



2020

**REPÚBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

---

**Sentencia**

**Rol 8855-2020**

[29 de octubre de 2020]

---

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 768,  
INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

INVERSIONES PIRQUE LIMITADA

EN EL PROCESO ROL V-364-2017, SEGUIDO ANTE EL VIGESIMOTERCER  
JUZGADO DE LETRAS EN LO CIVIL DE SANTIAGO, EN ACTUAL  
CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, POR  
RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA Y APELACIÓN, BAJO EL ROL N° 3773-  
2020

**VISTOS:**

Con fecha 23 de junio de 2020, Inversiones Pirque Limitada, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, en el proceso Rol V-364-2017, seguido ante el Vigésimotercer Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recursos de casación en la forma y apelación, bajo el Rol N° 3773-2020.



### **Precepto legal cuya aplicación se impugna**

El texto de los preceptos impugnados dispone:

*“Código de Procedimiento Civil*

*(...)*

*Artículo 768. (...)*

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

### **Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal**

Explica la actora que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago causa en la cual se ventila recurso de casación en la forma y apelación interpuesto en contra de la sentencia de febrero de 2020, pronunciada por el 23° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, cuaderno de incidente general.

Indica que buscaba hacer efectivo su derecho como arrendataria, contando con escritura pública de arrendamiento, a recibir una indemnización de perjuicios por el daño patrimonial efectivamente causado por la expropiación del bien raíz, del cual la requirente es arrendataria del Banco Estado, dueño de la propiedad expropiada, en aplicación del artículo 20 inciso sexto del D.L. N° 2.186, Ley Orgánica de Procedimientos de Expropiaciones.

Solicitó una indemnización a título de lucro cesante por la suma de UF 51.160, o la suma menor o mayor que el tribunal determine conforme a las probanzas rendidas. La sentencia del tribunal civil rechazó el incidente general interpuesto, no otorgándose monto indemnizatorio alguno, pues no se encontraría acreditado daño patrimonial efectivamente causado, considerando el tribunal que no habría derechos comprometidos, sino una mera expectativa, contraviniendo, señala la requirente, la norma del artículo 20, inciso final, del D.L. N° 2186.

Con lo anterior, agrega, la sentencia hace suyo un vicio fundamental del procedimiento, en cuanto no se accedió, pese a agotar las instancias de impugnación por parte de la requirente, la prueba pericial solicitada, que permitiría acreditar el daño y su monto.

Y, se omitió valorar toda la prueba producida, que permitiría acreditar perjuicios, faltando a su deber de motivación de la sentencia. No se habría valorado toda la prueba documental y testimonial, que refiere a fojas 11 y 12.



La aplicación del precepto legal incide en la resolución de la gestión pendiente, toda vez que impide solicitar la anulación por falta de algún trámite o diligencia esencial, en conformidad al inciso primero numeral 9° del artículo 768, con relación al artículo 795 número 4°; y de aquellas sentencias pronunciadas con omisión de los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, a menos que se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido, causal del inciso primero, del numeral 5°, del mismo artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior por la circunstancia de encontrarse excluidos ambos numerales del recurso de casación en la forma por tratarse de un juicio especial, causando una diferencia arbitraria que vulnera el debido proceso y la igualdad ante la ley, pues se produce una diferencia no razonable respecto a los juicios ordinarios, donde sí se contemplan ambos numerales dentro del recurso de casación en la forma.

El principio de igualdad ante la ley se infringe, añade, cuando aquellos que litigan según un procedimiento ordinario puedan entablar un recurso de casación en la forma fundado en las causales invocadas por la actora, mientras que en la gestión pendiente no se puede, por el solo hecho de disponerlo el legislador para juicios especiales como en un juicio de expropiación.

No existe una justificación racional que permita dar un tratamiento desigual a lo que objetivamente es igual. No puede discriminarse por el solo hecho de ejercer sus derechos en un juicio regido por leyes especiales, limitándose el derecho al recurso en forma arbitraria, considerando que tanto un procedimiento ordinario como especial pueden tener los mismos yerros de nulidad que se intentan subsanar mediante las causales invocadas.

Agrega que el derecho al debido proceso como a la igualdad ante la ley se ven afectados en su esencia por la disposición legal cuya inaplicabilidad se solicita, desde que se coarta el ejercicio del derecho a solicitar la nulidad de la sentencia que adolece de vicios de casación en la forma, e impidiéndose que, a través de este recurso, el Tribunal legalmente llamado a conocer del mismo pueda someterlo a su conocimiento y resolución.

### **Tramitación**

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 1 de julio de 2020, a fojas 65, disponiéndose la suspensión del procedimiento. Fue declarado admisible por resolución de la misma Sala, con fecha 17 de julio de 2020, a fojas 155, confiriéndose traslados de estilo.

A fojas 73, la Corte de Apelaciones de Santiago remitió copias de las piezas principales de la gestión pendiente.



**A fojas 165, en presentación de 7 de agosto de 2020, evacúa traslado el Consejo de Defensa del Estado solicitando el rechazo del libelo**

Refiere que la situación de la gestión pendiente se enmarca en una reclamación regida por una ley especial, el artículo 20 del DECRETO LEY. N° 2.186, que regula el reclamo de un arrendatario del inmueble expropiado, quien pretende que se le indemnice por causa de expropiación y, en consecuencia, está dentro de las hipótesis descritas en el inciso segundo del artículo 768 en relación al segundo inciso del artículo 766, del Código de Procedimiento Civil.

Analizando antecedentes históricos del recurso de casación, explica que el inciso tercero del mismo artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, es aplicable cuando sea, esta vía, de la casación, la única manera de subsanar el perjuicio de que acusa sufrir con la sentencia impugnada.

Respecto de que se vulneraría la garantía al debido proceso -en cuanto a obtener una sentencia motivada y el derecho al recurso-, expone que ello no es efectivo, desde que la sentencia de primera instancia que se impugna a través de los recursos de casación en la forma y apelación, está debidamente motivada, más allá de si esas motivaciones son del agrado del requirente, como se puede apreciar de la lectura de la misma, lo que demuestra que sí obtuvo una sentencia motivada.

Los instrumentos normativos internacionales, y que nuestro sistema constitucional integra como parte del mismo, a través del artículo 5 de la misma Constitución, determinan que los recursos procesales son de libre configuración por los legisladores nacionales, tanto en lo que dice relación a los plazos o los requisitos formales que deban cumplir.

La apelación puede entenderse como el recurso por antonomasia, ya que abarca la revisión de los hechos, la prueba rendida, y el derecho. Pero el recurso de casación en la forma y por la causal que esgrime, como la plantea el reclamante de autos, no está *per se* asegurado ni definido por la normativa de rango constitucional o asimilada a la misma.

La requirente dedujo conjuntamente recursos de casación en la forma y recurso de apelación, fundado ambos, como se ha dicho, en los mismos antecedentes, y siempre respecto del derecho al recurso. Lo cierto, indica, es que la reclamante no se encuentra privada de impugnar la sentencia de primera instancia, como efectivamente ya lo ha hecho a través de los recursos deducidos y declarados admisibles.

La Corte de Apelaciones de Santiago está habilitada para conocer de esa impugnación por la vía de los recursos deducidos y, en mérito de lo obrado, resolverlos. Prueba de lo indicado, y aplicando una interpretación sistemática, conforme el art 208 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal de alzada podrá fallar las cuestiones ventiladas en primera instancia y sobre las cuales no se haya pronunciado la sentencia apelada por ser incompatible con lo resuelto en ella, sin que requiera nuevo pronunciamiento del tribunal inferior.



La requirente pretende no una declaración de inconstitucionalidad, sino una certeza de admisibilidad de sus recursos e, incluso, de resultado favorable a su tesis sobre el monto de su pretensión a ser indemnizado por causa de expropiación. Esa perspectiva se refuerza por el hecho que reproduzca casi en su totalidad lo expuesto en los recursos de casación forma y recurso de apelación, describiendo sólo en lo favorable su prueba aportada.

Añade que no se afecta la igualdad ante la ley pues es el legislador el que ha establecido cuándo no procede el recurso de casación en la forma, habiendo una regulación separada con causales comunes y causales diferenciadas, y esta restricción opera para ambas partes del proceso. De manera que, habiéndose establecido así por el legislador, todas las partes que intervienen en un proceso sujeto a un procedimiento especial, están en la misma situación jurídica de no poder recurrir de casación de forma por la causal excluida.

Tampoco se afecta la garantía de contenido esencial de los derechos. La existencia de un proceso judicial en donde se discuta ese tema es realmente la concreción de la garantía del respeto al derecho de propiedad y del derecho a ser indemnizado.

Por lo anterior, solicita que el requerimiento sea rechazado.

#### **Vista de la causa y acuerdo**

En Sesión de Pleno de 3 de septiembre de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos del abogado Federico Allendes Silva, por la requirente, y del abogado Rodrigo Torres Ramírez, por el Consejo de Defensa del Estado, adoptándose acuerdo con igual fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa.

#### **Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Que, se pide en estos autos la declaración de inaplicabilidad del artículo 768 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil por cuanto, a juicio de la requirente, su aplicación le impide recurrir de casación en la forma en la gestión pendiente, atendido que la norma legal impugnada, precisamente, lo prohíbe por las dos causales en virtud de las cuales ha deducido ese recurso, en contra de la sentencia de primera instancia, previstas en el artículo 768 N° 9 y N° 5°, esta última en relación con su artículo 174 N° 4°.

