



RESEÑA LEGISLATIVA

ISSN 0717-0416

Nº 1324

23 de Marzo de 2018

CONSTITUCIÓN DEL MANDATO JUDICIAL

BOLETÍN 11589-07

RESEÑA LEGISLATIVA es una publicación de
LIBERTAD Y DESARROLLO
DIRECTOR RESPONSABLE: Luis Larraín A.
EDITOR: Pablo Kangiser G.
DIRECCIÓN: Alcántara 498, Las Condes, Santiago,
Chile.



RESEÑA LEGISLATIVA

Nº 1324

23 DE MARZO DE 2018

ÍNDICE

CONSTITUCIÓN DEL MANDATO JUDICIAL

BOLETÍN 11589-07


OPINIÓN EJECUTIVA	4
CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY	5
COMENTARIOS DE MÉRITO	6
TEXTO DEL PROYECTO DE LEY	12

CONSTITUCIÓN DEL MANDATO JUDICIAL

DESCRIPCIÓN BOLETÍN 11589-07

REFERENCIA	Modifica el Código de Procedimiento Civil con el objeto de establecer nuevas formas de conferir patrocinio y poder para la comparecencia en juicio
INICIATIVA	Moción de los diputados Sres. Ceroni, Farcas, Flores, Lorenzini, Monckeberg (Cristián), Rincón, Sabag, Soto y Squella
ORIGEN	Cámara de Diputados
MINISTERIOS	De Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento
INGRESO	24 de enero, 2018
ARTICULADO	Artículo único

OPINIÓN EJECUTIVA DE LYD

Sin perjuicio de compartir el objetivo de simplificación de determinadas formalidades y de propender a modernizar nuestras instituciones, el proyecto de ley en comento adolece de diversas falencias que, en la forma como está planteado, no hacen recomendable la introducción de un nuevo medio de otorgamiento de poder para obrar como mandatario ante los tribunales de justicia, pues no se garantiza la calidad que la ley exige al apoderado judicial y se estaría dejando a un lado la certeza jurídica con el objeto de facilitar un trámite, al tiempo que se desacopla de las iniciativas más vanguardistas en la materia, relativas a los documentos electrónicos y a la tramitación electrónica de los juicios. Ello puede acarrear consecuencias negativas para las partes del juicio y constituir un motivo de retraso adicional en la tramitación de la causa 

CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

Se agrega una nueva forma de constituir un poder que permite obrar como mandatario judicial: el conferido por instrumento privado firmado ante notario o autorizado por oficial civil titular de oficinas ubicadas en comunas o agrupación de comunas en que no exista notario ■■■

IV. COMENTARIOS DE MÉRITO

CONTEXTO GENERAL

El proyecto de ley encuentra su fundamento en la premisa de simplificar determinadas formalidades que hoy la ley exige para la validez de ciertos actos, buscando asimismo regularizar una situación de hecho que había sido tolerada por los tribunales a lo menos hasta la dictación de la ley de tramitación electrónica. En este sentido constituye en una iniciativa bien encaminada que busca proporcionar alternativas a la ciudadanía, sin perjuicio que lo aconsejable en la materia sería avanzar en una revisión más profunda y exhaustiva de esta temática en general, con el fin de disminuir los costos de transacción y facilitar con ello la actividad económica, el emprendimiento, sin transar la seguridad jurídica, y el quehacer de los ciudadanos a diario.

Dicho lo anterior, hubiera sido asimismo más conveniente que el proyecto se hubiera orientado a continuar profundizando la línea de modernización en materia de documentos electrónicos y firma electrónica avanzada, pues ese es el camino que, tras la dictación de la Ley N° 20.886 sobre tramitación digital de los procesos judiciales, parece el más adecuado, más que seguir sumando alternativas que, aún cuando tienen por fin simplificar, continúan sumando trámites ante los notarios u oficiales de registro civil. En esta línea existen otros proyectos de ley que avanzan de mejor manera en la materia¹ Ahora bien, entendiendo que aún pueden existir dificultades

con la masificación de dicha tecnología, el proyecto podría constituir un avance, pero solo en la medida que se corrijan algunos defectos que se exponen más adelante y que ponen en duda la certeza jurídica con la que se requiere contar en este tipo de actuaciones.

