



Facultad de Derecho

Universidad de los Andes

Responsabilidad Civil del Empresario

Federico McKay Alliende

Editor

Cuadernos de Extensión

1996



Facultad de Derecho

Universidad de los Andes

Responsabilidad Civil del Empresario

Federico Mckay Alliende

Editor

Cuadernos de Extensión

1996

Responsabilidad civil del empresario.
Responsabilidad civil del empresario/
[Federico McKay Alliende, editor].
p. 185

ISBN: 956-7160-07

1. Derecho civil. 2. Empresas.
3. Responsabilidad civil. 4. Responsabilidad legal.

346.02-dc20 Es

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular del Copyright.

Copyright © 1996, by Universidad de los Andes

Ediciones Universidad de los Andes
Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile.
Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 98.982. Santiago de Chile.

Corrección de estilo: Francisco J. Garcés T.
Diseño: Eduardo Alvarez E.
Impresión: Multigráfica S.A.
Printed in Chile - Impreso en Chile

Presentación

La «Responsabilidad» se reconoce como un principio fundamental, fundante y principal, de nuestro Ordenamiento jurídico. Esto cabe afirmarlo no sólo del Ordenamiento jurídico privado, sino del Ordenamiento jurídico general, porque resulta ser —la responsabilidad— el presupuesto necesario para la materialización misma del Derecho, para la exigencia práctica de *lo justo*.

El Derecho es la antítesis de la represión y de la opresión, pero sin responsabilidad el Derecho pasa a ser la ciencia de lo ideal, de lo utópico, de lo imposible. Es la responsabilidad —personal, patrimonial y judicialmente perseguible— la que hace posible el Derecho.

Por lo mismo, la responsabilidad adquiere diversas facetas y manifestaciones jurídicas, aunque éstas pueden reconducirse a las siguientes: como exigencia para la aplicación de una sanción; como requisito para reclamar una reparación, y como limitación de la libertad, en cuanto permite ordenar una determinada conducta. Según cuál sea el presupuesto normativo y causal que sirva de base a la responsabilidad, podemos estar frente a la responsabilidad privada o pública; civil o penal; contractual o extracontractual.

Al estudio de este principio modelador de nuestro Derecho, aunque sólo en su órbita civil y en áreas muy precisas, se dedicaron varias jornadas del mes de agosto de 1995, todas reunidas en el «Congreso Sobre Responsabilidad Civil del Empresario», que organizó la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en el marco del Proyecto FONDECYT N°1940067, que ejecutaron los profesores Hernán Corral Talciani y Pedro Zelaya Etchegaray.

En las páginas que siguen se encuentran reproducidas diez de las conferencias dictadas en esa oportunidad, en la que los asistentes pudieron escuchar a destacados juristas nacionales y extranjeros.

La responsabilidad civil es hoy uno de los temas jurídicos más tratados por la doctrina y jurisprudencia de los países desarrollados, y es de las áreas donde el

Derecho parece estar experimentando mayores transformaciones. Numerosas y disímiles causas culturales, distintas de las jurídicas, se conjugan para explicar este fenómeno: sociológicas, ideológicas, económicas y filosóficas. Una de éstas parece ser la dominante, aunque no aislada de las demás: la función cada día más trascendental de la persona, como centro neurálgico del Derecho. *Lo justo* se ha ido personalizando, individualizando, incluso a veces en desmedro de lo social y de lo común. Este proceso, de paulatina y progresiva inmanencia de *lo justo*, nos ofrece hoy signos a la vez esperanzadores y preocupantes respecto del futuro. Pero probablemente el Derecho no es más que una consecuencia cultural de una transformación más general que está experimentando la sociedad; es en las causas de la evolución de esta última donde ha de buscarse una reorientación del orden jurídico como instrumento de bien común, con fundamento en la naturaleza de las cosas y de la persona.

Las conferencias que se ofrecen a continuación son atractivas, sugerentes, orientadoras y formativas. Poco hay escrito, en nuestro país, sobre los temas que en éstas se analizan. Por lo mismo, serán un valioso punto de apoyo para el estudio y profundización académica en áreas muy delicadas y sensibles de la responsabilidad civil, cuyo desarrollo doctrinal futuro traerá consigo importantes consecuencias, especialmente patrimoniales. Ya en Estados Unidos, por ejemplo, los seguros de responsabilidad civil importan un alto costo para la actividad comercial o lucrativa. De la doctrina y jurisprudencia nacionales dependerá que, entre nosotros, no se llegue a los excesos a los que sí se ha arribado en otros países, sabiendo amparar, por otra parte, la legítima dignidad y derechos de las personas.

Una nota común de todas las exposiciones es su visión práctica y concreta de las distintas materias. Se ofrece un panorama jurídico amplio, con soluciones normativas específicas, muy a la par de la jurisprudencia, que se analiza con detención.

La Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes se enorgullece de poder entregar este material de reflexión y trabajo, que sabemos será de grandísima utilidad y beneficio para la doctrina y jurisprudencia nacionales, especialmente en estos temas, cuyo estudio recién comienza.

El editor

TENDENCIAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Santiago Cavanillas Mújica
Doctor en Derecho (U. de Granada)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Islas Baleares

INTRODUCCIÓN

El título de mi conferencia es «Tendencias en Materia de Responsabilidad Civil», y subrayo la palabra *tendencias* porque define el *leit motiv* de toda esta exposición. *Tendencias* significa vías, caminos abiertos, inclinaciones en la balanza de la justicia, y a esto me voy a referir.

Nada de lo que voy a decir aquí debe entenderse como absoluto, como metas logradas o por lograr, sino exclusivamente -según he dicho- como algo relativo. Al fin y al cabo el Derecho es el arte de lo relativo, y no de lo absoluto.

En un intento por compendiar cuáles podrían ser estas tendencias de la responsabilidad civil en el Derecho comparado, mencionaré diez de ellas, a las que me referiré correlativamente. Todas se manifiestan de forma muy variada en el Derecho comparado, sin embargo es muy interesante comprobar cómo el Derecho comparado -a través de instrumentos muy variados- acaba siempre dando respuestas análogas a las mismas corrientes subterráneas, a las que me referiré.

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL, UN INSTRUMENTO MÁS DE LA INGENIERÍA JURÍDICA DEL DAÑO

La primera tendencia es la de considerar la responsabilidad civil exclusivamente como un instrumento más de la ingeniería jurídica del daño.

El daño, como la enfermedad, es un mal y, de la misma manera que la medicina se ocupa de la enfermedad a través de medidas terapéuticas variadas -preventivas, sanatorias, extirpativas-, también el Derecho se ocupa del daño con

medidas muy diversas. La responsabilidad civil es solamente una de estas medidas, realidad de la que los estudiosos del «Derecho de Daños» cada vez están más conscientes.

La responsabilidad civil tiene que compartir lugar, en el tratamiento de los daños, con mecanismos tan diversos como los que voy a mencionar ahora. Por ejemplo, es muy normal que la responsabilidad civil tenga que compartir espacio en el tratamiento del daño con seguros obligatorios, con fondos de garantía, que obedecen a una de las dificultades o limitaciones de la responsabilidad civil, a saber: que aunque hayamos obtenido sentencia condenatoria basada en la responsabilidad civil, no podremos cobrar si el condenado no es solvente, y la única forma de garantizar la solvencia de los futuros condenados -en materia de responsabilidad civil- es establecer medidas preventivas, como puede ser un seguro obligatorio o un fondo de garantía, que cubran aquellos daños que no han sido satisfechos por insolvencia del condenado.

También, la responsabilidad civil ha de compartir espacio con las medidas administrativas, muy particularmente con las medidas de Derecho Administrativo dirigidas al control de la actividad privada. Nadie asume que la liberalización pueda llegar hasta el extremo de que se permita realizar cualquier tipo de actividad, aun sujeta ésta al principio de que «quien daña, paga». Hay que establecer medidas preventivas que la administración pública pueda controlar, por ejemplo, en materia sanitaria, donde los productos que se fabrican o se distribuyen deben estar compuestos de elementos seguros para la salud.

En tercer lugar, la responsabilidad civil ha de compartir espacio con las sanciones penales. La función preventiva de la responsabilidad civil es bastante limitada, por una sencilla razón: en casi todos los Derechos conocidos, la responsabilidad civil es *asegurable*. Cabe concertar seguros de responsabilidad civil que cubran la responsabilidad, al menos por culpa. Y si uno está asegurado, es la compañía de seguros la que paga, y podemos «lavarnos las manos», e iniciar actividades menos seguras. Sólo la sanción penal es la que cumple esa *función preventiva máxima*, disuasiva de las actividades contrarias a un determinado parámetro de conducta.

Además -en cuarto lugar- la responsabilidad civil debe compartir espacio con algunos *mecanismos de legitimación colectiva* para la defensa de los intereses generales. La responsabilidad civil es un instrumento jurídico que está pensado para la defensa de los intereses individuales de la propiedad, de la vida, de la salud personal. Y no sirve, en cambio, cuando se trata de un interés general, un interés colectivo. De ahí que, por ejemplo, el deber tutelar del Estado, cuyo ejercicio se reclama a través de acciones tan típicas como la «acción de cesación del daño», o por la «acción de cesación de una actividad contaminadora» -que no perjudica a nadie en particular, pero sí a todos en general-, deba dejarse en manos de otros instrumentos distintos de la responsabilidad civil, como son los mecanismos de legitimación colectiva, de acciones de clase, etcétera.

En resumidas cuentas, y explicando a qué me estoy refiriendo con esta primera tendencia, el mérito de un Derecho no es tener una responsabilidad civil muy

desarrollada, hipertrofiada. El mérito en el Derecho, como en todo, está en la combinación proporcionada de todos estos mecanismos que enfrentan el daño.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL, UN ARMA QUE HA DE MANEJAR LA JURISPRUDENCIA

La segunda tendencia en el Derecho comparado busca conceder un grandísimo protagonismo -mayor que el normal en Derecho- a la jurisprudencia en la aplicación de la reglas de responsabilidad civil.

¿Por qué? La sensibilidad social frente al daño -es decir, esa respuesta casi subconsciente, cultural, que se produce cuando se descubre un daño, reclamando un responsable- no tiene punto de comparación con la sensibilidad social que puede haber ante el incumplimiento del contrato de depósito, o la extinción de las obligaciones por prescripción. Esto último no «levanta ampollas», no hay una reacción del sentimiento social ante estos hechos jurídicos, y sí la hay ante el daño. Esto es tan evidente que no creo que sea necesario justificarlo.

Y, por eso, es labor de los jueces interpretar las leyes conforme a las nuevas sensibilidades sociales. De ahí que en todos los Derechos conocidos, el protagonista de la revolución de la responsabilidad civil ha sido siempre el Tribunal Supremo y -como base de la actuación del Tribunal Supremo- los Jueces de Primera y Segunda Instancia.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL, UN INSTRUMENTO JURÍDICO DE VANGUARDIA

Según la tercera tendencia -constatable-, la responsabilidad civil actúa como vanguardia del Derecho. La responsabilidad civil es, curiosamente, precursora de posteriores desarrollos legislativos. Y lo es, ejemplificativamente, al menos en dos aspectos que explicarán a qué me estoy refiriendo.

1. ES IDÓNEA PARA LA SANCIÓN DE ILÍCITOS ATÍPICOS

El primer aspecto lo podemos denominar *atipicidad del ilícito*. En casi todos los Derechos no es necesario que se haya infringido una determinada norma de conducta, legalmente explícita, para que se desencadene la responsabilidad. Al contrario, hay una pauta general, la de la culpa, la de la prudencia, que permite al juez condenar, sin necesidad de que se haya probado la infracción de determinado artículo del Real Decreto, o de la Orden Ministerial, o de la norma reglamentaria correspondiente.

De esta manera, y lo van a ver ustedes claramente con un ejemplo, en España los Tribunales empezaron a condenar a los propietarios de automóviles que daban lugar a accidentes de circulación por un defecto en la maquinaria del automóvil, que podría haber sido descubierto mediante la práctica de revisiones periódicas. Esto no lo disponía ninguna norma; ningún reglamento decía que hubiese que revisar el coche cada cinco años, ni cada tres; y sin embargo, los Tribunales empezaron a considerar que no revisar cada cierto tiempo el automóvil -y permitir, por lo tanto, que hubiera defectos ocultos ocasionantes de accidentes- era culpa, actividad culposa y, en consecuencia, responsable. Esta jurisprudencia empezó a producirse en los años '70, y en los años '90 se establece -ahora sí por una norma reglamentaria- que cada cinco años sea obligatorio efectuar una revisión de los automóviles. Este caso nos permite apreciar con claridad cómo la responsabilidad civil se ha adelantado en veinte años a la Administración Pública, a la hora de ordenar conductas preventivas del daño.

2. ES ADECUADA PARA ESTABLECER NUEVAS CONFIGURACIONES DEL DAÑO

La responsabilidad civil ha sido precursora desde la perspectiva de la atipicidad, pero ahora también lo es del daño. Casi todos los Derechos -quizá menos el Alemán- no exigen, para que se genere responsabilidad, que se infrinja un concreto y típico derecho subjetivo, sino que normalmente se entiende que daño es lo que vulgarmente se entiende por daño: un perjuicio. Esto ha permitido y facilitado, sin tener que hacer demasiadas disquisiciones sobre si existe o no existe un «derecho a», el establecimiento de condenas en materias de responsabilidad civil, que han resultado francamente precursoras. Por ejemplo, en 1982 se publica en España la ley sobre protección del honor, la intimidad y la propia imagen (Ley de Nuevos Derechos Subjetivos, aunque les llamamos Derechos de la Personalidad). En 1912, es decir setenta años antes, el Tribunal Supremo había condenado -basándose en la responsabilidad civil que aparecía regulada en el artículo 1902- a un periódico que había publicado una noticia desmerecedora para el honor de una señorita. Estamos en 1912, y se condena simplemente estimando que aquí hay un daño; no se hace una evaluación de si es o no un derecho al honor. En 1912 no se hablaba de derecho a la personalidad, no se desarrollaban aún estos conceptos.

IV. LA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La cuarta tendencia sería la *objetivación*, es decir, la eliminación de la culpa como hecho constitutivo de la responsabilidad de determinados sectores del daño. Digo lo anterior de intento, ya que no se trata de la *objetivación* de la

responsabilidad en ningún Derecho, de modo absoluto y definitivo; ocurre solamente en determinados sectores del daño.

¿Qué sectores son éstos? Es difícil definirlos, no en todos los Derechos son los mismos; pero si tuviéramos que hacer un esfuerzo de síntesis, serían dos grupos definitorios.

1. EN LA EMPRESA, COMO ACTIVIDAD PRODUCTIVA ORGANIZADA

En primer término, la responsabilidad objetiva se instaura en dos campos relacionados con la actividad de fabricación industrial: los accidentes laborales -el primero en el tiempo en quedar sujeto a reglas objetivas-, y los daños causados a terceros en la explotación de los medios de producción empresarial (explosiones, descargas eléctricas, entre otras).

En otra faceta de la empresa -la producción misma- se establecen corrientemente, en Europa y en América, reglas de responsabilidad objetiva por los daños debidos a los defectos de los productos. También ésta es una responsabilidad objetiva que se concentra sobre la empresa. Y cuando hablo de empresa no me refiero exclusivamente a la empresa mercantil, porque también habría que sumar a esta categoría la propia responsabilidad de la administración pública, por el funcionamiento de los servicios públicos, también de carácter objetivo en Europa.

2. EN ACTIVIDADES QUE SE RELACIONAN CON COSAS NATURALMENTE PELIGROSAS

El segundo grupo o sector de reglas de responsabilidad objetiva se centra en ciertas cosas, en ciertas actividades relacionadas con cosas que son particularmente peligrosas o típicamente peligrosas, como son las armas de fuego y los automóviles. En torno a estos dos grupos de cosas se producen, tanto jurisprudencial como legalmente, normas de responsabilidad objetiva.

Hay que tener en cuenta, cuando hablo de normas de responsabilidad objetiva, una constante de gran importancia tratándose de este tipo de normas: que la culpa siempre permanece. El principio de que se responde por culpa permanece como norma supletoria, por debajo de aquellas de responsabilidad objetiva. Por ejemplo, es habitual que las normas de responsabilidad objetiva vayan acompañadas de una limitación de la indemnización. Pues bien, para cubrir el daño restante es para lo que está la llamada responsabilidad por culpa, que interviene siempre en forma supletoria y en el momento que hace falta.

En relación a la responsabilidad de tipo objetivo, se produce -y es una tendencia visualizable, pero a veces difícil de explicar- una cierta inversión de los términos habituales en la percepción colectiva de la responsabilidad objetiva. Me refiero a lo siguiente: poco a poco, cuando se van estableciendo normas de responsabilidad objetiva, se va generando en los ciudadanos la expectativa de que hay un

ámbito de indemnidad, es decir, que lo que el Derecho está haciendo cuando establece reglas de responsabilidad objetiva es garantizar el «*derecho de indemnidad de los ciudadanos*»: derecho de indemnidad frente a la contaminación industrial, derecho de indemnidad frente a la circulación automovilística, derecho de indemnidad frente a la utilización de las armas de fuego en la caza, por nombrar algunas situaciones. Esta idea de que existe este derecho de indemnidad es particularmente enriquecedora. Se parece un poco, y tiene muchos puntos de contacto, con otro derecho muy parecido, casi previo, que se da en materia de producción, de consumo, que es el «*derecho a la seguridad*», el derecho a que los productos sean seguros, el derecho a que si me atropellan, por ejemplo, seré indemnizado. Son derechos paralelos.

Como el «*derecho de indemnidad*» y el «*derecho a la seguridad*» van en paralelo y les tiende a ocurrir lo mismo, debemos tener muy presente una regla que cualquier especialista en materia de responsabilidad civil ha de tener siempre en cuenta, y es la siguiente: una mayor seguridad -digamos preventiva- o una mayor indemnidad -una vez producido el daño-, se paga más caro, y el precio lo pagamos todos. Les voy a poner un ejemplo: en Europa hay una responsabilidad objetiva por los «hechos de la circulación», por los accidentes causados por los automóviles. Esta responsabilidad objetiva, como no podía ser menos, va acompañada por un sistema de seguro obligatorio. Si no ocurriera así, la indemnidad del peatón -observen el cambio de perspectiva- dependerá de que el automovilista que le atropella sea rico o sea pobre. Si es rico, cobrará; si no tiene dinero, no podrá cobrar. Como esta práctica no es aceptable, y se debe garantizar la misma indemnidad a todos los ciudadanos, es preciso acompañar esta regla de responsabilidad objetiva con otra de seguro obligatorio. Todos los automovilistas en España, en Europa, tienen que concertar un seguro obligatorio, como también se hace en Chile.

Las cantidades que en Europa hay que pagar son muy superiores a las del seguro chileno (hay que cubrir con este seguro obligatorio la indemnidad del ciudadano europeo, que es mucho más extendida que la del ciudadano chileno). En Europa hay una Directiva Comunitaria que obliga a prever un pago de hasta cincuenta y cuatro millones de pesetas, que equivalen a más de doscientos millones de pesos chilenos. ¿Qué es lo que ocurre? La indemnidad del ciudadano europeo frente al accidente automovilístico es máxima. Esta indemnidad la pagan todos los conductores de automóviles, ya que todos tienen que concertar dicho seguro obligatorio, el que en España -ahora mismo- viene acercándose a las cien mil pesetas al año (cuatrocientos mil pesos chilenos anuales, aproximadamente), la que resulta ser una cantidad importante. En parte, ya se está observando en Europa que esta situación es disuasiva de la posibilidad de adquirir la propiedad de un automóvil para determinadas personas de un nivel económico bajo o, peor aún, este estado de cosas favorece que los vehículos circulen sin seguro obligatorio.

V. LA ALTERNATIVA DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

La quinta tendencia de la responsabilidad civil sería la solidaridad de los corresponsables de un daño.

Creo que es una tendencia muy clara a la que voy a referirme, exclusivamente para decir que es una tendencia que tiene un límite: los daños causados colectivamente. Con un ejemplo, ustedes lo verán claramente. Cuando varias personas causan un daño, responden solidariamente del mismo, frente a la víctima. Esto es muy fácil de decir. Pero veamos cómo opera este principio sobre la base del siguiente supuesto: un propietario de una explotación maderera, en Alemania, tiene unos bosques de los que saca madera -los explota- y observa que en los dos últimos años, como consecuencia de un fenómeno conocido como 'lluvia ácida', sus bosques se han visto mermados en un cincuenta por ciento. Ha perdido el cincuenta por ciento de su riqueza maderera en dos años. ¿Quién es el responsable? Alguien tendrá la culpa. El propietario en cuestión pregunta a los científicos. Éstos le hacen un informe, y le dicen: «mire usted, hay unos responsables muy concretos del daño que usted ha sufrido, y estos son los siguientes: las cuatro centrales térmicas que hay en los cuarenta kilómetros a la redonda de su explotación. Pero no sólo ellos; porque si sólo hubiese cuatro centrales térmicas, a lo mejor no se habría producido este daño. También se debe a las chimeneas de todos los edificios que funcionan con gasoil, fueloil o carbón en los cien kilómetros a la redonda de su explotación. El número de los causantes ya ha aumentado bastante, pero no acaban allí, porque también contribuyen todos los automóviles que han circulado por las carreteras situadas en cien kilómetros a la redonda, durante los tres años anteriores a la producción de la lluvia ácida. Como puede darse cuenta, tenemos unos cien mil responsables». ¿Qué hacemos? ¿Solidaridad? ¿Buscamos al último automóvil que ha pasado y le decimos: «usted responde *in solidum* y luego repita contra los demás»?

Por lo tanto, es necesario que exista un límite a la tendencia a la solidaridad. Esto es lo que les quería explicar.

VI. INDICACIÓN DE RESPONSABILIDAD A TRAVÉS DE PRESUNCIONES

La sexta tendencia -que resulta importantísima y capital en materia de responsabilidad civil, y es ya una corriente observable- trata de la aplicación imaginativa de las presunciones judiciales, de la prueba por indicios.

Uno de los problemas que esta tesis pretende solucionar es la evidente y grandísima dificultad probatoria con que la víctima siempre se enfrenta. Un ejemplo de las sugerencias de esta tendencia es la aplicación imaginativa de las presunciones judiciales: la que se hace de la «causalidad adecuada», y que a primera vista quizá a ustedes les va a extrañar, pero luego, con el ejemplo, lo verán claro.

Habitualmente, los que hemos estudiado la «causalidad adecuada» dentro del Derecho penal, estamos acostumbrados a que ésta funcione de la siguiente manera: tenemos probado que un determinado sujeto, actuando ilícitamente, ha causado un daño; será responsable penalmente de ese daño, a menos que no exista una relación de adecuación en el vínculo de causalidad.

En materia de responsabilidad civil, se está empezando a utilizar la «causalidad adecuada» en el sentido contrario, es decir, no para impedir que se responda cuando la causalidad está probada, sino para conseguir que se responda cuando la causalidad no está probada. Lo podrán observar con el siguiente ejemplo. Un señor llega en un tren a una estación española; el tren mide cien metros de largo, y la estación mide sólo cincuenta metros: el andén de la estación es más corto que el tren. El andén de la estación está bien iluminado, pero el resto, la parte excedente, está en pésimo estado: llena de agujeros, sin iluminación y con baches. El tren, como es más largo que la estación, la sobrepasa, y nuestro viajero, que va en la parte delantera, se baja en la parte no pavimentada. Lo único que sabemos es que el tren se marcha, y aparece el cadáver de esta persona atropellada por el mismo tren. Es el único material probatorio que tenemos. Nadie lo ha visto. ¿Alguien ha visto cómo ha pasado? ¿Alguien ha visto si se tropezó? ¿Alguien se dio cuenta si no vio donde estaba el tren? ¿Alguien ha visto si quiso suicidarse? ¿Alguien ha visto si se desmayó? ¿Alguien ha visto si alguien lo empujó? No sabemos cómo ha ocurrido su muerte.

Pues bien, el hecho de mantener una estación de ferrocarril con baches y mal iluminada en la zona donde los viajeros han de descender del tren es «causa adecuada», es suficiente como para generar este tipo de accidentes y, por tanto, aplicando una presunción judicial, en España, en este caso, se llegó a condenar. ¿Por qué se condenó? Porque la actuación de la empresa ferroviaria era adecuada para producir este tipo de accidentes, aunque no sabemos si la muerte del viajero se debió a esta circunstancia, o a un suicidio, o a otra causa distinta. Con lo cual vemos que la adecuación, en responsabilidad civil, sirve para condenar más; a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal, donde sirve para condenar menos.