En el primer caso, al haberse negado una diligencia probatoria cuya omisión le causaría indefensión, consistente en un informe pericial que pudiera acreditar el perjuicio demandado; y, en el segundo, porque el pronunciamiento de primera instancia carecería de fundamentos de hecho y de derecho, específicamente en cuanto no efectuaría una apreciación de la prueba conforme a la ley, todo lo cual conlleva



una aplicación del artículo 768 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil que resulta contraria al artículo 19 N° 2° de la Constitución, en relación con su numeral 3° inciso primero y al N° 3° inciso sexto;

## I. MARCO CONSTITUCIONAL

**SEGUNDO.** Que, si bien la Constitución no consigna expresamente cuál debe ser el contenido de una sentencia, tal como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura, el estándar requerido por la Carta Fundamental puede ser inferido del tenor y de la aplicación conjunta y sistemática de diversos preceptos constitucionales, en cuanto se ordenan a asegurar -con igualdad entre las partes- el respeto del derecho a un procedimiento racional y justo;

**TERCERO.** Que, en efecto, ese estándar se deduce de la Constitución, comenzando por su artículo 6°, al prescribir que los órganos del Estado y toda persona, institución o grupo deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, dentro de las cuales se encuentran las que reglan los procedimientos, ya sean administrativos o judiciales (c. 5°, Rol N° 2.034), a fin de evitar que cualquier decisión contraria lesione los derechos de los justiciables.

Por su parte, el inciso primero del artículo 7° sujeta específicamente a los órganos del Estado al principio de juridicidad, en cuanto sus actuaciones son válidas sólo si quienes los integran han sido investidos regularmente, las realizan dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, requisito este último que debe entenderse referido también a las normas procesales aplicables que requieren cumplir con las condiciones y contenido de las sentencias que garanticen el respeto de los derechos constitucionales ya aludidos, asegurados en el artículo 19 N° 3° de la Carta Fundamental. El inciso final de dicho artículo previene que la contravención de este principio base de nuestro Estado de Derecho se sancionará con la nulidad, lo que en el ámbito judicial se manifiesta, especialmente, a través de los recursos de casación y nulidad.

En fin, el artículo 76 de la Constitución alude explícitamente al “contenido” de las resoluciones judiciales y lo hace para salvaguardar el principio de independencia de los tribunales;

**CUARTO.** Que, por último, el artículo 19 N° 3° prescribe que, para garantizar a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, las sentencias deben fundarse en un proceso previo legalmente tramitado reservando al legislador establecer *siempre* las garantías de un justo y racional procedimiento, lo cual debe entenderse no sólo en el sentido de toda ocasión u oportunidad, sino de la amplitud o extensión con que se regule cualquier procedimiento judicial o administrativo; y, asimismo, dichas garantías deben orientarse a hacer efectiva la cautela de los derechos y la racionalidad del procedimiento, entre cuyos elementos resulta primordial que en los procedimientos judiciales se realicen aquellas diligencias



probatorias cuya omisión causaría indefensión a la parte y que los pronunciamientos que en ellos se dicten contemplen los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión que satisfaga ese derecho constitucional y los medios procesales para velar por su cumplimiento;

**QUINTO.** Que, de este modo, es connatural al ejercicio de la jurisdicción e ineludible, por ende, para el juzgador; a la vez que constituye un derecho para el justiciable, de tal manera que concreta la tutela judicial efectiva, que las sentencias, sobre todo si son definitivas, se desenvuelvan conforme a las reglas legalmente dispuestas para cumplir a cabalidad con el procedimiento, especialmente si se trata de diligencias probatorias esenciales, y que contengan cuanto sea necesario para dotar de certeza y racionalidad lo que en ellas se decide, incluyendo, por cierto, los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa la decisión judicial, como será la valoración de la prueba rendida, sin que aparezca basamento constitucional para distinguir tampoco según la instancia en que la sentencia fue dictada;

## II. RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA

**SEXTO.** Que, es esencial recordar que el reconocimiento del derecho al recurso, como componente del procedimiento racional y justo, no significa que se consagre necesariamente el recurso de apelación ni tampoco es el derecho absoluto a recursos específicos deseados por la parte, como podría ser el de casación en la forma (Ver, en dichos sentidos, STC roles 1432, cc. 12° y 14°; 1443, cc. 13° y 17°; 1876, c. 24°; 1907, c. 51°; 2323, cc. 23° y 25°; 2354, cc. 23° y 25° y 2452, c. 16°). En consecuencia, cuando el diseño legislativo considere otros medios para corregir el vicio en el procedimiento, o bien exista una razón objetiva para limitar o suprimir el acceso a la casación en la forma en un procedimiento especial, no habrá inconstitucionalidad (en este sentido, ver sentencias Roles 2677-14, c. 9° y 2529-13, c. 7°). Por otra parte, si se trata de un recurso de derecho estricto, por definición obedecerá a causales restringidas y su procedencia estará sujeta a norma legal habilitante y solamente por las causales que expresamente señala la ley (artículo 764 del Código de Procedimiento Civil), sea que se trate de infracciones formales (artículo 768 del mismo Código) o de vicios sustantivos cuando una sentencia se ha pronunciado con infracción de ley, habiendo influido ésta substancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 767 del mismo Código) (en este sentido ver STC 4397-18, c. 11°, del voto en contra). Así, debe formularse la siguiente pregunta: ¿tienen las partes, en aplicación de las normas impugnadas, garantías recursivas efectivas de un procedimiento racional y justo que les permita enfrentar una situación de infracción a derecho, sin generar la indefensión frente al juzgador?

**SÉPTIMO.** Que, por su parte y en relación específica al recurso de casación en la forma, ha sido conceptualizado como *“el acto jurídico procesal de la parte agraviada destinado a obtener del Tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia, por haber sido pronunciada por el Tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales o emanar*



de un procedimiento viciado al haberse omitido las formalidades esenciales que la ley establece” (Mario Mosquera Ruiz y Cristián Maturana Miquel: *Los Recursos Procesales*, Ed. Jurídica de Chile, 2ª Edición, 2012, p. 245), de lo cual se sigue que, detrás del ejercicio de este medio de impugnación, se encuentra el legítimo derecho a obtener una sentencia que dé pleno cumplimiento a los requisitos que el legislador ha estimado como inherentes a un proceso jurisdiccional, como por ejemplo los previstos en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, estructurado de modo conforme con las garantías constitucionales aseguradas a todo aquel que recurre a la decisión de los Tribunales de Justicia;

### 1. Antecedentes de la Limitación Legislativa contenida en el Artículo 768

**OCTAVO.** Que, cabe tener presente que el texto original del Código de Procedimiento Civil, de 1902, concedía el recurso de casación “*en jeneral*” contra toda sentencia definitiva, incluso por la causal que en el requerimiento de autos interesa. Sin embargo, fue la Ley N° 3.390, del año 1918, la que incorporó aquel inciso que excluye el recurso de casación en los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales (Rol N° 2.529, c. 6°);

**NOVENO.** Que, examinada la historia fidedigna de aquella reforma, desde la moción presentada por los senadores Luis Claro Solar y Alfredo Barros Errázuriz, se constata que tuvo por finalidad resolver una situación de suyo momentánea, pues buscaba “(...) normalizar el funcionamiento de la Corte de Casación, que se encuentra retardada en su despacho en términos que constituye una honda perturbación para el ejercicio de todos los derechos i para la administración de justicia en general (...)” (Informe de la Comisión de Lejislación y Justicia del Senado, 24 de julio de 1916).

### 2. Situación Posterior

**DÉCIMO.** Que, desde entonces, sucesivas leyes han dispuesto que gran variedad de controversias se sustancien conforme a procedimientos especiales, para la pronta y cumplida administración de justicia, inspiradas en el sano designio de suprimir o agilizar los trámites más dilatados y engorrosos de un juicio de lato conocimiento u ordinario, de lo cual, empero, no se puede colegir que cabe excluir - *per se* y a todo evento- el recurso de nulidad o que quede coartado el acceso a la casación (c. 7°, Rol N° 2.529).

**UNDÉCIMO.** Que, adicionalmente, cabe considerar que estas leyes especiales -entre las cuales se encuentra el Decreto Ley N° 2.186 sobre expropiaciones- suelen regular procedimientos para resolver conflictos surgidos con motivo de asuntos complejos, como son los que se generan en torno de la preceptiva legal sobre expropiaciones, de manera que “[e]l fundamento del recurso de casación en estos juicios



*regidos por leyes especiales es que en forma creciente se han ido estableciendo procedimientos en leyes especiales, por ejemplo, reclamos contra resoluciones del Banco Central, la Superintendencia de Valores y Seguros, resoluciones de alcaldes o concejos municipales, etc.”* (Juan Agustín Figueroa Yávar y Erika Alicia Morgado San Martín: *Recursos Procesales Civiles y Cosa Juzgada*, Legal Publishing y Thomson Reuters, 2014, 121), donde la exigencia de fundamentación adquiere singular trascendencia;

### 3. Consecuencias para los Derechos Fundamentales

**DUODÉCIMO.** Que, desde luego, no resulta posible sostener constitucionalmente que las sentencias, dictadas en cualquier instancia, recaídas en juicios regulados por leyes especiales, sólo por hallarse previstos allí, no deban ser respetuosas de la ritualidad procedimental, en particular cuando se trata de diligencias probatorias cuya omisión cause indefensión, ni contener los fundamentos de hecho y de derecho que las justifiquen, dando sustento a la decisión, a la par que se vuelve imperativo, para que el acatamiento de una y otra exigencia se verifique realmente en la práctica, que existan medios eficaces para que el agraviado pueda impetrar su cumplimiento, permitiendo al Tribunal Superior competente que examine y se pronuncie respecto de ese reproche;

**DECIMOTERCERO.** Que, si el artículo 170 N° 4° del Código de Procedimiento Civil establece, como disposición común a todo procedimiento, la obligación ineludible de incorporar las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia y, por su parte, el artículo 795 N° 4° señala que son diligencias o trámites esenciales la práctica de las diligencias probatorias cuya omisión pueda causar indefensión, no se ve razón ni lógica alguna para que un recurso como el de casación en la forma, destinado a proteger precisamente esos bienes jurídicos fundamentales, originalmente establecido con carácter general, se haya restringido en los términos dispuestos por el inciso segundo del artículo 768 y que, más aún, esta restricción subsista, a pesar que son complejos y relevantes los asuntos que se sujetan hoy a procedimientos previstos en leyes especiales para los procesos regidos por el Decreto Ley N° 2.186.

