

INFORME EN DERECHO SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DE PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA COBRO INDEBIDO DE COBRANZAS EXTRAJUDICIALES

La Constitución Política de 1980 introdujo al constitucionalismo chileno una serie de nuevos principios y normas, básicamente de orden económico, que implican una seria limitación al legislador. En efecto, a más del dominio máximo legal en cuya virtud la potestad legislativa está circunscrita a las materias previstas por el artículo 60 de la Ley Fundamental, el artículo 19 N° 26 de la misma impide que regulaciones legislativas afecten la esencia de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

Este tema se trata en este Informe, a propósito de un proyecto de ley que “presume indebido el cobro de gastos de cobranzas de deudas derivadas de créditos de consumo o de operaciones de crédito de dinero que resulten superiores al 5% del capital adeudado o de la cuota vencida”.

Se analizan las garantías relativas a la igualdad ante la ley, la no discriminación arbitraria y el derecho a desarrollar actividades económicas, como igualmente, la seguridad que tales derechos no serán afectados en su esencia por disposiciones legislativas.

INFORME

Se me ha pedido mi opinión en un Informe en Derecho acerca de la constitucionalidad del siguiente Proyecto de Ley, actualmente en el Senado en segundo trámite constitucional:

“Artículo Único.- El que, en la cobranza extrajudicial de deudas provenientes de créditos de consumo como asimismo, de *operaciones de créditos establecidos por la ley N° 18.010*, emplee presiones, amenazas o arbitrios ilegítimos y los cobros indebidos que de ella se originen, será sancionado con multa que, según la gravedad de los hechos y antecedentes acompañados, irá desde un 25 a un 100% del capital adeudado, sin perjuicio de la obligación de restituir al deudor lo que se hubiere cobrado en exceso.

Se presume legalmente que existe cobro indebido cuando los gastos de cobranzas resulten superiores al 5% del capital adeudado o de la cuota vencida. Cualquiera sea el monto de la deuda cobrada, el mínimo del gasto de cobranza permitido será el equivalente a 0,10 Unidad de Fomento.

Será competente para conocer de tales infracciones el Juez de Policía Local del domicilio del deudor y su procedimiento se regirá por lo establecido en los artículos 51 y siguientes de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

Copia de la sentencia dictada por el Juez de Policía Local será enviada al Servicio Nacional del Consumidor”.

El proyecto tiene su origen en una moción parlamentaria presentada en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, la que fue aprobada por esa rama con quorum de ley orgánica constitucional, en cumplimiento con lo dispuesto por el artículo 63, inciso segundo de la Carta Fundamental.

Conforme a los antecedentes revisados, el primer inciso del proyecto, con substanciales modificaciones, apareció en un veto presidencial formulado al proyecto de ley que estableció normas sobre protección de los derechos de los consumidores, el que posteriormente entró a regir como ley N° 19.496 (D. Oficial, 7 de marzo de 1997).

Sin embargo, la norma del veto que sancionaba el empleo de presiones o arbitrios ilegítimos en la cobranza extrajudicial de deudas de consumo no fue definitivamente incorporada a la Ley 19.496 citada.

De esta forma, y por iniciativa parlamentaria se ha restablecido la sanción del empleo de presiones o arbitrios ilegítimos en la cobranza extrajudicial de deudas, pero con modificaciones de clara inconstitucionalidad conforme se demostrará.

Este Informe constará de los capítulos siguientes:

El primero hará un análisis de la actividad económica relativa a la cobranza judicial y extrajudicial de deudas u obligaciones de consumo vencidas.

El segundo se referirá al contenido esencial del proyecto, en especial, en comparación con el texto propuesto en el veto presidencial antes señalado.

El tercer capítulo enfrentará el proyecto con las garantías constitucionales que permiten reconocer principios de Orden Público Económico y contendrá, además, las conclusiones de este Informe.

CAPITULO PRIMERO

Conforme con el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental, se garantiza a todas las personas “el derecho a desarrollar cualquier actividad económica... respetando las normas legales que la regulen”.

La actividad económica relativa a la cobranza judicial y extrajudicial de deudas vencidas, encuentra una regulación distinta, según se trate de la que se realice en sede judicial o en gestión extrajudicial.