VII. JERARQUIZACIÓN ENTRE DAÑOS PERSONALES Y DAÑOS MATERIALES

La séptima tendencia es la de la jerarquización de los daños y, muy particularmente, la jerarquización entre los daños personales y los daños materiales. Es corriente que los daños personales (a la vida, a la integridad física, a la salud) sean objeto de reglas de responsabilidad más severas que cuando se trata de los daños materiales. Esta es una tendencia cada vez más visible. Cada día son más las normas que establecen reglas de responsabilidad objetiva solamente para los daños personales o, al menos, plena indemnización objetiva de los daños personales.

Lo anterior resulta bastante razonable. Hemos hablado antes de un «derecho a la indemnidad», de una expectativa de ser indemnes. Desde esta perspectiva, es muy razonable pensar que hay mayores motivos para garantizar la indemnidad respecto de los daños personales, que respecto de los daños materiales.

Estamos frente a un cambio de perspectiva, porque si lo miramos desde la óptica tradicional de la responsabilidad civil ordinaria o por culpa, tanta responsabilidad hay respecto de unos como de los otros. Este cambio de perspectiva se debe fundamentalmente al hecho de enfocar el tema desde la perspectiva del «derecho a la indemnidad», lo que justifica que exista una jerarquía ante los distintos daños.

VIII. FOCALIZACIÓN, EN LA CULPA DE LA VÍCTIMA, DE LA LITIGIOSIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La octava tendencia la podemos titular *focalización de la litigiosidad de la responsabilidad civil en la culpa de la víctima*. Con esto quiero decir que cuando ya se ha establecido una regla de responsabilidad objetiva, que elimina la culpa del agente como hecho constitutivo, ya no es necesario que los demandados se defiendan diciendo «yo actué diligentemente», o «yo cumplí los reglamentos». Este tipo de defensa ya no se opone.

¿Al no estar presente esta posibilidad de defensa, adónde se desplaza el centro de gravedad de los litigios en materia de responsabilidad civil? Existe, a pesar de todo, una excepción que sí está reconocida por los Derechos: la culpa exclusiva o no exclusiva de la víctima. Las grandes discusiones y el gran tema a debatir, hoy, en materia de responsabilidad civil, es la culpa de la víctima. Pero, ¿ésta se aprecia en abstracto o se aprecia en concreto?; ¿hay que atender a si la víctima es más o menos capaz de prevenir el daño, o hay que aplicar la misma medida para todo tipo de víctimas? Estas serán las grandes cuestiones del futuro.

IX. LA TARIFACIÓN DEL DAÑO

La novena tendencia es la de la tarifación de los daños, sobre todo personales. Es una respuesta a la inseguridad jurídica causada por las amplias facultades que se han ido otorgado para avaluar los daños ocasionados en la persona, en la capacidad laboral, en lesiones físicas. Esto preocupa muchísimo en Europa: no puede ser que un juez me pueda condenar a una cantidad equivalente que va desde un millón a cien millones de pesos chilenos. No sé en cuánto se evaluará el que yo haya perdido una pierna, o que haya tenido unas cicatrices, o que haya perdido un familiar. Este problema está dando lugar a un movimiento, todavía no consolidado, hacia la tarifación, hacia el establecimiento de pautas de juicio para los jueces.

X. HACIA UNA RESPONSABILIDAD CIVIL UNIFICADA, SOBRE LA BASE DE CRITERIOS COMUNES

Y en décimo lugar, tendríamos la tendencia según la cual se deben ir superando las diferencias existentes, tanto entre la responsabilidad civil ante los Tribunales Civiles y la responsabilidad civil derivada del delito -o subsidiaria de delito-, como entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad civil extracontractual.

Como prueba de esto último, y con esto termino mi exposición, se debatió durante mucho tiempo si la responsabilidad del fabricante, por los daños debidos a sus productos defectuosos, era una responsabilidad contractual o una responsabilidad extracontractual. Para abordar y solucionar casos como éste aparecen diversas figuras reguladoras, como la Directiva Comunitaria y las diferentes leyes sobre responsabilidad civil derivada de productos defectuosos, que establecen una responsabilidad objetiva del fabricante, borrando de plano el establecimiento de si tal daño es o no contractual o extracontractual; estas «definiciones» ya no importan: estamos frente a una tercera categoría; las otras son categorías superadas. Lo que dicen es que basta señalar que el fabricante responde, sin importar que su responsabilidad sea de naturaleza contractual o extracontractual.

Por esta vía, al final, quedarán las verdaderas diferencias -ya que algunas deben mantenerse- pero se superará esa división, esa máxima división, de la responsabilidad contractual o extracontractual. Creo que esto está en trance de desaparición. Lo que veremos ahora es un régimen general de responsabilidad, y muchísimos regímenes particulares de responsabilidad. Y eso es mucho más difícil que antes, cuando sólo había dos. Ahora habrá el padre y muchísimos hijos. Y cada uno de los hijos, con sus propias particularidades, educación, dificultades y exigencias.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR EL DAÑO MORAL CAUSADO A SUS TRABAJADORES

Ramón Domínguez Águila
Doctor en Derecho (U. de Toulouse)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

I. INTRODUCCIÓN

El contrato de trabajo, o mejor dicho, la relación laboral, puede dar origen a variadas cuestiones en materia de responsabilidad que requieren de un especial análisis, porque no siempre se sitúan en las reglas comunes de la responsabilidad civil. Así, existen al menos tres aspectos que generan dificultades, dos de los cuales vamos a tratar en esta oportunidad.

El primero de ellos dice relación con los daños causados por el despido declarado ilegal. Aspecto no necesariamente cubierto por las indemnizaciones que establece el Código del Trabajo; y el segundo, por los daños provenientes de accidentes de trabajo que no quedan reparados por las indemnizaciones resultantes de la Ley de accidentes del trabajo.

El tercero que podríamos haber agregado se refiere a los daños causados a terceros por el dependiente, durante la ejecución de su función. Lo vamos a dejar de lado.

En lo que concierne al primero de estos temas, quiero hacer desde ya la observación de que se trata de una cuestión aún no resuelta jurisprudencialmente, con una respuesta dudosa por parte de la legislación, y vamos a enfrentar una cierta idea que nosotros tenemos de la relación laboral y de la responsabilidad. Ésta seguramente podrá ser muy discutida, pero a mi modo muy personal de ver las cosas, si fuera acogida, resultaría ser una de las modificaciones laborales de mayor transcendencia práctica, y pienso que bastante más importante para los trabajadores que muchas de las que hoy se están ideando en el ámbito legislativo.

Recordemos que hay una reforma del Código del Trabajo actualmente en tramitación, en la cual lo que se quiere hacer en esta materia es aumentar las indemnizaciones en beneficio de los sindicatos. Lo que quiero probar aquí es que podemos aumentarlas, pero en beneficio de los trabajadores.

En cuanto a la segunda cuestión -al problema de la responsabilidad por los daños no cubiertos por la ley, tratándose de los accidentes del trabajo- también se encuentra en tramitación en el Parlamento una reforma legal que pretende resolver algunas dudas y problemas procesales a que da origen la ley actual, sobre las cuales nos vamos a pronunciar. Mientras la reforma no sea ley, nos parece lícito discutir las cuestiones a que ella da lugar, porque por lo demás plantean ciertos problemas generales capaces de ilustrar otras áreas de la responsabilidad civil.

II. EL DAÑO OCASIONADO AL TRABAJADOR POR UN DESPIDO DECLARADO ILEGAL

Veamos, pues, lo primero: el daño por despido declarado ilegal. Veamos un caso que conozco, que me ha sugerido este tema, y que es un caso real.

Una persona lleva 30 años desempeñando el cargo de agente de una sucursal bancaria, en un pueblo pequeño de la VIII Región. Después de un tiempo, por razones, llamémoslas de política, en su sentido más amplio, la empresa le comunica al trabajador que a partir de tal fecha será trasladado a tal otra parte. El trabajador exige que se le pregunte su parecer, y finalmente no le trasladan. Luego, reclama a la Inspección del Trabajo por esta infracción a su contrato. La respuesta que recibe de su empleador -del banco- no es una respuesta ante la Inspección, sino una carta de despido de su cargo, donde se le imputa falta de probidad, por haber utilizado créditos de los clientes en su beneficio personal. Cuándo, no lo dice. Qué créditos, no los señala. En qué época, tampoco.

Este hombre tenía certificados que lo acreditaban como un trabajador magnífico. Entonces, ¿qué es lo que decide hacer? Intenta una acción de nulidad del despido puesto que él estaba con licencia médica en ese momento.

Ante ello, su empleador acepta la demanda de la nulidad del despido y, una vez terminada la licencia, lo vuelve a despedir utilizando la misma carta. El trabajador reclama, argumentando despido ilegal. Se tramita el juicio y gana el trabajador.

La empresa no logró acreditar la falta de probidad, y se declaró injustificado el despido. Por ello, al trabajador le pagan las indemnizaciones que establecen los artículos 162 y 168 del Código del Trabajo, que consideran un aumento de hasta un 50% en el pago de indemnizaciones, según los artículos 162 y 163 del mismo Código.

El problema ahora es el siguiente: ¿basta con esas indemnizaciones?, ¿cubren ellas todo el daño que esta persona ha sufrido? Recordemos que le imputaron falta de probidad, lo cual equivale a decir poco menos que es un ladrón, en términos corrientes. ¿Por qué no podría ahora demandar una indemnización por el daño moral que ha sufrido a consecuencia de esta acción de su empleador? Nosotros sabemos que en la legislación laboral chilena no existe lo que se llama 'garantía del trabajo'. Nuestra legislación no garantiza la estabilidad en el empleo. Y no la garan-

tiza puesto que el empleador, aun arbitrariamente y sin causal alguna, puede despedir al trabajador, ya que en definitiva, si no hay causal, éste da el aviso de despido cuando así lo estime conveniente; problema aparte es que, a continuación, deba pagar la indemnización establecida en el Código del Trabajo. Ésta se calcula, como todos lo sabemos, en función de los años de trabajo que la persona tenga y con los límites que la Ley establece.

Es evidente, sin embargo, que el hecho del despido causa al trabajador innumerables daños. Desde ya, durante el curso del litigio y hasta el cumplimiento de la sentencia, queda sin remuneración, y ello a partir del momento del despido. Por mucho que en algunos supuestos, de hecho, este tiempo pueda considerarse trabajado y por lo mismo generar derecho a remuneración, ésta no le es pagada sino tiempo después. Si en el intertanto el trabajador no logra encontrar otro trabajo, deberá sobrevivir de modo angustioso, dejando de cubrir sus deudas, y ya sabemos lo dramático que es actualmente en Chile quedar registrado como deudor en los más diversos sistemas computacionales. Todas esas fuentes de crédito de consumo que hasta entonces le eran ofrecidas, se le cierran, y todas esas decenas de ventajas de créditos a sólo requerimiento, le quedan vedadas automáticamente. La situación interna del hogar se hace angustiosa y quedan dañadas, las más de las veces, la convivencia familiar, la situación psicológica del trabajador, de su cónyuge y de sus hijos.

Cuando se trata de estas circunstancias particularmente graves, que también serán causadas si se alega, como causal de despido, que el trabajador ha incurrido en vías de hecho, injuria o conducta inmoral grave, actos de imprudencia temeraria que afectan la seguridad o la salud de los trabajadores o del establecimiento, perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones o maquinarias, es decir, todas aquellas causales que pueda deducir el empleador de acuerdo al artículo 160, números 1, 5 y 6, del Código del Trabajo, que son las más graves, puesto que se imputa al trabajador una conducta moralmente reprochable, que linda en el ámbito de lo delictual, lesionan gravemente la honra y aun la integridad psicológica de la persona, si se imputan sin razón o justificación, además de las consecuencias que ello tiene para sus antecedentes laborales en la búsqueda de futuros empleos.

La cuestión que puede plantearse en estas hipótesis, es la siguiente: ¿puede el trabajador afectado por despido ilegal obtener la reparación de los daños causados por este despido, o ha de entenderse que la llamada «indemnización laboral» cubre todo posible daño que cause el despido injustificado? ¿Qué alcance tiene esta indemnización laboral? Y si entendiéramos ahora que ella cubre todo daño, y que el trabajador no puede legalmente hacer nada más, ¿es ello constitucionalmente aceptable?

1. LA INDEMNIZACIÓN LABORAL. SU EXTENSIÓN Y SUS LÍMITES

En caso de entenderse que la indemnización laboral tiene un límite prefija-

do, dado por aquellos topes que establece el Código del Trabajo, y que ella cubre evidentemente todo daño que el despido cause a un trabajador, debería concluirse que al trabajador no le queda abierta ninguna otra vía. Pero si concluimos que esa «indemnización laboral» tiene un fundamento exclusivamente laboral, es decir, que le devuelve al trabajador una cierta fuerza laboral que perdió, pero que fuera de este límite no tiene carácter reparador, entonces deberíamos concluir que al trabajador le queda abierta la acción para demandar la reparación por esos otros daños, y por lo mismo, a la indemnización laboral podría sumarse una indemnización que para estos propósitos vamos a denominar «de Derecho común».

La trascendencia de esta conclusión es muy evidente. El empleador debería, entonces, ser extremadamente cuidadoso al esgrimir las causales del despido. No le bastaría entender que con sólo pagar la indemnización, queda liberado de mayor consecuencia. Así, ningún empleador podría poner término al contrato livianamente, porque de su proceder ilícito podrían derivarse importantes consecuencias económicas para él o su empresa.

Si llegamos a la conclusión contraria, tendríamos que entender, entonces, que el sistema legal chileno es muy curioso, porque existiría un sólo tipo de contrato, cuyo incumplimiento por una de las partes no genera deber de reparación integral, a diferencia de todos los demás de Derecho común y de índole netamente patrimonial. Contratos que incluso podrían dar derecho a demandar por los daños morales causados al acreedor. En éstos se permitiría la reparación integral del daño. Pero no en el contrato de trabajo; no cuando se trata de la persona, generándose así una situación de desigualdad de difícil justificación constitucional. Sería, entonces, más grave incumplir en Chile un contrato de compraventa, que echar a un trabajador por falta de probidad, sin probarla.

2. EL PROBLEMA DE LA LEGALIDAD

El problema surge porque las leyes laborales que han tratado esta materia han evolucionado. No quiero remontarme más allá de la Ley 16.455. Podríamos hacer más historia, partiendo desde el primer Código del Trabajo, pero nuestro punto de partida será aquella ley, llamada «de inamovilidad», donde el despido injustificado obligaba a la reincorporación con derecho a remuneración íntegra por el período de separación. Y en el caso de no reincorporarse al despedido -luego de una modificación a la misma- debía de pagarse indemnización por año de servicio, sin límite. Pero la Ley agregaba lo siguiente: «sin perjuicio de cualquiera otros beneficios o indemnizaciones que las leyes o contratos otorguen al trabajador». Había entonces, en el texto de la Ley, ciertas frases que permitían fundar la posibilidad de una indemnización extra, de Derecho común. He revisado los repertorios jurisprudenciales, y, sin embargo, no he logrado encontrar casos en que ello haya sido interpretado de este modo y así se haya aplicado.

El artículo 19 del Decreto Ley 2.200, repetido más tarde en el artículo 162 del Código del Trabajo que emanó de la Ley 18.620, señaló expresamente que «si el

empleador invocare maliciosamente la causal establecida en el número 1 del artículo 156, falta de probidad, vías de hecho, conducta inmoral grave, o alguna de las causales a que se refiere el artículo 157, actos ilícitos del empleado, deberá indemnizar los perjuicios que ello acarree al trabajador». En resumen, decía que además de la indemnización laboral, existía el derecho del trabajador a demandar los perjuicios que ello le irrogaba. El monto de la indemnización, avaluada incidentalmente por el tribunal que conocía la causa de terminación del contrato, era compatible con las que establecen los artículos 155 letra f, por desahucio, y 159, por años de servicio.

El problema estaba resuelto, entonces, y de hecho se aplicó en numerosas ocasiones aun cuando la jurisprudencia fue bastante restrictiva, porque entendió siempre que esto de «invocación maliciosa» significaba invocación dolosa, y ya se sabe que en Chile el dolo se interpreta de una manera muy particular. A esto me referiré brevemente más adelante.

Esta disposición no pasó en esos términos al actual Código del Trabajo. Éste, como se sabe, ordena que si el empleador no logra acreditar la causal de terminación que haya invocado de acuerdo a los números 1, 5 y 6, del artículo 160, la indemnización por despido injustificada, calculada de acuerdo a los años de servicio, conforme al artículo 163, podrá ser aumentada hasta en un 50%. Así lo dice el artículo 168.

Se nos presenta una duda de interpretación. El actual Código del Trabajo derogó el artículo 19 del Decreto Ley 2.200. La nueva disposición sobre la materia -el artículo 168- contiene la posibilidad de aumentar el monto de la indemnización, en el caso de que no sea posible acreditar la causal de despido. Teniendo en cuenta lo anterior, ¿es forzoso concluir que el trabajador deberá conformarse con esta indemnización, sin poder recurrir al régimen indemnizatorio de Derecho común?

Para resolver esta cuestión, lo primero que habría que preguntarse es cuál es el carácter que tiene la indemnización laboral, esto que llamamos indemnización, o que el Código del Trabajo llama indemnización. Si fuese realmente una indemnización de daño, tendríamos que concluir que es una de aquéllas que la doctrina denomina 'tarifada', es decir, preestablecida en sus montos de acuerdo a un sistema objetivo y con límites determinados legalmente. Y que no guarda relación alguna con los daños que realmente haya podido experimentar el trabajador. Al menos en abstracto, ni siquiera atiende a la existencia de un daño realmente comprobado, bastando la constatación de la ilicitud del despido para que su pago sea ordenado. Un autor argentino, refiriéndose a su sistema, que es idéntico al nuestro desde este punto de vista, dice que «no está vedado al empleador disponer la disolución del contrato sin causa, aunque sea arbitraria su declaración, porque ésta siempre produce el efecto deseado por el empleador, y por lo tanto es eficaz y da lugar a indemnizaciones que penan el distracto».

Hay quienes han llegado a sostener que la facultad del empleador de terminar con el contrato, aun sin causa alguna, es un derecho que emana de la garantía constitucional del artículo 19, números 21 y 24, que son los que consagran los derechos de propiedad y de libertad de empresa.

Una primera respuesta a nuestra pregunta sería, entonces, decir que, en caso de despido injustificado, todo daño producido al trabajador -todo daño, aun el moral- queda cubierto por la indemnización laboral, y la referida indemnización adquiriría carácter integral, y tendría el carácter propiamente de indemnización. Conclusión que tendríamos que verla reforzada porque se suprimió el artículo 19 del Decreto Ley 2.200, sustituido por el artículo 168 del Código del Trabajo. El legislador, además, ha establecido que cuando estas causales especialmente graves no se acreditan, se aumenta la indemnización hasta en un 50%. De manera que ese aumento es justamente para reparar esos otros daños morales que puede causar el despido ilícitamente invocado.

Pero en contra de esta conclusión cabe señalar, en primer término, que el carácter de lo que llamamos 'indemnización por despido' no tiene un fundamento en la reparación integral de los daños causados por el despido. En efecto, la forma misma de cálculo determina que ella mantenga el carácter de indemnización por años de servicio, que ha tenido desde su origen histórico. Se trata de permitir al trabajador subsistir durante el tiempo del despido, bajo la forma de un pago en dinero, al que se califica de indemnización. Así pues, lo que se hace es devolverle, en alguna medida, la capacidad de trabajo que él entregó a su empleador. El hecho de calificársele de indemnización no significa, entonces, que su fundamento y finalidad sea precisamente reparar el daño, o todo el daño, producido por el despido. Decimos esto porque este daño, y particularmente el daño moral que antes invocábamos, no dice relación con la antigüedad en el trabajo. Fácil es probar esta aseveración. El despido -y vuelvo a insistir- por falta de probidad no acreditada, importa inferir un daño no patrimonial a la honra y honestidad del trabajador. Y este daño no está en relación con la antigüedad del mismo, sino con los hechos que se le atribuyen y las condiciones en que se produjo el despido. Por ejemplo, y tomo un caso de la jurisprudencia, no es lo mismo despedir a un trabajador por imputarle apropiación del dinero que una empresa había confiado a su cuidado, lo que constituiría una falta de probidad, a despedir a un trabajador antiguo, igualmente por falta de probidad, pero esta vez fundado en que tenía relaciones sentimentales con la señora del empleador. Recordemos que en ambas situaciones se trata de falta de probidad no acreditada. Visto así, si la indemnización calculada por años de servicio tuviera un carácter íntegramente reparador, resultaría un absurdo alegar que el trabajador se quedó con el dinero que se apropió. Pues bien, a él tendría el empleador que pagarle menos indemnización por el daño moral, que a aquel trabajador antiguo que, por la confianza que tenía con él, se quedó con su señora, no obstante que es evidente que imputarle a alguien el hecho primero es infinitamente más grave para la honra de un trabajador que imputarle el segundo.

Fácil es concluir que el daño moral no tiene relación alguna con la antigüedad del trabajador, y tan particular es el sistema nuestro, que indemnizará con mayores cantidades al más antiguo, aunque el daño sea inferior, e indemnizará menos al más nuevo, no obstante que el daño pueda ser mayor. No nos parece relevante el hecho de que el actual Código haya previsto un aumento a la indemnización referida en un 50%. Hay que tener en cuenta la historia del Código del

Trabajo, particularmente en esta disposición. Al discutirse en la Comisión respectiva de la Cámara de Diputados, se dijo expresamente que ese aumento tenía el carácter de sanción en contra del empleador. Tiene el carácter de sanción, no carácter de indemnización.

3. LA CONSTITUCIÓN Y EL DAÑO MORAL

Además de los argumentos que se han señalado, existen otros que tienen sus fundamentos en las normas constitucionales, que es importante invocar, ya que estos argumentos constitucionales no se aplican exclusivamente a este problema. Es posible aplicarlos a todos los otros ámbitos del daño moral. Supongamos que la indemnización fuera total y, por lo mismo, que estemos en un sistema tarifado de indemnización. Los sistemas de tarificación de la indemnización han sido discutidos en su constitucionalidad en varios países, mas no siempre ha sido así. Han sido discutidos en su constitucionalidad cuando no se permite al que sufre el daño invocar, además, conforme a las reglas de Derecho común, las indemnizaciones que cubran la integridad del daño.

En el Derecho contemporáneo hay muchos sistemas de tarificación que liberan o eximen a los primitivos responsables, probando la culpa de quien ha causado el daño, cobrándose posteriormente la indemnización de acuerdo al Derecho común. Así lo veremos rápidamente en relación con los accidentes del trabajo.

En Chile es distinto, ya que nos regimos por un sistema en que tarifamos la cuantía del daño, y no permitimos nada más. Esta inconstitucionalidad me parece evidente cuando se trata de muchas especies de daño moral. En efecto, por nuestra parte entendemos que bajo la actual Constitución, la reparación del daño moral -al menos en algunas de sus manifestaciones- tiene un fundamento en las garantías del artículo 19, en particular, en la del número 1, que asegura, como primera de todas las garantías, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Es claro que el daño moral, en una de sus manifestaciones más clásicas, como *pretium dolore*, como las preocupaciones y desagrados que el hecho dañoso causa a la víctima, causa un claro atentado a la integridad psíquica de la persona. Por lo mismo, su reparación íntegra queda amparada por esta garantía.

Lo mismo ocurre con otras manifestaciones del daño moral, como el que resulta de toda imputación injuriosa o calumniosa. En esta situación se encuentra la atribución de conductas contrarias a la honra, la moral, o la dignidad del sujeto, puesto que el artículo 19 número 4 asegura el respeto a la honra de la persona y de su familia. Por lo tanto, una norma legal que impidiese la efectiva y total reparación del daño moral en estos supuestos sería contraria a estas garantías, y su valor obligatorio -ante cualquier autoridad, en particular ante los tribunales- queda anulado por la «super garantía constitucional» del artículo 19 número 26, que otorga: «la seguridad de que los preceptos legales que por

mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece 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».

Extremadamente importante resulta todo lo anterior, porque sólo ahora estamos aprendiendo los profesores de Derecho Civil que el Derecho Civil no lo es todo, y que además del Derecho Civil está el Derecho Constitucional. Afortunadamente, el capítulo correspondiente a los derechos y garantías constitucionales, de nuestra actual constitución, se encuentra muy bien redactado. Esta circunstancia nos plantea un tema transcendental, cual es la introducción de la constitucionalización, en sus técnicas, al Derecho Civil. Este es un tema que nosotros deberíamos abordar.

