante.

Pasaremos una breve revista a los medios en cuestión separadamente, para una mejor comprensión.

II.3) Transacción

En Chile, al igual que en la gran mayoría de los países iberoamericanos, la transacción está legalmente tratada como un contrato por el cual las partes concluyen un litigio pendiente o precaven uno eventual y futuro.

El Código Civil chileno se ocupa de ello en el título XI del libro IV, destinándole un total de 19 artículos (arts. 2446 y siguientes). El Código Civil argentino reglamenta este contrato en los artículos 832 y siguientes; su homónimo uruguayo lo hace a partir del artículo 2147; el Código peruano lo aborda en los artículos 1302 y siguientes, etc.

Nuestro Código Civil, además, menciona la Transacción entre los modos de extinguir las obligaciones (artículo 1567 N° 3).

El Código Civil español, a su turno, define la transacción en su artículo 1809, señalando que “*es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*”. Como se advierte, esta definición es similar a la que emplea la norma chilena, pero tiene una importante diferencia según veremos.

¹⁴ Rodríguez Papić, Ignacio: *Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*. Ed. Jurídica de Chile, 2003, pág. 277.

La transacción es el mecanismo autocompositivo por antonomasia, en ella las partes renuncian a parte de sus pretensiones con miras a dar término a un pleito judicial o evitar que un conflicto material escale y se transforme en un litigio formal ante tribunales ordinarios, arbitrales o especiales.

De forma muy sintética, podemos señalar que sus elementos esenciales son:

II.3.1) Acuerdo de las partes:

Como toda convención que genera (o extingue) derechos y obligaciones, exige que quienes la celebren cuenten con capacidad jurídica para contratar, o atribuciones suficientes, si es que actúan como representantes de terceros, pues se trata de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo.

A este respecto, conforme a lo reglado en el Código de Procedimiento Civil, la facultad para transigir no se entiende implícita en el poder para litigar que se confiere a un abogado y requiere siempre de mención expresa. Así lo prevé expresamente el inciso 2º del artículo 7º, lo que es ratificado por el inciso 1º del artículo 2448 del Código Civil.

II.3.2) *Res Dubia* u objeto litigioso:

Para que estemos frente a una transacción en sentido normativo, es menester que exista un objeto litigioso, esto es, una contienda o discrepancia sumada a “*la incertidumbre acerca de cuál de las opuestas pretensiones es la que tiene verdaderamente fundamento jurídico*”¹⁵. Por lo anterior, el inciso 2º del Código Civil estatuye que: “*No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa*” (artículo 2446, inciso 2º).

¹⁵ Vodanovic H., Antonio: “Contrato de Transacción”. Ed. Conosur Ltda., Chile, 1993, pág. 11.

De igual forma, el artículo 2455 sanciona con nulidad la transacción que tiene por objeto un litigio concluido por sentencia firme que era desconocida para alguna de las partes o todas ellas.

Lo expresado deja en palmaria evidencia que el legislador considera la *res dubia* como un requisito de validez objetiva del contrato en cuestión. Lo mismo dispone el Código Civil español en su artículo 1819.

II.3.3) Concesiones recíprocas:

Este requisito ofrece una mayor complejidad de delimitación y consiste en que las renunciaciones o sacrificios que contiene el acto transaccional no pueden ser unilaterales, sino que deben provenir de todas las partes que intervienen en el acto.

Un dato notable es que, a diferencia de lo que acontece en el Código Civil español, en Chile nuestra normativa no contempla la exigencia en comento.

En efecto, como anotamos, el Código español define la transacción como aquel contrato por el cual las partes comparecen “*dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa*”, consignando de un modo indubitado el contenido de reciprocidad integrante del contrato.

Pese a dicha omisión, como escribió un reputado autor local: “*La jurisprudencia y la unanimidad de los autores chilenos, siguiendo huellas francesas, estiman que la reciprocidad de las concesiones implica un elemento constitutivo del contrato de transacción. A despecho de la letra de la definición, no puede faltar*”¹⁶.

En esa misma senda hermenéutica un interesante fallo de la Excm. Corte Suprema resolvió lo siguiente en su basamento 4º:

¹⁶ Ibidem, pág. 16.

“Para que exista transacción deben reunirse algunas condiciones insoslayables. Fuera de los requisitos propios a todo contrato, la transacción debe contemplar concesiones recíprocas. Se trata de un elemento esencial que involucra la necesidad de que ambas partes realicen un sacrificio a la época de la celebración del contrato. Aún más, si bien no se exige una proporcionalidad perfecta, si alguna de las concesiones es irrisoria se tiene por insatisfecha la condición”¹⁷.

La citada sentencia dirimió un pleito sobre indemnización de perjuicios en que los padres de una víctima fallecida en un accidente de tránsito habían previamente recibido cada uno mediante una supuesta transacción, un pago de \$1.000.000 (pesos chilenos).

Dicha cifra fue estimada “*irrisoria*” por los ministros del Máximo Tribunal, además de destacarse que el pago fue efectuado exclusivamente por el conductor del vehículo, sin que la empresa para la cual prestaba servicios —también demandada— hubiere efectuado desembolso alguno, por lo cual, ni la transacción ni el pago efectuado podía beneficiarle.

Los requisitos anteriormente analizados resultan ser muy relevantes a la hora de llevar adelante un proceso de negociación. Ello, pues sin duda para los intervinientes será de la máxima importancia tener la certeza que el resultado exitoso del proceso negocial podrá plasmarse en un instrumento de contenido inalterable y que permita dar la anhelada seguridad jurídica y un cierre definitivo del conflicto.

Adicionalmente, aun cuando nadie pusiera en duda la validez jurídico-normativa de un determinado acuerdo transaccional, ha de tenerse en cuenta que si en él, una de las partes no efectúa concesión alguna (o las hace respecto de una acreencia que no es controvertida), el acto se desnaturaliza, deja de ser una transacción y pasa a ser simplemente un acto de renuncia; es decir, una mera liberalidad.

¹⁷ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 29 de diciembre de 2015, rol N° 32.675-2014.

Enseguida, si esa renuncia involucra una cantidad de dinero, bien podría estimarse que el acto configura una donación y no una transacción, que acarrearía consecuencias tributarias relevantes, al quedar afecto al impuesto que establece la ley N° 16.271 respecto de las herencias y donaciones.

II.4) La Conciliación

La conciliación doctrinariamente es definida como aquella “*manera de poner término a los juicios civiles, salvo las excepciones legales, mediante el acuerdo directo de las partes, producido en razón de proposiciones de base de arreglo formuladas por el tribunal*”¹⁸.

Este mecanismo autocompositivo no es original de nuestro actual Código de Procedimiento Civil de 1903. Su incorporación fue parte de un conjunto de reformas de relevancia a las que fue sometida dicha codificación en el año 1944, por la ley N° 7.760.

Transcurrió medio siglo para que se le diera a la conciliación el actual carácter de trámite obligatorio y esencial en todo juicio, salvo las excepciones que la misma norma menciona.

En efecto, hasta la dictación y entrada en vigencia de la ley N° 19.334, de 07 de octubre de 1994, el llamado a conciliación era facultativo y opcional para el Juez, quien podía evaluar la procedencia de efectuarlo según su prudencia y criterio.

De esta suerte, el primitivo texto del artículo 462 del Código de Procedimiento Civil señalaba: “*el Juez podrá en cualquier estado de la causa llamar a las partes a conciliación y proponerles bases de arreglo*” (el destacado es nuestro).

¹⁸ Casarino Viterbo, Mario: *Manual de Derecho Procesal*. Ed. Jurídica de Chile, 2011, tomo III, pág. 186.

Fue así como en el año 1991, producto de una iniciativa parlamentaria¹⁹, se sometió a tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley cuya discusión parlamentaria tardó tres años y tuvo como consecuencia la modificación del mecanismo conciliatorio facultativo.

En los fundamentos del proyecto se expuso lo siguiente:

“Pensamos que dentro del espíritu de las reformas que se aspiran a introducir a nuestro sistema judicial se deben consagrar preceptos que den mayor rapidez a la tramitación de las causas y que pongan término a las mismas en forma prudencial.

La conciliación es un instrumento procesal que aplicado en la etapa anterior a la demanda propiamente tal podrá contribuir a solucionar contiendas que a veces suelen prolongarse innecesariamente.

Es el tribunal el que asumiendo un papel activo puede proponer, en todo estado, bases de arreglo que produzcan la reconciliación de las partes”.

La iniciativa prosperó y el Código fue modificado, pasando la fase de conciliación a ser obligatoria en todo proceso civil, luego de agotada la discusión y siempre que sea procedente la transacción, es decir, que el pleito verse sobre bienes jurídicos disponibles para las partes.

Asimismo, como también se recordará, la reforma del año 1994 colocó al llamado a conciliación entre los trámites declarados como “*esenciales en la primera o en la única instancia*”, cuya omisión configura una causal de nulidad por la vía de la Casación en la Forma (actual artículo 795 del Código de Procedimiento Civil).

Pero, como adelantamos, la propia ley consagra ciertos casos de excepción, en los cuales la conciliación no es procedente. Entre ellas, se encuentran las controversias contencioso-administrativas que siguieron

¹⁹ Moción presentada por los Diputados señores Hernán Bosselin, Hosain Sabag y Sergio Pizarro.

quedando (como lo estaban) fuera de la posibilidad de concluir por un acuerdo entre partes a propuesta del Juez. Ya veremos que, en la práctica, lo anterior tiene matices relevantes.

Es dable destacar que el proyecto original sometido al debate parlamentario consideraba una participación **inmediata** del Juez de la causa, dado que en su artículo 252 bis regulaba la realización de la audiencia de conciliación, estableciendo que:

“Dicha audiencia será presidida por el Juez; deberán concurrir las partes por sí o sus apoderados. No obstante, el Juez podrá exigir la comparecencia personal de las partes, sin perjuicio de la asistencia de sus abogados” (destacado es nuestro).

Empero, la primera frase del precepto no quedó incorporada en la modificación definitiva.

Lo anterior trajo como consecuencia que, en los hechos y dada la enorme cantidad de juicios que son tramitados en cada tribunal de primera instancia, las audiencias de conciliación se llevan a cabo ante un funcionario subalterno del Juez, quien se limita a consultar a las partes si existe o no alguna posibilidad de arribar a algún consenso, sin asumir un rol activo en la diligencia.

Un interesante estudio estadístico efectuado en el año 2011 arrojó como resultado que, del total de las causas concluidas en los Juzgado Civiles en procedimiento ordinario, sólo el 0,05% terminó por conciliación²⁰.

Este dato resulta revelador para dar cuenta de una realidad que es evidente para todos quienes ejercen la abogacía en el ámbito de la litigación civil: la audiencia de conciliación obligatoria es —por regla generalísima— un trámite que se efectúa de manera mecánica, para el solo efecto de cumplir con el requisito procesal y satisfacer el orden consecutivo legal que evite incurrir en un vicio de nulidad.

²⁰ Véase: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Trayectorias-Causas-Civiles-en-Tribunales-Civiles-Santiago.pdf>

Distinta es la situación de un eventual y menos frecuente segundo llamado a conciliación facultativo, que puede efectuar el Juez en cualquier estado de la causa, dado que, en tal caso, la iniciativa responde a un estudio que el sentenciador ha efectuado y que lo ha llevado a la conclusión de que una salida consensuada es mejor alternativa que la dictación de una sentencia que zanje la disputa.

II.5) La Mediación

La mediación puede conceptualizarse como *“una negociación asistida por un tercero neutral e imparcial, llamado mediador, en el desarrollo de las sesiones de mediación, utiliza diversas técnicas para que las partes afectadas por el conflicto puedan restablecer su confianza en ellas mismas, posibilitando que se escuchen mutuamente, y de esa manera adviertan cuáles son los verdaderos intereses y necesidades de cada uno”*²¹.

Como indicamos anteriormente, la mediación no tuvo un reconocimiento normativo explícito en Chile hasta fechas recientes.