En efecto, respecto de la primera la norma regulatoria por excelencia que señala el sistema conforme al cual debe tramitarse ante los Tribunales de Justicia el cobro de deudas vencidas respecto de personas obligadas y en mora de pagarlas, sean de consumo, derivadas de operaciones de crédito regidas por la Ley 18010 o cualquier otra, es el Código de Procedimiento Civil, de aplicación general en la mayoría de los casos y supletoria en

aquellos en que leyes especiales se remiten a sus disposiciones. Tocante a los honorarios que deriven de las acciones judiciales, sin perjuicio que la ley consagra en el mismo Código la existencia de costas personales y otorga una definición, ella misma se ha encargado de derogar toda norma que faculte a los Colegios Profesionales para dictar aranceles de honorarios, prevaleciendo, por tanto, la voluntad de las partes y a falta de ella, lo que decida el Juez. (Artículos 138 y 139 del Código de Procedimiento Civil y artículo 5 del D.L. 3621).

En lo que se refiere a la actividad de cobranza extrajudicial, los honorarios son regulados en el contrato existente entre el acreedor de la deuda vencida y la empresa, abogado o grupo de abogados a quienes se encomiende la gestión de cobro de la misma deuda.

Hago presente que no existe regulación alguna respecto a la forma en que se ejerce pre o extrajudicialmente esta actividad, razón por la que aquellos que libremente se dedican a prestar estos servicios establecen la manera en que tal actividad se ejerce y como se organizan para tales efectos, ya sea bajo la forma de una sociedad comercial, de profesionales, etc.

Tratándose de honorarios por esta clase de servicios cabe hacer alguna distinción. En efecto, si la cobranza extrajudicial se encomienda a abogados, sea que ejerzan la actividad personalmente a asociados con otros abogados, no existe arancel mínimo que limite el monto que puedan pactar por tales conceptos entregando tal regulación al mercado o, en último caso al juez, todo ello por aplicación del artículo 5 del señalado D.L. 3621.

Tratándose de oficinas externas de cobranza de entidades financieras sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, si bien no existen limitaciones a la libre estipulación contractual, esa entidad ha estimado procedente recomendar, en primer término, que el cobro de honorarios que se pacten entre las instituciones financieras y las oficinas externas se ajusten a las condiciones de mercado.

Además, la Superintendencia ha establecido que: "Las instituciones financieras que entreguen la cobranza de créditos morosos a empresas externas y traspasen a sus clientes la obligación de pagar los honorarios de estas últimas, deberán informar de la existencia y el monto de dichos honorarios a los solicitantes de créditos, en forma anticipada a la aprobación de los mismos.

Con tal objeto, junto con la solicitud de crédito se deberá entregar al cliente un volante conteniendo la tabla de honorarios que se aplicará, el período de vigencia de ellos y la indicación del número de días hábiles en que el préstamo o la cuota permanecerá impago en la institución antes de ser enviado a cobranza externa. De igual forma, deberá comunicarse a los clientes cuando la tabla de honorarios sufra modificaciones. Además la solicitud de crédito deberá contener una cláusula en la que el demandante del crédito declare haber recibido información detallada de los costos de cobranza que le afectarán en caso de atrasarse en el pago de sus obligaciones.

Asimismo, en los locales en que se atienda a solicitantes de créditos de consumo, como también en aquellos habilitados para recibir pagos, incluidas las cajas auxiliares, se colocará un aviso destacado, indicándole al cliente que el pago con retraso puede acarrearle recargos por gestiones de cobranza por una empresa externa.

Por último, en la chequera de pago, cuando ése sea el sistema utilizado, deberá incluirse una leyenda destacada recordando que los pagos con retraso generarán un recargo por concepto de *gastos de cobranza*". (Circular N° 1095 – N° 2777 de 5 de abril de 1994).

De lo expuesto resulta claro que, aún cuando existe cierta regulación administrativa respecto de los pactos de honorarios que perciben las oficinas externas de las entidades fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, el monto de los mismos, como el sujeto obligado a su cancelación, son regulados por la ley del contrato, es decir, la voluntad de las partes por medio de un acuerdo que, por lo general, atiende o considera las condiciones de mercado.