Pues bien, una de estas cuestiones importantes es que en Chile, en general a través del artículo 19 número 26, con esta «super garantía», y en particular con el principio de legalidad constitucional que establecen los artículos 6 y 7 -además del inciso segundo agregado al artículo 5, por la Ley 18.825, del año 1989-, tenemos, en el ámbito de los derechos y garantías constitucionales, una particularidad, cual es que ni ley, ni decreto, ni reglamento, ni ninguna norma puede prevalecer sobre la Constitución. De manera que no necesitamos la declaración de inconstitucionalidad; no necesitamos del recurso en esta materia, porque la Constitución obliga al juez que se ve enfrentado a una norma que vulnera el Derecho -las garantías constitucionales- a desconocerla. Es la Constitución quien lo garantiza. Para eso está el artículo 19 número 26 y las otras normas que he citado. Así pues, si entendiéramos que la indemnización por despido injustificado comprende la reparación del daño moral, debemos entender que eso, más que tarifar la reparación, es hacer abstracción de la entidad del daño en el cálculo de la reparación. Con ello se vulnerarían todas las normas constitucionales que he citado, además de alterar la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Débase advertir que en el Derecho comparado, la constitucionalidad de los sistemas tarifados para la indemnización de diversos daños, en especial los corporales, ha recibido fuerte crítica. En España, por citar un caso, se ha debatido incluso recientemente el problema relativo a los límites o topes en la reparación del daño producido con ocasión de accidentes de circulación. Recuerdo un artículo que he leído de un eximio civilista como lo es el profesor Pantaleón Prieto. Él ha atacado la constitucionalidad de este sistema. Nosotros, dejando de lado los argumentos propios de la defectuosa redacción del proyecto español, nos detenemos en los argumentos que él da, en cuanto a que con este sistema se vulnera la igualdad. Dice: «porque sin justificación razonable se tratan casos desiguales y se prescriben idénticas reparaciones para quienes sufren daños de diversa entidad. Se vulnera el derecho a la integridad psíquica y física porque el derecho obtiene una reparación del daño patrimonial y moral que origina una lesión corporal». Nuestro autor volvió a referirse al mismo punto en un congreso sobre la responsabilidad del automóvil, el año 1994. Lo mismo fue discutido por el profesor Ríos, también en un

congreso parecido a éste, en Bilbao. En Italia, los límites cualitativos fijados por convenciones internacionales en materia de accidentes de aeronaves, han sido declarados inconstitucionales por la Corte de Casación, en un conocido caso ocurrido a fines de la década del setenta. En Argentina, cuestiones semejantes han sido arduamente discutidas a propósito de la abortada unificación del Código Civil y del Código de Comercio.

Todo este debate va más allá de nuestros propósitos. Pero sí es clarificante, ya que nos permite una respuesta a aquel tema que aquí se plantea. Si fuera como lo proponemos, esto es, que se pueda pedir además la reparación del daño moral sobre la indemnización laboral, a pesar de que en la actualidad no existe el artículo 19 del Decreto Ley 2.200, significaría que nosotros tenemos que interpretar integradamente el ordenamiento jurídico; que no podemos interpretar el Código del Trabajo de un modo inconciliable con los preceptos constitucionales. La Constitución obliga a interpretar todo el ordenamiento jurídico conforme a sus preceptos y, por lo mismo, de aquí resultaría que hay buenos argumentos para sostener que ese trabajador al que quisieron trasladar, que antes traíamos a colación, hoy puede demandar en razón del atentado a la honra de que fue víctima.

No estoy diciendo, con esto, que cada vez que el despido sea declarado injustificado va a producirse esta situación. Se producirá cuando se trate de casos especialmente graves en que el despido injustificado haya sido esgrimido para causar daño al trabajador, es decir, cuando haya habido dolo, entendiendo dolo no como la «intención positiva de inferir injuria», como lo hemos entendido siempre, sino algo parecido a lo que dice el profesor Pablo Rodríguez -en una reciente obra sobre obligaciones- donde entiende el dolo como el daño previsible, aceptado no obstante. Algo así como el dolo eventual del Derecho penal. Si fuera así, bien podríamos concluir que hay muchos casos en los que la reparación de Derecho común es posible. Recuerdo aquí una sentencia de la Corte Suprema, de fecha 22 de julio de 1991, dictada antes que entrara en vigencia el actual Código del Trabajo, donde se dijo: «la omisión de la mención en el aviso de despido de las circunstancias de hecho que configurarían la causal de caducidad del contrato de trabajo, consistente en la falta de probidad, significa dar lugar a innumerables posibilidades de especulación, incluso las más deshonrosas para el trabajador demandante, lo que hace concluir que la causal ha sido invocada dolosamente por el empleador».

III. LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR ACCIDENTES DEL TRABAJO. ¿RESPONSABILIDAD O SEGURIDAD SOCIAL? SU NATURALEZA SEPARADA Y SU COEXISTENCIA

Pasemos, entonces, al segundo tema: la reparación del daño a consecuencia de accidentes del trabajo. Aquí el debate es similar. Es sabido que en Chile el daño que ocasiona el accidente de trabajo queda sujeto al régimen de la Ley 16.744;

sobre seguro social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que contiene un sistema automático y objetivo de reparación del daño.

Algunos autores hablan de responsabilidad por accidente de trabajo. Pues bien, eso es errado. No hay responsabilidad por accidente del trabajo. No es este un mecanismo de responsabilidad. Es un concepto, un sistema de seguridad social para cubrir los daños causados por accidentes del trabajo. La culpa del trabajador, aun la inexcusable, da lugar a la aplicación de multas en su contra, pero no impiden ni disminuyen las prestaciones a que tiene derecho por el accidente. Es un sistema de reparación de daño que no es de responsabilidad, porque no hay atribución del deber de reparar. Éste es un concepto que me parece muy importante y son desconcertantes tantas definiciones y concepciones que existen sobre el sistema de responsabilidad. En el Derecho europeo, para tratar de cubrir la mayor cantidad posible de daño, le llaman responsabilidad a todo. Personalmente creo que las palabras deben tener su sentido propio y, así, responsabilidad es atribución del deber de reparar. Cuando se le imputa algo a alguien, y se le carga con un deber, eso es responsabilidad; los otros son sistemas de reparación de daños, no los debemos llamar responsabilidad.

Este régimen no elimina el de responsabilidad, coexiste con él. El artículo 69 de la Ley dice: «cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las reglas siguientes: b) la víctima o demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho -y esta es la frase que se debe leer bien-, con arreglo a las prescripciones del Derecho común, incluso el daño moral». Este no es un sistema inconstitucional. Si bien está tarifado el daño que cubre el seguro, deja a salvo el derecho a demandar el resto del daño conforme a las normas del Derecho común, incluso el daño moral. De este modo, si el trabajador, o sus parientes, entiende que su accidente o enfermedad ha sido causado por un hecho u omisión culpable o dolosa del empleador, podrá agregar a las indemnizaciones tarifadas por el seguro aquélla del Derecho común, propia del régimen civil de responsabilidad. Por ejemplo -y cito un caso-, lo manda a trabajar con una sierra para cortar madera, sin ninguna protección y sin explicar nada, y la sierra le arranca un brazo. El funcionamiento de esta superposición de responsabilidades al sistema automático no está, ni ha estado, ajeno a un conjunto de problemas de interpretación jurídica que vamos a evocar aquí, muy brevemente.

La mayoría de estos problemas surgen por el alcance de esta frase del citado artículo 69 de la Ley 16.744: «con arreglo a las prescripciones del Derecho común», que ha recibido un entendimiento dispar por parte de nuestros tribunales. ¿Cuáles son las «prescripciones del Derecho común»? ¿Qué quiere decir con esto la ley? Algunos han solucionado este problema sosteniendo que cuando la ley habla de las prescripciones del Derecho común, se está refiriendo a las prescripciones del régimen de derecho común de indemnización civil. Creo que no es así, por lo que voy a explicar más adelante. Pero si ese es el problema, nos enfrentamos a

una cuestión clásica en el Derecho chileno, que resulta de la existencia conocida de dos regímenes diversos de responsabilidad. El régimen contractual, que nuestro Código no contiene, puesto que lo que existe en el Código Civil son sólo normas difusas -como de igual modo lo regulan todos los códigos de su época, especialmente el francés, que en este punto sigue a Pothier-, en el título XXII del Libro VI, bajo el epígrafe «Del efecto de las obligaciones». Por otro lado, el régimen delictual o cuasidelictual, del Título XXXV, del Libro VI, que se intitula «De los delitos y cuasidelitos». Algunos denominan a este último «De la responsabilidad extracontractual», pero esta calificación tiene el inconveniente de dar por resuelto el problema que evocamos, ya que 'extracontractual' es lo no contractual, y por ende abarcaría las consecuencias de las obligaciones legales y de las cuasicontractuales, con lo cual las normas de ese título serían las de Derecho común.

Mientras no exista entre nosotros un régimen general de responsabilidad por el hecho ilícito, la diferencias entre ambos sistemas se mantienen. En el Código se consagran tal como fueron concebidas clásicamente, lo que determina entonces que mantengan interés en Chile las cuestiones que en otros países ya no la tienen, como lo es el problema de la opción o cúmulo de responsabilidades. Advierto que por mucho que la doctrina se esfuerce por disminuir las diferencias, y entender que existe un sistema general de responsabilidad civil, al enfrentar las diferencias realmente existentes, sigue presente este problema de la concurrencia de responsabilidades contractuales y extracontractuales. Eso es lo que ha permitido, por ejemplo, un libro titulado «*La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal*», Santiago Cavanillas Mújica e Isabel Tapia Fernández, recientemente editado. Este tema, como vemos, no está cerrado. Recientemente el gran profesor francés Denis Tallone, en un trabajo llamado «El incumplimiento del contrato, una nueva aproximación», vuelve a plantearse el problema de si es posible que exista un sistema uniforme y único de responsabilidad civil. Y hay varios más que lo están discutiendo nuevamente.

No vamos a discutir aquí estas diferencias, que son clásicas. En lo que concierne a nuestro tema, tienen interés los casos resueltos por los tribunales. En efecto, si en Chile se sostuviera que las reglas de Derecho común son las de la responsabilidad contractual, la demanda indemnizatoria del trabajador tendría que fundarse en ella. La demanda de los parientes del trabajador que se ven afectados, tendría que fundarse en las normas contractuales. De inmediato se plantea el problema de saber si para ella es competente el tribunal laboral, o el de jurisdicción común; y por lo mismo, si aplicaremos, en procedimiento laboral, un juicio ordinario de mayor cuantía. Y surge el problema de la situación de las víctimas indirectas, o que sufren daño por repercusión, como la cónyuge, los hijos, y los padres del accidentado, etc. Esta duda cobra especial importancia si el accidente es mortal, por ejemplo, porque esas víctimas, a quienes la Ley reconoce derecho a la acción indemnizatoria, no están unidas por contrato con el empleador. ¿Podrán ellas, sin embargo, situarse en el ámbito contractual?

En Chile no se admite la opción o cúmulo de responsabilidades. Esto lo ha

recalcado incluso la Corte Suprema en un fallo muy reciente. También la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencias del 8 de agosto de 1992, y del 29 de mayo de 1991.

Ahora, si la responsabilidad de Derecho común es la contractual, el plazo para deducir la acción está sujeto a la prescripción contractual y no a la cuasidelictual. Y resulta que quedará aún por determinar si esa prescripción contractual es la laboral de seis meses, o la civil de cinco años. Recordemos que si el daño a indemnizar sigue las normas contractuales, la culpa en que se ha de fundar la acción -el trabajador u otras víctimas- se presume, por mandato del artículo 1547 del Código Civil, en el sentido de que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que debió emplearlo. Así, entonces, hay varias cuestiones prácticas a las que da lugar la reparación de este daño moral.

Como no es nuestro propósito volver en detalle sobre esta cuestión clásica, quisiera recordar que en Chile, Arturo Alessandri -y varios otros- sostenía que las reglas comunes de responsabilidad eran las contractuales. Éstas son las generales. El argumento decisivo era el típico argumento exegético que se usaba en aquella época, y que a veces prevalece en nuestro país. Cuando el Código Civil trata ciertos casos de responsabilidad legal -decía el maestro Alessandri- de naturaleza no contractual, ni delictual, ni cuasidelictual, se alude a la graduación de la culpa, que es propia de la responsabilidad contractual. Así parece haberlo entendido, dice él, el propio legislador, al establecer que el padre de familia y el guardador son responsables hasta de la culpa leve en la administración de los bienes del hijo y del pupilo (artículos 250 y 391). Responsabilidad que en el caso del artículo 427 puede llegar hasta culpa levísima. Esta terminología cuadra bien con la responsabilidad contractual, únicamente. Sólo en ella cabe distinguir entre culpa grave, leve o levísima. En materia delictual y cuasidelictual, la culpa no admite graduación. El autor de un hecho ilícito responde de toda especie de culpa, cualquiera que sea su gravedad. Su empleo, en consecuencia, era una obligación legal que demuestra el propósito del legislador de asimilar la responsabilidad que deriva de obligaciones cuasicontractuales y legales a la responsabilidad legal. Conforme a este argumento, esa sería la responsabilidad de Derecho común. Esta solución ha sido compartida por los tribunales incluso recientemente, en sentencia de fecha 11 de agosto de 1993 -Casación en el fondo- donde la Excelentísima Corte ha resuelto que en el Código Civil la responsabilidad de Derecho común es la contractual; la cuasidelictual es de excepción.

Con todo el respeto, no me parece convincente lo que dice Alessandri. El argumento no me parece convincente, ya que incluso en materia cuasidelictual el Código utiliza expresiones propias de la división de la culpa en grados. Así, el artículo 2323, alude al cuidado de un buen padre de familia, que es propio de la culpa leve según el artículo 44, o al mediano cuidado o prudencia, que tiene el mismo alcance según el mismo artículo. La doctrina de la división de culpa en grados, hoy abandonada en el Derecho comparado, da suficiente oscuridad como para fundar en ella las reglas del Derecho común.

Más ajustadas al Derecho parecen las tesis que sostienen los profesores

Carlos Ducci -lamentablemente fallecido, en su obra sobre *Responsabilidad Civil Extracontractual*- y don Ramón Meza Barros -en una pequeña obra que se intitula *Responsabilidad Civil*, editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso-. De acuerdo a sus posturas, las reglas de Derecho común son las de los artículos 2314 y siguientes, sobre delito y cuasidelito. Nadie discute que cuando la ley o el reglamento imponen cierto deber de conducta, el que lo contrarie incurre en culpa contra la legalidad. Esto lo reconoce el propio Alessandri. Culpa cuya fuente es la Ley, que por lo demás se reconoce por todos como una forma de culpa cuasidelictual. No conozco la razón, entonces, del porqué en otras responsabilidades legales las reglas serían diversas. Del conjunto de las reglas del Código Civil se observa una permanente contraposición entre obligaciones contractuales y las que provienen de otra regla. Un ejemplo claro es el artículo 2284.

La jurisprudencia laboral ha vacilado entre ambas soluciones, en el caso que nos retiene. Algunas veces ha interpretado el artículo 69 de la Ley 16.744 en el sentido de que, para el caso, se han de aplicar las normas contractuales (así, la Excelentísima Corte Suprema en sentencia de fecha 7 de abril de 1992). Porque entiende que el deber de reparar el daño por un accidente de trabajo emana del contrato, según el artículo 171 del Código. Pero en sentencia de fecha 6 de noviembre de 1992 acogió Queja en contra de la Corte de Apelaciones de Concepción, y declaró que la reparación era contractual. Otras veces ha resuelto que es extracontractual. Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 26 de noviembre de 1992, dice que se trata de una responsabilidad legal. La Corte de Concepción, en sentencia del mes de abril de 1991, ha dicho que es extracontractual, porque se trata de una responsabilidad por culpa, y la laboral es objetiva y tasada. Ante tal diversidad, pensamos que, de acuerdo a los principios de Derecho civil, esto no admite una respuesta única. Pero en ningún caso una tan confusa como la que se ha dado hasta ahora por los tribunales. Lo que pasa es que el problema está mal planteado. El problema no es saber cuál es la responsabilidad de Derecho común en el Código. Creo que cuando la Ley 17.644 aludió a las normas de Derecho común, lo que quiso decir no es que haya que referirse a las reglas de responsabilidad que tengan el carácter de común o generales; no se trata de resolver esa cuestión. Lo que la regla dice es que cuando el trabajador, o las víctimas indirectas, quieran cobrar la reparación por daños no cubiertos por el seguro de accidentes del trabajo, deben acudir a las normas sobre responsabilidad del Código Civil, esto es, las reglas sustantivas que rigen la reparación del daño. ¿Y cuáles son éstas? Dependerán de quien invoque la acción. Si quien demanda la reparación es el trabajador mismo, las normas de Derecho común, es decir, las de Derecho civil que le son aplicables, son las contractuales. En efecto, contrariamente a la sentencia de la Corte de Santiago de fecha 26 de noviembre de 1992, ya citada, que sostiene que la responsabilidad en este caso tiene su origen en la Ley, nosotros pensamos que más acertada es la solución de la Excelentísima Corte, en sentencia de fecha 13 de agosto de 1991, que señala que el deber de reparación del empleador es la consecuencia de la obligación que él asume al celebrar el contrato de trabajo, entre ellas la de brindar seguridad al dependiente. Del mismo modo a como ocurre en el contrato

de transporte de personas, o en el arrendamiento de un vehículo o maquinaria, en que existe un parecido deber relacionado con la garantía que se debe al acreedor.

Precisamente, el artículo primero del Código del Trabajo ordena a éste regir las relaciones entre empleador y trabajador. En su Libro Segundo trata de la protección a los trabajadores, imponiéndose al empleador el deber de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores. Una de esas obligaciones es la de velar por la seguridad y pagar por el seguro. Otra es la de tener la debida diligencia para la protección de la integridad física de sus trabajadores. No deriva esa responsabilidad del principio general de no dañar o otro, sino de una precisa carga de diligencia, que resulta del hecho de existir la relación laboral. De consiguiente, cuando se trate de resolver sobre esta reparación, el Tribunal debe examinar, entre otras, las condiciones del contrato, las condiciones del trabajo, el hecho de si el trabajador cumplió o no los reglamentos de seguridad, si existían o no estos reglamentos, cuál era la índole de las maquinarias, qué fue lo que se le mandó a hacer. Es decir, si ambos cumplieron con las obligaciones que el contrato generaba. Ahora bien, si la acción la deducen los parientes o terceros cercanos al trabajador por el daño por repercusión, esta acción es extracontractual. Si lo que se reclama es el perjuicio patrimonial o moral que el demandante ha experimentado en su patrimonio, el derecho se posee *iure proprio*, no *iure hereditatis*, y la demanda deberá sustentarse sobre las normas de la responsabilidad extracontractual. Así lo dice el profesor español Mariano Izquierdo en un interesante artículo sobre este problema de opción, que dice relación precisamente con este punto.

Contractual, entonces, en un caso; extracontractual en el otro. Lo único que podría plantearse es lo siguiente: ¿podrían ambas acciones deducirse en un mismo juicio?, ¿la extracontractual y la contractual?, ¿y ante el juez laboral? (ya que él es el competente para conocer de las demandas relativas al contrato de trabajo). Tenemos al juez laboral resolviendo conforme a las normas del Derecho civil. ¿Podría esto hacerse? Este problema no se ha planteado ante nosotros, nadie lo ha discutido. Las veces que se ha planteado, los tribunales han dado lugar a la indemnización, y nada más. No se han detenido en el problema. Ahora, desde el punto de vista jurídico, uno podría decir que sí pueden actuar juntos; y pueden actuar juntos porque, si bien en Chile no se admite el cúmulo, aquí no hay en realidad un verdadero cúmulo, sino que hay deducción de dos acciones emanadas de un mismo hecho que, aun cuando no tienen la misma causa de pedir, tienen una conexión, y conforme a las normas de acciones y de conjunción de acciones del Código de Procedimiento Civil, parece que sí sería posible.

Sólo resta decir que, como consecuencia de esta responsabilidad, el empleador tendrá que reparar el daño moral y el daño corporal. Nosotros, en Chile, a 'todos los daños' los llamamos daños morales, y a los demás, patrimoniales. Y los daños morales son *pretium doloris*. Hasta ahí no hay complicación. Pero hay un daño, específico en el Derecho contemporáneo, distinguible del dolor o aflicción que provoca la lesión misma, y su tratamiento debería merecer entre nosotros una particular atención. Hay un trabajo muy interesante que acaba de publicar un jo-

ven doctor en Derecho que trabaja en la Universidad Adolfo Ibáñez, el profesor Elorriaga, que trata justamente de este problema.

Quiero referirme a él por lo siguiente: el fundamento de este daño específico resulta de textos muy antiguos. En concreto, me quiero remitir a unas palabras de San Pablo, en I Corintios 12.12 y siguientes. Él está hablando de la Iglesia, claro, pero la compara con el cuerpo humano. Y dice así: «del mismo modo que el cuerpo es uno solo aunque tiene muchos miembros, y todos los miembros del cuerpo, con ser muchos, forman un solo cuerpo, si dijera el pie, como no soy mano, no soy del cuerpo, no por eso deja de ser del cuerpo. El ojo no puede decir a la mano, no te necesito. Ni la cabeza a los pies, no los necesito. Más aún los miembros más débiles son los más necesarios». Pone así San Pablo en esa imagen de la Iglesia la evidencia de que el cuerpo humano es uno solo, y que aun el atentado a uno de sus miembros más débiles, el dedo -el dedo izquierdo, por ejemplo- causa traumas al cuerpo entero. Esa persona que más arriba decíamos se había cortado la mano con una sierra, ¿cómo se hace el nudo de la corbata? Curioso, yo he tratado de hacérmelo con una mano desde que conocí el caso, y me ha costado una barbaridad. De este modo, la pérdida corporal aun más nimia ha de ser indemnizable separadamente, aunque no se traduzca en pérdida de fuerza laboral, y aunque exista ésta, porque el solo hecho de la deformación o la mutilación es un daño por sí mismo separado del *pretium doloris* y de las consecuencias patrimoniales que la posible pérdida corporal pueda provocar.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS POR EL HECHO DE SUS ÓRGANOS DIRECTIVOS

Claudio Illanes Ríos
Abogado
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de entrar al fondo del problema, es insoslayable hacer algunas consideraciones generales en materia de responsabilidad civil, que aun cuando digan relación con consideraciones absolutamente básicas, hay que reiterarlas para los efectos de poder adentrarnos en el tema central.

Nosotros sabemos muy bien que toda persona natural o jurídica que comete un hecho ilícito que causa perjuicio, debe responder, y pesa sobre el ofensor la necesidad de reparar el daño causado.

Este principio básico y fundamental debemos considerarlo absolutamente válido, tanto en el ámbito de las relaciones de Derecho privado como en las de Derecho público, cuando las que causan el daño son las empresas del Estado a través de sus agentes, o de sus órganos de administración.

Ahora bien, respecto de los ilícitos civiles que corresponden a relaciones que se originan dentro del Derecho privado, naturalmente se rigen por el ordenamiento jurídico general, contenido principalmente en el Código Civil, tanto en función de la responsabilidad contractual o extra contractual, sea que se trate de una responsabilidad por hecho propio, de sus agentes o dependientes, de las cosas e incluso de los animales.

En cuanto a los órganos directivos de las sociedades anónimas, sean éstas abiertas o cerradas, su responsabilidad se rige fundamentalmente por la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas, cuyo precepto básico y fundamental es su artículo 41; por su reglamento, la ley de valores, y todas aquellas regulaciones que conforman el cuadro normativo y sancionatorio en materia de responsabilidad civil.

En cuanto -finalmente- a las empresas del Estado, éstas se rigen por el ordenamiento jurídico general, y los preceptos constitucionales y legales que se señalarán más adelante.

Este es el cuadro general de presentación del tema.

II. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. EMPRESAS PÚBLICAS. NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Ahora, entrando a la administración del Estado y las empresas públicas en particular, a lo primero que tenemos que hacer referencia es al establecimiento de un ordenamiento jurídico, contenido en nuestra Constitución Política del Estado, que dicho sea de paso, y haciéndonos eco de algo que está tan en boga hoy en día, configura lo que denominan la 'Constitucionalización del Derecho'. Vamos a ver, en esta oportunidad, cuán cierta resulta esta afirmación.

El artículo 60 de la Constitución Política del Estado del año 1925, prácticamente repetido por el artículo 24 de la Constitución del año 1980, señala que el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República.

El artículo 38 de la actual Constitución Política, expresa que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la administración del Estado.

Al respecto, es útil recordar el inciso segundo de este artículo 38, que dice: «cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño».

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado -la Ley 18.575 del año 1986- en su artículo 4º, reproduce prácticamente en forma textual la norma constitucional que hemos señalado, al decir: «El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado».

En consecuencia, tenemos un precepto muy importante establecido en nuestra Constitución, reiterado en la Ley Orgánica Constitucional, que se refiere a las bases generales de la administración del Estado.

Ahora, es imposible considerar la norma constitucional y la Ley Orgánica Constitucional, a que me he referido, sin relacionarlas con otras normas establecidas en la propia Constitución Política del Estado. Estos son los artículos 6º y 7º de la Constitución Política del Estado. Ambos textos constitucionales consagran claramente lo que se denomina 'el principio de la legalidad'.