A continuación, revisaremos someramente el paulatino proceso de incorporación de este mecanismo de manera específica en diferentes áreas.

II.5.1) La “conciliación” en conflictos indígenas

En octubre de 1993 entró en vigencia la ley N° 19.253 que creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

En el párrafo 2° del título VII dicha ley asignó a la Corporación, a través de su Director, un rol de Conciliador para *“prevenir o terminar un juicio sobre tierras, en el que se encuentre involucrado algún indígena”* (artículo 55).

²¹ Isaza Gutiérrez, Juan P.; Murgas Serje, Karina y Oñate Olivell, María E. (2018) “Aplicación del modelo transformativo de mediación en la conciliación extrajudicial de Colombia”, en *Revista de Paz y Conflictos*, Vol. 11 (1), pág. 138.
DOI: <http://dx.doi.org/10.30827/revpaz.v11i1.6234>

Adicionalmente, se señala en el mismo precepto legal que, de lograrse un acuerdo, se levantará un acta que *“producirá el efecto de cosa juzgada o, la que producirá el efecto de cosa juzgada en última instancia y tendrá mérito ejecutivo. De no llegarse a acuerdo podrá intentarse la acción judicial correspondiente o continuarse el juicio, en su caso”*.

Si bien en esta normativa no consagró decididamente un sistema de mediación, nos parece evidente que se trató de un primer intento por generar una instancia de diálogo ante un tercero ajeno a la controversia y distinto del órgano jurisdiccional que tendría que resolverla si escalase a un litigio formal.

II.5.2) El rol de las Corporaciones de Asistencia Judicial (CAJ)

En Chile, como sabemos, las Corporaciones de Asistencia Judicial son los organismos encargados de prestar asesoría y defensa gratuita a las personas que carecen de los recursos económicos suficientes para asumir dicho costo. Se trata de organismos estatales que dependen del Ministerio de Justicia²².

Estos organismos fueron pioneros en Chile en la implementación de modelos de mediación, pues en el año 1996 se da inicio a un plan piloto en *“los entonces llamados Juzgados de Menores, tanto en Santiago como en Valparaíso”*²³, donde se puso en marcha el denominado *“Programa de resolución de conflictos anexo a Tribunales”*.

Actualmente, existen *“12 centros de mediación a nivel nacional, brindando a personas de escasos recursos, atención de profesionales (asistentes sociales y abogados) especializados en materias de negociación, conciliación y mediación, y la oportunidad de obtener, antes de litigar en los Tribunales, una solución a conflictos familiares, de vivienda, laborales,*

²² Se trata de organismos descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propios, su creación responde al imperativo dispuesto en la ley N° 17.995 de 1981.

²³ Briceño, Carlos; Larroucau, Rosa María; y Serrano, Salomón: *“Mediación como Justicia”*, en *Sociología del Derecho en Chile. Libro Homenaje a Edmundo Fuenzalida*. Ed. Universidad Alberto Hurtado, Chile, 2014, pág. 525.

*vecinales, entre otros, que represente sus intereses y que surja desde ellos, como los principales protagonistas de su acuerdo*²⁴.

II.5.3) Sistema Alternativo de resolución de Conflictos Laborales

En este punto ha sido de suma importancia el rol de la Dirección del Trabajo, que, “(...) *a través de la Orden de Servicio N° 1, de 30.01.2002, que Crea y ordena un Sistema de Solución Alternativo de Conflictos Laborales Colectivos, señala que dada la misión institucional del servicio (Contribuir a modernizar y hacer más equitativas las relaciones laborales, velando por el cumplimiento normativo, promoviendo la capacidad de las propias partes para regularlas sobre la base de la autonomía colectiva y el desarrollo de las relaciones de equilibrio entre los actores, favoreciendo, de tal modo, el desarrollo del país), se hace necesario '...canalizar las relaciones laborales mediante un conjunto de instituciones que propendan a instaurar el uso del diálogo y la negociación como métodos principales de vinculación entre los actores, destinados a la prevención y/o solución de los conflictos, relevando con ello la problemática laboral y sentando bases sólidas que ayuden a generar un cambio cultural en la forma de relacionarse y en la capacidad para generar reglas comunes*”²⁵.

II.5.4) Mediación en conflictos familiares

El sistema de mediación formó parte de la reforma a la Justicia de Familia de agosto del año 2004, gracias a la ley N° 19.968. Así, ampliamente reconocido como el primer hito del establecimiento formal y explícito de este mecanismo en el derecho patrio²⁶.

²⁴ Lagos Ochoa, Soledad: “Incorporación de la mediación en el derecho chileno: análisis crítico”, en el libro *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, un Estudio Multidisciplinario*, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016, pág. 93 y siguientes.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Así lo constata: Jequier Lehuedé, Eduardo en: “La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile. Razones y mecanismos para su regulación”, publicado en *Revista de Derecho, U. Austral de Chile*, Vol. XXIX, N° 1, 2016, pág. 92.

La citada ley reformó radicalmente el sistema de enjuiciamiento respecto de los conflictos familiares, pasando desde un sistema escriturado a un proceso donde prima la oralidad e inmediatez del tribunal.

Fue entonces por primera vez que un sistema de Mediación real alcanza consagración en nuestro Derecho positivo.

Transcurridos dos años, la normativa fue nuevamente modificada, confiriendo a la mediación el carácter obligatorio como cuestión previa y *sine qua non* para la posterior entrada a la fase adversarial respecto de algunas materias (v. gr. alimentos, cuidado personal o relación directa y regular).

El título V del citado cuerpo legal se refiere precisamente a la mediación familiar, definiéndola en los siguientes términos en su artículo 103:

“Mediación. Para los efectos de esta ley, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.

II.5.5) Mediación en conflictos en Salud

En el mes de septiembre del año 2004 entró en vigor la ley N° 19.966, incorporando la mediación previa obligatoria en materia de disputas en el ámbito de las prestaciones de salud, cuyos detalles abordaremos en el siguiente capítulo.

II.5.6) Mediación en tutela laboral

Posteriormente, sería el turno de la judicatura laboral, pues en el año 2006 se introdujo una reforma de similares características que la de familia, instaurando un nuevo procedimiento oral para la resolución de las disputas judiciales entre trabajadores y empleadores, al tiempo de consagrar por primera vez una acción especial de tutela por vulneración de derechos fundamentales en el trabajo (arts. 485 y ss. del Código del Trabajo).

En ese marco, la parte final del artículo 485 impuso a la Inspección del Trabajo la obligación de actuar como mediador, de la forma en que pasa a exponerse:

“Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente. Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación de un proceso conforme a las normas de este Párrafo. La Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable.

*No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la Inspección del Trabajo deberá llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, **una mediación** entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas”.*

Conforme se aprecia, estamos frente a casos en que se asigna rol de mediador al órgano fiscalizador de las actividades que generan el conflicto. Hemos de mencionar que esta modalidad ha sido objeto de críticas, precisamente por el hecho que el mediador termina asumiendo el rol de parte denunciante en el eventual proceso que se origine en el evento de no prosperar la salida negociada.

III. Salidas alternativas en los conflictos contencioso-administrativos. Panorama actual.

A continuación, revisaremos cómo operan los mecanismos no adversariales de solución de conflictos en el ámbito contencioso-administrativo.

III.1) Mediación en Salud

La mediación en el ámbito de las prestaciones de salud fue incorporada en el año 2004 gracias a la dictación y entrada en vigor de la ley N° 19.966, cuyo artículo 43 la define como “*un procedimiento*

no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”.

III.1.1) Descripción general del sistema

Se trata de un sistema estructurado como alternativa para zanjar disputas entre los usuarios y los prestadores de servicios de salud, sean estos públicos²⁷ o privados, presentándose diferencias procedimentales en cada ámbito.

Así, cuando el conflicto tiene lugar entre usuarios y prestadores públicos la mediación es conducida por mediadores del Consejo de Defensa del Estado (CDE). En cambio, cuando la controversia se suscita entre usuarios y prestadores privados, es guiada por mediadores privados, de aquellos inscritos en un registro que al efecto lleva la Superintendencia de Salud.

A su vez, resulta fundamental distinguir el origen preciso del problema, es decir, si proviene de una deficiente **prestación médica** (mala praxis), o bien, si se vincula con el menoscabo o afectación de los **derechos de los pacientes**.

En el primer supuesto, la mediación será un trámite obligatorio y requisito indispensable para la ulterior interposición de demanda civil indemnizatoria ante la justicia ordinaria. Es decir, la acción no puede prosperar si no se acompaña con la demanda un certificado de mediación con resultado negativo.

Esta hipótesis es aplicable cuando se cumplan los siguientes requisitos copulativos:

“i) la existencia de un perjuicio susceptible de ser reparado desde la perspectiva civil;

²⁷ Por “prestador público”, se entiende a los establecimientos asistenciales públicos que integran las redes definidas por el artículo 16 bis del DL N° 2.763, de 1979.

ii) la existencia de una defectuosa atención sanitaria por parte del prestador de salud o sus dependientes o funcionarios; y

iii) la existencia de un claro vínculo causal entre la defectuosa atención sanitaria y el daño producido al solicitante”²⁸.

Es menester comentar que si bien fue la ley N° 19.966 de 2004 la que instauró el sistema de mediación y reguló el régimen de responsabilidad civil en materia sanitaria, su objeto principal no fue ni lo uno, ni lo otro.

La finalidad de la iniciativa legislativa fue diversa. Se trató de un elemento integrante del denominado Plan AUGE, sigla que significa: Plan de Acceso Universal de Garantías Explícitas en Salud²⁹, destinado a asegurar acceso a prestaciones médicas de calidad por parte de prestadores acreditados, brindando cobertura financiera respecto de un determinado catálogo de enfermedades y dolencias cuyo número gradualmente ha ido aumentando desde su inicio.

Sin embargo, en un evidente excurso, el título III de la ley introdujo preceptos relativos a la “*responsabilidad en materia sanitaria*”, estatuyendo en su artículo 38 que:

“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio”³⁰.

²⁸ Parra Sepúlveda, Dario y otros: “La Mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación Sanitaria”. *Rev. de Derecho U. de Concepción*, Chile, Vol. 86, junio de 2018, pág. 3.

²⁹ Posteriormente renombrado GES (Garantías Explícitas de Salud).

³⁰ La norma también contempla facultad al Estado para demandar al funcionario que incurrió en la conducta imprudente o dolosa, con el fin de obtener reembolso de la indemnización que hubo de pagar (inciso final artículo 38).

Es interesante constatar el hecho de que el artículo 41 de la misma ley previó expresamente la posibilidad del resarcir el daño moral, entregando algunos elementos concretos para su cuantificación, algo inédito en nuestra legislación hasta la incorporación de dicha preceptiva.

La norma en comento señala: *“La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas.*

No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos”.

A su vez, el artículo 42 estableció que el Fondo Nacional de Salud (FONASA, sistema público) será responsable por falta de servicio y las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE, sistema privado) por incumplimiento negligente, en la obligación de asegurar el otorgamiento de las garantías de salud *“siempre que tal incumplimiento sea consecuencia directa de su actuar.*

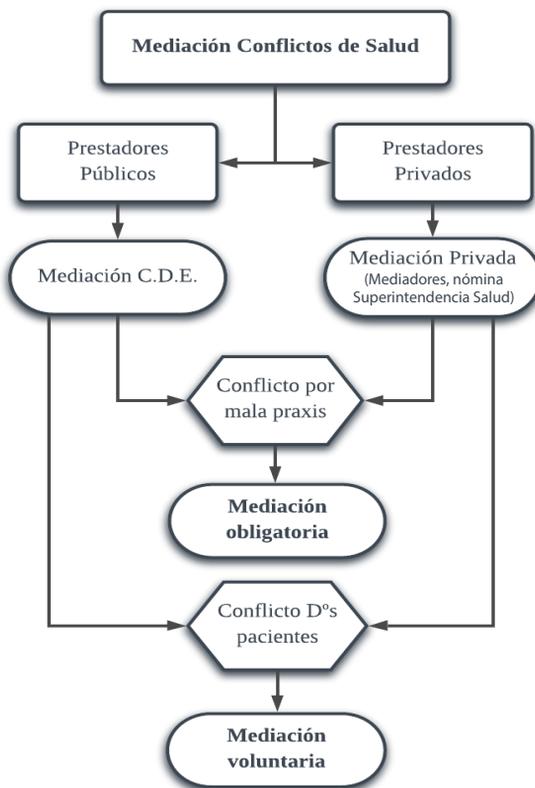
Responderán del incumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud los prestadores inscritos ante la Superintendencia de Salud, y no las instituciones mencionadas en el inciso anterior, en caso de que el referido incumplimiento sea consecuencia de la acción u omisión de dichos prestadores”.