No se condice, por ende, la restricción introducida en 1918 al Código de Procedimiento Civil con la trascendencia y complejidad de las materias reguladas, por mandato de la Carta Fundamental, en este último cuerpo legal;

**DECIMOCUARTO.** Que, por ende, no aparece justificado, entonces, que se restrinja la procedencia del recurso de casación en la forma -limitando de paso la competencia de los Tribunales Superiores que deberían conocer de él- y, de este modo, se excluyan (ni siquiera parcialmente) causales destinadas a corregir vicios del procedimiento o que se encuentran contenidos en la sentencia;



#### 4. Insuficiencia de la Declaración de Admisibilidad y del Recurso de Apelación

**DECIMOQUINTO.** Que, la ausencia de un recurso anulatorio efectivo, en casos complejos o relevantes, arriesga dejar indemnes infracciones que son graves a la luz de la Constitución, con menoscabo injustificado de los afectados y del interés público comprometido, sin que sea suficiente, para alcanzar el estándar exigido por la Carta Fundamental, en primer lugar, sostener que, a pesar de lo preceptuado en el artículo 768 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago declaró admisible el recurso de casación en la forma deducido por la requirente, con lo cual habría perdido su carácter decisivo en la gestión pendiente, como lo hace notar el Consejo de Defensa del estado a fs. 190 de estos autos constitucionales;

**DECIMOSEXTO.** Que, desde luego, esa argumentación no resulta suficiente para disuadir a estos sentenciadores acerca de la aplicación inconstitucional que podría derivarse de lo dispuesto en el artículo 768 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, pues la sola declaración de admisibilidad, pronunciada, como se lee en la resolución del Tribunal de Alzada, “[a]tendido el mérito de los antecedentes, y cumpliéndose los presupuestos que establecen los artículos 766 y 781 del Código de Procedimiento Civil (...)” no impide que esa Magistratura, en definitiva, desestime el recurso de casación en la forma por la prohibición contenida en la norma impugnada, pues el examen de admisibilidad, previsto en el referido artículo 781, sólo le exige revisar si la sentencia objeto del recurso es de aquéllas contra las cuales lo concede la ley y si éste reúne los requisitos que establecen los artículos 772, inciso segundo, y 776, inciso primero, vale decir, que se encuentre patrocinado por abogado habilitado y si se ha interpuesto dentro de plazo;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que, más importante aún, desestimar el requerimiento de inaplicabilidad, fundándose en el pronunciamiento de admisibilidad del Tribunal de Alzada, haría aplicable la regla contenida en el artículo 768 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil -respecto de ambas partes, además- frente a una eventual impugnación ante la Excelentísima Corte Suprema, subsistiendo, entonces, que su aplicación *puede* resultar contraria a la Carta Fundamental;

**DECIMOCTAVO.** Que, por otra parte y en cuanto a que se contemplan otros recursos, como el de apelación, para hacer valer los vicios que se invocan en el recurso de casación en la forma, cabe considerar, en primer lugar, que se trata de medios que tienen finalidades diversas, más si se considera que, “[e]n nuestro medio la apelación tiene alcances limitados, puesto que -en principio- no admite la introducción de nuevas cuestiones controvertidas, y además porque la segunda instancia en nuestro medio es básicamente una revisión, que permite a las partes una restringida producción de pruebas. Aunque la apelación en nuestro ordenamiento sea limitada, existe un deber del tribunal de segunda instancia de pronunciarse y fallar las cuestiones deducidas por el apelante como agravio del recurso, cuestión que no siempre se realiza, dejándose de fundamentar muchos



*aspectos que expresamente se incluyeron como puntos materia de la revisión (...)*" (Alejandro Romero Seguel: "Recurso de Casación Forma y Fondo. Materia Civil", *Revista Chilena de Derecho* Vol. 27 N° 3, 2000, p. 578), lo cual, en materia tributaria, queda confirmado por las modificaciones introducidas por la ya referida Ley N° 21.210.

Así las cosas, como se sostiene en la obra ya citada de los profesores Mosquera y Maturana (p. 36), el fundamento objetivo del legislador para establecer los recursos dentro del proceso "*no es otro que el error humano*" y agrega que ellos "*cumplen una función social, como sería velar por la justa composición del conflicto (...). Es así como es interés de la sociedad velar por el respeto del debido proceso de ley como derecho fundamental, lo cual se logra mediante los recursos de casación y nulidad*";

**DECIMONOVENO.** Que, por ello, no resulta suficiente paliativo que el vicio tenga que alegarse mediante otro arbitrio, cuya naturaleza y finalidad es diversa, sobre todo si las causales invocadas han sido específicamente incluidas por la propia ley como una de las hipótesis susceptibles de ser examinadas mediante el recurso de casación en la forma;

### III. ESPECIAL SITUACIÓN FRENTE A LA LEY ORGÁNICA DE EXPROPIACIONES

**VIGÉSIMO.** Que, en el caso concreto, el requirente de inaplicabilidad es el arrendatario del bien expropiado, debiendo tenerse presente que ello es para fines mercantiles, en el marco de un establecimiento de comercio localizado en el inmueble objeto del acto expropiatorio. En ese orden, a la luz del decreto ley N° 2.186, la expropiación se constituye como una institución de derecho público por la cual el Estado o sus organismos adquieren, por el ministerio de la ley, determinados bienes para dar satisfacción a los fines de necesidad o utilidad pública, resarciendo al dueño del inmueble a través de la indemnización correspondiente.

**VIGÉSIMO PRIMERO.** Que, como puede observarse en la historia del establecimiento de la Constitución y de la Ley Orgánica de procedimiento expropiatorio se señaló que la "*subcomisión, a la que se le encargó la redacción del inciso, tuvo presente que hay derechos de terceros que pueden hacerse valer o ejercitarse sobre la indemnización, como por ejemplo, el que tiene el acreedor que ha trabado un embargo sobre el bien objeto de la expropiación, con lo cual aquel no perjudica a esta última, porque hace valer su derecho, en realidad sobre el monto de la indemnización. Pero hay otros, que por su naturaleza, no tienen esas características, como por ejemplo el del arrendatario del bien expropiado, el del comodatario y otros derechos que pueden encontrarse en esta situación, cuyos titulares sufriendo un daño real y efectivo, no pueden ejercitarlos sobre la indemnización. En tal caso, es deber de la entidad expropiante indemnizar a esos terceros (...)*" (Ver en este sentido Comisión de Estudio de la nueva Constitución, sesión 265). En este sentido, para Ramiro Mendoza "*reconocida esa esencial diferencia con aquellos terceros que tienen derechos a pagarse sobre la indemnización correspondiente, pero dada la amplitud de la norma*



(...) se aceptó poner los resguardos que generan los apetitos abusivos que la norma pudiere generar, en el entendido del respeto fundamental a la propiedad de toda clase de derechos que el constituyente llamó a respetar y reparar en cuanto resultaren afectados, ese es el verdadero sentido del artículo 20 del Decreto Ley N° 2.186” (en este sentido ver a Mendoza Zúñiga, R., (1999) Indemnización a arrendatario de bien expropiado, en Revista chilena de Derecho (Vol. 26), p.p. 755-756).

**A. La noción jurídico mercantil de establecimiento de comercio, como universalidad jurídica diferente del inmueble y del conjunto de bienes que lo componen**

**VIGÉSIMO SEGUNDO.** Que, el elemento material de la empresa se compone de todos aquellos bienes que son destinados y organizados al fin de la empresa y que se ha denominado como “establecimiento de comercio, análogo a la “azienda” en la legislación italiana y al “fonds de commerce” en la legislación francesa (en este sentido ver a Carvajal Arenas, Lorena. (2017). LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL CHILENO Y SUS EJES. Revista chilena de derecho, 44(1), 83-106. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000100005>).

De esta forma, el establecimiento de comercio es un conjunto de bienes, que, conservando su esencia, se encuentran coligados y reunidos en razón del fin de la empresa, constituyendo una unidad funcional que solo se explica en virtud de su destinación comercial específica y concreta. Así siendo el “empresario” la persona que organiza la actividad de la empresa, el “establecimiento de comercio” es el elemento material sobre el que se ejecuta dicha actividad (en este sentido ver a Araya Escobar, C., (2004) La naturaleza jurídica de la empresa de responsabilidad limitada, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XXV) p. 22).

**VIGÉSIMO TERCERO.** Que, el establecimiento de comercio se compone por elementos tangibles e intangibles (propiedad comercial, propiedad industrial e intelectual, know how, etc), por cuanto es posible distinguir entre el inmueble arrendado y, el establecimiento de comercio en sí mismo, pues este último es una organización económica conformada por una universalidad de hecho que se compone de bienes de diferente naturaleza, materiales e inmateriales, muebles e inmuebles, vinculados por una finalidad mercantil.