El artículo 6º señala que «los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma genera las responsabilidades y sanciones que determina la ley».

De consiguiente, está íntimamente vinculada al precepto constitucional anterior.

III. TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL ESTABLECIDA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La Ley sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 2º, establece prácticamente lo mismo que señalan los artículos 6º y 7º de la Constitución Política del Estado.

Ahora, ¿qué tipo de responsabilidad civil es la que establece la Constitución Política del Estado, si aceptamos como presupuesto jurídico fundamental, en materia de responsabilidad de las empresas del Estado, a la Constitución Política? ¿Qué es lo que nos señala la Constitución Política?

La relación de los artículos 6º y 7º de la Constitución Política, con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 38 de la ley de Bases, nos conduce a concluir que la Constitución establece dos sujetos pasivos de responsabilidad civil.

Uno, el Estado propiamente tal. El Fisco, para tales efectos, por los actos que lesionen derechos ajenos. O las empresas autónomas del Estado, en cuanto ellas cuenten con un patrimonio propio.

En consecuencia responde, en primer lugar, el Estado.

Y el segundo sujeto pasivo es el funcionario que haya causado el daño. La responsabilidad del Estado no excluye la del funcionario. Pero es un problema de contribución a la deuda, y no de obligación a la deuda. Porque, en relación al tercero a quien se le ha causado un perjuicio en su patrimonio, el que responde es el Estado, en primer lugar, y no el funcionario.

El funcionario responderá en la medida en que el Estado repita contra él.

Este tipo de responsabilidad a que hace referencia la Constitución es lo que en el campo de la doctrina de la responsabilidad civil se conoce con la denominación de 'orgánica'.

La doctrina de la 'responsabilidad orgánica del Estado' no es solamente una creación de los estudiosos del Derecho y, particularmente, de los constitucionalistas. Ella ha sido expresamente reconocida por nuestros tribunales Superiores de Justicia.

Al efecto, hay una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Excm. Corte Suprema, de fecha 26 de enero de 1984, que en forma explícita se refiere a esta materia.

Los hechos que motivaron esta sentencia, que son en sí interesantes, dicen relación con la intervención que en el año 1971 se efectuó al Banco Continental.

Los antiguos dueños del Banco Continental iniciaron acciones legales contra el Fisco, señalando que las personas que habían tomado la administración y dirección de este Banco -eran agentes del Estado-, habían causado diferentes perjuicios patrimoniales.

Es interesante leer, y no puedo dejar de hacerlo, un considerando de esta sentencia que, en mi opinión, establece con claridad meridiana el concepto de la responsabilidad orgánica a que me he estado refiriendo.

Dice lo siguiente: «Que en relación a las afirmaciones señaladas en el motivo anterior -se refiere obviamente a lo anterior de la sentencia- debe tenerse en cuenta que en la especie se trató de la emisión de 20 millones de acciones que

fueron ordenadas por la Superintendencia de Bancos, que es un órgano del Estado, dependiente del Ministerio de Hacienda. En la referida actuación, como ha quedado demostrado en la sentencia recurrida, y en las consideraciones anteriores de este fallo, se hizo un uso desviado de la Ley General de Bancos existente en la época de los hechos. Se invocó, para actuar, un precepto de orden público, como lo era el artículo 24 de la Ley General de Bancos. En la especie no se ha tratado de una representación asumida por agentes del Estado. Muy por el contrario, ha sido la intervención de un órgano del Estado, lo que equivale al Estado mismo. La actividad administrativa -agrega-, y los efectos que produce, son causados por la voluntad de la Administración que expresa la voluntad de la Ley, mas no la voluntad del funcionario, la cual debe coincidir con aquélla, como requisito para darle legalidad o validez de la actuación administrativa».

Y, agrega el mismo fallo: «En lo que en doctrina se denomina la teoría organicista, que ampara con mayor amplitud a los administrados puesto que tanto los actos como las omisiones, sean regulares o ilícitos, son imputables directamente a la Administración. Ellos se atribuyen en forma directa e inmediata al órgano público, sin perjuicio a los efectos internos que la actuación ilegal o arbitraria cause entre el funcionario y la Administración.

O sea, queda claramente señalado en este fallo el problema del derecho a repetir, que es un hecho que no se puede oponer a la persona que ha experimentado el perjuicio.

Más adelante, la misma sentencia expresa: «Elas se regulan dentro de la vinculación de servicios existentes entre el agente público y la Administración, dando lugar, entonces, a la responsabilidad administrativa, pero sin que quepa excusas frente al tercero, respecto de que quien ha actuado ha sido el Estado mismo».

Yo creo que es una sentencia judicial bastante ilustrativa, y que se explica por sí misma en función de lo que estoy señalando.

IV. DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO PRECISO Y DETERMINADO EN RELACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Las dificultades que en este momento existen, para poder tener alguna precisión respecto del estatuto jurídico que se debe aplicar a la responsabilidad de las empresas públicas, son de variada índole. La verdad es que hay muchos factores que contribuyen a que sea difícil establecer una precisión.

¿Por qué? Hoy en día hay diferentes factores que hacen que la problemática legal que genera una responsabilidad civil de estas empresas, sea bastante complicada.

Primero, hay una anarquía bastante grande en relación a la multitud de servicios, entes o instituciones que son de muy distinta fisonomía jurídica. Ello necesariamente obliga a revisar con mucha detención la ley orgánica, o los estatutos, que rijan esa determinada empresa de la que se trate.

En segundo lugar, la estructura de organización de las empresas del Estado, que difieren unas de otras según su ley orgánica, es compleja. Algunas contemplan órganos colegiados de administración, llámese directorio o consejo, con sus presidentes o vicepresidentes ejecutivos. Y otra, en una línea más vertical de mando, con jefes de servicio o directores generales.

Por ejemplo, el típico caso, y tal vez el más importante de una empresa del Estado que cuenta con un consejo directivo, es Codelco Chile.

Otras empresas que son autónomas como, por ejemplo, el Banco Central o el Banco del Estado, tienen también consejos directivos.

Otros entes del Estado tienen un funcionamiento vertical, sin consejo, por ejemplo, Ferrocarriles del Estado, la Dirección General de Impuestos Internos, la Tesorería General de la República, y así otros tantos. Hay otras empresas del Estado que no tienen consejo, u órgano de administración, pero si tienen una línea vertical de mando, que empieza en quien tiene el título de vicepresidente ejecutivo, presidente o director general.

Y hay otras, como por ejemplo Codelco, que si bien es cierto tienen un vicepresidente ejecutivo, tienen también un consejo de administración, con facultades y atribuciones bastante importantes.

El tercer problema que dificulta esta situación, consiste en precisar qué se entiende por empresa pública. Y en esa búsqueda corresponde determinar cuál es el elemento básico que le concede a una empresa la calidad de empresa pública.

Hay varios factores que deben ser considerados para determinar si lo es o no. ¿Es empresa pública porque así lo establece la ley? Ésa es una posibilidad. Ello implicaría que si lo establece la ley, así es y la discusión se termina.

Segunda hipótesis: ¿Es empresa pública porque su patrimonio lo proporciona el Estado? Si es así, tendría dicho carácter.

Tercera hipótesis: ¿Es empresa pública porque sus finalidades son de carácter público?

Cuarta hipótesis: ¿Es empresa pública porque su personal tiene el carácter de empleado público?

Quinta hipótesis: ¿Es empresa pública aquélla en que concurren todos los elementos que se han señalado?

Con todo, existen otras consideraciones que analizar. En efecto, hay también una asimilación entre una empresa pública propiamente tal y otras que, siendo privadas y reconocidas como tales, sin embargo persiguen fines públicos. Por ejemplo, las mutuales de seguridad, que tienen reconocimiento legal como entes privados, pero que se estima procuran objetivos de carácter público.

Anualmente el Congreso Nacional aprueba una ley que concede un aguinaldo para Fiestas Patrias y Navidad para el sector público, que ha incluido, sistemáticamente, a las mutuales de seguridad.

Recientemente estas instituciones decidieron interponer un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, alegando que tales leyes no podían hacerse extensivas a una institución que correspondía al sector privado. Tal beneficio solamente se podía establecer respecto del sector público. O, de lo contrario, el Estado debía proporcionar a estas entidades los fondos necesarios para pagar tales aguinaldos.

La Corte Suprema, por la unanimidad de sus miembros, rechazó el recurso de inaplicabilidad, y precisó la distinción entre una empresa pública propiamente tal, y una empresa que pudiera ser privada en cuanto a su organización, pero que persiga un fin público. La Corte Suprema señaló que estas instituciones, de acuerdo a sus estatutos y a su razón de ser, realizaban un fin público, relacionado con la seguridad social, y que esa seguridad social que estaba inserta en sus objetivos y sus fines fundamentales, tenía incluso una protección de rango constitucional, en conformidad con lo que establece el inciso 3° del artículo 9° de la Constitución Política del Estado.

Con esos argumentos básicos, la Corte Suprema rechazó el recurso de inaplicabilidad, incorporando en el hecho otro elemento a considerar en el tema: el de aquellas empresas, originalmente privadas, pero que persiguen fines públicos.

Ahora, la solución del problema no resulta fácil. Tratadistas especializados en Derecho público en general, y en Derecho Administrativo en particular, han formulado diversas tesis sobre esta materia.

No es el momento para reproducir lo que sobre este tema han escrito y dicho en reiteradas oportunidades, profesores tan distinguidos como Eduardo Soto Kloss, y don Enrique Silva Cimma, que actualizó su tratado de Derecho Administrativo incluyendo toda esta problemática que hemos señalado.

En el medio internacional, y me refiero al medio latinoamericano que tiene una tradición jurídica similar a la nuestra en lo que se refiere a la organización administrativa del Estado, tratadistas como Rafael Bielsa y Enrique Sagayez Lazo, han considerado lo que se ha venido mencionando.

Ahora, si uno resume el pensamiento y el estudio de Soto Kloss, Silva Cimma y estos tratadistas que he indicado, se puede concluir que hay diferentes elementos que van configurando el perfil jurídico de una empresa del Estado.

En primer lugar, la naturaleza de sus recursos. Es decir, la fuente de ellos. Si los recursos con que cuenta una empresa están o no están asignados en la Ley de Presupuesto. Este es un elemento de juicio.

En segundo lugar, la personalidad jurídica. Es decir, si tienen personalidad jurídica propia o se cobijan bajo la personalidad jurídica del Estado. Otra hipótesis.

La tercera es la autonomía e independencia. Si la tienen, o no la tienen, en relación al poder central. Ello en atención a que hay servicios dependientes y servicios autónomos.

La calidad del personal es un cuarto elemento. Ocurre que no siempre el personal de una empresa pública tiene la calidad de 'empleado público'. Y el

caso más característico sobre esta materia es Codelco Chile, donde el personal tiene el estatuto jurídico de 'empleados particulares'.

Este tema adquiere especial importancia para efectos penales.

V. EMPRESAS PÚBLICAS DE ADMINISTRACIÓN COLEGIADA

Ahora, quedémonos con las empresas públicas de administración colegiada, que es la que fundamentalmente interesa, y que funcionan a través de directorios o consejos.

Su análisis lleva en forma indubitable a tener en cuenta la premisa siguiente: todo directorio o consejo de administración de una empresa del Estado, o de accionistas particulares, se haya sujeto a una serie de obligaciones ineludibles, ya sea un consejo de una empresa del Estado, autónoma, o una empresa particular.

Los deberes de estos consejos directivos, los tratadistas los han distribuido en dos grupos. Los denominados 'deberes genéricos' y 'los deberes específicos'.

Los 'deberes genéricos' dicen relación con el respeto a los principios de diligencia y lealtad. La conducta de los directivos debe estar al servicio del interés social.

El célebre jurista alemán, Karl Larenz, explica muy bien este tema. Dice que además de los deberes de prestación que tiene todo consejo directivo, o un director en particular, en cuanto a que deba hacer algo o se abstenga de hacerlo, existe lo que Larenz llama los «deberes de conducta».

Larenz se pregunta, ¿de qué derivan los deberes de conducta que tiene todo miembro que integra un directorio? De lo siguiente, afirma: de lo expresamente pactado, y del sentido y fin de la obligación de que se trate. Del principio de la buena fe, y de las exigencias del tráfico jurídico. Esas son las pautas que debe tener un miembro de un consejo directivo, que administra una empresa, en el ejercicio de su cargo.

¿Y cuáles serían, a juicio de Larenz, los 'deberes específicos'? Aquéllos que están expresamente establecidos en la ley, los estatutos o los reglamentos de la corporación.

En consecuencia, ¿a qué conclusión podemos llegar? Se puede concluir que, por aplicación de las reglas generales del Derecho, y de los principios rectores en materia de responsabilidad civil, un directorio -como órgano superior de administración y de dirección de una empresa-, responde por los actos de acción y omisión, tanto en sus deberes de conducta específicos, como en sus deberes de conducta genéricos, en la medida que causen daño a los particulares o al Estado.

Veamos algunas empresas. Es imposible tratarlas todas. Y mucho menos después de toda la problemática señalada. Con todo, pueden exhibirse como muestras más distintivas las siguientes: una empresa pública por excelencia -que es la más importante, y que con razón se dice que 'es el sueldo de Chile'- como Codelco;

y dos empresas autónomas, de singular importancia, como son el Banco Central y el Banco del Estado.

1. CODELCO CHILE S.A.

Codelco tiene un particular interés. ¿Por qué? Porque es la única empresa del Estado que después de haberse dictado su Ley Orgánica, el año 1976 -Decreto Ley 1.350- sufre, posteriormente, una modificación trascendental en relación a la materia que estamos tratando, con motivo de la dictación de la Ley 18.958, del 7 de marzo del año 1990. Es una importantísima modificación porque cambia, radicalmente, toda la fisonomía y el perfil jurídico del directorio en materia de responsabilidad civil.

Es más, de acuerdo con esta modificación se produce una generosa incorporación, a Codelco, de las normas que regulan la administración de las sociedades anónimas, establecidas en la Ley 18.046. ¿Y por qué se produce esta adaptación? Simplemente porque, al dictarse la Ley Orgánica de Codelco, no existía la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas. En consecuencia, Codelco quedó rezagada en función de lo que vino a disponer esta ley. Entonces, la Ley 18.958 incorporó al Estatuto Orgánico de Codelco todos los preceptos básicos, en materia de responsabilidad, establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas.

Es así como el artículo 8º de la Ley 18.958 incluye en el estatuto jurídico de Codelco cuatro materias de la Ley 18.046. ¿Cuáles materias? Las incompatibilidades que establece la Ley de Sociedades Anónimas para ser director de una sociedad anónima abierta o cerrada, las inhabilidades, las responsabilidades y las prohibiciones.

En este aspecto, resulta de claridad meridiana el real sentido de la modificación. No se puede llegar a esta conclusión ni por la vía de la interpretación de la ley, ni por la vía de la integración de la ley. No estamos frente a un texto obscuro, contradictorio, o frente a un vacío legal. No hay laguna legal. No hay ley vacante. El texto es claro y terminante. No ofrece ninguna duda en cuanto a qué se está refiriendo.

En consecuencia, ¿a qué conclusión se llega? Se llega a la siguiente y única conclusión: si el directorio en su conjunto, o algún director en especial, por una acción u omisión, incumple un deber de conducta legal, y por ello causa daño, sea a un particular o al Estado mismo, responde civilmente. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa que corresponda.

La conclusión referida es aún más terminante, si se examinan en conjunto, y en particular, las atribuciones del directorio establecidas en el artículo 9º de la actual Ley Orgánica de Codelco. Son amplísimas. No quiero reproducirlas en esta oportunidad, pero destaco las que se establecen en las letras a), c), e) y g) del nuevo artículo 9º.

También se hace especial hincapié en las letras a) y b). En consecuencia, queda en claro que es plenamente aplicable el estatuto jurídico, en materia de

responsabilidad, que establece la Ley de Sociedades Anónimas a Codelco Chile.

Ahora, ¿qué significa todo esto en la práctica? Significa algo muy importante. Significa, nada menos, que se aplica el artículo 41 de la Ley 18.046 que, en mi modo de pensar, es el precepto legal básico de la responsabilidad civil que establece la Ley de las Sociedades Anónimas.

Consiguientemente, y por aplicación de esa norma de la Ley de Sociedades Anónimas, los directores de Codelco Chile responden de culpa leve, y en forma solidaria, por los daños causados. El artículo 41 de la Ley 18.046, tiene el carácter de orden público, por cuanto, de conformidad con su texto, es irrenunciable y ni aun la aprobación de la memoria y balance libera de responsabilidad a los directores, como tampoco la aprobación específica de un determinado acto.

Por lo tanto, también se le aplican íntegramente -de acuerdo con este criterio- las presunciones de culpa que establece la Ley de Sociedades Anónimas. Sean estas presunciones simplemente legales, o sean de Derecho.

Cabe tener presente que las obligaciones que contrae el órgano directivo de Codelco son de aquellas obligaciones que, doctrinariamente, se conocen como 'obligaciones de medio', en oposición a aquellas obligaciones que se consideran 'de resultado'. Éstas últimas conducen a una responsabilidad objetiva, vicaria o estricta, o como quiera llamársele.

Las 'obligaciones de medio' configuran una responsabilidad civil subjetiva, en que indudablemente hay que establecer la existencia de un elemento de imputabilidad, sea éste el dolo o la culpa.

La circunstancia de que pesen sobre el directorio obligaciones 'de medio' y no 'de resultado', implica que este último contrae una obligación genérica en cuanto a actuar siempre con la debida prudencia y cuidado, para lograr, hasta donde sea posible, una buena gestión.

Pero, obviamente, el actuar prudentemente y con la mayor diligencia para hacer una buena gestión no implica que el resultado sea óptimo. En consecuencia, no significa que un directorio sea responsable *per se*, si el ejercicio financiero de un determinado año no haya sido el que se esperaba, en la medida que haya existido toda la diligencia y cuidado para que el resultado financiero hubiera sido el mejor posible.

2. EMPRESAS AUTÓNOMAS: BANCO CENTRAL Y BANCO DEL ESTADO

En cuanto a las empresas autónomas del Estado, indudablemente que hay dos muy importantes. Ambas se mueven en esferas distintas, pero son bastante similares en ciertos aspectos, y constituyen un eslabón muy importante en la cadena financiera, administrativa y jurídica del país. En la actualidad, el Banco Central es autónomo, de acuerdo a la Constitución Política del año 1980, y cuenta con su propia ley orgánica. Está por encima de todo el sistema bancario. Fija las líneas directrices en materia monetaria, y cumple además otras funciones importantes. Y el Banco del Estado, que siendo un banco que tiene actividades similares a un ban-

co privado, tiene también un estatuto jurídico propio que hace necesario, entonces, sacarlo del régimen general de todos los bancos que están sujetos al control, llamémoslo regular y normal, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

El Banco Central de Chile, como he dicho, es un órgano autónomo, es de rango constitucional, de carácter técnico, y con patrimonio propio. Esto último es muy importante.

Ejerce las atribuciones que le encomienda la ley. Dicta las normas generales que dicen relación con el circulante, con la regulación de la cantidad de dinero en circulación y de crédito, con el sistema financiero, el mercado de capitales y las operaciones de Cambio Internacional.

La Ley Orgánica del Banco Central establece un mecanismo para reclamar en contra de los acuerdos, resoluciones, órdenes o instrucciones que dicta y que se estimen ilegales.

La propia ley prevé que este reclamo se formule ante la Corte de Apelaciones de Santiago, y la formalización de dicho reclamo tiene características muy similares al recurso de Casación en el Fondo. ¿Por qué? Porque el reclamante tiene que señalar la ley que se supone infringida, la forma en que se habría producido la infracción, y el monto del perjuicio. En otras palabras, no puede ser más parecido al recurso de Casación en el Fondo.

Ahora, viene lo importante. Si la sentencia resulta favorable al que ha reclamado, la propia Ley Orgánica dice lo siguiente: «podrá demandar conforme a las reglas generales, la indemnización de los perjuicios que hubieren sufrido, e incluso la aplicación de sanciones penales que pudieran ser procedentes».

En otras palabras, este recurso de reclamación podría, al parecer, implicar la antesala, o el juicio previo, para que el particular o la institución afectada por un acuerdo que se considere ilegal, adoptado por unanimidad o por la mayoría de los consejeros, pueda reclamar derechamente los perjuicios, sin necesidad, en esta etapa, de acreditar el elemento de imputabilidad.

El juicio indemnizatorio propiamente tal se sujeta a las reglas generales sobre la materia.

El Banco del Estado también se aparta del conjunto de bancos y empresas financieras, y cuenta con su propia Ley Orgánica. Al igual que el Banco Central, es una empresa autónoma del Estado; también tiene patrimonio propio, y no le son aplicables las normas generales o especiales relativas al sector público.

Ahora, el Banco del Estado puede, evidentemente, ser sujeto activo y pasivo de derechos y obligaciones, y los particulares podrán reclamar en contra de los acuerdos que haya adoptado el directorio como tal.

Indudablemente, si un particular, o una empresa cualquiera, se siente afectado, lesionado o menoscabado en su patrimonio, porque el directorio del Banco del Estado ha tomado un acuerdo que se considera ilegítimo, contrario a la ley -a las normas que regulan el funcionamiento del Banco-, y que causa perjuicio, es indudable que allí hay una responsabilidad orgánica. Es decir, el Banco responde como Banco, en la medida, naturalmente, que los acuerdos se adopten dentro del

marco de las atribuciones propias del directorio. La víctima no perseguirá la responsabilidad personal, sino la que corresponde al Banco del Estado; allí el Banco hará efectiva, si es del caso, la acción de reembolso correspondiente.

VI. CONCLUSIONES

Luego de las consideraciones y análisis hechos hasta aquí, podríamos agrupar las conclusiones alcanzadas del siguiente modo:

1º) Que las denominadas empresas del Estado presentan fisonomías y estructuras diferentes. Algunas son absolutamente dependientes del Estado, y otras autónomas, con patrimonio propio;

2º) Que no todas están organizadas, en cuanto a su dirección o administración, en consejos o directorios. Muchas de ellas actúan a través de un presidente o vicepresidente ejecutivo;

3º) Como integrantes de la Administración central del Estado, de acuerdo a preceptos de carácter constitucional y a la Ley Orgánica de Bases de la Administración, les afecta una *responsabilidad orgánica*. Es el Estado quien responde, sin perjuicio de las acciones que posteriormente puedan hacer valer contra los directamente comprometidos;

4º) Que, en consecuencia, la empresa del Estado responde civilmente por los perjuicios que haya ocasionado, por actos de acción u omisión, existiendo la debida relación de causalidad entre dicha acción u omisión y el daño producido.

No podría pretenderse invocar la ausencia de culpa del Estado por el hecho culpable del dependiente. Me inclino porque, en la especie, no se trata de una responsabilidad civil por el hecho del dependiente, en los términos de los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, sino que es un hecho directo del Estado;

5º) La apreciación de la culpa, como elemento de la responsabilidad, será necesario acreditarla, en el entendido de que se trata de 'obligaciones de medio', ya que debe existir la diligencia y cuidado que la ley impone. Mas no el deber de obtener 'un resultado' determinado y único. Lo contrario implicaría aceptar una responsabilidad estricta, vicaria o sin culpa. Este escenario es de carácter muy excepcional en nuestro régimen de responsabilidad civil;

6º) El ámbito del daño, y la clase de perjuicio que pueda reclamarse, son los indicados en el Derecho común. Especialmente, en el artículo 1556 del Código Civil, incluyendo, obviamente, el daño moral; y,

7º) Dentro de lo que son las empresas públicas, especial relevancia presenta Codelco Chile, desde el momento que tiene la singular circunstancia de que su Ley Orgánica se remite expresamente a la Ley 18.046, que entre otras materias, le hace aplicable el régimen de responsabilidad del directorio, que dicha ley establece.

VII. OBSERVACIONES FINALES

Debe reconocerse -porque no puede ser de otra manera- que lo tratado es un tema que puede resultar muy polémico y complejo, porque tiene muchas aristas y es difícil tener un criterio absolutamente definido, atendida la diversidad de caracteres que presentan las empresas tratadas. Como, igualmente, la casuística de los hechos.

Con todo, lo importante es tener claridad en algunos puntos esenciales: Que existe un principio básico constitucional, que para mí es lo más importante. Y que el fundamento básico de la responsabilidad de los órganos de las empresas del Estado está en la Constitución, y que es éste el que debe primar en el tratamiento del tema.

Este criterio constitucional debe ser analizado en un sentido moderno y de protección a la víctima, de tal forma que le permita asegurar del mejor modo posible la necesidad de reparación del daño causado.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Carlos E. Concha Gutiérrez
Abogado
Profesor de Derecho Comercial
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

El tema sobre el que nos corresponde exponer es sumamente extenso, debido a lo cual pasaremos revista a las áreas en que se presentan mayores problemas, para después iniciar un análisis de las razones o causas de éstos.