Por otra parte, como dijimos, el procedimiento autocompositivo también procede en el caso de conflictos derivados del menoscabo o afectación de los derechos que la ley N° 20.584 de 2012 confirió a los pacientes. Pero, en este caso y a diferencia del anterior, la mediación tiene un carácter voluntario y facultativo, pues los afectados pueden **optar** a ella, según lo prevé el artículo 37 de dicha ley.

Para contextualizar lo explicado diremos que la ley N° 20.584 estableció un catálogo de derechos y obligaciones de los pacientes.

Así, la ley hoy consagra: El derecho a una atención oportuna y no discriminatoria, a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento, a un lenguaje adecuado e inteligible, a que los prestadores le faciliten la compañía de familiares y amigos cercanos durante su hospitalización, etc.

El siguiente diagrama de flujo explica la forma en que opera el mecanismo en ambas dimensiones:



La mecánica de funcionamiento descrita aparece regulada en el Decreto Supremo N° 45, de 2005, del Ministerio de Salud, que contiene el texto del Reglamento de Mediación por Reclamos en contra de Prestadores Institucionales.

Dicho instrumento normativo reitera en su artículo 1° la definición de mediador y en el artículo 4° desarrolla brevemente el contenido de los principios o directrices que la rigen y que originalmente figuran mencionados en el artículo 49 de la ley. Ellos son igualdad, celeridad, confidencialidad, imparcialidad del mediador, probidad y voluntariedad. Esto último se refiere al derecho de las partes a retirarse de la mediación en cualquier momento.

El proceso se inicia a través de un reclamo escrito que debe presentar el interesado ante el CDE o la Superintendencia de Salud, según corresponda, incluyendo su completa individualización, el motivo del reclamo y la solicitud concreta de aquello que se pretende obtener.

Ingresada la reclamación, se procede al examen de admisibilidad, con arreglo a lo que establece el artículo 25 del Reglamento, o sea, se debe corroborar que la materia reclamada corresponda a algunas de las que pueden ser resueltas por mediación, y *“si el reclamo notoriamente no corresponde al ámbito propio de la mediación, no se admitirá a tramitación y el Consejo o la Superintendencia en su caso declarará inadmisibile mediante resolución fundada que se notificará al interesado, quien podrá pedir reposición dentro de quinto día hábil”*.

Declarada la admisibilidad, las partes son convocadas a una primera audiencia. Si alguna de ellas no comparece injustificadamente, la mediación se tiene por frustrada.

Realizada la primera audiencia, si no se logra un acuerdo, pueden fijarse otras tantas como se estime necesario, generándose el mismo efecto descrito en el párrafo precedente en caso de inasistencia injustificada a las audiencias agendadas.

El plazo máximo de duración del procedimiento es de 60 días continuos, prorrogable por otros 60. Vencido el plazo, de no obtener un acuerdo se entenderá fracasada la negociación.

En cuanto a la intervención del mediador, el artículo 49 del reglamento estatuye que: *“El mediador deberá ayudar a las partes a llegar por sí mismas a la solución de su controversia, sin perjuicio de proponer bases para un acuerdo, en caso de ser necesario”*.

Frustrada la mediación, por cualquier causa, queda preparada la vía para accionar judicialmente.

Como adecuado resguardo, la ley contempla que mientras dure el proceso de mediación, el plazo de prescripción extintiva o liberatoria de la acción judicial (civil y penal) se entiende suspendido (artículo 45 del reglamento).

En este punto, es dable destacar un fallo de la Excma. Corte Suprema de 18 de junio de 2019, en causa rol N° 14.974-2018, conforme al cual, si el reclamo es declarado inadmisibile la referida suspensión no opera. En efecto, en el considerando 13° de dicha sentencia los sentenciadores resolvieron lo siguiente:

“Ahora bien, es el propio actor el que tanto en la demanda, como en el recurso, admite que tal proceso de mediación no existió. En efecto, refiere que su parte ingresó a la Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado, el 11 de febrero de 2016, un formulario de reclamo de mediación, que fue desestimada por el referido órgano esgrimiendo que el Hospital de Carabineros no formaba parte de la red de prestadores de salud pública.

Lo anterior reviste la máxima relevancia, toda vez que al no haberse llevado a cabo el mencionado proceso de mediación, no existen días de suspensión del plazo de prescripción que se debieran descontar para el cómputo de esta última, pues al contrario de lo que pretende el recurrente, la suspensión del plazo se relaciona únicamente con los días que efectivamente aquella duró y no con el plazo abstracto establecido en la ley”.

Este pronunciamiento resulta de máxima importancia, pues deja en claro la correcta forma de interpretar el citado artículo 45, en cuanto a que éste contempla una suspensión del plazo extintivo cuya extensión debe determinarse *in concreto* y siempre que la solicitud haya sido efectivamente admitida a tramitación.

III.2) Análisis de algunas críticas formuladas al sistema

El mecanismo de mediación descrito ha sido objeto de diversas críticas, algunas de las cuales abordaremos y analizaremos en el presente apartado.

Los autores Darío Parra, Aníbal Olivares y Camila Riesco (2018), sostienen que este mecanismo se habría traducido *“irónicamente en el retardo del derecho a accionar por parte de la víctima”*³¹.

Se añade en las conclusiones del mismo texto, que habría una *“bajísima tasa de acuerdos”*³² y, por ello, se objeta la real utilidad de la herramienta y su eficiencia.

Nos parece que dicho cuestionamiento ha sido formulado a partir de una base equivocada, dado que el examen de las cifras del quinquenio 2015-2020 permite llegar a un corolario muy distinto³³.

En primer término, debemos considerar que el número de solicitudes de mediación ha experimentado un marcado ritmo de incremento, conforme se demuestra en el siguiente gráfico:

³¹ Parra, Op. cit, pág. 8.

³² *Ibidem*.

³³ Datos estadísticos disponibles en la página web del Consejo de Defensa del Estado: https://www.cde.cl/gestion_institucional/cuentas-publicas-participativas/



En efecto, como se demuestra, en el año 2015 ingresaron 918 solicitudes, mientras que durante el año 2019 fueron recibidas un total de 1405, lo que representa un notable aumento del 53,1%, con una tasa de crecimiento que supera el 10% anual.

Ahora, en lo que respecta a los resultados de las mediaciones, hemos de refutar la superlativa calificación de “tasas bajísimas” efectuada por los autores citados, que claramente es un error o, al menos, un exceso que amerita ser corregido.

La verdad es que el promedio de las mediaciones que concluyeron en un acuerdo en el periodo estudiado ascendió al **22,5%**. Es decir, más de una quinta parte de total de las solicitudes finalizó con un resultado exitoso.

| AÑO | ACUERDOS LOGRADOS | % | MEDIACIONES FRUSTRADAS | % | TOTAL |
|------|-------------------|-------|------------------------|-------|-------|
| 2015 | 228 | 24,8% | 690 | 75,2% | 918 |
| 2016 | 213 | 21,7% | 768 | 78,3% | 981 |
| 2017 | 249 | 23,7% | 800 | 76,3% | 1049 |
| 2018 | 277 | 21,7% | 997 | 78,3% | 1274 |
| 2019 | 288 | 20,5% | 1117 | 79,5% | 1405 |
| | Promedio | 22,5% | Promedio | 77,5% | |

Sumado a lo anterior, ha de considerarse que, por ejemplo, sólo en el año 2019, de los acuerdos logrados por la vía de mediación, 142 incluyeron una indemnización pecuniaria, que significó un desembolso global de \$1.865.816.902, equivalentes a US\$ 2.190.000, aproximadamente.

En el 2018, en tanto, la cifra fue muy similar, alcanzando \$1.859.614.135, correspondiente a 141 acuerdos, mientras que en el año 2017 se llegó a \$1.349.052.957, correspondiente a 126 acuerdos.

A su turno, el monto total de acuerdos indemnizatorios en 2016 alcanzó a \$1.078.410.262, correspondiente a 118 acuerdos, y en el 2015 fue de \$920.587.458, correspondiente a 113 acuerdos³⁴.

Debe tomarse en cuenta que, como se ha dicho, la mediación tiene la gran virtud de poder entregar soluciones alternativas y diversas de las tradicionales y restringidas fórmulas indemnizatorias pecuniarias que provienen del litigio judicial.

Para corroborar lo aseverado, basta con considerar que durante el año 2019 un 50% de las mediaciones concluyó con acuerdos que se basaron en concesiones distintas del pago de una cantidad de dinero como, por ejemplo, ofrecimiento formal de disculpas, explicación detallada de los hechos, adopción de medidas intrahospitalarias, entrega de prestaciones asistenciales y reprogramación o condonación de deuda por gastos médicos.

Otro dato relevante para ponderar la utilidad del sistema es el buen resultado obtenido de la aplicación una Encuesta de Satisfacción Usuaría, que se llevó a cabo en el año 2016, con un universo de 162 personas encuestadas.

Conforme se dejó constancia en la Cuenta Pública del CDE: *“Al revisar y analizar las opiniones de los usuarios(as) referentes a aspectos positivos del servicio proporcionado, se constató que en un 84% de ellas se destacó positivamente la calidad de atención, la aplicación*

³⁴ Esta información estadística está disponible en el banner de “mediación” del sitio web: www.cde.cl

*de principios y del modelo de mediación, la calidad de la información otorgada, el reconocimiento de la mediación como instancia efectiva de resolución de conflictos, y la adecuada infraestructura de las oficinas del Consejo destinadas para ello en el país*³⁵.

En lo que guarda relación con los resultados de la mediación en el ámbito privado, sólo se cuenta con datos estadísticos del periodo 2005-2015, lo cuales reflejan un porcentaje inferior de éxito en comparación con su homónimo público, con un 12,1% de procesos concluidos con “acuerdo”, de los cuales únicamente el 10,4% fue un “acuerdo total”³⁶.

En conclusión, a la luz de las cifras y datos expuestos nos parece incorrecto afirmar que el mecanismo de mediación haya demostrado “*bajísimas tasas*” de resultado positivo o que sea una herramienta carente de utilidad, al menos en lo que respecta al subsistema de mediación respecto de los prestadores públicos.

De hecho, hemos visto que la mediación en general ha demostrado ser mucho más efectiva en términos porcentuales que el trámite de conciliación también obligatoria en el Proceso Civil Ordinario, que tiene un porcentaje de acuerdos logrados ostensiblemente inferior (menos del 1%).

Otra de las críticas apunta a la obligatoriedad del sistema.

Así, se sostiene que se trataría de un obstáculo que dificultaría el acceso a la tutela judicial efectiva, razón por lo cual se ha discutido su constitucionalidad.

³⁵ Texto íntegro de la Cuenta Pública disponible en la página del Consejo de Defensa del Estado: https://www.cde.cl/gestion_institucional/cuentas-publicas-participativas/

³⁶ Superintendencia de Salud: “Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966”, disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/w3-propertyvalue-3741.html>

Sobre el particular, ha de recordarse que el Tribunal Constitucional dictó una sentencia con fecha 10 de julio de 2012 (STC 2042)³⁷, por la cual en decisión dividida rechazó el requerimiento que se dirigió precisamente en contra de la obligatoriedad del proceso de mediación en salud y por el cual se pedía la declaración de inaplicabilidad del artículo 43 de la ley N° 19.966, previamente estudiada.