En este sentido, cabe hacer presente que si bien la ley no ha definido en forma expresa qué son los establecimientos de comercio, sin embargo entrega elementos en diversas disposiciones que permiten comprenderlo (artículos 237, 369, 524 del Código de Comercio; artículo 444 del Código de Procedimiento Civil; artículos 64, 570, 861, 890 y 963 del Código Civil; artículo 8 letra f, del D.L N° 825 y el artículo 117 N° 3 y 220 de la Ley 20.720), la jurisprudencia si ha detallado su contenido:

“(…) que la figura del establecimiento de comercio supone la existencia de una organización económica encaminada en la circulación de la riqueza por medio del ejercicio de



*una determinada actividad comercial. Su capital se constituye por bienes corporales, tales como, el local, el mobiliario, máquinas, etc., y bienes incorporeales, como son la razón social o el nombre, patentes, modelos industriales, derecho de llaves, clientela, ubicación. Sus rasgos o particularidades, por ende, encasillan al establecimiento de comercio en el concepto de universalidad de hecho, vale decir, un bien de contenido jurídico independiente de los elementos materiales que lo componen y que, no obstante conservar su individualidad, forman un solo todo ordenado a la finalidad lucrativa que los enlaza” ( Ver en este sentido Sentencia Excelentísima Corte Suprema de 12 de noviembre del 2013, casación en el fondo sentencia de reemplazo, Raúl Estay Bekios con Eloísa Rodríguez Torrejón, Rol N° 9263-2012).*

**VIGÉSIMO CUARTO.** En la doctrina es posible observar que se destaca que el establecimiento de comercio carece de autonomía jurídica, ello dado que *“(…) su existencia y su contenido dependen de la voluntad de quien es su propietario; y se debe acudir a esa voluntad para determinar cuáles son los elementos que la componen cuando la misma constituye objeto de negocios jurídicos”* (ver en este sentido a Vivante, Cesare, Trattato di diritto commerciale, 5ª edición, Francesco Vallardi, Milano, 1929, N° 842).

**VIGÉSIMO QUINTO.** Que, respecto al derecho al local, la jurisprudencia ha señalado que *“9º como lo expone la defensa del enjuiciado no es lo mismo un establecimiento comercial que local comercial.*

*En efecto siguiendo las reglas del derecho comercial el establecimiento de comercio se compone de varios elementos: objetos corporales como el local ocupado, el material, la mercadería, estanterías, vitrinas, letreros, etc., y bienes incorporeales como son el crédito, la clientela, el nombre comercial, el derecho de llaves, el derecho al arriendo, la marca comercial, etc. Estos elementos tomados en conjunto forman una universalidad especial, un solo todo que constituye un bien incorporal y que se conoce como establecimiento de comercio y que puede ser negociado como algo distinto de las cosas corporales que en él entran.*

*El establecimiento de comercio o establecimiento comercial funciona en un local que no forma parte de él, pero si lo constituye el derecho a goce del inmueble, ya provenga este derecho de un usufructo, de un arrendamiento, etc., si el comerciante y el propietario del inmueble son una misma persona el derecho de goce del bien raíz emana del derecho de propiedad; el derecho al local no existe como elemento del establecimiento de comercio”* (en este sentido ver Sentencia Corte Suprema, de 23 de septiembre de 1991, recurso de queja, "Ana Schubert Rilling con Héctor Guillermo Jamasmiye Palacios", Rol N° 896-1991).

**VIGÉSIMO SEXTO.** Cabe concluir que el establecimiento de comercio es una realidad jurídico mercantil de tipo autónoma, por una parte, es una universalidad jurídica y por otra es un patrimonio de afectación, un conjunto de medios materiales e inmateriales destinado al desarrollo de un giro mercantil, de todo lo cual deriva una ineludible significación patrimonial. Al respecto, cabe tener presente que el numeral 24º del artículo 19 de la Constitución Política reconoce el derecho de propiedad *“en sus diversas especies”* y también *“sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales”,* de manera tal que en dicha noción amplia sin duda la Constitución



incluye el establecimiento de comercio, que al ser un patrimonio autónomo y de afectación, es diferente del derecho de propiedad sobre el bien inmueble.

**B. La evaluación del establecimiento de comercio, una cuestión compleja, en la cual la acreditación de las inversiones, flujos, utilidades y proyección de estas es esencial**

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.** Que, como se ha adelantado el establecimiento de comercio es una universalidad de hecho organizada por el empresario, con el objetivo de explotarla. Asimismo, es dable indicar que no tiene un régimen especial de transferencia y los bienes que lo componen, además, conservan su propia singularidad, de forma que la vinculación entre ellos es funcional y no material.

**VIGÉSIMO OCTAVO.** A reglón seguido, debe destacarse que el establecimiento de comercio, como se ha indicado previamente *“no se compone necesariamente de bienes de los cuales el empresario es dueño. Pueden integrarlo, también, bienes corporales o incorporales respecto de los cuales aquel detenta un título distinto, de carácter obligacional, que lo habilita simplemente para su goce o utilización con miras al fin empresarial propuesto”* (ver en este sentido a Jequier Lehuedé, Eduardo, Curso de derecho Comercial. Tomo I. Introducción al derecho Comercial (Vol 2, 2da edición) p. 14). Así, como ocurre en el caso sub lite, los bienes que le pertenecen como consecuencia del establecimiento de comercio, se encuentran vinculados obligacionalmente al funcionamiento de dicho establecimiento, por cuanto le permite el goce de los restantes bienes respecto de dicho establecimiento.

**VIGÉSIMO NOVENO.** Que, en el sentido de lo expresado precedentemente, la expropiación se manifiesta en una doble faz, es decir, como un poder de la administración y como una garantía a los administrados que son expropiados, de esta forma, los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández señalan que *“(…) Podemos así distinguir en el seno de la misma institución una potestad expropiatoria y una garantía patrimonial. La primera es una potestad administrativa característica de la clase de las potestades innovativas, dotada de una especial energía y gravedad, la de sacrificar situaciones patrimoniales privadas. La garantía del particular, que, como es lo común en todas las instituciones de Derecho Administrativo, balancea y contrapesa esa potestad de la Administración, hace valer, primero, los límites y condiciones de la tal potestad, que diseñan el negativo de un sistema activo de protección correlativo; y, en segundo término, y de manera especial, reduce esa potestad a su efecto mínimo de desapoderamiento específico del objeto expropiado, pero sin implicar el empeoramiento patrimonial de su valor, que ha de restablecerse con la indemnización expropiatoria; y aun todavía, y finalmente, hace pender permanentemente sobre la expropiación consumada la efectividad de su causa para resolver aquella cuando ésta cesa”* (GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 205 y 206). En este sentido, sin perjuicio que se trate de un establecimiento de comercio, al verificarse el detrimento de los derechos de los cuales es titular el



requirente, nos llama a reflexionar acerca de la configuración legislativa de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses específicos de dicho arrendatario, la cual en el caso sub lite se ve cercenada, pues, por aplicación del precepto cuestionado, no puede conocer el tribunal de casación correspondiente de las alegaciones de vicios *in procedendo* respecto del legítimo ejercicio del derecho a la prueba de tales derechos e intereses.

**TRIGÉSIMO.** Que, los principios de equidad, igualdad y justicia redistributiva configuran el deber indemnizatorio del Estado, para reestablecer el equilibrio ante las cargas de la Administración, cuestión que únicamente se satisface mediante la acción reparadora integral del Estado, por lo cual resalta la importancia de la determinación del daño, el que deberá ser cierto, directo, personal y causado por la privación patrimonial que la expropiación para el comporta, los que deberán ser comprobados por el juez del fondo a través de los medios de prueba que sean ofrecidos por las partes.

**TRIGÉSIMO PRIMERO.** Que ni el Código de Comercio ni el decreto ley N° 2186 determinan elementos de derecho sustantivo ni de hecho para avaluar un establecimiento de comercio en función de los derechos de quienes deban soportar un acto expropiatorio, por lo que es indudablemente una cuestión de hecho que deberá ser probada en juicio, por los medios de prueba que sean idóneos y suficientes.

**C. Los efectos sobre terceros de la expropiación del inmueble en que se encuentra el establecimiento de comercio, de acuerdo con lo previsto en el D.L. N° 2186**

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.** Que, la doctrina uniformemente ha señalado que el expropiado es a quien se le priva de su derecho de propiedad, es decir, el titular del derecho de dominio sobre el objeto a expropiar. De esta forma, el expropiado posee la condición determinada por su relación con el objeto de la expropiación (ver en este sentido a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo II. (Navarra, Thomson Reuters, 2013), p. 236).

**TRIGÉSIMO TERCERO.** Así, tenemos una expropiación que causaría daño patrimonial efectivo y acreditable al arrendatario, quien detenta el establecimiento de comercio, del cual es propietario, dominio sobre este bien mercantil que se extingue por la expropiación al ser arrendatario. El decreto ley 2.186, contempla varios aspectos al respecto de los arrendamientos: se termina de pleno derecho por la expropiación, existe derecho a que comparezcan y hagan efectivos sus derechos, sobre el precio, más no se establece directamente respecto del establecimiento de comercio entendido como universalidad jurídica diferente del inmueble en que se sitúa. Cabe mencionar que esta cuestión, sin perjuicio de llamar la atención a esta Magistratura, no fue cuestionado en autos, por cuanto no corresponderá realizar un mayor desarrollo.