Igualmente claro resulta que no existe regulación ni recomendación alguna que sea aplicable a los honorarios de los abogados que se dediquen a la cobranza de deudas derivadas de operaciones de crédito de dinero establecido por la ley N° 18.010. Para ellos sólo existe el referente, comúnmente utilizado, del antiguo Arancel del Colegio de Abogados.

CAPITULO SEGUNDO

Al comienzo de este Informe se señaló que el proyecto de ley en estudio pretende sancionar conductas previamente descritas en un veto presidencial formulado al proyecto que derivó en la ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

Sin embargo, la moción parlamentaria introdujo substanciales cambios, los que paso a revisar:

- 1) El proyecto amplía las deudas a que se refiere, pues ya no sólo se remite a las provenientes de créditos de consumo, sino que además, a las operaciones de crédito de dinero a que se refiere la ley N° 18.010;
- 2) Incorpora, junto con las presiones y los arbitrios ilegítimos, las amenazas como conducta típica susceptible de ser sancionada;
- 3) Añade la expresión “y los cobros indebidos que de ella se originen”, lo que obviamente se contempla para dar aplicación concreta a la presunción a que me refiero a continuación;
- 4) Consagra una presunción legal de cobro indebido cuando los gastos de cobranzas resulten superiores al 5% del capital adeudado o de la cuota vencida. Dispone de cualquiera sea el monto de la deuda cobrada, el mínimo del gasto de cobranza permitido será equivalente a 0,10 Unidades de Fomento.

Pues bien, el artículo describe básicamente cuatro conductas sancionadas, tres de las cuales son circunstancias de hecho, cuya prueba incumbirá a quien alegue ante el Juez las presiones, amenazas o arbitrios ilegítimos de que hubiere sido objeto. El empleo de tales conductas se sancionará en la medida que se acredite, por quien alegue su existencia, haberlas sufrido y será, por tanto, la jurisprudencia de los tribunales la que, caso a caso, vaya definiendo cuando y en que casos ha existido presiones, amenazas o arbitrios ilegítimos respecto de alguna persona deudora de la clase de obligaciones a que se refiere el proyecto.

Es importante hacer presente que el legislador pretende sancionar los apremios ilegítimos solo en la cobranza extrajudicial de deudas de consumo y las establecidas por la Ley 18.010, quedando, por tanto, liberados del ámbito sancionable las mismas conductas destinadas al cobro extrajudicial de otro tipo de deudas, como por

ejemplo, las de servicios públicos, gatos comunes u otras que normalmente se encargan a oficinas de cobranza y abogados.

Lo mismo puede decirse respecto de los cobros indebidos, pues la limitación al 5% sólo será aplicable a ciertos deudores de algunos créditos y a determinadas empresas, más no a aquellos o aquellas que deban o cobren deudas distintas a las de consumo o provenientes de la Ley 18.010.

Entrando a la presunción de cobro indebido, trátase ésta de una que consagraría la ley, discriminatoria y sin efecto práctico alguno, conforme lo paso a demostrar.

Por lo tanto, el proyecto no puede afectar los contratos celebrados con anterioridad a su vigencia, dado que sus estipulaciones generan derechos para las partes, derechos incorporados a su patrimonio, protegidos y amparados por la garantía del N° 24 del Artículo 19 de la Constitución, lo que ampliaré más adelante.

Ahora bien, tratándose de empresas externas a las cuales las entidades financieras encomiendan el cobro de deudas de consumo vencidas, por instrucciones expresas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras se incorporan a las solicitudes de crédito las tablas de honorarios y las restantes cláusulas en las que el deudor declara conocer tanto los montos a que las señaladas tablas se refieren, como el hecho que su cobranza, por contrato, se delega a empresas de cobranzas externas.

Tales antecedentes, esto es, contrato de servicio de cobranza judicial y extrajudicial como la declaración que el deudor hace al firmar la solicitud de crédito producen el efecto inmediato de destruir la presunción legal a que se refiere el proyecto. Es decir el legislador presume indebido el cobro de gastos de cobranza que superen el 5% del capital adeudado, Tal presunción, sin embargo, admite prueba en contrario y, por tanto, no será ni podrá ser calificado de indebido aquel cobro de gastos que aún superando ese porcentaje, haya sido estipulado y aceptado respectivamente en los contratos de servicios de cobranza y en las solicitudes de crédito. Todo contrato legalmente celebrado es Ley para los contratantes. (Art. 1545 del Código Civil) y esta ley incorpora derechos al patrimonio de las partes contratantes, derechos que no pueden ser eliminados o vulnerados por el legislador a través de una nueva presunción.