NORMATIVA VIGENTE

Al tenor del artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, el poder que habilita para actuar, en representación de un tercero, ante los tribunales de justicia, puede constituirse mediante una escritura pública, esto es, un instrumento público otorgado con las solemnidades legales por un notario público, e incorporado a su protocolo o registro (de esta escritura se pueden otorgar las copias que se soliciten); también se puede constituir ante los árbitros (jueces “privados”), mediante un acta que será suscrita por todas las partes que intervinieron en ella, que normalmente son todas las partes del juicio; finalmente, se constituye el mandato judicial mediante una declaración escrita autorizada por el secretario del tribunal ante el cual de tramita la causa, norma que se debe complementar con lo preceptuado en el inciso cuarto del artículo 2° de la Ley N° 18.120, que dispone que el tribunal se pronunciará sobre la constitución del mandato, y si observa la omisión de algún requisito legal, otorgará un plazo de tres días para subsanarla, en caso contrario el poder será nulo. Esta forma de mandato judicial ha sido la más habitual ante los tribunales de justicia.

¹ Boletín 11598-03 sobre modernización de la gestión pública (incluye firma electrónica), en primer trámite constitucional en la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados (Reseña Legislativa 1321).

Adicionalmente, la Ley N° 20.886 sobre tramitación digital de los procesos judiciales, estableció una cuarta forma, concordante con esta modalidad de tramitación digitalizada. Al efecto, el inciso segundo del artículo 7° de dicha ley establece: “El mandato judicial podrá constituirse mediante la firma electrónica avanzada del mandante. En consecuencia, para obrar como mandatario judicial se considerará poder suficiente el constituido mediante declaración escrita del mandante suscrita con firma electrónica avanzada, sin que se requiera su comparecencia personal para autorizar su representación judicial”.

Se entiende por firma electrónica avanzada, de acuerdo con el artículo 2° de la Ley N° 19.799, “aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría”.

En la lógica de la constitución del mandato judicial impera la preocupación por la certeza del hecho de haberse constituido el mandato, la identidad del mandante (que es parte en el juicio) y del mandatario (generalmente un abogado, estudiante de derecho o procurador del número), y las facultades especiales que se le hubieren otorgado al mandatario, en su caso.

En general, las importantes implicancias del mandato obligan al legislador a adoptar medidas para evitar cualquier duda al respecto. En efecto, el mandatario representa a la parte en todas las diligencias e instancias del juicio, se le notifican las resoluciones y es más relevante aún si se le otorgan facultades especiales, como percibir dinero, transigir derechos o acciones, renunciar

recursos y otras de la mayor trascendencia en una causa judicial. Incluso la sentencia, en materias civiles, se notifica al apoderado, pero sus efectos se materializan en el poderdante. De hecho, una notificación efectuada a mandatario inhábil producirá la nulidad de la notificación, de lo que se pueden derivar otras consecuencias que perturban el desarrollo del juicio.

Ahora bien, cabe recordar que cualquier persona puede, excepcionalmente, comparecer a nombre de otra ante un tribunal ordinario, sin mandato expreso, pero rindiendo fianza y asegurando que la parte directa aprobará lo obrado en el intertanto por el agente oficioso. Si esta persona no es abogado, deberá designar un abogado patrocinante y conferir poder conforme a las normas generales (excepto en las acciones constitucionales de protección y amparo). Pero dados los riesgos que esta gestión implica no es una práctica habitual y solo tiene lugar en casos extremos y ante situaciones puntuales de la mayor urgencia, como la iniciación de un juicio del que no ha tenido conocimiento el demandado, como puede suceder cuando se notifica una demanda mediante avisos en los diarios.

APRECIACIÓN SOBRE LAS FORMAS DE CONSTITUIR EL MANDATO

- 1.- La escritura pública, por su carácter solemne y por otorgar plena fe respecto del hecho de haberse otorgado, su fecha y la identidad de las partes que comparecen ante el notario, constituye un medio legal de otorgar el mandato

judicial. Además, hace plena fe, en el sentido de que el compareciente no podrá negar haber constituido el mandato en determinada persona; sin perjuicio de su derecho de revocarlo y designar otro apoderado.

