

# DIARIO JURISPRUDENCIAL

JULIO

Director: **Cristián Lepin Molina**



**tirant  
tech**

**DIARIO JURISPRUDENCIAL N°5**

Chile  
julio, 2020  
(LTM18136482)

**Equipo editorial**

*Director*

**Cristián Lepin Molina**

*Encargados de sección*

**Nicolás Stitchkin**, Derecho Civil

**Belén Lama**, Derecho de Familia e Infancia

**Jaime Lorenzini**, Derecho del Consumidor

**Sergio Endress**, Derecho Tributario

**Tarik Lama**, Derecho del Trabajo

**Jorge Barrera**, Derecho Público

*Equipo de edición*

**José Manuel Ríos**

**Jocelyn Vallejos**

## CONTENIDOS

<b>1. EDITORIAL.....</b>	<b>4</b>
<b>2. COLUMNA DE OPINIÓN</b>	
- MEDIACIÓN ON LINE: UN MECANISMO ADECUADO Y NECESARIO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. POR MARÍA SOLEDAD LAGOS OCHOA.....	5
<b>3. COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA</b>	
- COMENTARIO SENTENCIA DEL 2° JUZGADO DE FAMILIA DE SANTIAGO, DE FECHA OCHO DE JUNIO DE DOS MIL VEINTE. POR MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS.....	10
- BASES DE LA CAUSAL DE LAS NECESIDADES DE LA EMPRESA, ¿QUÉ TAN OBJETIVO ES EL CRITERIO PARA SU ADOPCIÓN EN EL DESPIDO? COMENTARIO A SCA ROL N° 40 DE 12 DE JUNIO DE 2020. POR RODRIGO MONTEIRO PESSOA.....	15
<b>4. JURISPRUDENCIA JUDICIAL DESTACADA.....</b>	<b>19</b>
<b>5. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DESTACADA.....</b>	<b>35</b>

## 1. EDITORIAL

### ESTIMADOS LECTORES

Es una gran satisfacción publicar este tercer número del Diario Jurisprudencial, publicación periódica de la Editorial Tirant Lo Blanch, que tiene por objeto entregar un nuevo espacio para la reflexión jurídica sobre las distintas materias de derecho, y dar a conocer una selección de la jurisprudencia judicial y administrativa más relevante del período.



Este número contiene una columna de opinión de la profesora María Soledad Lagos Ochoa, de la Clínica de Negociación y Mediación de la Universidad de Chile, analiza la “Mediación on-line: Un Mecanismo adecuado y necesario de acceso a la justicia en tiempos de pandemia”. En nuestra sección de Comentarios de Jurisprudencia, Maricruz Gómez de la Torre Vargas, profesora titular del Departamento de Derecho Privado de la misma Universidad, comenta la sentencia del 2° Juzgado de Familia de Santiago, sobre el caso de comaternidad, muy debatido en el ámbito nacional. Por su parte, Rodrigo Monteiro Pessoa, profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales de la Universidad de la Frontera, analiza las Bases de la causal de las necesidades de la empresa, ¿qué tan objetivo es el criterio para su adopción en el despido?, comentario a SCA Rol n° 40 de 12 de junio de 2020.

En nuestra sección de jurisprudencia se consignan 16 sentencias relevantes de los Tribunales Superiores de Justicia, 10 resoluciones de la Contraloría General de la República, y 1 resolución de la Dirección del Trabajo.

No puedo concluir, sin agradecer al equipo editorial y de edición, que con gran disposición y rigor profesional han hecho posible tener en sus manos un Diario, con información de estándares de calidad elevados y de una manera práctica y de fácil acceso.