Una aclaración previa: la vehemencia con que se formulen aquí determinadas conclusiones no guarda necesaria relación con la convicción con que se hayan obtenido.

El tema fundamental consiste en determinar cuál es la responsabilidad civil que tienen los directores y gerentes de las sociedades anónimas. No nos vamos a referir a otras sociedades, donde el régimen jurídico puede ser diverso, especialmente en lo relativo a sus actos de administración.

II. ÁREAS DE CONFLICTO: LAS DUDAS Y PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN

¿Cuáles son los grandes temas? En primer lugar, surge desde el comienzo la necesidad de determinar las reglas aplicables. Esto es así porque, a pesar de la pretensión del legislador de dictar reglas generales de responsabilidad sólo para las sociedades anónimas, en la práctica esta intención resultó bastante pobre. Estas reglas tienen una conformación aparentemente general, pero en definitiva establecen la responsabilidad solidaria -frente a los accionistas, terceros y la sociedad-, de los distintos interventores en un acto, además de establecer ciertas presunciones de culpa, y la necesidad de mantener una diligencia mediana, corres-

pondiente a la *de un padre de familia*. Todo el resto del tema queda entregado a los principios generales de la responsabilidad. Es necesario, entonces, determinar cómo se deben aplicar las reglas en este ámbito concreto de la actividad económica.

El segundo problema dice relación con quiénes son los titulares de la acción para reclamar por un daño y quiénes los habilitados para exigir la indemnización por un daño inferido a la sociedad.

En tercer lugar, está el concepto de lo ilícito en esta área.

Otro problema de envergadura que se plantea es saber cuáles son las reglas supletorias de la culpa que aquí rigen, tanto en materia de gradación de la culpa como de carga de la prueba, y la relación o vinculación existente -fundamental en esta materia- entre culpa y asunción de riesgos en los negocios. Es posible que el *hueso* del problema consista en saber cuánto riesgo pueden asumir los administradores sin incurrir en culpa. Vamos a ver que, a pesar de los principios jurídicos generales que rigen esta materia, éste es un problema sin solución, un problema paradójal, sin salida.

En seguida, otro tema delicado es conocer si hay responsabilidad por omisión o solamente por acción. En definitiva, se trata de averiguar si existe responsabilidad por todas o sólo por cierto tipo de acciones.

Otro problema que se presenta es el de la responsabilidad de los gerentes y de los directores suplentes, vale decir, ¿tienen responsabilidad los gerentes y directores suplentes por los acuerdos adoptados por otras personas?

En séptimo lugar tenemos el asunto relacionado con la determinación de los daños resarcibles, y si existen algunas sanciones adicionales al daño, a la reparación.

Luego, encontramos el tema de la liberación de la responsabilidad, vale decir, las cláusulas de responsabilidad y la renuncia a las acciones de responsabilidad.

También presentan dudas las normas sobre prescripción.

Por último, debo mencionar otra dificultad, que se refiere a la aplicación de las reglas sobre competencia de los tribunales de Justicia en esta materia porque, entre otras cosas, puede ocurrir que, para conocer de un mismo hecho, resulten dos tribunales igualmente competentes.

III. SOBRE LAS NORMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXISTENTES EN LA LEGISLACIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

¿Cuáles son las normas aplicables? La Ley de Sociedades Anónimas y la Ley sobre Mercado de Valores contienen ciertos principios muy generales sobre el punto. Es decir, las normas especiales son extraordinariamente generales. Se trata de los artículos 41 y 133 de la Ley de Sociedades Anónimas. Estas disposiciones no las encuentro repetidas en la Ley de Mercado de Valores. Estas normas, como se ha

dicho, se refieren a la solidaridad, a la culpa y a las presunciones de culpa.

Como el área cubierta por estas normas especiales es muy pequeña, surge inmediatamente la necesidad de determinar si corresponde o no aplicar las reglas generales de responsabilidad y cuáles de éstas, es decir, las normas de la responsabilidad contractual o las de responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, tenemos que determinar la naturaleza de esta responsabilidad frente a la sociedad y frente a los accionistas y, eventualmente, frente a terceros. Tenemos también que resolver si son aplicables, por analogía, las normas sobre responsabilidad civil de los mandatarios, tema que surge debido a que la nueva Ley de Sociedades Anónimas, modificando al respecto el Código de Comercio, privó a los directores del carácter de mandatarios de la sociedad. ¿Significa esta alteración que, efectivamente, no son mandatarios de la sociedad?

Los artículos 133 y 41 de dicha ley establecen un grupo de principios básicos en materia de responsabilidad -bien elementales por cierto-, según los cuales la regla general es la responsabilidad solidaria, en la que se consagran algunas presunciones de culpa, e indica que la *diligencia debida* es correspondiente a la culpa leve. Cabe preguntarse qué reglas son las aplicables en todo el resto de las cuestiones relevantes en materia de responsabilidad, frente al silencio de la Ley. Esto renueva el problema de cuál es la regla general en materia de responsabilidad. Si la regla general es la responsabilidad contractual, frente al silencio de la ley corresponderá aplicar las normas sobre responsabilidad civil contractual o, por el contrario, si la regla general es la extracontractual, corresponderá aplicar las normas sobre responsabilidad civil extracontractual.

Hay dos opiniones que ustedes conocen sobre esta materia. Una es la del profesor Alessandri, según quien la regla general es la responsabilidad contractual, y la otra es la del profesor Ducci, que señala que la regla general es la extracontractual. Cabe precisar que, en nuestra opinión, no son necesariamente aplicables las normas de una u otra responsabilidad en forma uniforme para todos los casos.

Es necesario distinguir el caso de los directores, y su responsabilidad civil frente a la sociedad, del caso de los directores y su responsabilidad civil frente a los accionistas, y frente a terceros.

Entre los autores contemporáneos existe prácticamente unanimidad en el sentido de que, a pesar de la derogación de la regla que establecía que entre directores y sociedad había un mandato, se siga pensando que entre ambos existe un contrato de prestación de servicios, en el que si bien la designación del prestador de servicios -el director- es efectuada por la junta de accionistas, en definitiva cuando éste acepta, se configura un vínculo jurídico entre la sociedad y el director, similar al del mandato, cuya infracción produce responsabilidad contractual.

El director -contrariamente a lo que ocurre con el gerente, que es un subordinado del directorio-, es un subordinado de la junta. Pero hay un vínculo contractual claro. Y, por tanto, en caso de infracción, se aplican subsidiariamente las normas de responsabilidad contractual.

Con respecto a la relación entre director y accionistas, siempre los autores

han llegado a la conclusión de que ésta se rige por las normas de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, bajo la ley vigente, hay que volver a examinar esta conclusión, ya que resulta dudoso que las normas de responsabilidad extracontractual sean las que rijan este tipo de relación. ¿Por qué? Porque la ley establece y regula muchas obligaciones de los directores frente a los accionistas. Y existe el principio de que la infracción de obligaciones legales se rige también por los principios de la responsabilidad contractual. Por lo tanto, en todos aquellos casos en que la ley establece obligaciones de los directores frente a los accionistas, se aplicarían subsidiariamente las normas de responsabilidad contractual. Por ejemplo, la ley establece la obligación de los directores de informar a los accionistas, y de mantenerles en conocimiento de los negocios sociales. En las sociedades anónimas abiertas, esta información es periódica y ampliamente regulada. Entonces, como existe una obligación precisa, esa infracción se regiría por las normas de la responsabilidad contractual, en su carácter de regla general, aplicable a la infracción de obligaciones de cualquier naturaleza.

En cambio, hay ocasiones en que los directores no tienen obligaciones precisas frente a los accionistas. A falta de obligaciones precisas, cabe preguntarse si hay responsabilidad. Creemos que se puede decir que la hay, porque a pesar de no existir una *obligación de resultado*, existe una genérica *obligación de medio*, que equivale al compromiso de actuar con la debida diligencia. Por tanto, perfectamente se podría llegar a la conclusión de que, frente a los accionistas, la responsabilidad del director se rige también por las normas de la responsabilidad contractual. Esta es una opinión disidente de la mayoría, que tradicionalmente ha considerado que la responsabilidad civil de los directores frente a los accionistas se rige por la normas de la responsabilidad extracontractual.

Se puede igualmente concluir lo anterior de la actitud que, sobre el particular, ha adoptado el legislador, al modificar los principios generales de la relación entre accionistas y directores, estableciendo obligaciones genéricas o específicas de unos frente a otros.

Por otro lado, tratándose de la responsabilidad de los gerentes, no hay ninguna duda de que, en los aspectos o materias sobre los que la Ley de Sociedades Anónimas guarda silencio, éstos se rigen por las normas de la responsabilidad contractual. Existe entre gerente y sociedad -evidentemente- un contrato. Además, por disposición expresa del artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas, son aplicables a la responsabilidad de los gerentes las mismas normas que regulan la de los directores.

Esta última conclusión es importante, porque entre ambos sistemas de responsabilidad -contractual y extracontractual-, existen diferencias trascendentales, como las que encontramos en materia de gradación y de resolución de la culpa, en materia de extensión de la reparación, de solidaridad, de prescripción y de requisitos.

Establecida esta línea general, conviene hacer un breve examen de las disposiciones expresas que, sobre el tema en cuestión, contempla la Ley de Sociedades Anónimas. Éstas son las contenidas en los artículos 133 y 41.

El artículo 133, en la primera parte del inciso 1º, dice lo siguiente: «La persona que infrinja esta Ley, su reglamento o, en su caso, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia, ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios».

Hasta aquí ninguna novedad. Eso lo sabíamos antes de que esa Ley se dictara. Tal vez el único agregado importante ha sido contemplar, dentro de las normas cuya infracción genera responsabilidad civil, las disposiciones que imparte la Superintendencia. Pero es un agregado de novedad bien relativa, porque sabemos que en el sistema jurídico de las sociedades anónimas, particularmente en las sociedades anónimas abiertas, la Superintendencia del ramo no solamente tiene una facultad fiscalizadora, sino que cuenta con una facultad normativa, pese a que su constitucionalidad se ha discutido.

Luego agrega, en el inciso 2º, que «por las personas jurídicas responderán, además, civil, administrativa y penalmente, sus administradores o representantes legales, a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción».

Eso también lo sabíamos por aplicación de las reglas generales. Lo único nuevo está en establecer en qué consiste y en qué oportunidad debe darse la oposición de un director al hecho constitutivo de la infracción.

Y luego agrega el artículo -inciso 3º- que «los directores, gerentes y liquidadores que resulten responsables, en conformidad a los incisos anteriores, lo serán, solidariamente entre sí y con la sociedad que administren, de todas las indemnizaciones y demás sanciones civiles y pecuniarias derivadas de la aplicación de las normas a que se refiere esta disposición».

En esta parte se consagra el principio de solidaridad. Pero se establece un principio de solidaridad un poco distinto del que se concluye a primera vista. La solidaridad que prescribe este artículo no es solamente la solidaridad de los directores entre sí -que es lo que podríamos concluir, como regla general, del artículo 41 de la Ley- sino que de los directores *con la sociedad*.

¿A qué órbita de relaciones jurídicas se aplica este artículo?

Se ha sostenido que se aplica a los casos de responsabilidad extracontractual. A nuestro juicio, no existe ninguna base de texto legislativo para concluir así.

Se ha dicho que el artículo 133 regula la responsabilidad extracontractual de los directores, debido a que contempla la solidaridad de los directores entre sí y con la sociedad y, por lo tanto, se está hablando de un caso en que existe responsabilidad de la sociedad. Este argumento nos parece bastante débil, porque este artículo dice simplemente que cuando exista responsabilidad, ésta será solidaria de los directores entre sí y con la sociedad. Pero no está excluyendo ningún tipo de responsabilidad.

Esta es la regla básica. La segunda regla es la del artículo 41. Éste establece, en la primera parte del inciso 1º, que «los directores deben emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios». Vale decir, los hace responsables de la culpa leve.

La anterior es toda la regulación en esta materia, salvo la que prohíbe a los

estatutos contener normas que atenúen o eximan de responsabilidad a los directores, y la que establece que la aprobación de una cuenta, por parte de una junta, no extingue la responsabilidad de los directores (incisos 2º y 3º del mismo artículo 41).

Esto es todo lo que, en materia de responsabilidad, establece y regula la Ley. En otros momentos se refiere al tema, pero no hace sino repetir esto mismo. Hay, además, una gran cantidad de normas que reiteran, y en forma agotadora, los principios jurídicos a los que debe sujetarse la conducta de los directores. En ellos, a pesar de todo, no encontramos nada nuevo. La Ley no aporta, más bien va enseñando, que es distinto.

IV. SOBRE LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Cabe preguntarse, a continuación, quiénes son los titulares de la acción de responsabilidad, de acuerdo a esta Ley.

Dice el artículo 133 que la persona que cause «daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios» (inciso 1º).

¿Quién puede ser este 'otro' al que refiere el artículo? Para abordar el problema, es necesario distinguir aquí dos tipos de situaciones. El primer evento lo encontramos en el caso de que se infiera un daño directo a la sociedad. El segundo es un caso de daño directo a los accionistas, y un evento de daño directo a terceros, por ejemplo, acreedores.

Examinemos el primer caso: daño directo a la sociedad. Aquí la pregunta es quiénes tienen acción por un daño directo a la sociedad: ¿solamente la sociedad - en cuyo caso hablamos de acción social- o también la tendrían, por el mismo perjuicio, los accionistas?

Este tema ya fue estudiado por don Gabriel Palma Ruiz, quien afirma -en el manual que todos estudiamos en Derecho Comercial- que sólo habría acción de la sociedad. Los accionistas no tendrían acción.

Sin embargo, los actuales comentaristas de la Ley de Sociedades Anónimas dicen que los accionistas también tienen acción por el mismo perjuicio. Para afirmar lo anterior, se basan en que diversas normas de la misma ley regulan la responsabilidad civil de los directores por los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas.

Pensamos que esta interpretación no tiene suficiente base legal, aun menos para llegar a esa conclusión porque, aunque resulte obvio, lo que está haciendo la ley es que en una misma disposición está regulando la responsabilidad del director frente a la sociedad y frente a los accionistas. Pero no necesariamente está regulando la situación en la que un mismo hecho pudiera causar daño directo a la sociedad, y un daño indirecto al accionista. Es posible imaginar, por ejemplo, que la sociedad sufra un detrimento patrimonial por un acto de mala administración. En este caso, la sociedad tiene acción para su reparación.

¿Podrían los accionistas demandar por el mismo daño? Es del caso aclarar que aquí no estamos hablando de cobrar dobles indemnizaciones. Estamos hablando de quién puede accionar legítimamente. No hay un cúmulo de indemnizaciones, sino un cúmulo de acciones.

Según ya sabemos, don Gabriel Palma era partidario de la posición según la cual los accionistas no tendrían acción.

En el Derecho comparado, se han dado diversas soluciones para esto. Por ejemplo, en algunos países se reconoce en forma expresa que los accionistas pueden ejercer la acción oblicua, vale decir, pueden ejercer en juicio los derechos de la sociedad, cuando no son ejercidos por ésta. En este caso, algunas de esas legislaciones exigen, por ejemplo, que sea un cierto número de accionistas el que interponga la acción.

En Chile no hay norma expresa. Se pretende aducir como norma expresa la regla que regula simultáneamente la diligencia debida frente a la sociedad y frente a los accionistas. Pero esta regla, en general, sólo afirma que es posible que los accionistas demanden, pero no dice que puedan demandar por el mismo perjuicio causado a la sociedad.

Obviamente que si el accionista recibe un daño propio, personalmente, que no es el mismo daño sufrido por la sociedad, éste puede accionar. Tiene una acción por el propio perjuicio que ha sufrido.

¿Cuándo se puede presentar esto? Por ejemplo, cuando el directorio infringe su obligación de informar a los accionistas, la sociedad no va a sufrir perjuicio alguno, lo van a sufrir directamente los accionistas en su patrimonio. En este caso, obviamente los accionistas tienen acción.

El problema que no tiene solución adecuada, entonces, es el de aquellos eventos en los que hay un daño que repercute en el patrimonio de la sociedad y que, a la vez, repercute en forma indirecta sobre el patrimonio del accionista.

¿Por qué se plantea el problema? Porque el valor de las acciones no se mueve necesariamente en una relación directa y proporcional a los daños que ha sufrido la sociedad. El valor de las acciones se mueve en función de la oferta y la demanda. Si una sociedad sufre un detrimento patrimonial por diez millones de dólares, el detrimento patrimonial que sufren los accionistas no es de diez millones de dólares dividido por el número de acciones. Podría ser menos -eventualmente ninguno-, dependiendo de cuál sea el valor en que se puedan vender estas acciones.

Este es el problema que surge en relación con la titularidad de la acción. No estoy en condiciones, por el escaso tiempo con que cuento, de ahondar más en este problema.

V. EL CONCEPTO DE ILÍCITO EN LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

El problema siguiente dice relación con las normas jurídicas que generan

esta responsabilidad. ¿Qué normas son las que debemos infringir, y en qué modo, para incurrir en responsabilidad?

La Ley de Sociedades Anónimas está llena de reglas de antijuricidad las que, pese a todo, no aportan mayormente, porque habríamos llegado básicamente a las mismas conclusiones por la vía de los principios generales de responsabilidad civil.

Bajo la vigencia de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, no encontramos grandes casos de responsabilidad civil de directores. Esto sucedió no porque las normas no establecieran su responsabilidad, sino porque no se ejercieron estas acciones en forma masiva.

En relación con el tema de la antijuricidad, surge un problema fundamental. Este problema es el que podríamos comenzar a definir con la siguiente pregunta: agotada la casuística de las reglas que establecen normas de conducta específica de los directores con respecto a la sociedad y los accionistas, ¿existe alguna norma general residual?

Se ha dicho -y creemos que con razón- que sí habría una norma residual, la que consistiría en el deber de los directores de *actuar con la debida diligencia o cuidado* (artículo 41, inciso 1º). Vale decir, vendría a ser aplicable, en materia de responsabilidad de los directores, una situación enteramente similar a la que ocurre con la responsabilidad extracontractual. Aquí no hay una obligación contractual infringida, tampoco se ve infringida una obligación legal; lo que hay, en principio, es un *deber general de cuidado*.

¿En qué consiste, en este caso, el *deber general de cuidado*? Consiste en el deber de actuar con la debida diligencia. Entonces, se presenta el problema de determinar cuál es el contenido de esta obligación.

El problema surge porque las sociedades anónimas tienen un fin de lucro. Por una parte, y resulta obvio, un director, por diligente que sea, no puede asegurar el resultado del lucro. Pero, por otra, el ser parte de un órgano que administra una sociedad con fines de lucro le impide al director, para ser fiel a sus deberes, adoptar una posición «demasiado conservadora» en cuanto a no arriesgar en la toma de decisiones, para evitar responsabilidades. Vale decir, si oculta todos sus *dracmas y talentos* está incurriendo en irresponsabilidad, porque ha sido precisamente colocado ahí para ganar dinero.

Esta regla, por lo demás, ya la conocíamos, porque en materia de responsabilidad de los guardadores rige el mismo principio. Es responsable el guardador -según nos lo indica el Código Civil- por las conductas extremadamente conservadoras en la administración de los dineros, y si no toma riesgos mínimos.

Entonces la duda es cómo se debe desenvolver el director en un campo en el que se le impide actuar demasiado conservadoramente -no podemos olvidar que se trata de empresas con fines de lucro-, y donde debe evitar que sus decisiones sean muy agresivas o, más bien, de un riesgo excesivo, poco prudente. ¿Cuál es el punto medio, cómo debe actuar el director? En definitiva, lo que queremos saber es cuál es la relación entre riesgo y culpa.

El problema no está resuelto por la ley. Hay ocasiones en que la relación

entre riesgo y culpa está medianamente establecida por la ley. Así ocurre en la Ley General de Bancos, donde se establecen ciertos principios de administración prudencial. Por ejemplo, que los bancos no concentren la cartera en un número limitado de clientes. El banco que excede o sobrepasa estas reglas incurre en infracción. Pero este problema no lo tenemos, porque la ley resolvió ese margen mínimo. Otro caso ejemplar lo encontramos en la normativa de las compañías de seguros, a las que se les obliga a diversificar sus inversiones. Y eso ocurre en muchas otras áreas de las entidades financieras.

El problema está en que *las leyes en general* no resuelven este problema *para las empresas en general*. Las reglas han sido resueltas solamente en aquellas empresas donde está involucrado el interés público.

¿Qué reglas existen, entonces? Se podría pensar que los directores pueden tomar aquellos riesgos que los accionistas acepten. Pero resulta que ninguno de nosotros ha asistido a una junta de accionistas donde éstos se hayan pronunciado sobre el nivel de riesgo.

¿De dónde extraeremos, entonces, los principios? En primer lugar, es posible extraer estos principios del *objeto social*. Cuando los estatutos establecen el objeto social, lo que han hecho es indicar cuál es el mercado en que puede operar la sociedad. Y, por tanto, los directores van a poder asumir aquellos riesgos que son *estándar* en ese mercado.

Bien, pero en el supuesto de que esto esté resuelto, tenemos muy pocas reglas de actuación. ¿Cómo se solucionan los demás problemas? Es el directorio el que tiene que establecer el nivel de riesgo que se va a asumir. Entonces, nos encontramos frente a un círculo vicioso, ya que es la persona misma, aquella sobre la cual pesa la obligación de prudencia, la que va a establecer finalmente el canon de la aplicación. ¿Y cuál será el canon de aplicación? El canon de aplicación será el grado de prudencia que ordinariamente los directores empleen en los negocios. Vale decir, nos estamos remitiendo al grado de prudencia *estándar* en un país. Y hay países muy responsables y otros muy irresponsables. Por lo tanto, nos estamos remitiendo a la media.

VI. UN PROBLEMA NEURÁLGICO: ¿CUÁNTO RIESGO PUEDEN ASUMIR LOS ADMINISTRADORES SIN INCURRIR EN CULPA?

1. Las reglas supletorias que han de regir en materia de culpa

Este es, claramente, un tema de la mayor trascendencia. ¿De qué grado de culpa se responde? La ley dice que es de la culpa leve. Por lo tanto, con independencia de que se trate de un caso de responsabilidad contractual o extracontractual, se va a responder de la culpa leve. Esto significa una atenuación de la responsabilidad en el caso de la responsabilidad extracontractual, en que se responde usualmente de todo tipo de culpa.

2. La carga de la prueba

¿Qué ocurre con la prueba de la culpa? Sabemos que, en materia contractual, la culpa se presume. ¿Significa esto que se presume que los directores administran mal las sociedades? Y, por lo tanto, ¿deberán ellos probar que han actuado con la debida diligencia?

Hay dos posiciones en esta materia. Hay quienes sostienen que la Ley de Sociedades Anónimas ha modificado los principios de la presunción de culpa, y ha establecido, en el artículo 45, ciertas presunciones de culpa. Y, por lo tanto, fuera de esas presunciones de culpa no hay otras, ni siquiera la *presunción ordinaria de culpa*, que se aplica en materia de responsabilidad contractual. Esta es la posición que mantenía don Fernando Fueyo.

Según una segunda posición, deben distinguirse dos planos. En materia de responsabilidad contractual se presume la culpa, debido a lo cual los tres casos de responsabilidad presumida que contempla el artículo 45, sólo serían aplicables a situaciones de responsabilidad extracontractual.

VII. LOS HECHOS QUE ORIGINAN RESPONSABILIDAD

Otro tema que se discute es si existe responsabilidad por acción y omisión, o solamente por acción. Actualmente, en el Derecho comparado es prácticamente una conclusión universal que los directores tienen responsabilidad por omisión. Sin embargo, en Chile se ha tratado de desafiar esta conclusión. Se dice que en el artículo 41 se habla, en el fondo, de la responsabilidad civil por actuaciones del directorio, y que en el artículo 48, inciso 4º, se autoriza a los directores para salvar su responsabilidad, estampando en las actas de directorio su oposición a los acuerdos. Por lo tanto, no existiría responsabilidad sino por los acuerdos de directorio.

La verdad es que la tesis anterior no admite el menor análisis. Porque para comenzar, el artículo 48 dice que «el director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar en el acta su oposición...», de donde se desprende que el directorio puede celebrar no sólo acuerdos, sino también actos. Además, porque la esencia de la responsabilidad u obligación que se les atribuye a los directores se infringe por omisión. Por ejemplo: un director que no asistiese nunca a las reuniones de directorio, evidentemente nunca tendría la oportunidad de participar en un acuerdo que le resulte lesivo. Pero la verdad es que está dejando de cumplir parte esencial del encargo que le hicieron los accionistas.