**TRIGÉSIMO CUARTO.** Que, en lo relativo al ejercicio legítimo del derecho a la prueba respecto de la afectación patrimonial alegada por el arrendatario titular del establecimiento de comercio a causa del acto expropiatorio, se constata que en la gestión de fondo sería absurda la prueba confesional del Presidente de la República o del Presidente del Consejo de Defensa del Estado, en tanto representantes de la contraparte del reclamante. A su vez, dado que el establecimiento de comercio valdría algo más de 2 Unidades Tributarias mensuales, la prueba de testigos sería de cuestionable admisibilidad y eficacia. Igualmente, los documentos no podrían dar cuenta de todo lo necesario para determinar el conjunto de medios materiales e inmateriales que componen el establecimiento de comercio ni menos para determinar su valor. Así, es por ello que se señala que el peritaje se configuraría como la única probanza completa, idónea y eficaz en nuestro sistema de prueba legal tasada y en el marco de una legislación mercantil que no detalla cuáles serían los elementos componentes ni tampoco los factores de valuación del establecimiento en el caso específico.

**TRIGÉSIMO QUINTO.** Que, de esta forma siendo reconocida por el decreto ley N° 2.186, la comparecencia del arrendatario y siendo su perjuicio alegado la pérdida de un establecimiento de comercio y sus utilidades, en clave constitucional tendría todo el derecho a ser oído en la gestión, a ejercer sus acciones y a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, incluyendo el derecho a defensa y el derecho a ser resarcido de los perjuicios patrimoniales que pueda probar como derivados de una expropiación que afecta su propiedad sobre el establecimiento de comercio, amparada por el numeral 24° del artículo 19 de la Constitución Política.

**TRIGÉSIMO SEXTO.** Que, desde esa perspectiva debe entenderse que en la gestión pendiente se interpone un recurso de casación en la forma por omisión de un trámite esencial, el cual sería el peritaje en comento, sin el cual se alega que sería imposible acreditar el perjuicio patrimonial alegado, haciendo uso iluso y carente de contenido y eficacia el derecho a defensa del arrendatario en el caso concreto. Así, si ello era o no un trámite esencial es una cuestión que deberá ser ponderada en el caso concreto por el tribunal que conocerá y resolverá la gestión pendiente, declarada la inaplicabilidad de la norma que lo impide al limitar el recurso de casación en la forma.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.** En el caso concreto el motivo de casación en la forma alegado es la omisión de un trámite esencial es un vicio *in procedendo*, más no un vicio *in iudicando*, motivo por el cual no se encuentra cubierto por lo que se pudiere alegar respecto de la sentencia definitiva en una apelación de la misma ni tampoco por lo que se pudiese formular respecto de la errada aplicación o interpretación de la ley decisoria Litis en la sentencia por medio de una eventual casación en el fondo, siendo solamente el recurso de casación en la forma la vía idónea y eficaz para reclamar la posible concurrencia de dicho vicio, mas al estar regida por leyes especiales la gestión pendiente, esa casación en la forma por tal causal es improcedente, vulnerándose el



derecho a defensa y a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos al cercenarse la casación en la forma en el caso concreto. Debe tenerse presente que lo que se discute en el caso de marras dice relación con la posibilidad de que el requirente pueda impetrar el Recurso de casación como consecuencia de la supuesta falta de algún trámite o diligencia esencial, en conformidad al inciso primero numeral 9° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en el contexto de un procedimiento “especial”, de aquellos establecidos por el artículo 766 del Código de Procedimiento Civil -cuestión que en lo relativo a la admisibilidad y fondo de la alegación deberá ser resuelta por Tribunal de casación-, a propósito de la valoración de la prueba pericial para la acreditación del daño patrimonial efectivamente causado (como consta a fs 09), de esta forma el requirente no intenta impugnar el quantum de la indemnización, pues en dicho caso se estaría ante la hipótesis de un vicio *in iudicando*, que podría ser subsanado mediante los demás medios de impugnación previstos por el legislador.

#### **IV. APLICACIÓN A LA GESTIÓN PENDIENTE. DE LA INFRACCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ALEGADA POR LA RECURRENTE**

**TRIGÉSIMO OCTAVO.** Que, en este caso y conforme al planteamiento de la requirente, los vicios en que habría incurrido la sentencia de primera instancia y respecto de los cuales no procede el recurso de casación en la forma, dicen relación con haberse omitido un trámite probatorio esencial, causándole indefensión y con la alegación de falta de fundamentos de hecho y de derecho de que adolecería la sentencia dictada al no haber ponderado la prueba rendida.

**TRIGÉSIMO NOVENO.** Que, se ha venido reiterando la jurisprudencia de esta Magistratura que ha declarado que el inciso segundo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil infringe la garantía de igualdad ante la ley procesal, recogida en los números 2° y 3° del artículo 19 constitucional, dado que -discriminatoriamente- niega a unos justiciables, por sólo quedar afectados a procedimientos previstos en leyes especiales, el mismo recurso de interés general del cual disponen todos quienes están sujetos a los que contempla el Código de Procedimiento Civil.

Se ha planteado, asimismo, que no se advierte claramente una finalidad intrínsecamente legítima en el precepto cuestionado, al impedir que los fallos recaídos en los juicios regidos por leyes especiales puedan ser objeto de casación por ciertas causales. Ningún fundamento racional aparece en la citada restricción y no se divisa la razón para privar al litigante de un juicio determinado del mismo derecho que le asiste a cualquier otro en la generalidad de los asuntos (Rol N° 1.373, c. 19°), como tampoco aparece esa justificación en el caso de autos.

Tanto como se consideró que dicha norma quebranta el derecho a un juicio justo y racional, al privar al afectado -por una sentencia que reclama viciada- del instrumento naturalmente llamado a corregir el vicio, amén de no contemplar otra vía



de impugnación suficientemente idónea que asegure un debido proceso y la concesión de tutela judicial efectiva (Rol N° 1.373, c. 13° y 17°).

**CUADRAGÉSIMO.** Que, los justiciables sometidos al Código de Procedimiento Civil, por una parte, frente al requirente, de otra, sujeto a un procedimiento previsto en una ley especial, como es la Ley Orgánica de Expropiaciones en este caso, son tratados de manera diversa, por efecto de la aplicación de los preceptos legales impugnados, sin que se vislumbre una conexión racional lógica para la diferencia así establecida ni un supuesto fin de interés público que la sustente.

En otras palabras, no se aprecia una justificación razonable para la discriminación que provoca la aplicación del precepto impugnado, deviniendo la misma en arbitraria;

**CUADRAGÉSIMO PRIMERO.** Que, como se ha explicado, la discriminación arbitraria del legislador en atención, específicamente, a las características del asunto controvertido, resulta aún más patente si el foco de análisis se centra en la razón (o la ausencia de ésta) de por qué, habiéndose admitido la procedencia del recurso de casación en un caso, se restringen las causales cuya carencia se reprocha en otro. Por mucho que se alegue la existencia, en materias procedimentales, de un amplio margen de acción abierto al legislador, no alcanza para dotarlo de inmunidad frente a la Constitución, desde que -para sostener la diferenciación descrita- ni siquiera es posible enarbolar una justificación (aún débil) para la misma;

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.** Que, en definitiva, no se divisa la razón que justifique la procedencia del recurso de casación en la forma en el procedimiento ordinario y, en cambio, su exclusión en procedimientos regidos por leyes especiales donde, en la actualidad, se discuten asuntos tanto o más relevantes y complejos que en sede común, como ocurre, precisamente, con los que se plantean en materia de expropiaciones. Más aún, si, incluso con la lógica y fundamento tenido en vista por el legislador en 1918, la decisión no fue excluir íntegramente el recurso de casación en la forma, sino sólo respecto de ciertas y precisas causales o, incluso, limitarlo nada más que parcialmente en algunas de ellas.

Siendo así, el amplio margen que cabe reconocer a la ley en materias procedimentales no alcanza, en consecuencia, a cubrir una definición legislativa como la que contempla el artículo 768 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil;

**CUADRAGÉSIMO TERCERO.** Que, así las cosas, aplicar el precepto legal impugnado en la gestión pendiente no se condice con el imperativo que le asiste al legislador, por mandato de la Constitución (artículo 19 N° 3°), de allanar el acceso a un recurso útil, o sea, idóneo y eficaz, en las circunstancias anotadas, motivo por el cual se acogerá el presente requerimiento. Teniendo además en cuenta el criterio sostenido en diversas ocasiones por este Tribunal, en orden a que los preceptos de excepción contenidos en una ley, en cuanto sustraen de cierta normativa general a



personas o situaciones determinadas, produciéndoles menoscabo y sin fundamento o justificación, importa incurrir en una diferencia arbitraria y que es, por ende, contraria a la Constitución (artículo 19 N° 2° inciso segundo), como en este caso ocurre (c. 12°, Rol N° 2.529);

**CUADRAGÉSIMO CUARTO.** En el sentido de lo expuesto, cabe hacer presente desde ya que la declaración de la inaplicabilidad del precepto impugnado no significa necesaria, ni menos automáticamente que la casación de forma vaya a ser acogida, sino simplemente implica que inaplicada la norma especial y limitativa, el tribunal de la gestión se rige por las normas comunes pre existentes de plenas atribuciones para conocer y fallar el recurso, sin que este tribunal cree un recurso nuevo, pues es la misma casación en la forma existente en el Código de Procedimiento Civil desde su dictación, con sus posteriores modificaciones vigentes al día de hoy, promulgadas y publicadas con anterioridad al presente proceso de inaplicabilidad.