Sin perjuicio de lo expuesto, la presunción pretendida por el proyecto, además de discriminatoria, es arbitraria, pues no aparece justificación ni razón alguna que haya permitido determinar el porcentaje sobre el cual los costos de cobranza se estiman indebidos.

Las oficinas de cobranza y los abogados que se dedican a ese objeto pueden tener costos fijos o de administración superiores (o inferiores) a ese porcentaje, por lo que su establecimiento por ley puede provocar, en algunos casos, el fin de una actividad que se realiza ilegalmente.

Es el mercado el mejor regulador de este tipo de servicios y el que impone la racionalización de los costos. Aquellos que logren esos objetivos serán preferidos por las instituciones financieras, pues estas traspasan tales costos a sus clientes-deudores; éstos, a su vez, optarán por las instituciones de crédito que ofrezcan las mejores condiciones y los menores costos.

CAPITULO TERCERO

El Proyecto de ley frente a algunas garantías constitucionales.

La Igualdad ante la Ley:

La Constitución en el N°2 del Artículo 19, asegura a todas las personas naturales y jurídicas, la igualdad ante la ley, repitiendo la normativa de la Constitución de 1925. Pero, en el inciso final, agrega que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, precepto que es novedad en el Derecho Público Chileno, que fue consagrado en el Acta Constitucional N°3 de 1976, que sin modificaciones fue incorporado en el texto final del anteproyecto de la Nueva Constitución propuesto por la Comisión de Estudios (C.E.N.C.) al Poder Ejecutivo, que fue aprobado por el Consejo de Estado y, finalmente, por el Presidente de la República para su sanción plebiscitaria.

La historia y significación de esta importante garantía, que protege a las personas de la discrecionalidad de los gobernantes, de la ley y de cualquier autoridad pública, debe buscarse, por lo tanto, en las Actas de esa Comisión de Estudios. Desde ya cabe consignar que en el Informe con que este anteproyecto se envió al Poder Ejecutivo el 16 de Agosto de 1978, se deja expresa constancia que la norma que comento prohíbe las discriminaciones de la ley

y de toda autoridad, que sean arbitrarias, es decir, “que carezcan de fundamento justo” y agrega el Informe: “Lo importante es que este precepto faculta inequívocamente a los órganos jurisdiccionales y de control de constitucionalidad para ponderar la naturaleza de la discriminación (o distinción), conociendo los Recursos y requerimientos que hayan establecido la Constitución o las leyes evitando que el legislador o cualquier otra autoridad pretendan una potestad irrestricta para establecer diferencias o discriminaciones entre las personas, por arbitrarias que fueren, criterio que en el pasado ha dejado muchas veces en letra muerta a la disposición constitucional de la igualdad ante la ley”.

La igualdad ante la ley es, por tanto, el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de la raza, de la nacionalidad, del sexo, de la profesión, actividad y oficio y del grupo o sector social o categoría económica a que se pertenezca. Es natural que, en una serie de ámbitos, la ley puede hacer diferenciaciones entre personas o grupos, con el objeto de establecer mayores o menores requisitos para el ejercicio de ciertos derechos, como el saber leer y escribir para ser ciudadano elector, el haber cumplido determinada edad para ejercer derechos civiles y políticos, cierto grado de parentesco en otras situaciones, o para imponer mayores o menores cargas tributarias, previsionales o personales. Pero el elemento de la esencia de esta garantía es la inadmisibilidad de discriminaciones arbitrarias, antes sostenida por la doctrina y hoy en la letra expresa de la Constitución.

En una primera aproximación, digamos que se entiende por “discriminación arbitraria” toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la razón elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable ni en los hechos ni en la ética social ni en los requerimientos del bien común rectamente entendido conforme lo conceptúa el art. 1° de la Constitución. Es, precisamente, lo que sucede con la preceptiva del proyecto de ley que comento: carece de toda justificación racional y no responde a ningún requerimiento colectivo de interés nacional.