En aquella ocasión, la parte requirente argumentó que el precepto impugnado lesionaba garantías constitucionales, al establecer la mediación como requisito previo para el ejercicio de una acción jurisdiccional por negligencia médica³⁸.

Se alegó una supuesta afectación a la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y el derecho de propiedad.

En el desarrollo de sus argumentos, la actora sostuvo que la norma impugnada supondría una fuerte cortapisa y una traba arbitraria a la libertad de las personas para acceder al Tribunal Ordinario, lesionando la garantía del libre acceso a la justicia.

En la sentencia desestimatoria los ministros citaron la intervención del Ministro de Salud durante el debate parlamentario, destacando que: “(...) *los conflictos en el sector salud no se agotan en el ámbito pecuniario y alcanzan, a menudo, aspectos más personales, como el trato y la empatía hacia el usuario (...) la mediación contribuiría a enfrentar no todos, pero sí un número significativo de conflictos que se generan a partir de la falta de confianza en la relación médico-paciente, considerada en términos amplios*” (considerando 13°).

³⁷ Esta sentencia fue acordada en votación dividida, con el voto en contra de tres de los ministros, de un total de nueve.

³⁸ Resulta relevante mencionar que, pese a que el requerimiento fue dirigido en contra de ambos incisos del artículo 43, lo cierto es que el caso específico (gestión pendiente) estaba referida a una demanda indemnizatoria interpuesta en contra de un prestador privado y no público.

De igual forma, el fallo consignó que: “(...) *en la doctrina existe un amplio consenso en el sentido de que la mediación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, importa un proceso que acerca a la justicia a los ciudadanos, democratizándola, pues son las mismas partes quienes superan sus divergencias y convergen a una solución con la colaboración de un tercero imparcial*” (considerando 14°).

Enseguida, los falladores resolvieron acertadamente que no había infracción al principio de igualdad ante la ley, dado que la hipótesis de mediación obligatoria para el posterior ejercicio de acciones indemnizatorias en el ámbito de la mala praxis médica, no es la única donde se ha previsto un requisito de esta naturaleza (v. gr. familia, laboral, etc.). Y, además, porque no se trata de una diferenciación arbitraria o carente de razonabilidad.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional consideró que: “(...) *el propósito esencial que ha animado al legislador, en este caso, es evitar la judicialización de los conflictos, protegiendo, al mismo tiempo, a la parte más débil en la prestación de salud, que es el usuario. Para esos efectos se instituye la mediación como un procedimiento más accesible y simplificado que evita el costo de un procedimiento judicial que, adicionalmente, suele ser de extensa duración*” (considerando 24°).

De igual forma, en la sentencia se arribó a la conclusión de que el mecanismo no impide el acceso a la justicia, porque precisamente se le permite al interesado accionar luego de fracasado el proceso de mediación, suspendiéndose entretanto el curso de la prescripción extintiva.

En cuanto a la afectación de la denominada “tutela judicial efectiva”³⁹, los jurisdicentes descartaron su conculcación, por lo señalado en el párrafo que antecede, añadiendo que el resultado de la mediación exitosa se traduce en un acta a la cual la propia ley le reconoce la calidad de equivalente jurisdiccional (transacción), de modo tal que aparece como una posibilidad

³⁹ Recordemos que esta nomenclatura no es empleada en la Constitución Política de Chile, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes (v. gr. Artículo 24.1 de la Constitución española). Sin embargo, se reconoce su vigencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° de la Carta Fundamental chilena.

de solución efectiva del conflicto jurídico con autoridad de cosa juzgada, que es precisamente a lo que aspiran las partes al acudir a los tribunales.

Los ministros disidentes, que estuvieron por declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, argumentaron que la obligatoriedad de la mediación constituía una traba para la tutela judicial efectiva, toda vez que impone un trámite como requisito ineludible para acceder al “Juez Natural”.

Asimismo, los disidentes afirmaron que *“aun de admitirse la legitimidad de la mediación prejudicial obligatoria, para que sea constitucionalmente aceptable, ella debe llevarse a cabo dentro del Poder Judicial”* (considerando 6º, disidencia).

En nuestra opinión, la postura del voto de mayoría fue jurídicamente correcta.

En primer lugar, el error de razonamiento en que incurren los disidentes consiste en entender que el derecho a la tutela judicial efectiva sólo puede satisfacerse cuando se habilita al ciudadano para acceder de forma directa e inmediata al Juez Natural, esto es, quien debe resolver la pretensión del actor.

Sin embargo, se soslaya que ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha conceptualizado el derecho a la tutela judicial efectiva como el *“acceso efectivo a la jurisdicción en todos los momentos de su ejercicio, que se manifiesta en la exigibilidad de la apertura y, consecuentemente, de la sustanciación del proceso, además del derecho a participar en los trámites del mismo, en igualdad de condiciones que los demás intervinientes”*⁴⁰. Como se advierte, no se incluye como elemento esencial de la garantía en comento el que el acceso deba ineludiblemente ser **directo e inmediato**, como lo pretenden los disidentes.

⁴⁰ Sentencias roles STC N° 1530 (considerando 20º) STC N° 3123 (considerando 19º).

En esa misma senda, el artículo 8.1 de la Convención Americana de DD.HH. garantiza a toda persona el *“derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.

No se estatuye en ninguna parte que el acceso a la vía judicial deba ser directa y sin trámites previos, exigiéndose únicamente que lo sea dentro de un *“plazo razonable”*, requisito que en la mediación en salud irrefragablemente se cumple.

Por otro lado, si la premisa propuesta por los disidentes fuera correcta, entonces serían inconstitucionales todas las normas legales que establecen trámites de prejudicialidad o requisitos de procesabilidad de las acciones, pues todas ellas de alguna forma retardan el inicio del proceso destinado a resolver la controversia de fondo.

No obstante, si bien la regla general es que las acciones judiciales puedan interponerse directamente y sin trámites previos, sabemos que existen diversas hipótesis en las cuales el legislador exige el cumplimiento de trámites ineludibles para preparar la entrada en juicio como, por ejemplo, la propia mediación forzada en el ámbito del Derecho de Familia.

El reclamo de ilegalidad municipal es otro claro ejemplo. En efecto, el artículo 151 de la Ley Orgánica de Municipalidades consagra una importante acción contencioso-administrativa impugnatoria de los actos emanados de la autoridad edilicia, cuyo conocimiento corresponde a la Corte de Apelaciones respectiva, según territorio. No obstante, previo a su ejercicio, el particular afectado debe obligatoriamente plantear la impugnación ante el órgano que emitió el acto o incurrió en la omisión, sin que pueda acudir directamente ante el tribunal.

Reclamo conforme a la Ley de Transparencia o Habeas Data es otro buen ejemplo de lo que venimos explicando.

Por cierto, con arreglo a la ley N° 20.285 de 2008 se faculta a cualquier persona para reclamar por la negativa a la entrega de información por parte de un órgano estatal ante la Corte de Apelaciones correspondiente a su domicilio. Sin embargo, previo a la fase judicial, el interesado debe deducir su reclamo ante un órgano administrativo, el Consejo para la Transparencia que, por cierto, no es el Juez Natural

Pero más aún, la propia Constitución Política establece requisitos prejudiciales o antejuicios.

Tal es el caso del fuero o inmunidad parlamentaria, previsto en su artículo 61. Efectivamente, no puede dirigirse una acción penal en contra de un diputado o senador directamente ante el Juez Natural, dado que previamente es necesario proceder al desafuero, del cual conoce la Corte de Apelaciones respectiva y cuya resolución es apelable ante la Corte Suprema.

Lo propio acontece en el caso de la indemnización por error judicial, dado que de conformidad al artículo 19 N° 7 letra i) de la Carta Fundamental, el ejercicio de la acción indemnizatoria tiene como prerequisite que se haya declarado por la Corte Suprema que la condena penal o el sometimiento a proceso respectivo fue injustificadamente erróneo o arbitrario, cuestión que también podría ser estimada como un obstáculo para acceder al Juez Natural que desalienta o dificulta la tutela judicial efectiva.

Entonces, queda demostrada que la existencia de cuestiones prejudiciales administrativas o jurisdiccionales no sólo es profusa en el ordenamiento jurídico, sino que incluso está consagrada en el propio texto constitucional, por lo que mal podría sostenerse que la única forma de cautelar la garantía en comento sería la “línea recta” entre el afectado y el “juez natural”, como se afirma por los detractores.

No parece lógico que la inmunidad de los parlamentarios, y la consecuencial obligatoriedad de un antejuicio frente a acciones penales de orden público, sea concordante con la Constitución y en cambio la mediación no lo sea, en circunstancias que esta última opera sólo en el rubro civil de orden privado y entrega al ciudadano una posibilidad

concreta de llegar a una solución equivalente a aquella que obtendría en un tribunal, pero en un plazo breve y con un coste muy inferior.

Tampoco es razonable plantear que la mediación sólo podría armonizar con la Constitución si su conducción estuviere entregada al Poder Judicial. Ello, porque en tal caso no tendría diferencias sustantivas con el actual trámite de conciliación obligatoria y, que, como demostramos, ofrece una efectividad muy por debajo de aquella evidenciada en los procesos de mediación.

Con todo, un análisis desde la perspectiva práctica y teleológica nos permite concluir que las críticas articuladas en contra de la obligatoriedad del mecanismo, y su posible colisión con ciertas garantías constitucionales, se sustentan en una concepción atávica del proceso judicial, aquella que lo sobrevalora y lo considera la mejor y más eficiente herramienta de resolución de las disputas, cuando la realidad demuestra que no lo es.

Ya nos hemos explayado sobre este punto en párrafos anteriores, dando cuenta que la principal barrera que enfrenta la incorporación de los ADR en nuestro sistema, es precisamente la arraigada y persistente cultura jurídica que visualiza el litigio como la vía dotada de virtudes intrínsecas e irremplazables y a los Jueces como los únicos legitimados para conducir a las partes a la tan anhelada armonía relacional.

En abono a lo señalado nos parece oportuno citar las palabras de Cappelletti y Garth, destacados autores que a mediados de la década de los noventa escribieron: “(...) *en un sistema igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos, el **acceso a la justicia** es intrínseco al derecho fundamental de toda persona de recibir una respuesta estatal o **alternativa a sus conflictos** sociales*”⁴¹ (lo destacado es nuestro).

⁴¹ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant: *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*”, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pág. 13.

Como indican los citados juristas, el proceso judicial no es el único camino a la justicia y tampoco el óptimo.

Luego, reconocidas las bondades de los métodos alternativos, queda por resolver la legitimidad de establecerlos como una vía obligatoria, o más precisamente, la legitimidad de fijar normativamente su agotamiento con un requisito para la interposición de acciones civiles.

En nuestro concepto, la interrogante sugerida nos lleva a un tema aún más amplio; esto es, la definición de las mejores formas en que el Estado debe encaminar a los individuos hacia una determinada conducta.

Tradicionalmente son tres esas formas: los incentivos, las prohibiciones y las sanciones.

Esta problemática escapa a la ciencia jurídica y entra de lleno en el ámbito de otras disciplinas, como la ciencia política o la sociología. Ya no estamos frente a un problema hermenéutico y mucho menos uno de carácter constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, diremos que es perfectamente legítimo y aún esperable que los ordenamientos jurídicos tiendan a incentivar la búsqueda de soluciones autocompositivas y en especial respecto de conflictos de naturaleza civil y orden privado, dejando el pleito judicial como *ultima ratio*, recurso final cuando haya fracasado el intento por una salida no controversial.

III.2) Conciliación en los procesos contencioso-administrativos

Como explicamos anteriormente, la conciliación como trámite o fase dentro del procedimiento judicial quedó excluida como mecanismo en lo que respecta a los procesos contencioso-administrativos.

Jurídicamente el panorama es el siguiente:

Al establecerse el trámite de conciliación en el Código de Procedimiento Civil, como parte del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía

(JOMC), se consagraron ciertos casos de excepción, respecto de los cuales la conciliación no es procedente⁴². Pues bien, entre dichas excepciones se encuentra el denominado Juicio de Hacienda.