**Cristián Lepin Molina**  
**Director**

## 2. COLUMNA DE OPINIÓN

### **MEDIACIÓN ON LINE: UN MECANISMO ADECUADO Y NECESARIO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA**

**MARÍA SOLEDAD LAGOS OCHOA**

PROFESORA CLÍNICA DE NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN  
UNIVERSIDAD DE CHILE

La mediación es un espacio de diálogo en el que, a través de un “proceso comunicacional”, un tercero imparcial sin poder decisorio, asiste a las partes en el intento de resolver un conflicto, incorporando los intereses prioritarios de cada una de ellas. Si la mediación es on line, el mediador utiliza la tecnología, como una herramienta para desarrollar la comunicación durante el proceso, a través de medios sincrónicos o asincrónicos (correos electrónicos, llamadas telefónicas, mensajes de texto, videoconferencias, etc.), permitiendo a los intervinientes transitar de las posiciones a los intereses; evaluar los criterios objetivos y sus alternativas; así como generar opciones de acuerdo.

La pandemia mundial no sólo ha generado múltiples consecuencias a nivel sanitario y económico, sino que también ha revelado las profundas desigualdades que afectan a nuestro país en el acceso de bienes o condiciones mínimas, pero también en materia de Justicia, en cuyo ámbito se dictó la Ley N°21.226 que dispuso en su artículo 10°, que cuando un tribunal disponga en los procesos contenciosos, proceder de forma remota, deberá tomar todas las medidas necesarias que aseguren las condiciones para el

cumplimiento de las garantías judiciales del proceso; en cambio, conforme al inciso 3° del artículo 8° de la citada norma, tratándose de mediación previa obligatoria o de cualquier otra exigencia, cuyo cumplimiento se torne difícil de satisfacer, en razón de las restricciones impuestas por la autoridad o de las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria, como en el caso de la conciliación individual previa al procedimiento monitorio en materia laboral, que se sustancia ante la Inspección del Trabajo, la presentación de la demanda durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, podrá realizarse sin necesidad de acreditar el cumplimiento de dichos procesos no adversariales.

No obstante, dicha normativa y la desestimación de los mecanismos colaborativos de resolución de conflictos en este contexto, considerando la imposibilidad que existe de realizar procesos presenciales, en el mejor de los escenarios hasta que no exista peligro de contagio, la Mediación on line se visualiza, como una herramienta de acceso ADECUADA, para la resolución de conflictos.

Para comprender este concepto es importante recordar que el movimiento ADR, Alternative Dispute Resolution, tuvo un hito relevante en su desarrollo, la “Conferencia Nacional sobre las Causas de Insatisfacción Popular con la Administración de Justicia”, más conocida como la “Pound Conference”, que se realizó en 1976 en San Paul, Minnesota, en la que Magistrados, Fiscales, Abogados y Académicos, reflexionaron considerando la realidad jurídica del año 1976 sobre la situación de la Justicia para el año 2000, teniendo presente que muchos de los problemas que fueron identificados a principios de siglo seguían estando presentes (congestión en los órganos jurisdiccionales y dilaciones procesales), dificultades que, entre otras cosas, los impulsaron a reflexionar sobre la búsqueda de soluciones dirigidas a mejorar el sistema de administración de justicia estadounidense, o dicho de otra forma, «otras formas de administrar justicia”. En esa ocasión el Profesor Frank Sander, de la Universidad de Harvard, realizó la disertación, Varieties of Dispute Processing (Variedades en el Procesamiento de Disputas), texto en el que se refiere a la creciente presión de la Administración de Justicia, por cuanto existen (en el año 1976) espacios de resolución de conflictos que se encuentran vacantes, ya que las personas no forman parte de agrupaciones, que en algún momento canalizaron o permitieron gestionar las diferencias, por ejemplo, las iglesias, los club de vecinos, etc., y en

general, lugares donde se podían abordar conflictos, lo que sumado a una creciente efectivización de nuevos derechos, que el sistema jurídico debe garantizar, transforma en insuficiente el mecanismo juicio, siendo necesario contar con nuevos mecanismos a fin de asegurar la resolución efectiva de los conflictos, y por ello, debe elegirse el más ADECUADO, según el tipo de conflicto a resolver, considerando la Naturaleza del mismo; la Relación entre las personas en disputa; la Cuantía del asunto; el Costo; y la Rapidez que se requiera, sugiriendo que, en el año 2000, no hablaríamos de Juzgado, sino más bien de un "Centro de Resolución de Disputas”, al que los usuarios podrían acudir y en donde un funcionario evaluador del caso, le propondría el más acorde a las necesidades, lo que se denominó Sistema Multipuertas, más tarde reconocido como Palacio de Justicia de Puertas Múltiples (the multi-door court house), siendo implementado en el sistema de administración de justicia estadounidense.