Las distintas copias de la escritura pública permiten apersonarse ante diversos tribunales sin constituir nuevo mandato. Incluso es posible que el apoderado en este caso no tenga ninguna de las calidades que la ley exige para obrar como tal, pero entonces este apoderado deberá comparecer designando él mismo a otro mandatario judicial conforme a la ley.

- 2.- En un juicio arbitral se suele designar al mandatario mediante un acta suscrita por todos los otorgantes, es decir, por las partes que tienen interés en el arbitraje. De este modo tanto el árbitro como las partes quedan informadas de la identidad del apoderado de cada una, y se evita así la redacción de escritura pública u otra forma de constitución del mandato.

Esta constitución del mandato no requiere de la participación de un ministro de fe específico.

- 3.- El mandato judicial propiamente tal –mediante declaración escrita ante el secretario del tribunal- nació en tiempos muy pretéritos cuando la tramitación de los juicios era completamente manuscrita. Entonces, en una foja se efectuaba la declaración, la firmaba el poderdante y la autorizaba el secretario como ministro de fe, estampando la fecha. De este modo quedaba constituido el mandato para todas las instancias del juicio sin que se requiriera una formalidad o gestión ulterior. El apoderado podía también suscribir la declaración en señal de aceptación o bien podía aceptar tácitamente el mandato, actuando procesalmente ante el tribunal.

Cuando se incorporó masivamente la tecnología de la máquina de escribir, a comienzos del siglo pasado, se comenzó a otorgar el poder redactado en un otrosí de la primera presentación al tribunal, solicitándole que tuviera presente el mandato (que en todo caso, debía estar constituido mediante autorización del secretario). Esta providencia dictada por el tribunal (“tégase presente”) era jurídicamente innecesaria, pues lo propio y esencial de mandato era la declaración autorizada por el secretario, sin que el tribunal necesitara pronunciarse al respecto.

Sin embargo, con la dictación de la Ley N° 18.120 de 18 de mayo de 1982, se produjo una modificación importante. Se dispuso en el inciso cuarto de su artículo 2°, que el tribunal se pronunciará sobre el mandato y si éste no estuviere legalmente constituido, otorgará un plazo de tres días para efectuar la corrección del caso. Esta disposición supone que puede existir alguna deficiencia legal en la declaración, como, por ejemplo, que el secretario no la hubiere autorizado por no haberlo solicitado la parte que presenta el escrito. Sin embargo, ahora cabe preguntarse si debe entenderse como elemento esencial del mandato la declaración del tribunal (“tégase presente”); así, cabe la duda sobre qué sucede con la declaración formalmente autorizada por el secretario mientras el juez no se hubiere pronunciado sobre el escrito contenido en el respectivo otrosí. ¿Habría o no mandato legalmente constituido? Se puede ver que esta disposición de la Ley N° 18.120 no constituyó necesariamente una mejora en este aspecto, si lo que se requiere es certeza jurídica con la menor cantidad de trámites o requisitos.

- 4.- Mandato con firma electrónica avanzada (FEA). Como se desprende de lo dicho en su oportunidad sobre la Ley N° 20.886 sobre

tramitación digital, lo que hizo esta ley fue sustituir la fe pública que proviene de la autorización del secretario del tribunal por la “fe pública” que proviene del prestador de servicios de certificación, que es la entidad prestadora de firmas electrónicas, conforme a la ley y según lo dicho anteriormente a propósito de la firma electrónica avanzada; por eso esta ley previene que para la constitución del mandato otorgado mediante FEA no se requiere la “comparecencia personal” del poderdante para autorizar su representación judicial. Es una simplificación notable, como lo es toda la tramitación digital de causas judiciales.