El autor de este Informe piensa que se ha ido creando conciencia en la sociedad y en los tribunales chilenos de la enorme trascendencia institucional de la actual preceptiva sobre la igualdad

ante la ley. Así lo prueba la abundante doctrina uniforme sobre la materia y la nutrida jurisprudencia de los últimos años. Nuestro Estado de Derecho contempla la prohibición para que el legislador discrimine arbitrariamente; si tal prohibición es infringida, la ley fruto de la infracción puede ser impedida previamente por el Tribunal Constitucional o bien, durante su vigencia, por la institución de la inaplicabilidad. Si quien discrimina arbitrariamente es la autoridad política o administrativa, el afectado puede hacer valer el recurso de protección que contempla el artículo 20 de la Constitución, para los casos de arbitrariedades o ilegalidades y reclamar simultáneamente la nulidad del acto por inconstitucional conforme a los artículos 6° y 7° (sanción nulidad) y 73, incisos 1° y 2° que otorgan a los Tribunales de Justicia plena jurisdicción en lo administrativo. Recordemos, a título ejemplar, que existen en nuestro país numerosísimos organismos estatales que fiscalizan, con atribuciones abundantes, la actividad privada en los más variados sectores. Puede existir ocasiones en que, al resolver materias que la ley coloca dentro de sus atribuciones, esos entes administrativos incurran en discriminaciones arbitrarias o creen situaciones de privilegio que agraven o perjudiquen a uno o a más particulares y que constituyen excesos o abusos de poder que, repito, son inconstitucionales y, por tanto, nulos. El Poder Judicial puede ejercer amplísimas atribuciones para restablecer el imperio del Derecho, a través de la sentencia en recursos de urgencia, como el de protección. La inexistencia de tribunales administrativos no implica en el actual ordenamiento jurídico, en modo alguno, indefensión para quien es víctima de una arbitraria discriminación, ilegal, injusta o irracional, o injustificable en la ética o en los hechos, por parte de una autoridad administrativa, ya que los Tribunales ordinarios de Justicia gozan hoy de plenas facultades para proteger a los afectados.

La no Discriminación en lo Económico

En la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980, se generó un precepto, el del N°22 del artículo 19 de la Carta de 1980 que complementando y ratificando el N°2 recién analizado, asegura la "no-discriminación en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica" y, agrega, que es materia de ley establecer gravámenes especiales.

El contenido de esta garantía es simple, pero importante, para todas las actividades económicas y tiene particular relevancia para calificar de inconstitucional el proyecto que comento. He recordado

que el inciso final del N° 2 del Artículo 19 prescribe que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Si bien, conceptualmente, esta expresión protege a las personas en contra de toda clase de resoluciones arbitrarias de la autoridad, sea cual fuere, ya que la Constitución no distingue, la Comisión de Estudio quiso, dentro del debate sobre orden público económico que se produjo entre Junio y Julio de 1978, casi al término de sus tareas, recalcar en una norma especial que ni el Estado ni sus organismos, también sin distinción alguna, pueden dictar leyes, decretos, reglamentos, resoluciones o adoptar acuerdos que se traduzcan en una discriminación arbitraria en materia económica. Así, ni el Estado ni cualquiera entidad que cumpla funciones públicas pueden asilarse en facultades que les haya otorgado la ley, para efectuar esas discriminaciones. Si la ley contiene diferencias arbitrarias, es inconstitucional; si la ley entrega atribuciones que permitan a una autoridad discriminar arbitrariamente a una persona natural o jurídica, *imponiéndole un gravamen particular*, el acto así emitido sería nulo por violar el precepto en análisis y conforme a los artículos 6° y 7° de la Constitución.

Como ya lo hice presente, se entiende por “discriminación arbitraria” toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, o por el Estado o sus órganos y agentes, que aparezca como contraria a una concepción elemental de lo que es racional y ético en un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos que no tenga justificación razonable y que, por ello, cree situaciones de discriminaciones arbitrarias o de regulaciones injustificables o perjudiciales para una actividad, como sucede con el Proyecto de Ley que analizo.