**CUADRAGÉSIMO QUINTO.** Que, no obsta a lo expresado que en el caso concreto el recurso de casación haya sido declarado admisible, pues aún puede ser rechazado sin pronunciamiento sobre el fondo del mismo, al no ser susceptible de el en la resolución recurrida, por lo que la pertinencia de la declaración de inaplicabilidad no ha desaparecido.

**CUADRAGÉSIMO SEXTO.** Que, por último, conviene prevenir que, al pronunciarnos favorablemente al requerimiento por las razones expuestas, resulta innecesario examinar las demás alegaciones de inconstitucionalidad sostenidas en el requerimiento y que, con esta decisión, los Ministros que suscribimos no estamos creando un recurso inexistente, puesto que -en lógica- al eliminarse una excepción sólo retoma vigencia la regla general, cual es que la casación en la forma se abre para la totalidad de las causales en que está llamada a regir, sin exclusión, según la preceptiva vigente.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

- I. QUE SE **ACOGE** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, DECLARÁNDOSE LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 768, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, EN EL PROCESO ROL V-364-2017, SEGUIDO ANTE EL VIGESIMOTERCER JUZGADO DE LETRAS



EN LO CIVIL DE SANTIAGO, EN ACTUAL CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, POR RECURSOS DE CASACIÓN EN LA FORMA Y APELACIÓN, BAJO EL ROL N° 3773-2020. OFÍCIESE.

II. **ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

### DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO Y NELSON POZO SILVA, Y de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, quienes estuvieron por **rechazar** el requerimiento, por las siguientes razones:

#### I.- MÉTODO Y CONTENIDO

1°. Que, para el estudio particular de la casación, debemos recurrir a un doble ángulo en el análisis de la institución y del derecho al recurso.

“Como veremos después el análisis de las causales de nulidad de las sentencias está en íntimo ligamen con los motivos del recurso de casación, sobre todo en lo atinente a la motivación de la sentencia. Ello es lógico porque su propia etimología la casación, en su aspecto más esencial, como recurso tiende a romper, quebrar –“casser”- la sentencia.” (Fernando de la Rúa, El recurso de casación, Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos, 1968, p. 11);

2°. En términos generales la naturaleza, los fundamentos y los objetivos del recurso de casación implican que solo se puede controlar la aplicación por el Tribunal de casación en la sentencia del derecho sustantivo o procesal, examinando la correcta obediencia a sus preceptos en los casos concretos.

No debemos obviar que el parámetro es definir la naturaleza de la casación y acerca de una clásica cuestión polémica: *ius constitutionis* o interés general versus *ius litigatoris* o intereses individuales o particulares. El origen de la casación está presente en el arbitrio solicitado en estos autos constitucionales y tienen un interés político y general. La genuina casación nace en Francia en 1790, con el ingenuo convencimiento revolucionario de la plenitud de la ley positiva y con el decidido propósito de impedir que los jueces inapliquen las leyes, las inventen o las modifiquen. Es, originalmente un instrumento político, no jurisdiccional, de unos dogmas políticos, de entre los que destaca, además de la ya dicha plenitud y perfección de la ley, el papel legislativo exclusivo de la Asamblea Nacional como encarnación de la soberanía de pueblo (Andrés de la Oliva Santos, Casación, Oralidad y Nuevo Proceso Civil, Ed. Jurídicas de Santiago, 2009, p. 51 ).



Por último, el denominado recurso que se solicita por el actor, su efectividad concreta depende, dado presupuestos y requisitos formales de índole legal, de la voluntad de las partes de un proceso y, en el caso concreto, de una parte, con gravamen, es decir, perjudicada por la resolución recurrida, en otras palabras, que ese instituto de la casación civil mira más bien al “ius litigatoris”;

## II.- CONSIDERACIONES GENERALES

3°. Que el requirente de autos impugna la aplicación del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, que señala *“En los negocios a que se refiere el inciso segundo del artículo 766 sólo podrá fundarse el recurso de casación en la forma en alguna de las causales indicadas en los números 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 7° y 8° de este artículo y también en el número 5° cuando se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido”* Lo anterior, en los autos sobre recursos de casación en la forma y recurso de apelación, ingresados bajo el Rol IC N° 3773-2020, de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, interpuestos en contra de la sentencia de primera instancia dictada por el 23° Juzgado Civil de Santiago, en la causa Rol V-364-2017, cuaderno incidental de reclamo en virtud de lo dispuesto en el artículo 20, del D.L. 2.186;

4°. Que, el reproche del requirente apunta a sostener que la aplicación del inciso impugnado del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, producirá efectos manifiestamente inconstitucionales, por cuanto la redacción actual de la norma no permite “solicitar la anulación, por casación en la forma, de aquellas sentencias pronunciadas en juicios especiales: a. Que hayan faltado a algún trámite o diligencia especial, en conformidad al inciso primero numeral 9°, del artículo 768, con relación al artículo 795, número 4°; b. Y de aquellas sentencias que hayan sido pronunciadas con omisión de los requisitos del artículo 170, del Código de Procedimiento Civil. A menos que se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido, causal del inciso 1, numeral 5°, del mismo 768, del Código de Procedimiento Civil”, lo que “transgrede el derecho al recurso como garantía del debido proceso, el derecho de la igualdad ante la ley, y la garantía de no afectación de un derecho en su esencia”, ya que “su redacción actual implica que, en los juicios regidos por leyes especiales, no sería posible impugnar la indefensión provocada por la negativa del tribunal de la instancia de acceder a la prueba pericial, trámite esencial para acreditar perjuicios y cuya negativa por el tribunal causa indefensión en conformidad al artículo 795, N° 4 en relación al N°9, del artículo 768, del Código de Procedimiento Civil , así como la falta de las consideraciones de hecho o derecho (causal N° 5, del artículo 768, del Código de Procedimiento Civil) respecto a la prueba rendida y no valorada, que no sería susceptible de recurso de casación en la forma, negándose el derecho a impugnar estos vicios de la misma forma que sí está disponible para juicios ordinario.”( Fojas 5 y 6 del expediente constitucional );



5°. Que, atendido lo expresado en la parte expositiva de esta sentencia, el requirente estima que la aplicación del inciso objetado del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en la gestión que pende ante la Corte Apelaciones, infringiría la garantía constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, numeral 2, de la Carta Fundamental); el derecho al debido proceso legalmente tramitado (artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Constitución); y la seguridad de los derechos en su esencia (artículo 19, N°26, de la Constitución Política);

6°. Que, antes de abordar cada una de las alegaciones deducidas por el requirente es útil reiterar la posición que los Ministros que suscriben este voto han sustentado reiteradamente en relación con la motivación de las sentencias. Ello, en la medida que la improcedencia del recurso de casación en la forma, por aplicación del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, en aquellos casos en que no se incluyen en la sentencia recurrida las consideraciones de hecho y de derecho en que se funda, constituye la médula de la impugnación que se ha formulado;

### III.- MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

7°. Que un aspecto que no ha suscitado debate y sobre el cual existe uniforme jurisprudencia de este Tribunal es que nuestra Constitución no consigna expresamente el deber de los jueces de fundamentar sus sentencias. Con todo, ese principio puede ser inferido de la aplicación conjunta y sistemática de diversos preceptos constitucionales como los contenidos en los artículos 6°, 7°, 8°, 19 N° 3°, inciso sexto, y 76. Estos preceptos constitucionales son, a su vez, desarrollados por nuestra legislación procesal en los más variados ámbitos (STC Rol N° 1373, cc. 8° y 9° y voto disidente de los Ministros Peña, Fernández y Carmona, c. 5°). Uno de ellos es, precisamente, la exigencia contenida en el artículo 170, N° 4° del Código de Procedimiento Civil, norma que no ha sido impugnada en autos;

8°. Que tampoco se encuentra controvertida la afirmación según la cual *“la motivación de la sentencia es connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio. Constituye, a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de un procedimiento racional y justo (...).”* (STC Rol N° 1373, c. 15°);

9°. Que, por tanto, no está en discusión que las sentencias deben motivarse como una forma de evitar la arbitrariedad judicial permitiendo el control de sus contenidos a través de los recursos que franquea la ley.

Sin embargo, y como sostuvo el voto disidente recaído en la sentencia Rol N° 2034, *“es necesario, por una parte, distinguir el deber de fundamentación de las sentencias, de la garantía de poder solicitar la revisión de éstas por un tribunal superior. La fundamentación de las sentencias no exige que proceda un recurso determinado y se reconoce a nivel legal en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que -reiteramos- no ha sido impugnado en estos autos. Por otra parte, es necesario distinguir el derecho a la impugnación de las sentencias*



(“derecho al recurso”), que integra la garantía del debido proceso, de un supuesto derecho a un recurso en concreto (...).” (Considerando 12°);

#### IV.- DERECHO AL RECURSO Y DEBIDO PROCESO LEGAL

10°. Que este Tribunal, luego de recordar los antecedentes remotos del derecho al debido proceso legal, ha sostenido que “*ni en la dogmática jurídica ni en los textos positivos -nacionales, internacionales y comparados- existe un elenco taxativo de componentes formalmente definidos como requisitos del debido proceso, aplicables a todo posible contencioso judicial, cualquiera sea su naturaleza, como “numerus clausus”. Más bien, se ha tendido a exigir elementos mínimos, con variaciones en ciertos componentes según la naturaleza específica del proceso de que se trate.*” (STC Rol N° 2723, c. 7°).