Coloquémosnos frente a una situación eventual. El directorio ha adoptado un acuerdo que resulta perjudicial, y respecto del cual uno de los directores votó favorablemente o no se opuso. Oportunamente, y antes de que el acuerdo produzca un efecto dañino, el director efectúa una proposición derogatoria del acuerdo. ¿Qué sucede en esta hipótesis? ¿Este director es o no responsable? A nuestro juicio,

ese director queda exento de responsabilidad, ya que ha cumplido con su obligación esencial de proponer una modificación. De aquí surge que los directores tienen dos obligaciones, las que no aparecen consagradas de modo expreso en la ley: asistir y proponer.

Esto es lo que ocurre cuando aplicamos los principios generales de responsabilidad.

1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS GERENTES

Los gerentes, de acuerdo a la ley, tienen la misma responsabilidad que los directores. Pero se agrega que responden, junto con éstos, de todos sus acuerdos ilegales y perjudiciales.

Pero los gerentes no tienen derecho a voto. Sin embargo, la ley les impone la obligación de manifestar su opinión en las sesiones de directorio, y les impone, además, el deber de dejar constancia de sus opiniones contrarias. Esto viene a confirmar que una persona se puede eximir de responsabilidad a través del derecho a oposición, oportunamente ejercido.

No existe esa especie de mecanismo, *mecanismo*, del que algunos hablan, según el cual bastaría haber participado en un acuerdo para ser siempre responsable de los perjuicios que del cumplimiento de éste se deriven.

La verdad es que un director podría, si lo hace oportunamente, desligarse de responsabilidad de la misma forma que el gerente, proponiendo su modificación.

2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES SUPLENTE

Naturalmente, cuando los directores suplentes ejercen completamente la titularidad, por vacancia o por ausencia del titular, ellos responden igual que éste. El tema es qué ocurre cuando los directores suplentes no tienen la titularidad, sino que asisten a las sesiones de directorio con el derecho a voz solamente, como la ley lo permite.

¿Tienen estos directores la misma responsabilidad que el gerente? Hay que señalar simplemente lo siguiente: los directores suplentes no tienen una norma similar a la aplicable a los gerentes. A los gerentes se les obliga a hablar, en tanto que a los directores suplentes simplemente se les da el derecho de hablar.

Por lo tanto, se podría pensar -como es lógico- que la responsabilidad de los directores suplentes es más atenuada que la del gerente.

3. EL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

Por último, quiero referirme a un tema que es de suma actualidad: ¿ante qué tribunal debe interponerse la acción de responsabilidad?

Hemos distinguido hasta aquí dos planos. La acción societaria, por un lado, para el resarcimiento del perjuicio y, por otra, la acción de perjuicio que pudiera intentar un accionista. Esta materia se encuentra regulada en los artículos 4 -número 10- y 125 de la Ley de Sociedades Anónimas. De acuerdo a los anteriores, los estatutos deben contemplar una cláusula en la cual se resuelva la naturaleza del arbitraje a que están sometidos los conflictos entre las personas que señala -entre accionistas, y entre accionistas y la sociedad o sus administradores-, y el modo en que se debe proceder a dicha designación.

Estas materias, curiosamente, producen una grave disparidad de tribunales competentes, o posiblemente competentes.

¿Por qué? Porque la ley establece que hay tres órdenes de conflictos que, eventualmente, pueden quedar sometidos a arbitraje.

¿Cuáles son estos órdenes? No estamos frente a este problema tratándose de las diferencias que ocurrieren entre los accionistas, en su calidad de tales. Tampoco es el caso de las diferencias que pudieren ocurrir entre los accionistas, en su calidad de tales, y la sociedad.

Pero luego, el artículo 4, número 10, dice: «las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales... y los administradores» de la sociedad. Esto significa que una eventual acción de los accionistas, por perjuicios sufridos, en contra de los directores, cae en el ámbito eventual del arbitraje contemplado en la Ley de Sociedades Anónimas. Sin embargo, en silencio de la ley, la acción de la sociedad en contra de los administradores, supuestamente por el mismo perjuicio, no tiene la misma regla. Y por tanto, solamente podría caer bajo el conocimiento de un árbitro, en virtud de una convención que le atribuya a ese árbitro jurisdicción.

¿Serían aplicables estas reglas a la acción individual del accionista? En definitiva, ¿está obligado el accionista a interponer su acción ante el árbitro? Este es un problema que se ha discutido en los tribunales chilenos.

La conclusión casi uniforme a la que llega la doctrina sobre este particular es que, en virtud del texto expreso del artículo 25 de la Ley de Sociedades Anónimas, el accionista individual siempre tendría opción entre demandar ante la justicia ordinaria o ante el árbitro.

Sin embargo, hay dos sentencias de la Corte Suprema que han establecido que cuando los estatutos contemplan un mecanismo para designar al árbitro o cuando han establecido la naturaleza del arbitraje a que deben someterse los conflictos, el estatuto ha establecido, en definitiva, un arbitraje de origen convencional. De ahí que los accionistas tendrían, necesariamente, que demandar la responsabilidad ante el árbitro.

¿En qué se apoya esta conclusión? Se basa en que, a juicio de estos fallos, la opción de acción ante la justicia ordinaria o ante los árbitros se tendría sólo cuando se trata de un arbitraje supletorio del silencio de las partes.

¿De dónde sacó esta regla nuestra excelentísima Corte? La Corte dice que el arbitraje a que se refiere la Ley de Sociedades Anónimas es un arbitraje supletorio de la voluntad de las partes. Y cuando las partes han hablado, ya no se aplica la opción de acción.

La verdad es que esta conclusión contradice completamente los antecedentes de la historia legislativa. En ésta quedó claramente establecido que, mientras en el proyecto de ley se establecía que esto era un arbitraje supletorio, las normas que fueron aprobadas por el Poder Legislativo establecían un arbitraje, por así decirlo, casi forzoso. ¿En qué sentido es arbitraje forzoso? En el sentido de que siempre deba haber una jurisdicción arbitral abierta. Las partes no podrían dejar de consultar esta jurisdicción arbitral alternativa a la jurisdicción ordinaria al punto de que, si las partes guardaran silencio, lo único que suple la ley es el carácter del árbitro, dándole el carácter de arbitrador, o las normas sobre su designación.

Pero si las partes guardan silencio, también habría una opción para demandar ante el árbitro o ante la jurisdicción ordinaria, de suerte que si eventualmente se demandare ante un árbitro -los arbitrajes contemplados en los estatutos son usualmente de árbitros arbitradores-, los principios jurídicos que rigen la responsabilidad podrían ser sustancialmente alterados.

Y eso es lo que ocurre en la práctica. A pesar de que la Ley de Sociedades Anónimas entra en un sinnúmero de detalles sobre los caracteres de esta responsabilidad, los casos específicos se someten al conocimiento de los árbitros. Y, fallando éstos en su carácter de arbitradores, podrían alterar completamente estos principios, particularmente el relativo a la relación de riesgo y culpa, que es la médula de esta ley.

Esto es lo que puedo comentar, en el espacio de tiempo que se me ha dado, sobre el arduo tema de la responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas.



RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL EN LA LEY DE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE

Julio Lavín Valdés

Abogado

Magíster en Ciencia Política (U. de Chile)

Profesor de Derecho Constitucional

Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

Interesante desafío para el Derecho constituye la aplicación de la institución de la responsabilidad civil en materia de medio ambiente, puesto que, si bien sus elementos son los mismos -a saber, la existencia de un daño sufrido por una persona natural o jurídica, producido por la actividad de otra, existiendo entre aquél y ésta una relación de causa a efecto- a la hora de su constatación, o prueba, surgen diversas dificultades que hacen muy difícil su efectividad, o desincentivan la interposición de las acciones pertinentes.

Como tendremos ocasión de revisar, en materia ambiental hay dificultades no sólo en cuanto a la determinación de la responsabilidad de quien causa un daño ambiental, sino también en cuanto a lo que se entiende por tal daño, la persona de la víctima del mismo, y el tipo de sanciones susceptibles de ser aplicadas. Así puede comprobarse, por ejemplo, cuando una plantación forestal se pierde como consecuencia de una lluvia ácida procedente de la acción de innumerables agentes, o bien, cuando no es posible establecer una norma de calidad o de emisión respecto de un determinado contaminante, que sólo en combinación con las condiciones atmosféricas del lugar provoca daño ambiental, o bien cuando el daño se produce no respecto de una determinada persona natural o jurídica, sino a la humanidad entera o al planeta, como el adelgazamiento de la capa de ozono.

Por otra parte, la todavía escasa información técnica en cuanto a la posibilidad de determinar con cierta precisión la existencia o entidad de un determinado daño ambiental y, en algunos casos, las siderales sumas de dinero que pueden verse comprometidas como consecuencia de un daño ambiental, frenan tempranamente los intentos del legislador por establecer sistemas de responsabilidad objetiva, como quedó demostrado precisamente con nuestra Ley de Bases Generales del Medio Ambiente.

A lo anterior, debe agregarse todavía que, en materia ambiental, tanto o más importante que establecer un sistema de responsabilidad civil por daño ambiental, es el logro de mecanismos preventivos eficientes, que adviertan los posibles daños y los eviten; la fijación de normas de calidad ambiental y de emisión, que permitan el control de las emisiones totales e individuales por cada fuente, a través de sistemas de monitoreo y fiscalización y, ante situaciones críticas, el establecimiento de planes de prevención o de descontaminación que favorezcan una obligatoria y efectiva reducción de emisiones con miras a evitar los posibles daños.

Atendida esta variada e importante cantidad de interrogantes, nos parece necesario en este trabajo que, previo al estudio de la institución de la responsabilidad civil por daño ambiental, con miras a su mejor entendimiento, se haga referencia a aquellos aspectos que definen y caracterizan al medio ambiente, así como las consideraciones que han de tenerse en cuenta al momento de regular su protección a través del ordenamiento jurídico.

II. EL MEDIO AMBIENTE Y SU RECONOCIMIENTO EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

El tema del medio ambiente, en cuanto a su necesidad de protección, ha sido materia de preocupación sólo en los últimos treinta años, precisamente cuando comienza a tomarse conciencia, primero en el sector científico y luego en los gobiernos, de los graves estragos que se han producido como consecuencia de la explotación intensiva de los recursos naturales, el desarrollo tecnológico, la industrialización y el proceso urbanizador. Como dice Vera Jurado, «esta preocupación, iniciada en la década de los setenta (Conferencia de Estocolmo de 1972), toma especial énfasis a comienzo de los años ochenta, cuando, en medio de una euforia económica, se produce una reflexión global sobre la situación del planeta, reflexión que lleva al convencimiento de que se está produciendo una pérdida acelerada de la capacidad del medio para soportar el desarrollo económico -y muy especialmente el desarrollo industrial- en curso»¹.

Los problemas anunciados no sólo afectan las condiciones ambientales y la calidad de vida dentro del territorio de los respectivos Estados, sino que han generado trastornos a nivel del planeta, como la destrucción de la capa de ozono, el 'efecto invernadero', la destrucción de las selvas tropicales, la desertificación o la pérdida de la variedad biológica.

La reacción frente a esta grave situación no podía hacerse esperar, y comienza a manifestarse en distintos planos: el internacional, a través de numerosos

1 VERA JURADO, Diego, *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1994, p. 19.

tratados internacionales que comienzan a suscribirse y, por cierto, el nacional, sobre la base de la dictación de abundantes normas jurídicas, e incluso del reconocimiento en los textos constitucionales del Derecho al medio ambiente, como un Derecho público subjetivo. Según Alexandre Kiss, citado por Maddalena, se han dictado, sólo en relación con la protección de la biosfera, «más de trescientos tratados bilaterales y cerca de novecientos textos emanados de las organizaciones intergubernamentales, incluyendo la Comunidad Europea...». Agrega que «todos los Estados del mundo tienen hoy una legislación más o menos desarrollada en esta materia, y que se ha estimado que el número total de dichos instrumentos legislativos gira en torno a los treinta mil»².

En el campo del Derecho internacional se obtienen prontas conclusiones en el sentido de que el incentivo del crecimiento económico y del desarrollo de los Estados, camino seguido por los países hoy considerados industrializados, no puede seguir y que, por el contrario, debe buscarse tal desarrollo con respeto del medio ambiente, en términos de detener la destrucción de la naturaleza hasta ahora provocada y garantizar condiciones de desarrollo y de respeto del medio ambiente a las futuras generaciones.

Surge así el concepto de «desarrollo sustentable o sostenible», consignado en el informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, denominado «Nuestro futuro común» o «Comisión Brundtland», aprobado en 1987, como aquel «que satisface las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras»³.

Esta definición que, desde un punto de vista teórico no parece encontrar resistencia, desde un punto de vista práctico, en cambio, presenta variadas dificultades en orden a su materialización, si se consideran los diversos y contrapuestos intereses que trata de conjugar.

En efecto, por una parte, no es fácil convencer a los países en vías de desarrollo de que continúen en su proceso de industrialización para alcanzar el desarrollo a pesar del mayor precio que ello exige, muy diferente al pagado por los ya industrializados, por el hecho de tener que asumir ahora los costos de la protección del medio ambiente. Al menos resulta injusto. La acusación aquí es que los países desarrollados alcanzaron su condición a costa del medio ambiente, lo cual, fácil es advertir, les resultó a mucho menor costo que lo que hoy puede significarle a otros países, puesto que hoy se debe invertir, y muy considerables sumas, para cumplir los estándares o normas de calidad ambiental, las normas de emisión, y las

2 KISS, Alexandre, *Droit International l'environnement*, París, 1989, citado por MADDALENA, Paolo, *Transformaciones del derecho a la luz del problema ambiental: Aspectos Generales*, en *Revista del Derecho Industrial*, año 14, Mayo-Agosto 1992, N° 41, Buenos Aires, Ediciones Depalma, p. 354.

3 DARIO BERGEL, Salvador, *Desarrollo y Medio Ambiente: La Perspectiva Latinoamericana*, en ob. cit., p. 309.

de evaluación del impacto ambiental respecto de cualquier proyecto de inversión de alguna envergadura, tanto por parte del sector público, como del privado.

Por otra parte, la abundante normativa dictada en el ámbito internacional, así como al interior de los Estados, no garantiza, por su sola existencia, que efectivamente el desarrollo se logre respetando el medio ambiente que patrocina la definición en comento, por cuanto ella, por lo general, ha surgido como una respuesta impulsiva, motivada en la constatación de los problemas que van produciéndose y, por lo mismo, es dispersa, numerosa e inorgánica. Ello, como es esperable, no sólo hace muy compleja su aplicación, sino que en muchos casos las distintas normas resultan contradictorias unas con otras o, lo que es más común, entregan competencia a distintas autoridades y órganos, en relación con las mismas materias, con los inconvenientes que ello produce.

En tercer término, el reconocimiento constitucional que, como Derecho fundamental de la persona se hace del Derecho al medio ambiente, crea una situación de complejo tratamiento, puesto que su respeto necesariamente pasa por la limitación de otros derechos fundamentales de la persona, que igualmente reciben reconocimiento y protección constitucional.

En fin, ni el reconocimiento hecho por las Constituciones, ni la existencia de una numerosa y completa legislación en materia ambiental asegura, por ese sólo hecho, la materialización del concepto de «desarrollo sustentable», el cual necesita, para hacerse realidad, de un compromiso común tanto de los gobernantes como de los gobernados, el cual debe traducirse en la adopción de políticas, de decisiones gubernamentales, de planes de acción, de fiscalización, así como de la colaboración de los gobernados, materializada en no pocas restricciones y renunciaciones voluntarias en cuanto a la forma de ejercer sus derechos fundamentales y otros tantos esfuerzos comunes.

Chile presenta especiales dificultades al momento de regular el problema del medio ambiente, por cuanto su tradición legalista impide, en muchos casos, el grado de flexibilidad que se requiere para resolver una emergencia ambiental, por ejemplo, o para radicar en una autoridad técnica la decisión en torno a la fijación de un estándar o norma ambiental, como ocurre en otros países. Pero ha de reconocerse, por otra parte, que no sólo su tradición iusnaturalista sino también la experiencia histórica han confirmado la utilidad proporcionada por esta mayor rigidez normativa, cuando lo que está en juego es la limitación o privación de los derechos fundamentales de la persona.

El reconocimiento hecho por la Constitución de 1980 del «derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación», junto con avanzar en este proceso de toma de conciencia sobre la importancia de proteger el medio ambiente, ha impuesto exigencias que significan una variación en cuanto a la jerarquía de las normas llamadas a establecer restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales reconocidos por la misma Carta. En efecto, estas últimas sólo pueden establecerse a través de preceptos de jerarquía legal, y sólo cuando la propia Constitución lo autoriza. Queda así depuesta la condición precedente a la vigencia de la Carta de 1980, en que tanto la ley como la potestad reglamentaria podía restringir o limitar tales derechos.

Este cambio de criterio introducido por el Texto Fundamental ha puesto en evidencia la necesidad de reorientar la regulación normativa existente y la actividad futura, tanto del legislador como del administrador y de los jueces, en términos de hacerla compatible con las exigencias constitucionales.

Fácil es constatar, sin embargo, que estamos ante una muy ardua tarea, que no obstante los quince años de vigencia que pronto cumplirá la Constitución, está bastante lejos de haberse asumido, lo cual en cierto modo es explicable si se recurre, una vez más, a nuestra forma de ser. En efecto, nuestra tradición de Derecho escrito motiva, tanto en las autoridades como en los administrados, una cómoda posición frente a una regulación normativa, la que por el sólo hecho de constar por escrito y cumplir con las formalidades en cuanto a su dictación y vigencia, y siempre, por cierto, que en sí misma no constituya un absurdo o una arbitrariedad manifiesta, adquiere reconocimiento y aceptación, sin importar su rango jerárquico. Ello explica, por una parte, que los derechos fundamentales se hayan visto muchas veces amenazados y conculcados por la sola decisión de la autoridad administrativa de turno y, por otra, se resista tanto el cambio de conducta de los autores, contralores y destinatarios de las normas en favor de una más eficiente y cada vez más necesaria protección de los derechos fundamentales.

Visto lo anterior, la regulación normativa existente en materia ambiental presenta problemas como los siguientes: a) Una parte considerable de ella está efectivamente constituida por reglamentos y, en algunos casos, resoluciones administrativas anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución, que no han sido derogadas expresamente, no obstante contener regulaciones reñidas con tales principios. b) Otra no menos numerosa normativa reglamentaria, dictada durante la vigencia de la Constitución, no se ajusta del modo esperado a ésta, entregando, por ejemplo, facultades que no corresponden a la autoridad administrativa, específicamente, en el campo de la limitación de los derechos fundamentales. c) En fin, algunas normas legales que no cumplen en la forma exigida con el mandato constitucional a la hora de limitar tales derechos, conformándose con enunciar facultades limitativas y entregando a la autoridad administrativa la determinación sobre la oportunidad, forma, extensión y duración de las limitaciones o restricciones.

La entrada en vigencia de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en marzo de 1994, tiene el mérito de consignar aquellos principios y normas orientadoras de la preceptiva ambiental, la regulación de los instrumentos a través de los cuales ésta ha de exigirse, una nueva institucionalidad, exigencia de responsabilidad y un adecuado compromiso y participación ciudadana.

La primera inquietud que surge en los ordenamientos jurídicos es precisar lo que debe entenderse por medio ambiente, especialmente porque, como ocurre en nuestro caso, la Constitución Política sólo se limitó a garantizar el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sin que el constituyente haya definido lo que se entiende por éste. Tampoco cumplen una función de precisión los conceptos «preservación de la naturaleza» y «conservación del patrimonio ambiental», usados por el constituyente.

No existe un criterio común, desde un punto de vista doctrinario, para definir el medio ambiente. Algunos autores, con un criterio restrictivo, limitan el concepto a los elementos físicos que rodean al hombre, sin considerar, por ejemplo, aspectos sociales, culturales o incluso paisajísticos o estéticos. Es el caso del español Martín Mateos, quien define el medio ambiente como «aquellos elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas: en definitiva, el agua, el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales del hombre en la tierra»⁴. Otros, en cambio, como el italiano Giannini, conciben el medio ambiente en tres sentidos diferentes: «el manejado por las normas de protección del paisaje, el empleado por las normas que se preocupan del suelo, aire y agua, y el utilizado por la legislación urbanística»⁵.

Nuestra Constitución Política, al consagrar el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un Derecho fundamental, reconocido a toda persona, no define qué entendió por medio ambiente. Sin embargo, el profesor José Luis Cea, recurriendo a la historia fidedigna del establecimiento de la norma, consigna que el medio ambiente «fue concebido con un sentido y alcance relativo y no absoluto, es decir, en términos de un ambiente sano, que permita desarrollar la vida humana en condiciones normales»⁶. Consecuente con esta interpretación, el mismo autor define el medio ambiente como «el sistema compuesto por los elementos bióticos y abióticos que rodean naturalmente al hombre y le permiten el desarrollo de su vida»⁷.

La Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente se aboca a la tarea de definir lo que el Constituyente dejó pendiente, y lo hace en términos muy ambiciosos, en el sentido de que, apartándose del criterio usual de definir para los efectos de la propia ley, lo hace «para todos los efectos legales», es decir, con un alcance general y obligatorio para la legislación y reglamentación y, por cierto, también para los jueces. Es así que en la letra II) de su artículo 2º, define el medio ambiente como «el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales, y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural, y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones».

Este concepto, como puede advertirse, tiene gran amplitud, lo que si bien puede comprender las diversas alternativas frente a las cuales puede verse alterado el medio ambiente en un determinado momento, o respecto de aquellos elementos que deben especialmente cuidarse, deja abierta posibilidades ciertas de interpretaciones extensivas que complicarán la labor jurisprudencial y, de paso, harán

4 MARTÍN MATEOS, Ramón, *Derecho Ambiental*, Ilegal, Madrid, 1977, pp. 79 y ss., citado por VERA JURADO, ob. cit., p. 24.

5 GIANNINI, M.S., *Ambiente: Saggio sui diversi suoi aspetti giuridice*, RDTP, N° 1, 1973, pp. 23 y ss., citado por VERA JURADO, ob. cit., p. 25.

6 CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 331.

7 CEA EGAÑA, José Luis, ob. cit., p. 331.

más insegura la actividad de los particulares. En efecto, no resultará fácil al juez precisar cuándo y con qué alcance pueden los elementos socioculturales alterar o modificar el medio ambiente. Del mismo modo, si el sistema se reconoce dinámico, cuáles cambios afectarán el medio ambiente y cuáles no lo harán. En fin, si esos elementos que rigen y condicionan la existencia y desarrollo de la vida, lo hacen referidos a la vida humana y también a la vida animal y, además, en sus múltiples manifestaciones, lo cual puede ser de la mayor indefinición.

III. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL MEDIO AMBIENTE

La Constitución Política de 1980, en sintonía con la preocupación internacional acerca de la necesidad de proteger el medio ambiente, incluye dentro de los derechos fundamentales reconocidos a toda persona «el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación».

Conforme al texto constitucional, se reconoce y garantiza a toda persona el «derecho a vivir», lo que comprende el establecerse y residir en una zona determinada, el circular y trasladarse entre distintos puntos, el trabajar, el reunirse y, en general, el desenvolverse en un ambiente limpio y saludable. Esto significa que la persona no puede quedar expuesta a respirar aire impuro, a ingerir sustancias líquidas, gaseosas o sólidas que estén contaminadas, o a tolerar ruidos por sobre lo aceptable, todo lo cual estará regulado por las normas de calidad vigente para cada componente del medio ambiente (agua, aire, suelo, ruidos, etc.). Lo anterior quiere decir que estaría afectándose este Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando, por ejemplo, una persona quede en un determinado momento expuesta a respirar productos tóxicos más tiempo, o en mayores concentraciones, a lo autorizado por la respectiva norma de calidad.

El Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación recibe así reconocimiento constitucional, en los mismos términos y con la misma jerarquía con la que se reconocen los restantes derechos fundamentales. Esto significa que, tanto la sociedad como sus miembros, quedan comprometidos con su respeto y vigencia, de modo que nadie, sea autoridad o persona, pueda lícitamente afectarlo, aunque ello sea el resultado del ejercicio de otros derechos fundamentales.

Como ocurre con los restantes derechos garantizados por la Constitución, el Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación reconoce limitaciones, en primer lugar, porque algún grado de contaminación es permitida sin

8 Como resultado del debate producido en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Sesión N° 86, celebrada el 9 de marzo de 1976), a instancias del comisionado don Sergio Diez, se suprimió la expresión «toda», atendido que lo que debe protegerse es un ambiente que permita desarrollar la vida humana en condiciones normales porque, en realidad, no existe en la civilización un ambiente libre de «toda» contaminación.

que el Derecho se vea vulnerado, al suprimirse del texto constitucional la expresión «toda», según consta de la historia fidedigna del establecimiento de la norma⁸. En segundo lugar, por la existencia de los demás derechos, los cuales deben también ser respetados y, en este caso, armonizados, lo que no obsta a que pueda el legislador establecer ciertas restricciones específicas al ejercicio de algunos de ellos, puesto que, en todo caso, la vigencia de este Derecho, y su ejercicio, no puede llegar a vulnerar la esencia o el libre ejercicio de los otros derechos, según analizaremos más adelante.