La Ley N° 20.886, recién aludida, junto con facultar esta otra forma de constitución del mandato, dejó vigente el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil que incluye, como se dijo, la escritura pública, el acta ante el juez árbitro y la declaración escrita autorizada por el secretario del tribunal, como formas de constituir el mandato. Además, obligó a los jueces, demás funcionarios judiciales y auxiliares de la Administración de Justicia a utilizar el sistema informático de tramitación de causas. Los abogados no forman parte de los auxiliares de la Administración de Justicia, por lo que para éstos la tramitación digital de sus causas sería, en principio, facultativa, ya que, como lo señala el artículo 5° de la ley 20.886, se puede obtener autorización para presentar los escritos en papel, los que después deberán ser digitalizados por el tribunal. Obviamente, la intención del legislador es propender a la total aplicación de la digitalización del sistema procesal.

En síntesis, la Ley N° 20.886 sobre digitalización de la tramitación judicial, no derogó expresamente las formas de conferir mandato judicial contenidas en el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, por lo que la constitución

del poder judicial mediante declaración escrita ante el secretario del tribunal y autorizada por este, debería subsistir y ser aplicada en casos excepcionales.

LO QUE SE PROPONE MEDIANTE EL PROYECTO DE LEY

Ahora se propone una nueva modalidad para constituir un mandato judicial. Consiste en otorgarlo mediante “instrumento privado [documento escrito] firmado ante notario o cuyas firmas sean autorizadas por oficial de Registro Civil”. Como se sabe, los oficiales del Servicio de Registro Civil actúan como notarios en las comunas o agrupación de comunas donde no existe un notario.

En su formulación, el proyecto se refiere al otorgamiento de un instrumento privado firmado ante notario o cuyas firmas sean autorizadas ante el oficial civil. En un caso el proyecto exige firmar ante el notario y en el caso de los oficiales civiles, les exige que autoricen la firma, lo que no es lo mismo. En efecto, cabe recordar que incluso se ha discutido si la facultad de “autorizar las firmas” que se otorgó a los notarios en el artículo 401 N°10 del Código Orgánico de Tribunales, en 1982, constituye o no una garantía de plena fe. Por tal razón muchas veces se ha exigido, para la validez de un documento, que el notario deje expresa constancia de que la persona, el poderdante en este caso, haya firmado en su presencia (indicándose que “pasó y firmó ante mí”) y no solamente que se “autoriza la firma”.

El proyecto se refiere a la firma ante notario, lo que se entendería presencialmente, pero cuando se refiere a los oficiales civiles, le bastaría con la autorización de firma. Esta inconsistencia debiera ser corregida en la tramitación del proyecto.

Más allá de estas incongruencias que en todo caso serían fáciles subsanar, lo que cabe examinar es si se justifica o no una quinta forma de constituir el mandato judicial.

Entre sus fundamentos, los autores de la moción expresan que se estaba generalizado la práctica de autorizar el poder ante un notario en lugar de hacerlo ante el secretario del tribunal, y que los tribunales, que hasta hace algún tiempo aceptaban esta forma de constitución del mandato, una vez dictada la ley sobre tramitación electrónica, comenzaron a rechazar los poderes firmados ante el notario. Cabe señalar que muchas veces es más cómodo para el cliente concurrir a una notaría cercana y no al tribunal, que puede estar emplazado en un lugar que le resulta lejano e incómodo.

Si se examinan las formas legales de constitución del mandato judicial, se observa que ninguna de ellas coincide con la práctica que se estaba desarrollando de hecho, consistente en la firma ante notario o autorizada por éste. Es decir, esta forma de autorizar el mandato nunca estuvo de acuerdo con la ley procesal y su aceptación generalizada solo constituyó una licencia o facilidad otorgada por los tribunales, sin consideración a las formalidades legales. Este proyecto de ley vendría de alguna manera a regularizar esta situación.

Ahora bien, nótese que existe una diferencia sustancial entre el mandato judicial firmado ante un notario y el que se otorga ante el secretario del tribunal y autorizado por éste. En efecto, a éste último la ley (artículo 4° de la Ley N° 18.120) le impone la obligación de cerciorarse de que la

persona a la cual se le confiere poder, cumple con alguna de las calidades legales que habilitan para ser mandatario judicial (abogado, procurador del número, etcétera); es decir, el secretario “autoriza el poder” y no solo autoriza la firma del poderdante. Esta obligación no pesa sobre los notarios, por lo cual el poder otorgado ante ellos mediante un instrumento privado no constituye certeza respecto de la regularidad del mandato para actuar judicialmente. El notario da fe que ha firmado ante él el poderdante o bien autoriza la firma de éste, pero no se pronuncia sobre la calidad del apoderado.