Puede apreciarse que la Constitución de 1980 hace una doble exigencia de “racionalidad” y de “razonabilidad”. La primera, al prescribir en el citado N° 2 del artículo 19, toda distinción arbitraria de la ley o de cualquier autoridad, la segunda, al prohibir, en el N°22 del mismo artículo, toda discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Este último derecho limita la acción y la intervención del Estado en la vida económica nacional. La Constitución prohíbe otorgar privilegios o crear o imponer cargas o gravámenes que impliquen cualquier forma de distinción o diferenciación entre las actividades económicas, que no tengan como sustento intelectual una clara

connotación de racionalidad la que, como resulta ya obvio, no existe en el Proyecto en estudio.

Hay implícita, en consecuencia, en este N° 22 del artículo 19, una limitación a la discrecionalidad estatal o administrativa, lo que constituye un saludable instituto en un Estado de Derecho. El Poder no puede todo; sólo puede lo que es plenamente racional, razonable, justificable en los hechos y en la ética y constitutivo de exigencias real del bien colectivo. Y nada de ello existe en el Proyecto que estoy objetando, ya que la imposición de un tope o límite máximo para los honorarios o comisiones de quienes ejecutan cobranza de créditos vencidos, no se sustenta en ningún elemento racional, válido y de interés nacional y constituye una clara e indiscutible expresión de discriminación arbitraria.

La Corte Suprema en sentencia de 5 de junio de 1986, Gaceta Jurídica, N° 72, pág. 22, dijo:

“El artículo 19 N° 22 de la Constitución asegura a todas las personas la no-discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Esta garantía que no es sino la singularización del principio de la igualdad ante la ley, consagrado también como garantía constitucional en el N° 2 del citado precepto, pone a cubierto a todos los ciudadanos de una desigualdad de trato por parte del Estado o de sus organismos en todo el ordenamiento económico, comercial o empresarial que éste pueda regular en el ejercicio de su potestad administrativa o de gobierno”.

En el caso que me ocupa, la ley haría diferencias infundadas entre empresarios económicos al pretender regular aspectos esenciales de una actividad muy sensible en la cual cualquier intervención artificiosa puede distorsionar gravemente su ejercicio. En efecto, el proyecto supone que las relaciones entre quien cobra un crédito vencido y el deudor no son transparentes y que, por lo general, radican las ventajas económicas y jurídicas en el primero con perjuicio permanente para el segundo, todo lo cual es una simple sospecha, no probada ni real. Se llega, así, en el proyecto de ley que objeto, a someter una actividad económica determinada, a regulaciones y limitaciones improcedentes en una economía abierta, discriminando arbitrariamente esa actividad respecto de otros servicios, de mucha mayor importancia social que no quedan sometidos a esas restricciones. Ello vulnera los Nos. 2 y 22 del artículo 19 de la Constitución.

Obsérvese, por último, que los abogados que hacen cobranzas no quedarán afectados a la limitación que comento, pues su estatuto profesional no admite Aranceles, de modo que la discriminación se acentúa aún más.

Otras Garantías Constitucionales

La Constitución de 1980, dentro de los derechos constitucionales, contiene algunas expresiones concretas de esta idea, los que he denominado "Derechos del Patrimonio". Ellos son:

- El derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 9 N° 21);
- La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (art. 19 N° 23);
- El derecho a no ser discriminado en materia económica (art. 19 N°22), a que ya me referí;
- El derecho de propiedad (art. 19 N° 24); y
- El derecho de propiedad especial sobre las creaciones intelectuales y artísticas y la propiedad industrial (art. 19 N° 25).

Me referiré a tres de estos Derechos por estimarlos, también, comprometidos en el proyecto de ley:

El Derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

Este se sujeta, por mandato expreso del N° 21 del artículo 19 de la Constitución, *al respeto de las normas legales* que regulan cada actividad. Esta exigencia rige para quien desea iniciar una actividad y por quien ya está ejerciéndola.