Lo anterior trae como consecuencia que esta vía autocompositiva dirigida por el Juez no tiene —en principio— cabida en los procesos contencioso-administrativo en los cuales se aplique directa o supletoriamente la reglas del JOMC, pues en todos ellos el Fisco (finalmente el Estado) tiene interés.

No obstante, en la actualidad los órganos estatales toman parte en procesos de conciliación con bastante frecuencia ante los Juzgados del Trabajo, donde la tramitación no se rige por las reglas del Juicio de Hacienda.

Lo anterior fue uno de los efectos que tuvo un importantísimo giro jurisprudencial de la Corte Suprema en el año 2014, en el ampliamente difundido caso “Bussenius”.

Ocurre que, hasta esa data, los tribunales laborales mayoritariamente se declaraban incompetentes para conocer y fallar las acciones que incoaban los funcionarios públicos en contra del Estado y sus órganos, argumentando que esta materia correspondía a los Juzgados Civiles, o bien, a las Cortes de Apelaciones por vía del recurso o acción constitucional de protección, ello al amparo de la norma de exclusión que prevé el artículo 1º del Código del Trabajo.

Pero, el 30 de abril de 2014, la Cuarta Sala del Máximo Tribunal dictó fallo en la causa rol N° 10.972-2013 (caratulado: Bussenius Cornejo, Pablo con Cenabast⁴³), y acogió un recurso de unificación de jurisprudencia, dando una nueva interpretación al citado artículo 1º y resolviendo que la

⁴² El llamado a conciliación tampoco es procedente en los Juicios Ejecutivos, el Juicio Especial sobre el derecho legal de retención, en la citación de Evicción y en aquellos casos en que el demandado se hubiere allanado a la demanda o en sus escritos no hubiere contradicho sustancialmente los hechos invocados por el actor.

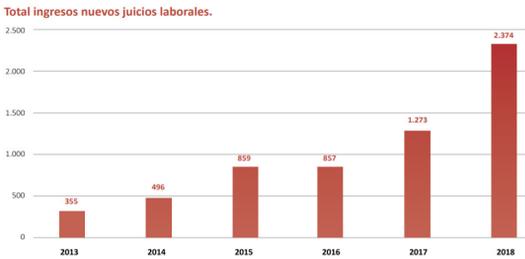
⁴³ Central Abastecimiento del Sistema Nacional Servicio de Salud.

judicatura laboral tiene competencia acotada, sólo para conocer de la acción especial de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales.

Lo que vino después fue un incremento exponencial del número de demandas de esta especie, como nunca antes se había visto en la historia judicial chilena.

El siguiente gráfico demuestra la evolución que han tenido los ingresos de demandas laborales en el Consejo de Defensa del Estado a nivel nacional en el periodo 2013-2018, pasando desde 355 en el año 2013, a 2374 en el año 2018⁴⁴.

Evolución Ingresos Nuevos Juicios Laborales Años 2013–2018



Observaciones:
El gráfico muestra el sostenido incremento experimentado por juicios de carácter laboral entre 2013 y 2018.

Fuente: Sistema de Gestión de Causas CDE (SGC) y Subdepartamento de Recursos Humanos de Organismo.

En lo que nos interesa, la ritualidad definida por la ley en este tipo de causas laborales (procedimiento oral) contempla el llamado a conciliación obligatorio como parte integrante de la audiencia preparatoria. Trámite en el cual y, a diferencia de lo que ocurre en sede Civil, el Juez toma parte activa y directa, proponiendo bases de un acuerdo concretas y detalladas, además de dialogar con las partes para instarlas a llegar a un consenso.

Lo antedicho, obligó a los abogados de la defensa de los intereses del Estado a participar en dichos llamados a conciliación, pero con una importantísima limitación. Los órganos descentralizados, en general,

⁴⁴ Fuente: Cuenta Pública Consejo de Defensa del Estado, 2018.

carecen de facultades para transigir y, por lo mismo, no pueden manifestar su voluntad en el marco de un proceso conciliatorio.

En el caso de los centralizados, actúan a través del Fisco y son representados por el Consejo de Defensa del Estado; órgano que, como sabemos, está expresamente dotado de la facultad de transigir.

Pero dicha facultad está radicada en el cuerpo colegiado que lo integra (Consejo Pleno) y no es delegable en los abogados litigantes que comparecen a la audiencia, limitante que hace impracticable el cierre del pleito en la audiencia preparatoria.

Por ello, en la práctica lo que ocurre es que el Juez Laboral propone bases y si éstas son aceptadas por el demandante, la propuesta es sometida al escrutinio del Consejo Pleno, en el tiempo que media entre la audiencia preparatoria y la de juicio oral.

En el ámbito contencioso-administrativo propiamente tal, también se han dado casos en que algunos tribunales de primera instancia, Cortes de Apelaciones y también la Excma. Corte Suprema, han llamado a conciliación extraordinaria en causas en que el Fisco es parte, lo que ha sido aplicado en la práctica como una invitación del tribunal para explorar una posible fórmula de acuerdo que debe ser sometida a los trámites previstos en el artículo 7° de la Ley Orgánica del CDE.

III.3) La transacción en causas contencioso-administrativas

A continuación, revisaremos las particularidades de la transacción en el ámbito de la litigación pública, distinguiendo entre el tipo de órgano involucrado en el conflicto.

III.4) La transacción en el caso de órganos centralizados

Los órganos estatales centralizados actúan a través del Fisco, persona jurídica de derecho público representada judicialmente por el Presidente del CDE o sus Abogado Procuradores Fiscales en las distintas regiones del país.

En lo que respecta a la facultad de transigir, el artículo 7° de la Ley Orgánica del CDE la consagra, pero sujeta a los siguientes requisitos copulativos:

- a. El acuerdo debe adoptarse por el Consejo Pleno y reuniéndose el quorum especial de tres cuartas partes de los miembros en ejercicio. Ello, significa que de los 12 Consejeros tienen que votar favorablemente a lo menos 9. En caso de empate el voto del Presidente tiene el carácter dirimente, con arreglo al artículo 14 de la Ley Orgánica;
- b. El acuerdo debe adoptarse en una “*sesión especialmente convocada con tal objeto*”, pero nada obsta que dicha fecha de la sesión coincida con las regulares;
- c. El acuerdo debe ser fundado y los basamentos respectivos deberán constar en el acta suscrita por el Secretario Abogado, quien es el Ministro de Fe de la institución;
- d. Debe existir un litigio pendiente. El Consejo no tiene atribuciones para celebrar transacciones que tengan por finalidad precaver un litigio eventual, dado que el artículo 7° en comento dispone que este organismo “*podrá acordar transacciones en los procesos en que intervenga*”, lo que presupone la existencia de un litigio judicial ya iniciado en el que el CDE ya esté interviniendo.

Ahora, en cuanto al momento preciso en que ha de entenderse que existe un litigio o proceso en marcha, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 1911 del Código Civil, el cual establece que los derechos son litigiosos “*desde que se notifica judicialmente la demanda*”.

- a. Si el acuerdo atañe a órganos descentralizados u organismos privados en que el Estado tenga aporte o participación, respecto de los cuales el CDE ha asumido la defensa y representación, se deberá contar con la opinión favorable de éstos; y

- b. Si el acuerdo involucra una cuantía superior a “*tres mil unidades tributarias mensuales*”, se requiere además la aprobación del Ministerio de Hacienda.

La cifra indicada en el precepto equivale a aproximadamente \$150.000.000.

De igual manera, el artículo 7° autoriza al Consejo a aprobar “*acuerdos reparatorios en los procedimientos penales en que intervenga como querellante*”.

Efectivamente, el CDE está dotado de atribuciones para intervenir y ejercer acciones penales en el caso de delitos perpetrados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o aquellos ilícitos que afectan el patrimonio público.

El acuerdo reparatorio constituye una de las grandes modificaciones que introdujo la gran reforma procesal penal en Chile a principios del milenio, en tanto consagró normativamente la posibilidad de salidas alternativas respecto de delitos de acción penal pública.

Dicho acuerdo consiste en un acto procesal celebrado entre la víctima y el imputado, por el cual este último se obliga a reparar los efectos lesivos que la conducta delictiva ha ocasionado a la primera, exige aprobación judicial y sólo “*puede referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos*”, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 241 del Código Procesal Penal.

Según dispone el artículo 242 del mismo Código, cumplidas o debidamente garantizadas las obligaciones asumidas por el imputado en virtud del acuerdo, el tribunal dicta la resolución que extingue la responsabilidad penal (sobresimiento definitivo total o parcial). En cuanto a los efectos civiles, el artículo 243 del mismo cuerpo legal establece que el acuerdo es ejecutable conforme a las reglas que el Código de Procedimiento Civil prevé para el cumplimiento de las sentencias.

Finalmente, el artículo 7° de la Ley Orgánica del CDE faculta la adopción de acuerdos destinados a aceptar el pago en cuotas de las acreencias que le corresponda cobrar, cumpliéndose los siguientes requisitos:

- a. El acuerdo debe aprobarse con el voto de la mayoría de los miembros en ejercicio, es decir, quorum inferior a aquel dispuesto para transigir;
- b. Debe fijarse el número de cuotas y las fechas de vencimiento; y
- c. Debe establecerse la reajustabilidad y el interés aplicable;

Con todo, el Consejo puede eximir el pago de intereses futuros o devengados atendiendo a la situación socio-económica del deudor.

Se aprecia con claridad que en este último caso el legislador ha hecho una diferencia de regulación de los acuerdos que constituyen transacción respecto de aquellos que no lo son, toda vez que importan la simple renuncia de un derecho incontrovertido (ausencia de *res dubia*).

Con la finalidad de examinar los resultados que ha arrojado en la práctica la aplicación de la facultad de transigir por parte del CDE, revisaremos una muestra estadística correspondiente a los últimos 3 años, periodo 2017 al 2019 en lo que respecta a la Procuraduría Fiscal de Santiago, por lejos, la más grande del país.

Por cierto, la Procuraduría Fiscal de Santiago aglutina casi el 50% del total de juicios que el CDE tiene a nivel nacional⁴⁵.

Los siguientes cuadros reflejan el número de procesos judiciales finalizados en cada año, divididos en 4 materias, a saber: CIVIL, demandas indemnizatorias, contratos, etc.; DERECHOS HUMANOS (DD.HH.),

⁴⁵ Fuente: Cuenta Pública 2019, en www.cde.cl

que corresponde a demandas indemnizatorias interpuestas por víctimas de la dictadura militar (1973-1990); reclamaciones por EXPROPIACIÓN (EXPROP); y litigios LABORALES (LAB) iniciados por funcionarios públicos, como consecuencia del cambio jurisprudencial antes explicado (epígrafe IV.2).

El rubro “transacciones” indica la cantidad de causas que en cada año concluyeron por esa vía. En tanto, bajo el rótulo “otros motivos” se incluyen los que terminaron por sentencias definitivas, abandonos, desistimientos u otros.