Con todo, precisando, que “*El derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la CPR asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores.*” (STC roles N°s 478, c. 14°; 576, cc. 41° a 43°; 1307, cc. 20° a 22°, 2111, c. 22; 2133, c. 17° y 2657, c. 11°, entre otras). (Énfasis agregado);

11°. Que, asimismo, ha puntualizado que el reconocimiento del “derecho al recurso” como requisito del debido proceso, admite una serie de matices y precisiones. Así, de los antecedentes de la historia fidedigna de la Constitución vigente se hizo ver que, “como regla general”, se reconoce la facultad para interponer recursos, lo que de suyo implica la evidente constitucionalidad de algunas hipótesis de excepción en que tales recursos no van a ser admisibles o, simplemente, no existirán (STC Rol N° 2723, c. 10°).

En tal sentido, la ausencia de recursos puede ser constitucionalmente compensada por la jerarquía, integración, composición e intermediación del tribunal que conoce del asunto. Incluso más, cuando se reconoce legalmente el derecho al recurso, en el contexto señalado, menos existirá una exigencia constitucional respecto al tipo de recurso (STC Rol N° 2723, c. 11°);

12°. Que, por lo mismo, “*la exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso, depende de múltiples circunstancias sistémicas y de contexto procesal, o incluso concretas, y no configura un requisito de validez del juicio per se.*” (STC Rol N° 2723, c. 11°).

Es por ello que, como también se ha expresado, “*la garantía explícita del derecho al recurso sólo se asegura internacionalmente en materia penal, para el inculpado. Respecto de la materia civil o de cualquier otro carácter, sólo rige el estatuto general de ser juzgado por un*



*tribunal idóneo “con las debidas garantías”, de manera que la ausencia o falta de existencia o de acceso a un recurso existente puede ser compensada con la presencia o fortalecimiento de otras garantías. En suma, es un asunto que se remite a la competencia del legislador nacional.” (STC Rol N° 2723, c. 13°).*

*Así, no habrá inconstitucionalidad “cuando el diseño legal procesal contemple otros medios para corregir el vicio en el procedimiento o si existe una razón objetiva para restringir o suprimir legalmente el acceso a la casación formal en un procedimiento especial (...). Últimamente se ha insistido en este predicamento en los roles 2677-14 y 2529-13, de este Tribunal Constitucional.” (STC Rol N° 2723, c. 28°).*

*Por su parte, se ha puntualizado que “Establecida la posibilidad de revisión, el legislador es libre para determinar el modo y los procedimientos para lograrla.” Expresado, en otros términos, “el legislador tiene discrecionalidad [que no es lo mismo que arbitrariedad] para establecer procedimientos en única o doble instancia en relación a la naturaleza del conflicto.” (STC Rol N° 2034, considerando 12° del voto disidente);*

**13°.** Que, por las razones explicadas, cabe reiterar que el reconocimiento del derecho al recurso, como componente del debido proceso legal, no significa que se consagre el derecho a recursos específicos como podría ser el recurso de “casación en la forma” (STC roles N°s 576, cc. 43° y 44°; 1432, cc. 12° y 14°; 1443, cc. 13° y 17°; 1876, c. 24°; 1907, c. 51°; 2323, cc. 23° y 25°; 2354, cc. 23° y 25° y 2452, c. 16°). Con mayor razón, cuando se trata de un recurso de derecho estricto que procede sólo en virtud de norma expresa y por las causales que expresamente señala la ley (artículo 764 del Código de Procedimiento Civil) y ya se trate de infracciones formales (artículo 768 del mismo Código) o de vicios de fondo cuando una sentencia se ha pronunciado con infracción de ley habiendo influido ésta substancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 767 del mismo Código).

Lo importante es que los justiciables gocen de garantías efectivas de un procedimiento racional y justo que asegure que no quedarán en una situación de indefensión frente a una eventual arbitrariedad en que incurra el juzgador;

**14°.** Que, en la situación que se analiza, el requirente cuenta con recursos para impugnar la sentencia de primera instancia que no comparte, aun cuando no pueda deducir el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia para que se pondere toda la prueba y se fundamente la forma en que se falla el asunto litigioso como pretende;

**15°.** Que la situación que se trae a conocimiento de esta Magistratura, se enmarca en un juicio sobre reclamación regido por una ley especial, el artículo 20, del DECRETO LEY. 2.186 que regula, en el caso concreto, el reclamo de un arrendatario del inmueble expropiado, quien pretende se le indemnice por causa de dicha expropiación. El artículo 20 de la norma citada, consagra el derecho de los arrendatarios, comodatarios o a otros terceros cuyos derechos se extingan por causa de expropiación de reclamar por la vía jurisdiccional, se les indemnice el daño



patrimonial efectivamente causado como consecuencia directa e inmediata de la expropiación, siempre que dicho daño no sea cargo del expropiado y no se pueda hacer valer sobre la indemnización provisional. El reclamo se tramita de acuerdo con el procedimiento incidental, según lo establece la misma norma legal del D.L. 2.186. Por tanto, el reclamo del arrendatario se enmarca en un procedimiento especial, regido por una ley particular;

16°. Que la actora constitucional dedujo conjuntamente recursos de casación en la forma y recurso de apelación; teniendo el recurso de apelación, como fundamento los mismos hechos que se hicieron valer para fundar el recurso de casación en la forma por la causal 9 y 5, del artículo 768, del Código de Procedimiento Civil. En ellos, el requirente impugna la sentencia por falta de apreciación y consideraciones sobre los hechos y, en especial, de la prueba rendida respecto de los mismos, con el objeto de obtener un nuevo fallo que le conceda su pretensión, por lo que en la especie el recurrente no ha sufrido perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo vía casación en la forma;

17°. Que, conforme a lo señalado, en cuanto al derecho al recurso, la reclamante no se encuentra privada de impugnar la sentencia de primera instancia, como efectivamente lo ha hecho a través de la presentación conjunta de un recurso de casación en la forma y apelación, los que ya han sido declarados admisibles;

18°. Que, en consecuencia, no puede sostenerse que, en la especie, el hecho de que el ordenamiento jurídico no permita al requirente interponer el recurso de casación en la forma por las causales aludidas lo coloque, necesariamente, en una situación de indefensión;

19°. Que, por las razones expresadas precedentemente, los Ministros que suscriben este voto no consideran que se afecte el debido proceso legal asegurado en el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución;

20°. Que, por otra parte, no resulta sustentable afirmar que al eliminarse una excepción (la improcedencia de la casación en la forma por falta de motivación en la sentencia) sólo retoma vigencia la regla general (la procedencia de la casación en la forma respecto de todas las causales contempladas en el inciso primero, del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil), conclusión a la que podría arribarse en caso de que este Tribunal dictase una sentencia acogiendo la acción deducida en estos autos.

A juicio de estos disidentes, tal razonamiento llevaría a crear un recurso allí donde el legislador no lo ha previsto en circunstancias que el rol del Tribunal Constitucional es, esencialmente, el de un "legislador negativo" con la sola excepción de las sentencias exhortativas que respetan la libertad del legislador en la creación de las leyes (Principio de deferencia al legislador ).

En otras palabras, el Tribunal Constitucional no está llamado a suplir lo que el legislador no ha hecho, sino que sólo a anular o dejar sin efecto el producto de la



obra legislativa que resulte contraria a la Constitución en su aplicación a un caso concreto cuando resuelve una acción de inaplicabilidad.

Este entendimiento, que resulta esencial y perfectamente acorde al principio de deferencia a la obra legislativa, es un resorte fundamental para el debido funcionamiento de la relojería propia del Estado de Derecho y, en particular, para el respeto a la competencia propia de cada órgano del Estado, como lo exige el artículo 7º, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

En consecuencia, si se sostuviera que, al no poder aplicar el juez de fondo la excepción contenida en el inciso segundo, del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en lo que dice relación con la limitación al recurso de casación en la forma en los juicios regidos por leyes especiales, obliga a retomar la vigencia de la regla general, se reemplaza la voluntad del legislador que -razonablemente- ha distinguido entre juicios ordinarios y especiales, transformando al Tribunal Constitucional en legislador positivo y en intérprete de la ley. Lo anterior, pese a la disposición expresa del artículo 3º del Código Civil según la cual "*Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.*" (Inciso primero);

#### V.- IGUAL PROTECCIÓN ANTE LA LEY

21º. Que, como se ha denotado en la parte expositiva, el requirente funda su solicitud de inaplicabilidad del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil en que las personas, en el marco de procedimientos ordinarios, pueden recurrir al tribunal superior para obtener la invalidación de una sentencia infundada, pero, por aplicación de la norma legal cuestionada, no pueden hacerlo quienes están sometidos a un juicio regido por leyes especiales, quienes se ven privados de su derecho a obtener la anulación de una sentencia carente de motivación. Considera que esta diferencia es arbitraria y carente de justificación razonable y que trae como consecuencia dejar en indefensión a la requirente.

Para efectos de determinar si existe una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19, N° 2º, de la Constitución Política, resulta pertinente determinar si el planteamiento formulado por el requirente importa aceptar que estamos frente a una discriminación arbitraria o carente de razonabilidad;

22º. Que ese escrutinio supone, en primer lugar, determinar cuál es el universo de aquellos que deben ser tratados como iguales y, en este sentido, sólo cabe desechar la argumentación planteada por el actor, pues el trato igual debe darse entre aquellos que se encuentran regidos por leyes especiales en relación a la tramitación de un procedimiento y no entre estos últimos y, los afectos a procedimientos ordinarios (iguales entre iguales);

23º. Que, efectivamente, dentro de la libertad de que goza el legislador para configurar los procedimientos -siempre que respete las exigencias de racionalidad y



justicia- puede dar un trato diverso a situaciones que, objetivamente, son disímiles, esto es, que por su propia naturaleza o por el tipo de interés comprometido, exijan una tramitación rápida y eficaz.