Ahora bien, en el contexto actual, parece muy evidente que la mediación y particularmente la on line es ese mecanismo, que podría abordar un gran volumen de los conflictos, en un tiempo y a un costo acotado, añadiendo valor a las soluciones que se alcancen, permitiendo instalar en los participantes herramientas de diálogo, tan necesarias en los tiempos que corren. Pero ¿qué ha pasado en nuestro país?. Sumado a la normativa ya comentada, a los pocos días de iniciada la pandemia los servicios de mediación que

se ofrecen a las personas en el área de familia, en su mayoría gratuitos, se dejaron de brindar en los volúmenes habituales, por cuanto el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ente que licita la provisión de dicho servicio a través de aproximadamente 160 Centros, estimó que la comparecencia personal de la que habla la ley se entendía que era “en persona” y que cualquier mecanismo on line ponía en riesgo la confidencialidad de los procesos que se desarrollaran.

Ambas interpretaciones en la práctica no sólo generaron una merma importantísima en la provisión del servicio, y evidentemente en el acceso a una justicia Adecuada, sino que además demostró un análisis desde el punto de vista técnico, muy alejado de los Principios de la Mediación, e hizo evidente una vez más, la deficiente integración que existe entre el mecanismo previo de diálogo, y el espacio contencioso posterior que se desarrolla en sede jurisdiccional.

Sobre el particular, es importante tener presente que los Principios que informan las instancias colaborativas difieren sustancialmente, de aquellos vinculados a lo confrontacional. En materia contenciosa prima la representación, en cambio tratándose de estos mecanismos la regla general es el Protagonismo de las Partes, y consecuencia de ello, la necesidad de que comparezcan personalmente, ¿Por qué? En los juicios o en el arbitraje los directamente involucrados en el conflicto desaparecen para el proceso y son los abogados que

exponen los hechos y sus alegaciones ante el tercero que juzga; en cambio, tratándose de la mediación o la conciliación, son las personas directamente involucradas quienes deben asistir al proceso, por cuanto son ellas quienes mejor entienden el alcance de sus intereses, y motivaciones respecto de la solución del mismo, cumpliendo el abogado fundamentalmente el rol de asesor. Coherente a ello, al introducirse la Conciliación obligatoria en materia civil, a través de la Ley N° 19.334 de 7 de octubre de 1994, se mantuvo que “...A los comparendos de conciliación deberán concurrir las partes por sí o por apoderado. No obstante, el juez podrá exigir la comparecencia personal de las partes, sin perjuicio de la asistencia de sus abogados...” Asimismo, si se analizan las Historias de la Ley que incorporaron la mediación de familia y de salud, en la década del 2000, también consagraron la comparecencia personal, pero no reduciéndola a una participación “en persona” de las partes, como mal interpreta el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos actualmente, respecto de la mediación familiar, sino en oposición a la primacía de la representación, que impera por el contrario en materia jurisdiccional confrontacional.

Ante este desolador panorama, adquiere particular relevancia, al restablecer una interpretación adecuada, la decisión unánime de 17 de julio del presente año, por la que juezas y jueces presidentes del 1°, 2°, 3° y 4° juzgados de

Familia de Santiago, de Pudahuel y Colina, acordaron aprobar las mediaciones que se hayan realizado por videoconferencia y derivar las demandas nuevas en las materias de mediación obligatoria que por la limitación de la Ley 21.226 no hayan efectuado el proceso de mediación, "...lo anterior, dado que no se interpreta el artículo 108 de la Ley 19.968 en términos de exigir la comparecencia en persona de los usuarios, tal como en el caso de las audiencias, que se ha estimado posible realizarlas por vía remota. En tal sentido, no se comparte la interpretación del Ministerio de Justicia que estima no es posible considerar una mediación a distancia utilizando medios de comunicación remotos...", permitiendo en definitiva que opere un mecanismo adecuado a las circunstancias que actualmente estamos viviendo.