En el caso del poder judicial otorgado por escritura pública, que podría considerarse similar a la modificación propuesta, debe señalarse que es efectivo que tampoco le corresponde al notario fiscalizar la calidad jurídica del apoderado designado en la escritura, por lo que éste deberá acreditar esa calidad al momento de apersonarse a cualquiera de los tribunales donde le correspondiere actuar en representación de su mandante, y si no tiene ninguna de dichas calidades, deberá él designar un apoderado que las cumpla legalmente.

Son pues, situaciones bien diferenciadas: la escritura pública de poder, al ser presentada al juicio, va a ser examinada por el tribunal, junto con los demás documentos que se acompañen, con el objeto de comprobar que constituye poder suficiente para obrar en la causa, de lo contrario podría ser observado e incluso objetado por la parte contraria. La autorización de firma, en cambio, supone que el documento que contiene el mandato forma parte del primer escrito presentado a juicio (por ejemplo, una demanda) y no requeriría de nuevo examen por el tribunal, que ordenará “tener presente” el poder, pues se asume –erróneamente– que el poder otorgado en instrumento privado firmado ante notario viene a ser equivalente a la declaración autorizada por el secretario del tribunal, lo que no es efectivo, según ya se ha explicado.

Por ello, y para asegurar la necesaria legitimidad del poder, atendidas las importantes consecuencias que podrían derivarse de su eventual nulidad, el proyecto de ley debiera resguardar de mejor forma que el poder otorgado en la forma que se viene proponiendo, en cuanto tal cumpla, además de las formalidades que se establecen en el proyecto de ley, deberá ser examinado por el tribunal, de manera que éste deba autorizar el poder y no simplemente darlo

por aprobado porque fue otorgado en la forma antedicha.

Finalmente y como se expuso anteriormente, la intención de los autores de la moción de permitir la constitución del mandato judicial ante un notario u oficial civil, viene a resultar una regresión respecto de la ley sobre tramitación digital de causas judiciales ■■■

V. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY

Artículo 1.- Modifíquese el numeral 1° del inciso segundo del artículo 6° del Código de Procedimiento Civil del siguiente modo:

1. Elimínese la frase “o ante oficial del Registro Civil a quien la ley confiera esta facultad”.
2. Agréguese un nuevo numeral 2 del siguiente tenor, pasando los actuales 2 y 3 a ser 3 y 4 respectivamente:

“el conferido mediante instrumento privado firmado ante notario o cuyas firmas sean autorizadas por oficial de Registro Civil de acuerdo con la facultad que les otorga el artículo 35 ² de la ley N°19.477, Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación.” ³



1 Artículo 35 de ley 19.477: “Los Oficiales Civiles titulares de Oficinas ubicadas en circunscripciones en que no exista Notario, estarán facultados para intervenir como ministros de fe en la autorización de firmas que se estampen en su presencia, en documentos privados, siempre que conste en ellos la identidad de los comparecientes y la fecha en que se firman.”.

2 El N° 1 del artículo 6 del Código de Procedimiento Civil quedaría con la siguiente redacción:

Art. 6° (7°). El que comparezca en juicio a nombre de otro, en desempeño de un mandato o en ejercicio de un cargo que requiera especial nombramiento, deberá exhibir el título que acredite su representación.

Para obrar como mandatario se considerará poder suficiente: 1° El constituido por escritura pública otorgada ante notario ~~o ante oficial del Registro Civil a quien la ley confiera esta facultad;~~ 2° El conferido mediante instrumento privado firmado ante notario o cuyas firmas sean autorizadas por oficial de Registro Civil de acuerdo con la facultad que les otorga el artículo 35 de la ley N° 19.477, Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación; 3° El que conste de un acta extendida ante un juez de letras o ante un juez árbitro, y subscrita por todos los otorgantes; y 4° El que conste de una declaración escrita del mandante, autorizada por el secretario del tribunal que esté conociendo de la causa.

[...].

[...].