En lo que se refiere a su naturaleza jurídica, puede sostenerse que este Derecho goza de una doble característica. Por una parte, se trata de una aspiración social constitucionalmente reconocida, en el sentido de que constituye un deber que se impone al Estado en orden a garantizar un ambiente libre de contaminación, no constituyendo una obligación susceptible de ser exigida compulsivamente; y, por otra, se trata de un Derecho público subjetivo, el cual sí puede ser susceptible de ser exigido en contra de una persona o autoridad determinada, en términos de obligarle a abstenerse de realizar conductas contaminantes. Así se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, en especial, de las palabras del profesor Raúl Bertelsen, cuando expresa que «...de este modo los ciudadanos tienen expectativas de que el Estado dirija su acción a mejorar la calidad del medio ambiente y, también, un derecho exigible contra toda persona o autoridad que por sus actos o hechos imputables directamente a ellos, les causen un perjuicio en su derecho»⁹.

Conforme a lo expresado precedentemente, la garantía reconocida a las personas, de vivir en un ambiente libre de contaminación es, en primer lugar, una tarea del Estado, originada de su primordial finalidad de promover el bien común, que le impone la disposición del inciso 4º del artículo 1º de la Constitución Política. Su cumplimiento le exige «crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible...», conforme estatuye el mismo precepto constitucional. Pues bien, tal realización, entre otras cosas, requiere que las personas que integran la comunidad nacional se desenvuelvan en un ambiente limpio y sano, lo cual debe ser favorecido por el Estado, como una tarea propia.

Reafirma la interpretación anterior, la norma del número 8º del artículo 19 de la Carta Fundamental, que consagra el Derecho que se analiza, al encomendar al Estado el deber de «velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza», deber que no puede naturalmente entenderse sino en el ámbito de su finalidad de promoción del bien común. Otro tanto hace la norma del inciso 2º del número 24 del artículo 19 de la Constitución, que regula el Derecho de propiedad, puesto que autoriza la imposición de límites al ejercicio de dicho Dere-

9 REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 414, del 27 de septiembre de 1978, p. 3.515.

cho, surgidos de la función social de la propiedad, esto es, los límites y obligaciones con que ha de ejercerse el Derecho, con vistas al interés general de la comunidad, cuya definición es, principalmente, tarea del Estado. Así, estatuye la norma en comento que tales límites u obligaciones se extienden a cuanto exijan «los intereses generales de la Nación, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental».

Ahora bien, en lo que se refiere a la segunda característica de este Derecho, se trata de un Derecho personal que puede ser vulnerado de un modo específico por la acción de otro particular, sea persona natural o jurídica, o por los órganos o autoridades del Estado. Es el caso de la exposición a emanaciones tóxicas o nocivas, malos olores, ruidos, agua contaminada, suelos degradados por contaminación, etc., que van a afectar particularmente a una o más personas, y cuya responsabilidad puede demandarse también a personas o autoridades determinadas.

Es, pues, en relación con esta segunda característica del Derecho, que el Constituyente, con mucho acierto, hizo procedente el recurso de Protección en materia ambiental. En virtud de él, el afectado, sea persona natural o jurídica, por sí o por cualquiera capaz de comparecer en juicio, sin mayores formalidades, incluso telegráficamente, podrá recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, que es el Tribunal competente, pidiendo que adopte de inmediato las medidas que aseguren su debida protección y se restablezca la normalidad que garantiza la plena vigencia del Derecho, esto es, que cese la actividad contaminante y que se cumplan las normas de calidad vigentes para cada componente del medio ambiente.

La consagración de la procedencia del recurso de Protección en materia ambiental es de la mayor importancia puesto que, en definitiva, será la jurisprudencia la que fijará, caso a caso, los alcances o la extensión con que ha de ser interpretado y ejercido el Derecho a vivir en un medio libre de contaminación.

Se completa la regulación del Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación con el mandato que el Constituyente otorga al legislador, en el inciso 2° del número 8° del artículo 19, para «establecer restricciones específicas a determinados derechos para proteger el medio ambiente». Entiende el Constituyente que no puede realmente garantizarse el ejercicio del Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sin que otros derechos, cuyo ejercicio pueda afectarlo, se limiten o restrinjan. Es el caso, por ejemplo, del Derecho de propiedad, que faculta, entre otras cosas, para usar, gozar y disponer de los bienes, en lo cual puede comprometerse la conservación del patrimonio ambiental, o un uso con efectos contaminantes; o del Derecho para desarrollar cualquier actividad económica, como del Derecho al trabajo, que pueden materializarse en procesos industriales o de otro tipo de contaminantes.

En mérito de lo anterior podrá, por ejemplo, impedirse la instalación de nuevas industrias contaminantes; exigir la instalación de equipos que eviten o disminuyan la contaminación, tanto del aire como del agua o del suelo; suspender y hasta decretar el cierre de una industria que no cumpla con las exigencias impuestas para evitar la contaminación, etcétera.

Debe tenerse presente, en todo caso, que el mandato que hace el constituyente en orden a establecer restricciones respecto de otros derechos, debe ejercitarse por el legislador dentro de los marcos que el propio Texto Constitucional le impone. Es decir, tales restricciones deben ser establecidas por ley y no por la potestad administrativa del Estado. Además, las limitaciones deben estar no sólo enunciadas por el precepto legal, sino reguladas en forma precisa y completa, en términos tales que la autoridad administrativa sólo debe aplicar dicho precepto y fiscalizar el cumplimiento de las restricciones o limitaciones.

En tercer término, sólo puede ser restringido el ejercicio de determinados derechos, y no cualquiera de los que reconoce la Carta Fundamental, siendo la historia fidedigna del establecimiento de la norma de donde se infiere que se trata de aquellos derechos cuyo ejercicio puede tener efectos contaminantes, a saber: el Derecho de propiedad (Nº 24 del artículo 19); la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (Nº 23 del artículo 19), y el Derecho a desarrollar cualquier actividad económica (Nº 21 del artículo 19). A ellos pueden agregarse la libertad de locomoción y, especialmente, la circulación de las personas (Nº 7 del artículo 19); el Derecho de reunión (Nº 13 del artículo 19), y la libertad de trabajo (Nº 16 del artículo 19). En cuarto lugar, tales limitaciones, expresamente autorizadas por el Constituyente, no autorizan al legislador, de conformidad con la norma del número 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental, a afectar el derecho en su esencia o imponer requisitos, tributos o condiciones, que impidan su libre ejercicio.

IV. PRINCIPIOS ORIENTADORES Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

La protección del medio ambiente, conforme hemos visto, no queda asegurada en virtud del sólo reconocimiento constitucional del Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, o por la sola institución de la responsabilidad civil. Requiere de la vigencia de una serie de principios, políticas, normas, instrumentos, mecanismos de fiscalización, sistema de sanciones, y, en definitiva, de la voluntad y del compromiso de todos los sectores en cuanto a su necesidad de respetarlo.

En el campo de los principios, cuatro son fundamentalmente considerados como orientadores de toda acción regulatoria de la protección del medio ambiente, a saber: el principio precautorio, el principio de que quien contamina paga, el principio de la gradualidad, y el principio de la responsabilidad. Se agrega, especialmente en el campo internacional, el denominado «manejo ambientalmente racional de los residuos».

El principio precautorio quedó enunciado en la Declaración de Río, de 1992, en los siguientes términos: «Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución, conforme a sus capacidades.

Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente»¹⁰.

El objetivo central de este principio es invertir el peso de la prueba en cuanto a un eventual daño que produzca una actividad determinada, en el sentido de que quien realiza tal actividad es el responsable de demostrar que ella no producirá ese daño. Este principio se materializa en la exigencia de 'producción limpia' - según dice la experta de Cepal, doña Carmen Artigas - en virtud de la cual «deberían cubrir la totalidad de las actividades pertinentes, desde la selección de las materias primas, extracción, procesamiento a través de la manufactura y el ensamblaje, así como el uso industrial y doméstico para manipular el producto hasta el término de su vida útil»¹¹.

Este es el principio que inspira el sistema de evaluación del impacto ambiental, en el sentido de ser éste el mecanismo para identificar, por anticipado, los posibles impactos que una determinada actividad, o proyecto de inversión, pueda causar al medio ambiente. Así, en el evento en que se trate de un impacto no susceptible de ser mitigado, el sistema desautorizará el proyecto; en tanto que no existiendo impactos o, si dándose éstos se presentan medidas de mitigación eficientes, el proyecto o actividad podrá ser autorizada.

El segundo principio es el denominado principio «quien contamina paga», o principio «contaminador pagador». Contrariamente a lo que constituye un error bastante común, este principio no puede ser confundido con el principio de la responsabilidad, en virtud del cual el que causa un daño debe indemnizar. El principio «contaminador pagador», como dice el profesor don Rafael Valenzuela, «está llamado a operar en el ámbito específico de la contaminación ambiental, y postula que los gastos de las medidas necesarias para evitar la contaminación, o para reducirla, en su caso, a los niveles aceptados como permisibles, deben ser de cargo de los causantes de la misma, sin subsidios sociales de ninguna especie que falseen las condiciones de producción y de consumo, o se presten para distorsiones en las transacciones comerciales o en la localización de las inversiones...». Agrega el mismo profesor que, en su genuina significación, «el principio no busca determinar culpables, ni se inmiscuye en la esfera de las obligaciones indemnizatorias. Lo que persigue, ni más ni menos, es que los costos involucrados en la prevención y lucha contra la contaminación sean asumidos y solventados por quienes la producen, y no por la colectividad social en su conjunto»¹².

10 ARTIGAS, Carmen, *Los Principios de Derecho Ambiental a la luz del Sistema Internacional*, en *Memorias del Seminario Nacional de Derecho Ambiental*, Santiago, Cepal/Fundación Friedrich Ebert, 1995, p. 33.

11 ARTIGAS, Carmen, ob. cit., p. 35.

12 VALENZUELA, Rafael, *Nociones acerca del Principio «El que contamina, paga»*, en *Memorias del Seminario Nacional de Derecho Ambiental*, Santiago, Cepal/Fundación Friedrich Ebert, 1995, p. 26.

Un camino sencillo para establecer la diferencia entre ambas realidades, dice relación con el momento en que tiene acción uno y otro principio. En efecto, el principio «quien contamina paga» es también un principio preventivo, en el sentido de que quien se decida a llevar a cabo una actividad que pueda ser contaminante, debe considerar, *a priori*, la incorporación de aquellos costos necesarios para evitar la contaminación, en tanto que el principio de la responsabilidad tiene su manifestación *a posteriori*, es decir, una vez que se ha producido el daño como consecuencia de un determinado actuar, lo cual envuelve la obligación de indemnizar dicho daño.

El principio de la gradualidad, dice relación con el tiempo que necesariamente debe asegurarse a los titulares de proyectos de inversión en ejecución, sean públicos o privados, para realizar las adecuaciones de sus actividades o procesos a las nuevas y más exigentes condiciones impuestas con la finalidad de proteger el medio ambiente. Es el caso preciso, por ejemplo, de una norma de calidad ambiental que se modifica para hacerse más exigente, o bien la aprobación de un plan de descontaminación, el cual debe contemplar un cronograma de reducción de emisiones que permita su cumplimiento paulatino por parte de los inmediatamente afectados por él.

El principio de la responsabilidad, como se ha venido anunciando, es aquel en virtud del cual el autor de una determinada contaminación debe resarcir los perjuicios causados por ella. Al efecto, recuerda doña Carmen Artigas, las obligaciones asumidas por los Estados en materia de responsabilidad, expresadas en el Principio 13 de la Declaración de Río, de 1992, en cuanto a que «los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción»¹³.

Finalmente, los principios específicos del manejo de desechos, que suelen ser considerados en el llamado «manejo ambientalmente racional de los residuos», están constituidos, según doña Carmen Artigas, por los siguientes: a) ciclo vital integrado, vinculado al método de 'producción limpia', y que busca que la gestión de las sustancias o productos se lleve de una manera tal «que su vida sea lo más larga posible y provoquen unos efectos ambientales mínimos durante su producción, utilización y eliminación»¹⁴; b) reducción de la fuente, que «responde a la necesidad de reducir los residuos al mínimo en la fuente, tanto en lo que respecta a la cantidad como al potencial en peligro»¹⁵; c) control integrado de la contaminación, en el sentido de que el

13 ARTIGAS, Carmen, ob. cit., p. 44.

14 ARTIGAS, Carmen, ob. cit., p. 42.

15 ARTIGAS, Carmen, ob. cit., p. 42.

manejo de los desechos «forme parte de una estrategia ambiental de control integrado de la contaminación, considerando sus impactos en medios cruzados y múltiples»¹⁶; y e) menor movimiento fronterizo; de normalización y de soberanía nacional, que propendan a que «los desplazamientos de desechos entre fronteras se reduzcan al mínimo, de manera coherente con su manejo eficiente y ambientalmente racional...»¹⁷, y que cada país tiene el derecho de prohibir la importación de desechos peligrosos en su territorio.

Se ha dicho que el legislador, al legislar, debe tener en cuenta los principios precedentes, así como otros instrumentos de gestión, amén de las instituciones de fiscalización, de responsabilidad y en particular, del sistema de sanciones, todo lo cual es abordado por la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Ella tiene, como primera virtud, cumplir con el objetivo de completar la voluntad del Constituyente en orden a definir conceptos, tales como «protección del medio ambiente», «preservación de la naturaleza» y «conservación del patrimonio ambiental», lo que hace su artículo 2°.

En todo caso, una protección eficaz del medio ambiente exige la preocupación de la comunidad y del legislador desde que se proyecta la realización de alguna conducta o actividad que pueda significar algún impacto al medio ambiente, así como durante el desarrollo del mismo y con posterioridad a su conclusión. Ello queda claramente reflejado en la propia Ley, al consagrar y regular los instrumentos de gestión ambiental, de responsabilidad por daño ambiental, de fiscalización y de institucionalidad.

Son instrumentos de gestión ambiental, la educación e investigación, el sistema de evaluación de impacto ambiental, las normas de calidad ambiental, las normas de emisión y los planes de manejo, en relación con el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, los planes de prevención y de descontaminación, que se establecen con ocasión de la declaración de una determinada zona como latente o saturada, pudiendo contemplar éstos, para el cumplimiento de los mismos, el uso de instrumentos económicos como normas de emisión, permisos de emisión transables, impuestos a las emisiones o tarifas, y otros mecanismos de estímulo a acciones de mejoramiento y reparación ambientales.

En cuanto a la institucionalidad, la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, sin modificar las atribuciones que la legislación y reglamentación tiene entregadas a los distintos órganos de la Administración para el control y fiscalización del medio ambiente, crea la Comisión Nacional del Medio Ambiente y, jerárquicamente subordinadas a ésta, las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, quienes van a actuar en relación con el proceso de evaluación de impacto ambiental, la dictación de normas de calidad ambiental, las de emisión, el procedimiento de declaración de las zonas latentes o saturadas, y la elaboración de los planes de prevención o de descontaminación.

16 ARTIGAS, Carmen, ob. cit., p. 42.

17 ARTIGAS, Carmen, ob. cit., p. 42.

Especial énfasis se hace en la ley sobre la participación ciudadana, que podrá velar en forma activa por la protección del medio ambiente, concluyendo con la institución de la responsabilidad civil por daño ambiental, lo cual será analizado a continuación.

V. EL DAÑO AMBIENTAL

El punto de partida de la responsabilidad civil está constituido por la existencia o constatación de un daño ambiental. El daño ambiental será el resultado de la falta de cumplimiento, por parte del causante, de los mecanismos de protección contenidos en esta ley o en otras leyes especiales, o bien, de una voluntad intencionalmente maliciosa, o un actuar negligente. Podría decirse que, no obstante las precauciones dispuestas por la ley o la reglamentación con miras a la protección del medio ambiente, se produce un perjuicio, esperándose esta vez que la institución de la responsabilidad civil haga su intervención.

La Ley 19.300, en la letra e) de su artículo 2º, define el daño ambiental como «toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes». No cabe duda que en esta materia, siguiendo al profesor Corral Talciani, hay una clara influencia del concepto del profesor Alessandri sobre el daño. Así se advierte en la definición que este notable jurista establece en la materia: «hay daño cada vez que un individuo sufre una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes, o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba»¹⁸.

Conforme al uso común que indica el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se estará frente a un daño al medio ambiente, cuando haya «carencia o privación, merma o menoscabo, destrucción leve o parcial, disminución o deterioro» del mismo. No resulta difícil advertir que la existencia del daño tendrá que ser necesariamente establecida por el juez, centrándose toda la actividad probatoria, en cada oportunidad, precisamente en el hecho de haberse producido o no alguna de tales circunstancias, de por sí bastante imprecisas.

No es tarea fácil la que el legislador deja en manos de las partes y del juez para lograr establecer la existencia del daño ambiental. A ello debe sumarse el hecho de que la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo ha de producirse al medio ambiente, o a uno o más de sus componentes, sin que en esto exista alguna gradación, nivel o sumatoria. En efecto, siguiendo el criterio del legislador, exis-

18 ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, reimpresión 1983, Nº 139, p. 213. Cfr. Corral Talciani, Hernán, trabajo aún no publicado sobre Daño Ambiental y Responsabilidad del Empresario en la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

tirá daño ambiental tanto cuando se produzca un menoscabo al medio ambiente en general, como si ese menoscabo lo fuese respecto de alguno de sus elementos naturales, artificiales o socioculturales, según antes se comentara al analizar la definición de medio ambiente. Una interpretación extensiva o generosa de esta norma legal, efectuada por el juez, podría llevar, en la práctica, a considerables excesos en materia de responsabilidad, a los cuales se encuentran especialmente expuestas las actividades empresariales o productivas.

Continúa la definición diciendo que tal pérdida, disminución, detrimento o menoscabo debe ser «inferido» al medio ambiente o a uno o más de sus componentes, verbo que, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa «ocasionar, conducir a un resultado, o causar o producir ofensas, agravios o heridas». El problema que se presenta para el juez, esta vez, es asumir que se trata de acciones o resultados producidos por la persona humana, y no por mera acción de la naturaleza, puesto que ello sería una modificación de la misma, y no podría ser estimativa de un daño ambiental. Del mismo modo, siguiendo la reflexión del profesor Corral, tratándose de conductas humanas realizadas como una de las formas de interacción de los elementos socioculturales, tampoco podría ser considerada como daño ambiental, sino mera modificación del medio ambiente en permanente cambio. También en este caso el legislador deja abierto un campo muy amplio e indeterminado en el que la actividad judicial podrá moverse, con considerable riesgo para las actividades productivas.

El concepto de daño ambiental establecido por la Ley exige, por otra parte, que la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo sea significativo, lo que importa que no cualquier daño al medio ambiente, o a uno o más de sus componentes, es daño ambiental, sino aquel que tiene relevancia o importancia, considerando el valor de protección del medio ambiente, o de sus componentes, y la cuantía del daño producido. Al menos aquí, el legislador exige un supuesto de calificación que permitirá un parámetro de medición al juez, sin desatender al hecho de que, en cualquier caso, será la actividad jurisprudencial la que tendrá siempre en sus manos la difícil tarea de conjugar ambos supuestos -valor de protección y cuantía del daño producido- para estimar cumplidas las exigencias de la producción del daño ambiental.

Un último aspecto en esta materia dice relación con la pretensión, que se ha ido haciendo bastante común, de considerar el daño ambiental no sólo como un daño individual, esto es, causado a una persona natural o jurídica, sino como un daño colectivo, cual sería el causado a la comunidad toda, sea nacional o internacional, o incluso a la humanidad toda. Ello tendría su fundamento en el propio concepto de daño ambiental que prescribe la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en el sentido de que la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo es inferido «al» medio ambiente o a alguno de sus componentes.

Sin embargo, y en esto sigo al profesor Corral, siendo esta Ley la llamada a regular la garantía del número 8º del artículo 19 de la Carta Fundamental, la obligación de reparar el medio ambiente menoscabado o deteriorado no es más que una manifestación y realización del derecho fundamental de toda persona a vivir

en un medio ambiente libre de contaminación. Por consiguiente, sólo habrá daño ambiental en tanto se acredite que se ha producido daño a las personas, y que éste implica una vulneración del derecho constitucionalmente garantizado. En efecto, la circunstancia de que el artículo 54 de la Ley entregue la titularidad de la acción ambiental a las municipalidades y al Estado, no exime de la exigencia que el daño debe ser producido a una persona natural o jurídica, según se desprende de la misma norma y de la siguiente.

VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL EN LA LEY 19.300

El sistema de responsabilidad civil chileno, en materia extracontractual, está regulado en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, relativo a los «delitos y cuasidelitos» y comprende los artículos 2314 al 2334. Conforme a tales disposiciones «el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a indemnizarlo...». En nuestro Derecho común, por consiguiente, se exigen los supuestos de la responsabilidad subjetiva, a saber, la existencia de un daño producido por una persona en perjuicio de la persona o bienes de otro, mediante dolo o culpa.

Sabido es que, en materia ambiental, en los países más desarrollados la tendencia ha sido estatuir el sistema de responsabilidad objetiva, según el cual, quien desarrolla una actividad que puede provocar un daño al medio ambiente, debe responder, sin que sea necesario acreditar una actuación culposa o dolosa de su autor, puesto que ésta se presume. Este tipo de responsabilidad ha dado origen a un muy activo, complejo y de alto costo mercado de seguros por responsabilidad ambiental.

La Ley 19.300, con la idea de ofrecer un instrumento indispensable a la hora de proteger el medio ambiente, destina el artículo 3° y el Título III para referirse a la institución de la responsabilidad por daño ambiental. Al efecto, dispone el artículo 3° que «sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley». Por de pronto se trata de un sistema, con las variedades que analizaremos, fundado en la regla general de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, que requiere la prueba de la culpabilidad del agente que causa el daño.

Sobre este aspecto general es interesante, desde luego, destacar que la obligación que nace para el causante del daño es la de reparación material del medio ambiente. Así, frente a un derrame de hidrocarburo, por ejemplo, el causante del daño debe aislar la mancha e intentar recuperar las substancias derramadas. Ello, sin perjuicio de la correspondiente indemnización de perjuicios por el daño efectivamente causado al medio ambiente, o a alguno de sus componentes.

Son, sin embargo, las disposiciones del Título III de la Ley las que asumen la tarea de regular la responsabilidad por el daño ambiental, las cuales reconocen la aplicación de cuatro modos de responder por el daño ambiental. En efecto, prescribe el inciso 1° del artículo 51, reiterando el principio consignado por el artículo 3° del mismo cuerpo legal, que «todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley». Se establece, por consiguiente, un sistema especial de responsabilidad por daño ambiental, el cual se rige por las disposiciones del referido Título III, y que opta por el sistema de responsabilidad subjetiva, sin perjuicio de ciertas presunciones de culpabilidad que contempla como medidas de objetivación de la responsabilidad por daño ambiental, según se verá.

Sin embargo, el mismo artículo 51, en su inciso 2°, da paso a la aplicación preferente de aquellos preceptos legales que contengan regulaciones sobre responsabilidad por daño ambiental, las cuales, por lo general, seguirán el sistema de responsabilidad objetiva.

En tercer lugar, la misma disposición hace aplicable las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil, en todo lo no previsto por las disposiciones de la ley o por las leyes especiales. Finalmente, el artículo 56 regula lo que puede llamarse el sistema de responsabilidad penal administrativo o infraccional, respecto de quienes infrinjan la normativa o las exigencias establecidas para proteger el medio ambiente.

Deja de manifiesto el legislador, la dificultad que tuvo para regular la materia, primero, por cuanto ya existían normas expresamente destinadas a regularla en leyes especiales y, segundo, porque la tentación de seguir el criterio que ha venido imponiéndose en el mundo industrializado, de la responsabilidad objetiva, se encontraba con la tradición centenaria de nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual subjetiva, la cual finalmente se impuso, aunque se avanzó en la línea de la objetivación, estableciendo presunciones de culpabilidad.

Conforme a lo expuesto, producido un daño ambiental, debe atenderse al siguiente orden de análisis para determinar el sistema de responsabilidad aplicable:

a) en primer lugar, habrá que determinar si existen normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente, en una ley especial, por cuanto de ser así, la situación se regirá por estas normas y no por la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Ejemplos de esta normativa legal especial en materia de responsabilidad por daño ambiental, son los siguientes:

- Ley 3.133, Sobre Neutralización de Residuos Provenientes de Establecimientos Industriales, del 7 de septiembre de 1916, modificada por la Ley 18.767, del 3 de enero de 1989, (inciso 2° de su artículo 4°).