En cuanto al segundo reparo que se hace a la implementación de la mediación on line, respecto a la confidencialidad del proceso, es importante entender que esta se refiere a la reserva, no solo de lo que se ventile en las sesiones conjuntas de mediación, sino que además respecto de cualquier antecedente acerca de los intereses que las partes manifiesten al mediador, en contraposición a la publicidad de los juicios. Los involucrados en el proceso son los dueños de la información, y la consagración de esta obligación, así como las sanciones a su vulneración, son de rango legal, por lo que aún en situaciones excepcionales como esta, no se altera por la posibilidad de desarrollar la mediación on line,

debiendo ser informadas las partes del deber de respeto de dicho principio con la misma fuerza que se haría de forma presencial, no existiendo ningún estudio acabado o antecedente serio que demuestre de manera concreta una mayor posibilidad de vulneración vía remota.

Sumado a la normas y decisiones ya comentadas, a tres meses de iniciada la crisis sanitaria, y a fin de tomar medidas para hacer frente a la sobrecarga del sistema post pandemia, se formó una mesa de trabajo al alero del Ministerio de Justicia, para abordar "MEJORAS AL SISTEMA DE JUSTICIA POST CRISIS SANITARIA", conjuntamente con el Poder Judicial, y diversos actores del mundo del Derecho, siendo particularmente interesante y rescatable, considerando que en nuestro país aún no existe una ley de mediación previa obligatoria en materia civil y comercial, la propuesta que formuló el Colegio de Mediadores de implementar un "Programa RAD", en materia civil y comercial, bajo la coordinación del Poder Judicial que contemple la oferta de servicios de mediación presencial o vía remota, y servicios de buenos oficios por otros medios de comunicación, convocando a los centros de mediación e instituciones públicas o privadas que ofrezcan servicios de mediación, en estos ámbitos, y a profesionales inscritos en los registros públicos de mediadores/as existentes en Chile, debiendo regirse en sus actuaciones por el Código de Ética del Colegio de Mediadores de Chile, y someterse a la supervisión de la autoridad



que lo coordine, pudiendo además derivarse las causas que se encuentren suspendidas o paralizadas en su tramitación en los Juzgados Civiles y en los Juzgados de Letras, en cualquier etapa del juicio, producto de las medidas adoptadas con motivo de la pandemia.

Finalmente, y habiendo revisado las medidas adoptadas en nuestro país, suspender la realización de procesos de mediación en las materias ya contempladas (familia, salud, laboral), y no incentivar la realización de esta de manera on line, no solo no es adecuado, sino que además, se funda en una muy desacertada interpretación de los principios que la inspiran. Tratándose de áreas en que no opera de manera masiva la mediación por carencia de regulación legal (civil y comercial), es necesario frente a las circunstancias actuales impulsar Programas o la dictación de normas que permitan la mediación, presencial y on line, más aun considerando que en nuestro país, previo a la pandemia diversos estudios han demostrado que aproximadamente un 90% de las causas civiles en nuestro país corresponden a juicios ejecutivos (gestiones preparatorias, y procesos de ejecución propiamente tal), lo que deja en

evidencia que la mayor parte de los conflictos en estos ámbitos de los ciudadanos, no ingresan al sistema formal, ya sea por la cuantía de los montos involucrados y el alto costo de un juicio, así como por lo deficiente de la solución concreta que se puede alcanzar, en cuanto a eficacia y prontitud. Por ello, es necesario y urgente analizar técnicamente la provisión de servicios de justicia, ya que en un país tan desigual como Chile, que las personas se sienten en una mesa presencialmente o vía remota a resolver sus diferencias, frente a un tercero imparcial, es mucho más que desjudicializar los tribunales; es cambiar nuestra forma de hacer las cosas, nuestra cultura, y permitir la generación de espacios en donde las asimetrías puedan ser abordadas, garantizando el acceso efectivo a la justicia, del que tanto se ha escrito.