En consecuencia, si la autoridad autoriza el ejercicio de una actividad económica, debe sujetar la autorización al respeto a la ley que regula esa actividad. Quien pretende ejercer esa actividad, no puede hacerlo sin cumplir con ese mismo respeto y acatamiento de la normativa legal vigente. Si la autoridad permite ejercer este derecho al margen o contraviniendo la legislación aplicable, el acto de autoridad es nulo conforme a los arts. 6° y 7° de la Constitución.

Regular una actividad económica, es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo el pretexto de “regular” un accionar privado, el legislador puede llegar hasta obstaculizar o impedir la actividad, a través de reglamentaciones excesivas, fijaciones de tarifas o precios de modo arbitrario o abiertamente obstaculizadora o perjudicial, o mediante excesivas facultades de control a organismos fiscalizadores.

En concreto, la actividad de cobranza judicial o extrajudicial de créditos vencidos se ha sometido hasta ahora a las normas comunes de la legislación que rigen las relaciones contractuales existentes entre acreedor y deudor, primando los principios de derecho privado y entre ellos, y fundamentalmente, la autonomía de la voluntad. Como toda actividad que opera libremente requiere transparencia y la adecuada competencia que la garantice, existiendo en Chile suficientes resguardos al respecto, por medio de los organismos antimonopólicos creados por el D.L. 211.

Todos los mecanismos que hoy regulan esta actividad se bastan a si mismos, razón por la que, la preceptiva del Proyecto que objeto aparece como innecesaria, injustificable, discriminatoria, prohibitiva y contraria, por tanto, a la garantía del libre ejercicio de cualquier actividad económica.

El derecho de propiedad.

La *garantía del derecho de propiedad* está consagrada en la Constitución de la siguiente forma, en la parte que interesa para este Informe:

“El Derecho de Propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuando exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado

podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”.

La Constitución de 1980, como lo muestran con claridad las Actas de las numerosas sesiones en que se debatió el tema en la Comisión de Estudio correspondiente y como aparece de los informes finales de esta Comisión y del Consejo de Estado, de 16 de Agosto de 1978 y de 1° de Julio de 1980, se propuso básicamente los siguientes objetivos:

1. Robustecer la garantía del derecho de propiedad el que puede recaer sobre bienes corporales o incorporeales.
2. Admitir que la propiedad puede ser objeto de limitaciones y obligaciones para cumplir su función social, pero sin que ello pueda, en caso alguno, afectar la esencia del derecho de dominio o sus atributos esenciales.
3. Establecer que la privación del dominio sólo puede hacerse por la vía de la expropiación, y
4. Exigir en toda expropiación, autorizada siempre por ley, el pago de la indemnización total, al contado y en dinero, como requisito previo, anterior a la toma de posesión material del bien expropiado.

El dominio aparece, así, en la Carta de 1980, como una garantía eficazmente robustecida que no puede lícita ni jurídicamente, ser conculcada por la ley, ni por la Administración ni por terceros. Y una de las exigencias perentorias de la Constitución, que aquí interesa de modo especial, es la que estatuye que sólo a través de una ley que autorice la expropiación puede privarse a una persona de su propiedad, o del bien sobre el que se ejerce el dominio o de alguno de los atributos esenciales de este derecho, como serían su perpetuidad, su inmutabilidad, el uso, el goce o la aptitud del dueño para disponer cuando libremente lo desee, de los bienes que tiene en dominio. No existe, por tanto, otro sistema legítimo para obligar a las personas a desprenderse de sus bienes actuales que la expropiación, ni otro camino para limitar su propiedad que la ley, en los casos y con los resguardos anotados.

Esta garantía constitucional se extiende, así, a los derechos patrimoniales adquiridos, como los que emanan de un contrato, el que han celebrado y celebrarán el acreedor y el deudor, en el caso de las empresas de cobranza, los que no pueden ser afectados, restringidos o suprimidos por las leyes posteriores. Son derechos adquiridos los que emanan de un hecho jurídico o de un acto jurídico, por regla general, privado, surgido conforme a la legislación vigente y cuyos efectos se han incorporación al patrimonio del acreedor y de las entidades a quienes éste encarga el cobro.

Los antecedentes ya hechos valer en este Informe dejan en claro que las disposiciones del proyecto de ley proyectadas no pueden afectar los derechos y obligaciones que nacieron o nacerán de contratos legalmente celebrados.