AÑO 2017

| | CIVIL | % | DD.HH. | % | EXPROP | % | LAB | % |
|-------------|-------|--------|--------|--------|--------|--------|-----|--------|
| OTROS | 90 | 93,8% | 25 | 89,3% | 16 | 100,0% | 161 | 82,6% |
| TRANSACCIÓN | 6 | 6,3% | 3 | 10,7% | 0 | 0,0% | 34 | 17,4% |
| TOTAL | 96 | 100,0% | 28 | 100,0% | 16 | 100,0% | 195 | 100,0% |

AÑO 2018

| | CIVIL | % | DD.HH. | % | EXPROP | % | LAB | % |
|-------------|-------|--------|--------|--------|--------|--------|-----|--------|
| OTROS | 72 | 94,7% | 23 | 92,0% | 3 | 100,0% | 225 | 65,6% |
| TRANSACCIÓN | 4 | 5,3% | 2 | 8,0% | 0 | 0,0% | 118 | 34,4% |
| TOTAL | 76 | 100,0% | 25 | 100,0% | 3 | 100,0% | 343 | 100,0% |

AÑO 2019

| | CIVIL | % | DD.HH. | % | EXPROP | % | LAB | % |
|-------------|-------|--------|--------|--------|--------|------|-----|--------|
| OTROS | 89 | 91,8% | 72 | 60,5% | 5 | 100% | 331 | 52,4% |
| TRANSACCIÓN | 8 | 8,2% | 47 | 39,5% | 0 | 0% | 301 | 47,6% |
| TOTAL | 97 | 100,0% | 119 | 100,0% | 5 | 100% | 632 | 100,0% |

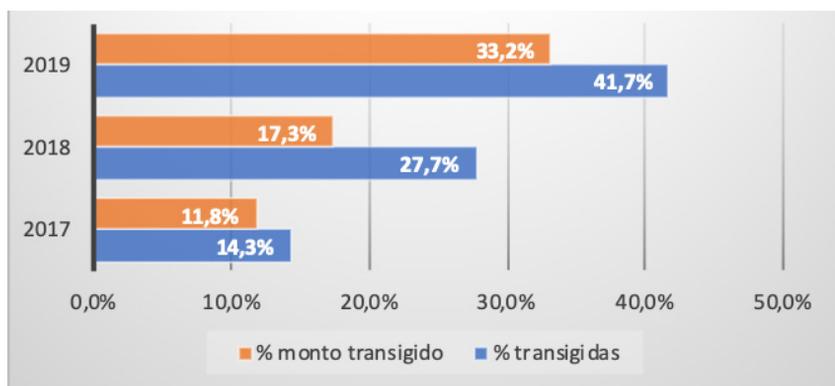
En términos de evolución, los datos reflejan el siguiente resultado:

| | 2017 | 2018 | 2019 |
|----------------------|-------|-------|-------|
| % CAUSAS TRANSIGIDAS | 14,3% | 27,7% | 41,7% |
| % MONTO TRANSIGIDO | 11,8% | 17,3% | 33,2% |

Los datos expuestos reflejan un acentuado incremento en la cantidad de causas que finalizan por un acuerdo transaccional, con un aumento de 27,4 puntos porcentuales en el trienio analizado.

Asimismo, destaca el hecho que la mayor concentración de procesos terminados por la vía alternativa al fallo judicial está en las materias DD.HH. y laborales.

Evolución Transacciones 2017–2019



El porcentaje de pleitos que concluyeron por transacción en el ámbito Civil ha mostrado un comportamiento relativamente estable, con 6,3% en 2017; 5,3% en el 2018 y, por último, 8,2% en el año 2019.

En cambio, en materia de DD.HH. y LABORALES el porcentaje fue siempre de dos dígitos con una acentuada alza. Así, por ejemplo, en la última área mencionada pasó de 17,4% en 2017 a 47,6% en 2019, algo similar a lo que ha venido aconteciendo con los litigios por violaciones de DD.HH durante el régimen militar.

III.5) La transacción respecto de los órganos descentralizados

La regla general es que los servicios públicos descentralizados carecen de facultades para celebrar transacciones, avenimientos o conciliaciones.

Excepcionalmente, esta clase de organismos pueden transigir, pero en las siguientes hipótesis:

- a. Que lo hagan en un pleito judicial en el cual el Consejo de Defensa del Estado haya asumido su defensa o representación, o bien;
- b. Que exista una norma especial que autorice expresamente al organismo de que se trate para celebrar esta clase de actos jurídicos.

Lo anterior se debe a que, como sabemos, en el ámbito público rige el principio de juridicidad, conocido también como el “*principio de clausura del derecho público*”⁴⁶, conforme al cual los órganos del Estado sólo pueden actuar previa habilitación normativa, y “*dentro de dicha habilitación sólo podrá realizar aquello que expresamente ha sido autorizado*”⁴⁷, so pena de nulidad del acto en contravención, sin perjuicio de la responsabilidad y sanciones que correspondan. Así emana de los artículos 6° y 7° de la Constitución, además del artículo 2° de la Ley General de Bases de la Administración del Estado.

Por si alguna duda pudiese aún subyacer, ha de recordarse que incluso en el ámbito privado la facultad de transigir no se considera implícita en la representación de derechos ajenos, pues el apoderado judicial requiere mención expresa para estar revestido de dicha facultad, según lo prevé el artículo 7° del Código de Procedimiento Civil y 2448 del Código Civil. Luego, acudiendo al argumento *a fortiori*, con mayor razón ha de exigirse

⁴⁶ Véase sentencia del Tribunal Constitucional rol STC N° 2834, de 24 de diciembre de 2015, considerando 27°. En el mismo sentido fallo en rol STC N° 790, considerando 48°.

⁴⁷ Bermúdez: Op. cit., pág. 67.

dicha habilitación expresa respecto de los órganos que actúan en nombre del interés colectivo.

En cuanto a los órganos descentralizados que están revestidos de la facultad de transigir, revisaremos la forma en que el legislador ha consagrado esta facultad respecto de algunos de ellos.

III.5.1) Las Municipalidades

Como es sabido el Municipio es el órgano administrativo de mayor jerarquía en la más pequeña de las unidades en que se divide nuestra organización política territorial, la comuna.

En las postrimerías del siglo XIX la Ley de Municipalidades (1891) le otorgó al Municipio *“completa autonomía y gran cantidad de facultades y prerrogativas, incluyendo rentas propias que recaudaba directamente”*⁴⁸.

Hoy la situación no ha variado, la Ley Orgánica de Municipalidades, N° 18.695, la define en su artículo 2° como *“corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad (...)”*.

En lo que nos atañe, el artículo 64 letra i) de la misma ley faculta al Alcalde para *“transigir judicial y extrajudicialmente”*. Sin embargo, para ello, requiere contar con la aprobación del órgano colegiado local, el Concejo Municipal.

⁴⁸ Pierry: *Derecho Administrativo. Obra Reunida*. Ed. Escuela de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), Chile, 2017, pág. 48.

III.5.2) El Servicio de Evaluación Ambiental

Se trata de un órgano creado por la ley N°20.417 de 2010, que modificó la ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, cuyo texto actualmente establece en su artículo 83 que el Director Ejecutivo del Servicio en cuestión tendrá entre otras atribuciones la de *“representar judicial y extrajudicialmente al Servicio y conferir poder a abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, aun cuando no sean funcionarios del Servicio, con las facultades de ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil”*.

Como se aprecia, extrañamente la ley consagra estas facultades sin sujeción a requisito adicional alguno, mediante el reenvío a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Recordemos que es el inciso 2° del citado artículo aquel que menciona las más amplias facultades en materia de representación *in litis*, tales como: Desistirse de la acción ejercida, aceptar demanda contraria, confesar, renunciar a recursos, transigir, etc.

Llama la atención además que se autorice la delegación de atribuciones incluso a abogados ajenos a la institución.

III.5.3) El Instituto Nacional de la Juventud (INJUV)

Órgano regulado por su Ley Orgánica, N° 19.042, cuyo artículo 4° prevé: *“La dirección superior, técnica y administrativa del Instituto estará a cargo de un funcionario denominado Director Nacional, designado por el Presidente de la República y de su exclusiva confianza, quien será el Jefe Superior del Servicio y tendrá su representación judicial y extrajudicial, con las facultades de ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil”*.

Al igual que en el caso anterior, el Director del INJUV está revestido de amplísimas atribuciones para la resolución de disputas sin controles internos o previos.

III.5.4) Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género (SERNAMEG)

La ley N° 19.023, que creó dicho servicio, le entregó al Director Nacional: *“La representación judicial y extrajudicial del Servicio estará a cargo del Director, el cual como mandatario judicial tendrá las facultades establecidas en ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil”*.

A mayor abundamiento, el artículo 5° letra f) lo faculta expresamente para: *“Ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos sobre bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporales, y transigir respecto de derechos, acciones y obligaciones contractuales o extracontractuales”*.

Los términos empleados por el texto legal son análogos a los casos precedentemente analizados, con la salvedad que se destinó una norma específica respecto de la facultad de transigir que ciertamente es redundante.

III.5.5) Servicio de Vivienda y Urbanización (SERVIU)

El artículo 70 de la ley N° 16.391 autoriza a dicho organismo para transigir, pero lo subordina a un mecanismo de control exógeno en los siguientes términos: *“Las Instituciones de la Vivienda señaladas en las letras b), c), d), y h) del artículo 5° podrán, previa aprobación por decreto supremo del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, celebrar contratos de transacción, o transigir en los juicios en que fueren parte”*.

En armonía con lo anterior, el artículo 17, letra del D.S. N° 355 de 1977, faculta al Director del Servicio a transigir *“previa aprobación por decreto supremo”*.

En esta hipótesis la norma es lacónica y se limita a autorizar la celebración del contrato de transacción, pero someténdolo a la aprobación previa del Gobierno Central.

III.5.6) La Fiscalía Nacional Económica

El artículo 39, inciso 2º letra i) del D.L. N° 211, faculta al Fiscal para: *“Ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos sobre bienes muebles e inmuebles y sobre cosas corporales o incorpóreas que integren el patrimonio del Servicio, incluso aquellos que permitan enajenar y transferir el dominio y transigir respecto de derechos, acciones y obligaciones, sean contractuales o extracontractuales; Las transacciones a que se refiere el inciso anterior deberán ser aprobadas por resolución del Ministerio de Hacienda, cuando se trate de sumas superiores a dos mil unidades de fomento”*.

La redacción de esta norma es similar a la que posteriormente empleó la ley que creó el Servicio Nacional de la Mujer.

Como mecanismo de control, en términos similares al caso del CDE, se exige la aprobación previa del Ministerio de Hacienda en asuntos que superen las 2.000 UF.

III.5.7) La Comisión Chilena de Energía Nuclear

Creada por la ley N° 16.319 de 1965, prevé en su artículo 12º letra f) como atribución del Director Ejecutivo: *“Representar judicial y extrajudicialmente a la Comisión con las facultades establecidas en el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil. Las facultades a que se refiere el inciso segundo de dicho artículo sólo podrá ejercitarlas con expresa autoridad del Consejo Directivo”*⁴⁹.

Dado que se trata de un órgano colegiado y, al igual como acontece con las Municipalidades y el CDE, se requiere un acuerdo del Consejo Directivo para la implementación de una solución alternativa de disputas. Destaca nuevamente que la facultad otorgada contemple todo el amplio espectro del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil.

⁴⁹ En el texto de la norma publicada en el Diario Oficial se lee *“con autoridad del Consejo Directivo”*. No obstante, aquello parece responder a un error de copia, pues el sentido correcto es *“con autorización”* del aludido Consejo.

III.5.8) La Superintendencia de Servicios Sanitarios

Servicio regulado por la ley N° 18.902, cuyo artículo 4° letra g) faculta al Superintendente para *“conferir poder judicial a abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, aun cuando no sean funcionarios del servicio, y delegarles las facultades contenidas en los dos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil”*.

Curiosamente, esta preceptiva, dictada en el primer año de la restauración democrática (1990), no entrega directamente la facultad de transigir, sino que lo hace por la vía de reconocer la posibilidad de delegación de las facultades del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil.

III.5.9) El Servicio Agrícola y Ganadero (SAG)

Se trata de un organismo regulado por la ley N° 16.640 de 1989, que desde su dictación ha contemplado la facultad de transigir, radicándola en su Director Nacional, quien conforme al artículo 7° letra p), tiene amplias atribuciones, pues el texto legal le permite: *“Aceptar donaciones, legados y herencias a favor del Servicio, estas últimas con beneficio de inventario, y acordar transacciones judiciales o extrajudiciales, acuerdos de reorganización a que se refiere la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas y someter asuntos a compromisos. En el caso de convenios internacionales, otorgar a los árbitros facultades de arbitradores en cuanto al procedimiento y fallo. Asimismo, le corresponderá asumir la representación extrajudicial y judicial del Servicio con las facultades de ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, pudiendo designar mandatario al efecto”*.