En este contexto, lo que resultaría irrazonable sería que, dentro del universo de aquellos que están afectos a procedimientos especiales e, incluso, al mismo procedimiento especial produjeran diferencias injustificadas;

24°. Que, por lo demás, la igualdad ante la ley no sólo se traduce en la interdicción de la arbitrariedad (artículo 19 N° 2°, inciso segundo, de la Constitución) sino que asegura también la generalidad y abstracción características de este tipo de normas (artículo 19 N° 2°, inciso primero, de la Constitución). Así, *“la importancia de la generalidad de una norma en materia procesal radica en el hecho de que se aplica a ambas partes del juicio, quienes se encuentran en la misma situación para interponer las impugnaciones, asegurándose de ese modo un principio primordial del procedimiento civil: la bilateralidad de la audiencia”*. (STC Rol N° 2034, c. 14° voto disidente).

De esta forma, no puede concluirse que existe infracción a la igual protección ante la ley, si ambas partes del proceso se encuentran privados de recurrir de casación en la forma por la causal contenida en el numeral 4° y 5°, de artículo 768;

25°.- Que, por los razonamientos expuestos, quienes suscriben este voto no divisan fundamentos con peso específico para estimar que la aplicación del artículo 768, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil a la gestión pendiente invocada, importe vulneración al derecho a la igualdad ante la ley asegurado en el numeral 2° del artículo 19 constitucional. En idéntico sentido, y por los mismos fundamentos, se descartará una infracción a la igualdad en el ejercicio de los derechos amparada por el inciso primero, del artículo 19, N°3, de la Ley Suprema;

## **VI.- PROTECCIÓN A LA ESENCIA DE LOS DERECHOS**

26°.- Que por las mismas razones que se han desarrollado en los considerandos anteriores, los disidentes no suscriben que la aplicación del precepto legal impugnado produzca una vulneración del “derecho a la seguridad jurídica” o protección a la esencia de los derechos asegurados en el artículo 19, N°26, de la Carta Fundamental;

## **VII.- CASO CONCRETO**

27°.- Que la base del interés casacional es sentar una doctrina autorizada sobre el tópico cuestionado, sin embargo, no es posible olvidar que el recurso de casación en la forma reviste la categoría de ser un recurso extraordinario, consistente en un acto jurídico de parte, destinado a la invalidación de sentencias judiciales, en virtud de haber sido dictada con omisión de requisitos legales o que son consecuencia de un procedimiento viciado.



En tal sentido es un recurso extraordinario, porque solo procede en aquellos casos y por las causales que la ley expresamente señala. Es una forma de hacer valer la nulidad procesal en Chile, es un recurso eminentemente formalista, de derecho estricto, lo cual significa que debe cumplir con requisitos y presupuestos que si no se cumplen conllevan la inadmisibilidad de recurso tanto ante el tribunal a quo, como ante el tribunal superior jerárquico, o sea, el tribunal ad quem. Es, además, un recurso eminentemente privado, de manera que puede ser renunciable, con la sola excepción como lo ha dicho la jurisprudencia de aquellos litigios ante árbitros arbitradores;

28°.- Que carece de fundamento lo expresado por el requirente en cuanto a que al existir una sentencia definitiva pronunciada sin consideraciones de hecho y de derecho no se habría respetado el conjunto de garantías aplicables a los procesos de expropiación, y , en concreto, el derecho a una indemnización del daño patrimonial causado, al impedirle, el inciso segundo del artículo 768, del Código de Procedimiento Civil, que en este procedimiento de reclamación del arrendatario del artículo 20, del D.L. 2.186 se satisfaga el derecho a ser reparado del daño patrimonial. Ello por cuanto la circunstancia de que se hayan deducido de forma conjunta recursos de casación en la forma y de apelación, basados en los mismos argumentos, evidencia que ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, se producirá en la praxis la discusión sobre si la suma determinada por el Tribunal representa o no el daño efectivamente causado;

29°.- Que, a mayor abundamiento, si bien, el actor constitucional basa sus recursos en los mismos antecedentes y casi las mismas perspectivas, en lo fáctico, su propósito es que la sentencia impugnada sea revisada, lo que será conocido y resuelto por el tribunal de segunda instancia, dado que con fecha 9 de junio de 2020, ambos recursos fueron declarados admisibles;

## VIII.- CONCLUSIÓN

30°.- Que, por los razonamientos señalados precedentemente, carece de sustento jurídico el requerimiento deducido a fojas 1 y siguientes.

## PREVENCIONES

**La Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO formula prevención al voto de rechazo por las siguientes consideraciones:**

1°. En numerosas sentencias esta Magistratura ha sostenido que el reconocimiento al “derecho al recurso”, como requisito del debido proceso, admite una serie de matices y precisiones, desde que la ausencia de recursos puede ser constitucionalmente compensada por la jerarquía, integración, composición e inmediatez del tribunal que conoce del asunto. Es así como ha señalado que “ la



*exigencia constitucional del derecho al recurso como componente del debido proceso, depende de múltiples circunstancias sistemáticas y de contexto procesal, o incluso concretas, y no configura un requisito de validez del juicio per se” y que, en causas civiles o especiales, como es la que recae en la gestión judicial pendiente de autos, “solo rige el estatuto general de ser juzgado por un tribunal idóneo “con las debidas garantías”, de manera que la ausencia o falta de existencia o de acceso a un recurso existente puede ser compensada con la presencia o fortalecimiento de otras garantías. En suma, es un asunto que se remite a la competencia del legislador nacional” (STC Rol N° 2723, considerandos 11° y 13°).*

2°. Para ajustarse a las exigencias constitucionales, el legislador debe asegurar que quienes son sometidos a juicio gocen de garantías efectivas de un procedimiento racional y justo a fin de que no se encuentren en una situación de indefensión frente a una eventual arbitrariedad en que pueda incurrir el juez.

3°. Por lo anterior, la carencia de un medio de impugnación puede suponer una contradicción con la garantía constitucional de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, de un justo y racional procedimiento y de una tutela judicial efectiva si se impide que, por su intermedio, se pueda revisar el fallo cuestionado y no exista ninguna otra forma de corregir vicios de procedimiento de “*tal envergadura que sean connaturales a la jurisdicción esencial y afecten el fundamento mismo de su ejercicio*” (STC Rol N° 2798, c. 32°), como ocurre, por ejemplo, cuando hay ausencia de motivación de la sentencia o durante el proceso se impide la aportación de las pruebas existiendo hechos sustanciales y controvertidos.

4°. En la causa que motiva esta acción de inaplicabilidad, el requirente dedujo, además del recurso de casación en la forma, recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, cuyos argumentos se han sustentado en base a similares alegaciones a las vertidas en el primer recurso.

5°. En efecto, de acuerdo al mismo requirente, interpuso incidente general solicitando una indemnización a título de lucro cesante por la suma de UF 51.160 o la suma que el tribunal determine conforme a las probanzas, lo que fue rechazado por sentencia del 27 de febrero de 2020. En el recurso de casación en la forma, en primer lugar, se invoca la causal del artículo N° 9 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 795 N° 4 del mismo cuerpo legal, para señalar que se le privó de la prueba consistente en el informe pericial que solicitó dentro del plazo del término probatorio. En segundo lugar, el recurso de casación en la forma se funda en el N° 5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 N° 4 del Código del mismo ramo, sosteniendo que la sentencia no efectúa la apreciación de la prueba documental, consistente en el documento denominado “Valoración Económica Activo Comercial Pre y Post Expropiación, Manuel Antonio Matta 1.000 – Quilicura”, ni de la prueba testimonial en relación a los testigos Santiago Ricardo Lineros Morenos y René Andrés Díaz Mesa. Sin embargo, puede constatarse que similares argumentos esgrime en el recurso de apelación interpuesto. En efecto, en este recurso se alega que los perjuicios a los que



tiene derecho el requirente, fueron acreditados mediante los medios que no habrían sido valorados por el tribunal a quo, esto es, el documento “Valoración Económica Activo Comercial Pre y Post Expropiación, Manuel Antonio Matta 1.000 – Quilicura” y los testigos Santiago Ricardo Lineros Moreno, René Andrés Díaz Mesa y Andrés Echeverría Campo.

6°. Por lo anterior, como se ha consignado en la consideración 16° del voto disidente, mediante el recurso de apelación interpuesto, *“el requirente impugna la sentencia por falta de apreciación y consideraciones sobre los hechos y, en especial, de la prueba rendida respecto de los mismos, con el objeto de obtener un nuevo fallo que le conceda su pretensión, por lo que en la especie el recurrente no ha sufrido perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo vía casación en la forma”*, por lo que no se vulnera en el caso concreto el derecho a un justo y racional procedimiento y a la tutela judicial efectiva.

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES previene** que concurre a acoger el requerimiento deducido teniendo presente únicamente los razonamientos 1° a 5°, 20° a 37°, y 44° a 46°, de la presente sentencia.

Redactaron la sentencia los Ministros señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES, y la disidencia, el Ministro señor NELSON POZO SILVA. Las prevenciones fueron redactadas por la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 8855-20-INA**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.