LA PROTECCION JURIDICA DEL LIBRE EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

El N° 26 del artículo 19 preceptúa:

La Constitución asegura a todas las personas: "26° La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limitan en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Me correspondió, como miembro de la Comisión de Estudios de la Constitución, la iniciativa de esta disposición cuando se trataba del Derecho de Propiedad. En esta oportunidad, frente a la proposición de la Subcomisión correspondiente en el sentido que las limitaciones y obligaciones que la ley impusiera al dominio, no podrían afectar al derecho en su esencia, propuse que tal protección se extendiera a todas las garantías constitucionales.

Para hacer más evidente la importancia de esta garantía, reproduciré a continuación la parte pertinente del oficio con que la Comisión remitió al Poder Ejecutivo el proyecto final de Constitución. Decía:

"Otra disposición del anteproyecto prescribe que los preceptos legales que interpreten, regulen o complementen las garantías que la Constitución asegura, o que las limiten en los casos en que ella

lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Se exceptúan las leyes dictadas en virtud de los estados de emergencia que la propia Constitución contempla.

Es obvio que el legislador, a pretexto de interpretar, regular o complementar un derecho constitucional o de limitarlo en los casos en que la Constitución lo autoriza, no puede afectar los derechos en su esencia, porque ello equivaldría a desconocer la garantía y violar la voluntad del constituyente.

Preceptuarlo expresamente reviste singular trascendencia jurídica, ya que exige de modo inequívoco que los órganos jurisdiccionales encargados de velar por la supremacía constitucional eviten en conformidad a los procedimientos y normas pertinentes, la aprobación o aplicación de un proyecto o de un precepto legal que incurra en el exceso antes señalado...”

El proyecto en análisis, si bien no es de aquellos que por mandato de la Constitución regulan o complementan las garantías fundamentales, contiene normas que afectan a algunas en su esencia. En efecto, contiene disposiciones discriminatorias, infringiendo las garantías de igualdad, menoscaba la esencia del derecho a desarrollar la actividad económica de cobrar al deudor obligaciones no cumplidas en tiempo y forma, al establecer limitaciones a los pactos o convenciones privadas y con ello a la autonomía de la voluntad y al someter esa actividad a requisitos especiales que implican hacerla imposible por reducir arbitrariamente su única fuente de financiamiento, interviniendo ilegítimamente en el desenvolvimiento de ella.

Resumiendo, y a modo de Conclusiones, el proyecto de ley que estoy analizando, al fijar comisiones u honorarios máximos a una actividad económica legítima, incurre en una discriminación arbitraria, no fundada, que coloca a esa actividad en un plano diferenciado y perjudicial respecto de otras múltiples acciones económicas o financieras que fijan libremente sus ingresos y que, en ocasiones, afectan mucho más masivamente a la población; por lo mismo, impide el libre ejercicio de una actividad económica hasta hoy regulada por legislación de derecho privado en que la libre contratación y la autonomía de la voluntad son esenciales; vulnera la garantía de la propiedad del acreedor y del cobrador que adquiere sus derechos de contratos validamente celebrados y, finalmente, impone condiciones o requisitos para desempeñar esa actividad que afecta la esencia de los derechos constitucionales

conculcados, con lo cual el proyecto de ley que se atribuye facultades para fijar determinados honorarios o comisiones para realizar una actividad económica legítima, vulnera los preceptos de los números, 2, 22, 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución.

Debe, finalmente tenerse presente, que la virtual desaparición de las empresas de cobranza, por imposibilidad económica de continuar desarrollando sus actividades, producirá un impacto de proporciones y de características absolutamente negativas en el mercado financiero y de servicios. Los deudores quedarán en la impunidad, pues no habrá sistema viable para cobrar las obligaciones vencidas ni interesados en una actividad imposible de financiar. El impacto social revestirá tal gravedad que ello obliga a los legisladores a meditar muy en profundidad en las consecuencias y resultados de una limitación que aparece discriminatoria, infundada, inconveniente e improcedente en Derecho.

Santiago, 8 de septiembre de 1997.

Enrique Evans de la Cuadra

Con la colaboración de Eugenio Evans Espiñeira, Magister en Derecho Público, Mención Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.