Es probablemente la más amplia de las normas estudiadas, en tanto entrega las facultades del artículo 7°, además de otras vinculadas incluso con arbitraje internacional.

III.5.10) El Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP)

El INDAP fue creado por la ley N° 18.910 de 1990, y en el artículo 5° letra g) faculta a su Director Nacional para “*acordar transacciones y avenimientos, sean estos judiciales o extrajudiciales, celebrar acuerdos de reorganización a que se refiere la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, someter asuntos a compromisos y otorgar a los árbitros facultades de arbitradores en cuanto al procedimiento y fallo*”.

Esta norma presenta similitudes con las del SAG, lo que se explica probablemente por la coincidencia en la época de dictación y vinculación sectorial.

III.5.11) Los Servicios de Salud⁵⁰

Están regulados en el D.L. N° 2763 de 1979, cuyo artículo 23 letra h), faculta a sus Directores para: “*Ejecutar y celebrar en conformidad al reglamento toda clase de actos y contratos sobre bienes muebles e inmuebles y sobre cosas corporales o incorpóreas, incluso aquéllos que permitan enajenar y transferir el dominio, pero en este caso sólo a título oneroso, y transigir respecto de derechos, acciones y obligaciones, sean contractuales o extracontractuales.*”

Los contratos de transacción deberán ser aprobados por resolución del Ministerio de Hacienda, cuando se trate de sumas superiores a cinco mil unidades de fomento”.

Nuevamente tenemos una norma de control, cronológicamente anterior a las analizadas, que radica la fiscalización en el Ministerio de Hacienda, en que la cifra de corte se eleva muy por encima de los otros casos, incrementando el margen de discrecionalidad del organismo.

En efecto, en el caso de los Servicios de Salud sólo se exige la aprobación previa en el caso de acuerdos superiores a 5000 UF.

⁵⁰ Estos órganos están desconcentrados territorialmente.

III.6) Normativa que rige la transacción cuando el CDE representa a un órgano descentralizado

Con arreglo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 3° de su estatuto orgánico, el Consejo tiene la facultad de asumir la representación judicial de los organismos descentralizados y las entidades en que el Estado tenga aportes o participación mayoritarios, cumpliéndose las condiciones que el mismo precepto señala.

Ahora bien, surge la duda acerca de la regulación normativa llamada a regir el ejercicio de la facultad en comento. Es aquella que subordina al órgano representado, o bien, será la propia del CDE.

Un reciente dictamen de la Contraloría contribuye a aventurar una respuesta a esta interrogante. Se trata del dictamen N° E46018 de 26 de octubre de 2020.

Dicho pronunciamiento del ente contralor estuvo motivado por la consulta que formuló el Director del SENCE⁵¹, en cuanto a si esa entidad podía o no entregar su consentimiento para que el CDE acordase una transacción en juicios en que aquel es representado por este último.

La duda surgió por cuanto el artículo 84 de la ley N° 19.518, que regula las atribuciones del Director del SENCE, dispone que dicha autoridad no está revestida de la facultad de transigir.

Respondiendo la inquietud, el Contralor resolvió que: *“De la normativa expuesta, es posible advertir que si bien el director nacional del Sence se encuentra impedido de transigir cuando representa judicialmente a esa entidad, el Consejo de Defensa del Estado sí está expresamente autorizado para ejercer tal facultad en los procesos en los que intervenga, incluidos, por cierto, aquellos cuyo objeto es la defensa de los intereses de aquel servicio”*.

⁵¹ Servicio Nacional de Capacitación y Empleo.

Atento a lo expresado, puede concluirse que, en un caso como el planteado, el ejercicio de la facultad en estudio queda sometida a la normativa que rige al CDE en esta materia, que es básicamente y como examinamos, el artículo 7° de su Ley Orgánica.

Así, aun cuando el servicio descentralizado carezca de atribuciones para transigir, es claro que el Consejo puede hacerlo en su representación, bastando para ello simplemente el consentimiento del órgano y el quorum de aprobación que prevé el citado artículo 7°, sin perjuicio que si el monto supera las 3000 UTM -como vimos- será necesario contar además con la aprobación del Ministerio de Hacienda.

III.7) El proyecto de reforma al Consejo de Defensa del Estado

Con fecha 12 de mayo de 2020 ingresó al Congreso Nacional un proyecto de ley que pretende introducir diversas modificaciones a la Ley Orgánica del Consejo (Mensaje N° 062-368).

Entre los motivos que impulsan la modificación propuesta se declara la necesidad de modernizar la institución, indicando que: *“Ante la creciente complejidad de la labor del Consejo en la defensa de los intereses del país y los desafíos que presenta, es necesario pensar en el Consejo de Defensa del Estado del futuro”*.

En el tópico que nos atañe el proyecto busca introducir cuatro reformas de suma relevancia:

- a. Se incorporaría un nuevo inciso en el artículo 3 N° 11, que pasaría a ser el 12, por el cual se establece el deber del CDE de propender a la utilización de mecanismos de solución alternativa de controversias;
- b. Se agregaría un nuevo artículo 6° bis, mediante el cual se dotaría al servicio de todas las facultades previstas en ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil;

- c. Se incorporaría la facultad de aceptar la demanda contraria, en un nuevo artículo 6º ter.
- d. Se modificaría el artículo 7º en el siguiente sentido:
 - i. Incorporación de facultad para transigir en fase prejudicial;
 - ii. Se permitiría la delegación de la facultad de transigir, actualmente radicada en forma exclusiva en el Consejo Pleno.

Revisaremos someramente las implicancias de cada una de estas modificaciones proyectadas.

- a. En cuanto a la utilización de ADR:

Se trata de una disposición programática de gran relevancia, porque implica establecer como elemento orientador de la función del Consejo la propensión al empleo de soluciones alternativas a los conflictos en los cuales les corresponde intervenir.

La norma proyectada señala: *“El Consejo de Defensa del Estado en el ejercicio de sus funciones propenderá, cuando corresponda, a la utilización de los mecanismos de solución alternativa de conflictos”*.

La expresión *“propender”* significa *“inclinarse o tender a algo”*, lo que involucra el claro interés del legislador en cuanto a que en la actividad del CDE exista una preferencia y un nuevo enfoque hacia las salidas alternativas en relación al proceso judicial.

Creemos que se trata de una normativa que tiene especial utilidad como herramienta hermenéutica de las restantes disposiciones del Estatuto Orgánico, en tanto entrega un criterio orientador del accionar institucional en sus diversos ámbitos cuando existan dudas interpretativas o situaciones de complejo abordaje.

Por lo anterior, nos parece que la ubicación de una norma de esta naturaleza debiese estar en los primeros artículos de la ley y no en aquella disposición que regula un aspecto tan específico como la defensa de los funcionarios públicos por sus actos de servicio.

b. Ampliación de las facultades de representación:

El artículo 6° bis proyectado persigue una ampliación de las facultades de defensa y representación en los siguientes términos: *“En el ejercicio de sus funciones, el Consejo de Defensa del Estado actuará con las facultades de ambos incisos del artículo séptimo del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de lo señalado en los dos artículos siguientes”*.

Lo anterior traería como consecuencia el dotar al Consejo de las facultades de las siguientes atribuciones:

1. Aceptar la demanda contraria;
2. Absolver posiciones;
3. Renunciar los recursos o los términos legales;
4. Transigir;
5. Comprometer, otorgar a los árbitros facultades de arbitradores;
6. Aprobar convenios; y
7. Percibir.

Lo cierto es que esta modificación ofrece algunos problemas y dudas que creemos deberán ser objeto de examen y enmiendas o complementaciones durante la discusión parlamentaria.

En primer lugar, no queda claro quién específicamente estaría revestido de dichas amplias atribuciones; es decir, si acaso serían los Abogados Procuradores Fiscales, sólo el Presidente o ambos indistintamente.

Por otro lado, al menos en principio, el ejercicio de estas facultades no quedaría sometido a ningún control adicional, salvo -por cierto- en el caso de la aceptación de la demanda contraria y la de transigir.

En lo que respecta a la facultad de absolver posiciones, advertimos una incoherencia, porque el actual artículo 43 de la Ley (cuya modificación no está proyectada) establece que los abogados del CDE, incluido el Presidente, **no pueden absolver posiciones** salvo que se trate de hechos propios, apreciándose una falta de armonía entre ambos preceptos.

En cuanto a la posibilidad de renunciar a los recursos y plazos, esta innovación parece -en principio- una buena herramienta que puede contribuir eficazmente a la búsqueda de salidas alternativas en aquellos casos en que no existen concesiones recíprocas que harían viable un acuerdo transaccional, pero donde tampoco se vislumbran buenas razones para seguir adelante con el pleito. Empero, en este punto la norma proyectada colisiona con el actual artículo 26, cuya reforma no está considerada y que obliga en su inciso final a los Abogados Procuradores Fiscales a interponer los recursos ordinarios en contra de las resoluciones desfavorables que recaigan en los asuntos a su cargo, a menos de recibir instrucciones superiores en contrario.

Entonces, no se entiende cómo dichos abogados podrían ostentar la atribución de renunciar a la impugnación de una sentencia definitiva y, al mismo tiempo, estar obligados a deducir el recurso de apelación.

El inciso 2º del artículo 7º proyectado comprende también la facultad de comprometer y otorgar a los árbitros facultades de arbitadores.

Este aspecto configuraría una reforma radical, pues como sabemos, el compromiso *“es una convención por la cual las partes substraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten al fallo de ciertos árbitros que designan”*⁵².

Siendo así, por medio de esta modificación se permitiría someter los Juicios de Hacienda a la resolución de árbitros, lo que involucra un cambio de gran magnitud, cuyas implicancias creemos que deberían ser objeto de una regulación más robusta y detallada.

⁵² Aylwin Azócar: *El Juicio Arbitral*. Ed. Jurídica. Santiago, pág. 213.

Ciertamente, no parece razonable que la facultad de transacción esté sujeta a la decisión del Consejo Pleno, con quórum de aprobación especial y eventual control externo; pero que, en cambio, la posibilidad de sustraer un pleito del conocimiento de la Justicia Ordinaria o, incluso, pactar que sea resuelto por un árbitro conforme a la prudencia y equidad, pueda ser concordada con la mera concurrencia del acuerdo entre la contraparte y el Abogado Procurador Fiscal respectivo.

Por último, en lo que guarda relación con la facultad de percibir, no se logra advertir cuál sería la ventaja de dotar al CDE de dicha atribución. Hoy los pagos a favor del Fisco los percibe el Servicio de Tesorerías y si se trata de órganos descentralizados son ellos mismos quienes se encargan de la recepción del dinero sin que este mecanismo haya evidenciado dificultades que hagan aconsejable su modificación.

c. Facultad de aceptar la demanda contraria:

Se planea incorporar un nuevo artículo 6° ter, del siguiente tenor:

“El Consejo de Defensa del Estado, con el voto de las tres cuartas partes de sus miembros en ejercicio, podrá aceptar la demanda contraria. Con el mismo quórum, podrá delegar esta facultad en tres abogados consejeros de la especialidad para que, de forma unánime, la ejerzan en asuntos cuya cuantía no exceda las mil unidades tributarias mensuales.

La aceptación de la demanda contraria deberá ser aprobada por resolución del Ministerio de Hacienda cuando se trate de sumas superiores a tres mil unidades tributarias mensuales”.

Nos parece una enmienda adecuada, en tanto flexibiliza el ejercicio de la labor del Consejo, posibilitando que, en aquellas situaciones en que no haya defensa posible, simplemente se acepte la demanda incoada en contra del Fisco o sus organismos.

Con todo, es difícil pensar en una situación de este tipo, pues incluso las acciones mejor fundadas siempre tienen aspectos rebatibles (v. gr. monto reclamado, reajustabilidad, intereses, condiciones de cumplimiento, etc.)

Queda la duda si esta posibilidad quedaría limitada únicamente a las demandas en sentido estricto o si acaso podría aplicarse también en el caso de los recursos de protección u otros reclamos contencioso-administrativos (v. gr. reclamo por Ley de Transparencia, reclamo de contratación pública, etc.).

También aparece como una adecuada medida de desconcentración la facultad de delegar la atribución en tres Consejeros de la especialidad.

d. Modificación del actual artículo 7°:

Se proponen importantes modificaciones a la norma que constituye la piedra angular del sistema de aprobación de transacciones.

Primeramente, se suprime la frase “*y en sesión especialmente Convocada con tal objeto*”, simplificando el procedimiento de adopción de los acuerdos transaccionales, lo que resulta concordante con el principio de la no formalización consagrado en el artículo 13 de la Ley de Procedimientos Administrativos, conforme al cual las ritualidades que han de exigirse serán únicamente aquéllas indispensables para dejar constancia de lo actuado y evitar perjuicios.

Enseguida, el proyecto incorpora la frase “*o para precaver un litigio eventual*”, facultando al CDE para la celebración de una transacción cuando la *litis* no esté aún trabada, lo que constituiría una gran innovación.

Por último, se intercala un nuevo inciso en los siguientes términos: “*El Consejo, con el mismo quórum anterior, podrá autorizar a dos o más abogados consejeros para que, conjuntamente, con acuerdo unánime, celebren negociaciones con partes interesadas y propongan y aprueben bases inmediatas de acuerdo. Con el mismo quórum establecido en el inciso primero, el Consejo podrá delegar en tres abogados consejeros de la especialidad la facultad de aprobar, en forma unánime, transacciones en asuntos cuya cuantía no exceda las mil unidades tributarias mensuales*”.

Aquí se regulan dos aspectos claramente diferenciables.

1º) Se permitiría delegar en dos o más Consejeros que propongan y aprueben “bases de acuerdo”, de manera “inmediata”, lo que haría posible lograr avenimientos o conciliaciones en procedimientos orales, como el actual Juicio Laboral o el proyectado nuevo Proceso Civil;

2º) Se abriría la posibilidad de delegar la facultad de transigir en los actuales Comités, integrados por tres Consejeros quienes, previo traspaso de atribuciones, podrían transigir en asuntos hasta por 1000 UTM, sin necesidad de someter el asunto al Consejo Pleno.

Nuevamente una medida de desconcentración que aumentaría notablemente la eficiencia en la gestión.

Ambas modificaciones delegatorias exigen unanimidad.

En relación a esto último, no queda claro qué ocurre si en la votación hay abstenciones por inhabilidad u otra causa.

IV. Conclusiones

El “conflicto” puede ser definido como aquella relación caracterizada por la percepción real o quimérica que los actores tienen respecto de la incompatibilidad sustancial de sus objetivos, intereses o pretensiones.

En ese entendido, no podemos sino reconocer que la vida en sociedad y los conflictos son cuestiones que están inexorablemente ligadas, al igual que la imperiosa necesidad de solucionarlos, toda vez que su proliferación, escalada o mantenimiento obstaculizan el desarrollo, el progreso y, finalmente, el bienestar general.

Ahora bien, la pregunta que ha motivado nuestro análisis guarda relación con los conflictos de relevancia jurídica, es decir, aquellos para los cuales el Derecho ofrece una solución, pero cuya aplicación no puede ser automática. La regulación normativa sin importar su rango no se basta a sí misma, principalmente porque la interpretación legal y la

subsunción de la hipótesis jurídica al caso concreto es uno de los ámbitos donde se generan las más duras contiendas.

En ese marco surge el cuestionamiento al “proceso judicial” y su milenaria hegemonía como herramienta resolutora de las divergencias mediante la adjudicación de derechos y obligaciones respaldada del poder coercitivo.

Pero, y valga reconocerlo, en muchas ocasiones el proceso judicial no pasa de ser una suerte de pantalla narrativa, que no aborda el problema cabalmente y se muestra escaso en el abanico de posibilidades. Es allí donde cobra especial fuerza la idea de los mecanismos alternativos.

El proceso judicial no es virtuoso *per se*. Los tribunales y el directo acceso a ellos no producen bienestar por sí solos, menos aún si se trata de un sistema judicial sobrecargado.

No se trata de enarbolar un discurso antijurídico, sino que abrir las opciones, permitiendo a las partes contar con herramientas adicionales y basadas en la construcción colaborativa de rutas hacia la armonización de sus intereses contrapuestos.

Los pleitos judiciales son de dilatada duración temporal, complejos y socialmente costosos, por lo que bien vale establecer los mecanismos que tiendan a fomentar el uso de vías alternas.

En ese orden de ideas, hemos comprobado que si bien los mecanismos de solución alternativa de controversias están reconocidos en el contencioso administrativo, lo están de manera muy restringida.

La mediación ha demostrado ser una herramienta eficiente y exitosa en el ámbito de la resolución de disputas en materia de prestaciones de salud, por lo que debería ampliarse hacia otros ámbitos.

En ese orden de ideas, destaca el hecho que el actual gobierno ha informado estar trabajando en un proyecto de Ley de Mediación en el contexto de la Reforma Procesal Civil. En efecto, el señor Ministro de

Justicia declaró: “(...) *entendemos muy bien que la mediación llegó para quedarse, y tenemos que hacerla bien y potenciarla. En eso están nuestros esfuerzos, que se ven reflejados en este ante proyecto de Ley de Mediación, que hoy sometemos a su consideración y observaciones expertas, de manera de incorporarlas al entrar a trámite legislativo. Queremos un proyecto innovador y modernizador, que convenza con fuerza a los legisladores*”⁵³.

La facultad de transigir está inorgánicamente reconocida respecto de los órganos estatales, sin que exista un patrón o regla general. De esta suerte, no se logra comprender por qué algunos servicios están revestidos de la facultad de transigir, en cambio otros no. Y tampoco hay una lógica trazada en cuanto al fundamento por el cual algunos tienen facultades más amplias que otros, o que algunos actúen en el ejercicio de esta importante atribución desprovistos de control.

Nos parece que lo adecuado sería regular esta materia bajo un criterio uniforme que considere los siguientes aspectos esenciales:

1. Establecer la facultad de transigir respecto de todos los órganos descentralizados;
2. Sujetar el ejercicio de esa facultad a un control preventivo de legalidad radicado en la Contraloría General de la República, en lugar del Ministerio de Hacienda; y
3. En el caso de órganos colegiados, debe contemplarse un quórum especial y más elevado para la adopción de acuerdos en esta materia.

El control externo que sugerimos bien podría quedar condicionado a una cuantía mínima a definir, pero lo ideal es que sea la misma para todos los órganos, o bien, que guarde relación con la magnitud del presupuesto que administran.

⁵³ Véase: <http://www.minjusticia.gob.cl/ministerio-de-justicia-convoca-a-expertos-y-les-presenta-anteproyecto-de-ley-de-mediacion/>

En el caso del Consejo de Defensa del Estado, creemos que el proyecto elaborado por el Ejecutivo apunta en la dirección correcta, al ampliar la facultad de transigir extendiéndola a la posibilidad de implementar esta salida alternativa en la fase prejudicial, sin perjuicio de las mejoras que puedan surgir en la fase de discusión en el Congreso.

Adicionalmente, creemos que debería regularse el modo en que opera la conciliación respecto del Consejo de Defensa del Estado, formalizando aquello que hoy la práctica forense ha ido imponiendo.

Ya cerrando nuestras observaciones, mencionaremos algo sobre la forma en que opera la transacción o avenimiento, que es, sin lugar a dudas, el ADR de mayor aplicación.

Lo cierto es que este importante mecanismo, ampliamente conocido y utilizado, la mayoría de las veces es aplicado bajo una óptica muy restringida y limitada, es decir, luego de un proceso negocial que se basa en la fijación de “precio justo” a la acción ejercida. Así, no hay diferencias relevantes en la negociación que tendría lugar en el caso de una cesión de derechos litigiosos, pues en ambas se busca asignar un valor monetario al pleito conforme a su resultado futuro probable.

Esta manera de enfocar las negociaciones reduce las posibilidades de introducir soluciones colaborativas reales o entregar respuestas diversas de las exclusivamente pecuniarias, dando cuenta de un ámbito en el que parece necesario avanzar.

Finalmente, nos parece oportuno concluir este estudio citando uno de los objetivos concordados por la Asociación Latinoamericana de Abogacías y Procuradurías de Estado (ALAP), en cuyos Estatutos se insta a sus miembros a: *“Explorar y desarrollar, de conformidad con el derecho internacional y la normativa nacional de los Estados, mecanismos de prevención y solución alternativa de controversias que involucren a los Estados de las Partes y particulares, o a los Estados de las Partes entre sí, incluso si la controversia ya ha sido sometida a un tribunal nacional, extranjero o internacional, tales*

como la mediación, la conciliación, el arbitraje y cualquier otro medio pacífico de solución de controversias” (artículo 2.1, letra h)⁵⁴.

Bibliografía

- Aylwin Azócar, Patricio: “El Juicio Arbitral”. Ed. Jurídica de Chile, año 2009.
- Baraona Vilar, Silvia: “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la Mediación”, Revista de Derecho de la U. Católica del Norte, Chile, N° 1, año 2011.
- Bermúdez Soto, Jorge: “Derecho Administrativo General”. Ed. Thomson Reuters, Chile, año 2011.
- Briceño, Carlos; Larroucau, Rosa María y Serrano, Salomón: “Mediación como Justicia”, en “Sociología del Derecho en Chile. Libro Homenaje a Edmundo Fuenzalida”. Ed. Universidad Alberto Hurtado, Chile, año 2014.
- Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant: “El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- Casarino Viterbo, Mario: “Manual de Derecho Procesal”. Ed. Jurídica de Chile, año 2011.
- Consejo de Defensa del Estado, Unidad de Mediación: “Mediación y desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado (CDE)”.
- <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/88070669-6e24-4095-9e30-dc43fcf98d42/ESTUDIO+DESJUDICIALIZACION+version+definitiva+nov+2011.pdf?MOD=AJPERES>
- Consejo de Defensa del Estado: https://www.cde.cl/gestion_institucional/cuentas-publicas-participativas/

⁵⁴ Véase texto íntegro de los estatutos en: http://www.alap-la.org/archivo/Estatuto_ALAP.pdf

- Jequier Lehue, Eduardo en: “La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile. Razones y mecanismos para su regulación”, publicado en Revista de Derecho, U. Austral de Chile, Vol. XXIX, N° 1, año 2016.
- Lagos Ochoa, Soledad: “Incorporación de la mediación en el derecho chileno: análisis crítico”, en el libro “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, un Estudio Multidisciplinario”, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016.
- Parra Sepúlveda, Darío y otros: “La Mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación Sanitaria”. Rev. de Derecho U. de Concepción, Chile, Vol. 86, junio de 2018.
- Phillipi, Julio: “Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores”. Revista Estudios Jurídicos, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile, Vol. 2, Números 1 & 2 / Julio, diciembre de 1973.
- Pierry Arrau, Pedro: “Derecho Administrativo. Obra Reunida”. Ed. Escuela de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), Chile, año 2017.
- Rodríguez Papic, Ignacio: “Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía”. Ed. Jurídica de Chile, año 2003.
- Romero Seguel: “Nociones Sobre la Justicia Arbitral”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 26 N° 2, año 1999.
- Superintendencia de Salud: “Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966”, disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/w3-propertyvalue-3741.html>
- Vargas Pavez, Macarena: “La Justicia Civil de doble hélice hacia un sistema integral de resolución de conflictos en sede Civil”, en Revista Chilena de Derecho Privado N° 31, de la Universidad Diego Portales, Chile, año 2018.
- Vodanovic H., Antonio: “Contrato de Transacción”. Ed. Conosur Ltda., Chile, año 1993.

Zalles H., Jorge: “Suma cero, la tradición contenciosa y las teorías contemporáneas de resolución de conflictos”, Revista Iuris Dictio, N° 2, julio, año 2000. Universidad de San Francisco de Quito, Ecuador.