- Decreto Ley 3.557, que Establece Disposiciones Sobre Protección Agrícola, del 9 de febrero de 1981 (modificado por las leyes 18.113 y 18.755, artículos 7° inciso 3, 8 y 12, 14 al 17, y 42).

- Ley 18.302, sobre Seguridad Nuclear, del 2 de mayo de 1984 (artículos 49 a 55, 56 a 59, 60 a 61, y 62 a 66).

- Decreto Ley 2.222, que sustituye la Ley de Navegación, del 21 de mayo de 1978 (artículos 144, 145, 146 y 147).

- Convenio Sobre Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, aprobado por el Decreto Supremo 476, del 12 de agosto de 1977, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 11 de octubre de 1977.
- Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, de 1954, aprobado por el Decreto Ley 1.807, del 26 de mayo de 1977, publicado en el Diario Oficial del 25 de junio de 1977.
- Convenio Internacional Sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, con su anexo del año 1969, aprobado por el Decreto Supremo 475, del 12 de agosto de 1977, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 8 de octubre de 1977.
- Convenio para la Protección del Medio Ambiente y la Zona Costera del Pacífico Sudeste, aprobado por el Decreto Supremo 296, del 7 de abril de 1986, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 14 de junio de 1986 (artículo 11).
- Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, aprobada por el Decreto Supremo 18, del 8 de enero de 1990, publicado en el Diario Oficial del 8 de marzo de 1990.

b) En segundo lugar, no existiendo leyes especiales que establezcan responsabilidad por daño ambiental, rigen las disposiciones de los artículos 51 y siguientes de la Ley, los cuales establecen un sistema de responsabilidad civil extracontractual subjetiva 'objetivada'. Esto quiere decir que para que exista responsabilidad deben probarse la existencia de un daño ambiental, la persona del autor del daño -con el consiguiente nexo causal-, y la circunstancia de haber éste obrado con dolo o culpa, según las reglas generales de la responsabilidad subjetiva. Por consiguiente, en esta parte se siguen las reglas generales de la responsabilidad subjetiva, en el sentido de que el peso de la prueba estará en el afectado que demanda la reparación del daño sufrido y, lo que siempre resulta más difícil, se debe probar la actuación dolosa o culpable del presunto autor del daño.

Sin embargo, el legislador da un paso adelante, en especial en este último aspecto, al consignar, en el artículo 52 de la Ley, una presunción de culpabilidad en contra de aquel causante de un daño ambiental que haya infringido las normas de calidad ambiental, las normas de emisiones, los planes de prevención o de descontaminación, y las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la Ley o en leyes especiales. Esta presunción de culpabilidad, mal llamada «de responsabilidad» en la Ley, fue establecida en relación con los instrumentos de gestión ambiental dispuestos en la misma Ley para la protección del medio ambiente, en el sentido de que por ellos puede lograrse el control de las emisiones o de los efluentes (normas de emisión), la sumatoria de las tales emisiones o efluentes, o concentraciones de los mismos, en una determinada cuenca o cuerpo de agua (normas de calidad ambiental), la estabilización de las mismas (planes de prevención), o su reducción (planes de descontaminación).

Conforme a la norma citada, aquella persona natural o jurídica que en el ejercicio de una determinada actividad, o en el desarrollo de un proceso de inversión o productivo, sea sorprendida infringiendo tales normas o planes, incurre en la presunción legal de que, en el daño ambiental producido, le cabe responsabilidad. Con ello el legislador ha producido el efecto de invertir el peso de la prueba, liberando a la

víctima del daño de tener que probar el actuar culposo o doloso del autor del mismo, en tanto que dicha carga pesa, en este caso, en el infractor de la normativa ambiental. Es en este sentido que se habla de la 'objetivación del sistema de responsabilidad subjetiva' que consagra la Ley.

Lo anterior no significa, sin embargo, que el infractor de la normativa, por el sólo hecho de haber incurrido en la presunción, deba automáticamente responder por la acción indemnizatoria, según lo regula expresamente el legislador. Prescribe, al efecto, el inciso 2º del mismo artículo 52, que dice: «Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare la relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido».

c) El legislador, por otra parte, hace aplicable una tercera regulación en materia de responsabilidad civil, como es, la del Derecho común, contemplada en el Título XXXV, del Libro IV del Código Civil, «en todo lo no previsto por esta ley o las leyes especiales». Esta tercera regulación corresponde nuevamente al sistema de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva.

Sobre esta materia, cabe advertir el importante vacío que ha dejado traslucir el legislador al hacer aplicable, en términos amplios, las normas del Derecho común, cuando se trata, por ejemplo, de si el daño ambiental se ha cometido por dos o más personas, lo que es bastante probable. Según las reglas generales, contempladas en el artículo 2317, cada persona será solidariamente responsable de todo el perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328. Una lluvia ácida, que ha sido un ejemplo utilizado, procede de diversas causas y hechos contaminantes. En Santiago, habría que demandar a todos los dueños de buses, automóviles y de fuentes contaminantes fijas, siendo estas últimas más de 1.400. Lo lógico, en este caso, es que respondan solidariamente cuando la acción de cada partícipe, vista por separado, sea constitutiva del daño ambiental efectivo, y no cuando se trata de acciones irrelevantes, que sólo por efecto de acumulación producen una situación de deterioro ambiental.

d) Finalmente, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente contempla un sistema de responsabilidad infraccional, en contra de los responsables de fuentes emisoras que no cumplan con los planes de prevención o de descontaminación, o con las regulaciones especiales para las situaciones de emergencia ambiental, o en contra de los infractores por incumplimiento de planes de manejo a que se refiere esta Ley. Estos infractores pueden ser denunciados por las municipalidades y por los demás organismos competentes del Estado, ante el juez de letras en lo civil que sea competente.

VII. LA ACCIÓN AMBIENTAL

Dispone el artículo 53 de la Ley que «producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria del directamente afectado».

Son titulares de dicha acción, y sólo para obtener la reparación del medio ambiente, agrega el artículo 54, «las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado por intermedio del Consejo de Defensa del Estado». Procedimentalmente limita la acción a aquellos que la interpusieron, privando de tal derecho a los restantes titulares, los que sin embargo podrán actuar como terceros.

Una especie de 'acción popular' se garantiza, en el sentido de reconocer el derecho a cualquier persona para requerir a la municipalidad, en cuya comuna se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente, para que ésta, en su representación y con los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la acción ambiental, dentro del plazo de 45 días, dictando una resolución fundada dentro del mismo plazo, si decide no intentar la acción, bajo apercibimiento de hacerse solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho ocasionare al afectado.

Finalmente, el artículo 55 limita la acción indemnizatoria ordinaria en favor del personalmente afectado, en el caso que los titulares de fuentes emisoras sujetas a planes de prevención o de descontaminación, acrediten haber dado y estar dando cabal cumplimiento a dichos planes, a menos que el daño provenga de causas no contempladas en el plan.

VIII. CONCLUSIONES

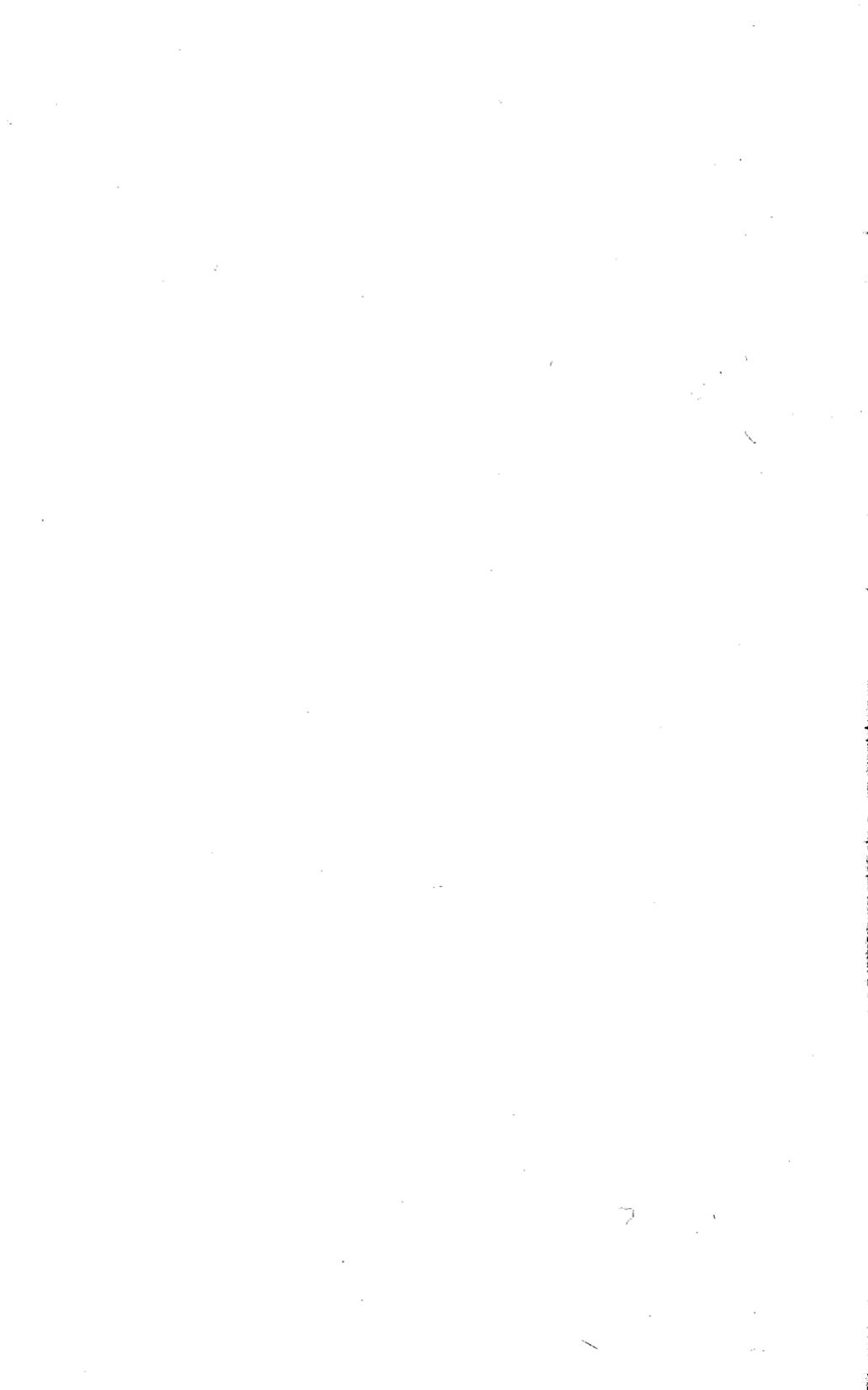
A modo de conclusión puede señalarse que, en materia ambiental, no basta la institución de la responsabilidad, incluso si ésta fuere objetiva, para proveer una adecuada protección del medio ambiente. Es necesario, además, de los diversos instrumentos de gestión ambiental que permitan el control de las acciones susceptibles de causar daño, antes de su materialización, mientras se encuentren en ejecución y con posterioridad a las mismas.

El reconocimiento que hace la Constitución de 1980 del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, si bien constituye un importantísimo avance en el camino de proteger el medio ambiente, su vigencia crea dificultades a la hora de su compatibilización con otros derechos fundamentales, como el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y, más aún, exige que la legislación que surja a partir del reconocimiento de este derecho se subordine a los principios constitucionales que garantizan la vigencia del Estado de Derecho.

La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente contempla un novedoso e interesante tratamiento a la institución de la responsabilidad civil por daño ambiental, en virtud de la cual se logra una regulación operativa para resolver los problemas de los perjuicios causados al medio ambiente. Sin embargo, la aplica-

ción de esta normativa, generará algunas importantes dificultades en materia de prueba y de ejercicio exitoso de la acción ambiental.

Finalmente, como toda incursión del Derecho respecto de fenómenos novedosos, como es el caso del medio ambiente, éste exige un desafío grande del legislador, de los jueces - en forma especial - y de la comunidad toda, en su voluntad y decisión de arribar a soluciones eficientes y justas en cuanto a la protección del medio ambiente.



LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA*

Hernán Corral Talciani
Doctor en Derecho (U. de Navarra)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

El principio *Alterum non laedere*, que impone el deber general de no dañar a otros, acuñado ya por los juristas romanos (D. 1.1.10), cobra una nueva vigencia cuando se le concibe como herramienta apta para conseguir la protección del entorno natural e impedir su degradación por las actividades humanas, hoy en día, como nunca, potencialmente más destructivas e invasoras.

La responsabilidad civil extracontractual por daños o perjuicios causados a lo que se ha dado en llamar el «medio ambiente», se presenta como una de las zonas en las que el Derecho privado está evolucionando más rápidamente, tratando de ir a la zaga de las innovaciones tecnológicas y de los avances culturales.

Este desarrollo se ha producido en los últimos treinta años con inusitada fuerza en el plano de la reflexión doctrinal, en la aplicación jurisprudencial, y también en la formulación de nuevos instrumentos normativos de carácter nacional, interestatal o, incluso, supraestatal.

Un sector geográfico que reviste especial interés para observar este desarrollo es el compuesto por los países europeos que integran la Comunidad o Unión Europea. Resulta muy ilustrativo considerar cómo se enfrenta la reparación del daño ambiental en los ordenamientos internos de estos países, que cuentan con sistemas jurídicos diferentes, y que a la vez buscan unificar criterios con miras a la adopción de una disciplina común que pueda ser compatible con el funcionamiento de una unión política interestatal coherente y una integración económica fluida y eficaz.

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación Fondecyt N° 1940067, de 1994, sobre «Responsabilidad civil del empresario. Nuevas tendencias».

Por cierto, lo que intentaremos en estas páginas no es un análisis exhaustivo de lo que ocurre en cada legislación interna o en el Derecho comunitario en todo lo referido al medio ambiente, tema que es de por sí muy extenso. Nos contentaremos con un propósito más reducido, pero más realista: exponer, en sus grandes lineamientos, los esfuerzos que se llevan a cabo en Europa, en el contexto de la Comunidad, para abordar el tema de la responsabilidad civil extracontractual en relación con el deterioro del medio ambiente.

Para ello, seguiremos el siguiente itinerario: 1º) Se explicará brevemente cómo se ha introducido el tema de la protección ambiental a nivel eurocomunitario (II); 2º) Se expondrán las principales soluciones que la jurisprudencia, doctrina y legislación interna de algunos países de Europa ofrecen sobre los problemas específicos planteados por el daño ambiental y su reparación (III); 3º) Se reseñarán los principales modelos o regímenes de imputación del daño que se están configurando en el Derecho europeo sobre responsabilidad medio ambiental (IV); y 4º) Se comentarán los intentos de unificación de las disciplinas legales sobre responsabilidad medioambiental en el seno de la Comunidad Europea (V). Finalmente, diremos algo sobre la evaluación de la situación existente y las perspectivas sobre el desarrollo del tema en el futuro más cercano (VI).

II. LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Extraña considerar que en los instrumentos constitutivos de la Comunidad Económica Europea no se encuentren referencias explícitas a los problemas derivados de la conservación y protección del medio ambiente. El Tratado de Roma, de 1957, ignoraba por completo esta temática.

Es sólo en la década de los setenta donde aparece la preocupación por diseñar políticas unificadas en torno a la protección de medio ambiente. Cuando los jefes de Estado y de gobierno se reúnen en París, en 1972, con el objetivo de ampliar la operatividad de la Comunidad, consideran que ella debe definir una política ambiental, y urgen a los organismos comunitarios a elaborar un Programa de Acción con un calendario preciso.

El primer Programa de Acción eurocomunitario en materia ambiental data de 1973. Estos Programas se han ido sucediendo, hasta llegar al V, hoy vigente¹.

Será en 1986, al modificarse formalmente el Tratado constitutivo de la Comunidad, mediante la llamada Acta Única Europea, cuando el medio ambiente ven-

1 *Quinto Programa Marco de Acción de la Comunidad Europea para el Medio Ambiente* (1993-1997), DOCE C 138, del 17 de mayo de 1993.

drá explícitamente contemplado entre los objetivos comunitarios. Estas referencias se encuentran en tres artículos que conforman un nuevo título que lleva el epígrafe de «Ambiente». Los nuevos artículos presentan los siguientes contenidos:

- El artículo 130 R define los objetivos que se propone la Comunidad en lo concerniente a la protección ambiental, explicitando el principio de «quien contamina, paga».

- El artículo 130 S exige la unanimidad de los Estados miembros para la adopción de acciones que deba emprender la Comunidad en este ámbito.

- El artículo 130 T enfatiza el carácter subsidiario de la acción comunitaria que tenderá a establecer mínimos de protección, pudiendo cada Estado adoptar medidas de mayor extensión o intensidad.

Cabe agregar que el Tratado de Maastricht, en vigor a partir del 1º de noviembre de 1993, alteró en algunos aspectos estas normas. En general, se trata de modificaciones menores.

- En el artículo 130 R se observa una redacción más contundente, explicitándose que la acción de la Comunidad se basará en los principios de acción preventiva, de corrección de los ataques al medio ambiente, y de que quien contamina, paga. En el artículo 130 S se agrega que las medidas de mayor protección adoptadas por algún Estado deben ser comunicadas a la Comunidad. La modificación más sustancial es la del artículo 130 T que, en síntesis, propicia el cambio del sistema de la unanimidad por el de mayorías para la adopción de acuerdos en estas materias, salvo excepciones expresamente previstas².

Lo cierto es que aun antes de esta «constitucionalización» de los objetivos ambientales, la Comunidad había ido forjando una frondosa y abundante normativa medioambiental sobre la base de reglamentos, directivas, recomendaciones, decisiones, etc. Imposible resulta mencionar todas estas normas³. Pero pueden apuntarse las principales características del conglomerado jurídico que han constituido:

a) Se trata de una regulación altamente fragmentada y poco conexa entre sí. El libro de Valerio la sistematiza en los siguientes aspectos: legislación atmosférica, legislación sobre aguas, legislación sobre sustancias químicas, legislación nuclear, legislación sobre residuos, legislación sobre ruidos y legislación sobre el medio natural. Dentro de cada capítulo son abundantes las subdivisiones para dar cuenta de los distintos aspectos abordados por las directivas y normas comunitarias.

2 Estos artículos forman ahora el título XVI «Ambiente». Además, en el artículo 2 del Tratado que instituye las Comunidades Europeas, se prevé que la Comunidad tiene por misión, para el establecimiento de un mercado común, promover un crecimiento durable, no inflacionario y respetuoso del medio ambiente. Asimismo, el artículo 3 (k) expresa que la acción de la Comunidad comportará una política en materia de medio ambiente.

3 Un recuento de ellas puede encontrarse en el libro de VALERIO, Emilio, *La Legislación europea del medio ambiente: su aplicación en España*, Colex, 2ª edic., Madrid, 1994. También puede consultarse la obra de ALONSO GARCIA, Enrique, *El Derecho ambiental de la Comunidad Europea*, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1993.

b) Se trata de un Derecho altamente burocratizado, poco político y muy técnico.

c) La normativa se justifica en el contexto de la Comunidad Económica y en su finalidad de conseguir la globalización de los mercados y favorecer la libre competencia. De esta manera, por regla general, se prohíbe a los Estados, conforme al principio de «quien contamina, paga», otorgar subsidios públicos para proteger el medio ambiente.

d) Algunas de sus peculiaridades, como la diversidad de los centros de poder, aplicación internacional, índole concreta de las materias, particularidad, limitaciones a la propiedad y al tráfico de bienes, aproximan este ordenamiento; en el sentir de algunos autores, al derecho común medieval⁴.

En cuanto a los objetivos técnicos perseguidos, debe hacerse ver que el trabajo de los organismos comunitarios ha estado dirigido casi exclusivamente a la determinación de estándares mínimos o máximos de contaminación, en los distintos sectores que conforman el medio ambiente. La discusión se ha centrado sobre dos opciones alternativas: la de fijar normas de emisión o la de determinar normas de inmisión. Las normas de emisión se refieren al agente contaminante en su origen, en el emisor; indican niveles mínimos o máximos de un determinado elemento contaminante en la salida del emisario al ambiente exterior. En cambio, las normas de inmisión u objetivos de calidad, tratan de medir la sustancia contaminante ya recepcionada por el medio exterior (por ejemplo, cantidad de plomo en el aire del sector vecino a la fábrica).

Entre estas opciones, la que mejor parece compatibilizarse con los objetivos de apertura de los mercados y libre competencia es la primera, ya que mide por igual a todos los agentes productores. No obstante, en el seno de la Comunidad, Inglaterra ha defendido tenazmente el segundo método, que es el tradicional suyo. Este hecho puede explicar, de alguna manera, el que la generalidad de las directivas comunitarias intenten una aproximación paralela en ambas direcciones, lo que no parece técnicamente adecuado. Según Valerio, «Los recelos de los países continentales ante la dudosa fiabilidad del sistema inglés, por el agravio comparativo y los esfuerzos técnicos por igualarlos, dominan toda la política ambiental comunitaria»⁵.

Estando volcados los esfuerzos comunitarios en este empeño, poco se ha avanzado en la consolidación de criterios normativos en materia de reparación de los daños medioambientales en la unificación de la disciplinas estatales sobre responsabilidad civil por agresiones al medio ambiente.

Lo más relevante en este sentido es una propuesta de directiva, elaborada por el Consejo de la Comunidad, relativa a la «Responsabilidad civil por los daños

4 Cfr. VALERIO, Emilio, *La Legislación europea del medio ambiente: su aplicación en España*, Colex, 2ª edic., Madrid, 1994, p. 20.

5 VALERIO, E., ob. cit., p. 22.

y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos», propuesta que a la fecha no ha sido aprobada y cuyo futuro parece incierto⁶. Esta propuesta es lo único existente a nivel comunitario hasta el momento. A ella debe añadirse una convención aprobada en el seno del Consejo de Europa, organización diferente a la Comunidad Europea, pero no menos significativa.

Nos ocuparemos de estos documentos al final de este trabajo, para sugerir los derroteros por los que podría encauzarse la discusión en los próximos años.

III. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO EUROPEO. PROBLEMAS Y SOLUCIONES ESPECÍFICAS

Ante la ausencia de normativas comunitarias referentes a la responsabilidad civil por daño al medio ambiente, los países que componen la Comunidad han ido haciendo frente, por medio de sus propios recursos jurídicos, a los problemas específicos que plantea este tipo de responsabilidad, intentando soluciones que no siempre son coincidentes ni homogéneas. En una apretada síntesis, intentaremos dar cuenta de estos esfuerzos, considerando los principales aspectos específicos que presenta la responsabilidad por daño medioambiental, en cuanto al daño, la ilicitud, el nexo causal, la reparación y la legitimación procesal.

A) EL DAÑO COMO ELEMENTO INDISPENSABLE PARA LA RESPONSABILIDAD

«Sin daño, no puede haber responsabilidad civil», han repetido durante siglos los civilistas. Es claro que el daño es un elemento clave para entender la responsabilidad civil extracontractual, y para delimitar su ámbito de operatividad respecto del que corresponde a responsabilidades de carácter público, como la administrativa y la penal. Estas últimas, sobre todo en lo referido a la tipificación de delitos ecológicos e infracciones ambientales, no precisan la existencia y comprobación de un perjuicio efectivo, cierto y actual. Por el contrario, la obligación de reparar en que se traduce la responsabilidad civil, tiene su causa y fundamento en un daño acreditable.

6 Existe también, con una incidencia más marginal sobre el tema de la responsabilidad, la Recomendación 75/436 del Consejo, del 3 de marzo de 1974, relativa a la imputación de costos y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente (DOCE L 194/4, del 25 de julio de 1975).

De allí que la jurisprudencia y la doctrina de los distintos países europeos mantengan la necesidad de que se compruebe un daño al medio ambiente para que puedan operar los mecanismos jurídicos propios de la responsabilidad civil.

Pero, enseguida éstos se topan con la cuestión de qué debe considerarse «medio ambiente», para discernir cuándo estamos en presencia de un daño medioambiental.

Existe una gran dispersión de pareceres sobre este punto y son abundantes los intentos de conceptualización. En general, las nociones de medio ambiente oscilan entre algunas de carácter restrictivo (que comprenden básicamente los elementos abióticos: suelo, aire y agua, y bióticos: flora y fauna) y otras de carácter globalizante (que añaden a los elementos físicos factores antropológicos, de corte cultural e incluso paisajístico). Para efectos de la responsabilidad civil, suelen los autores buscar determinaciones intermedias, que se adapten a la mayoría de los casos de agresiones manifiestas al medio ambiente, resistiéndose a las definiciones globales en las que todo puede considerarse medio ambiente, desde el mar y la tierra, hasta los transportes, la construcción habitacional, el deporte y la vida sexual, y que convierten el problema de saber cuándo hay daño ambiental en una cuestión imposible de resolver.

Como referencia, se suele invocar la Convención del Consejo de Europa sobre la «Responsabilidad civil de daños resultantes del ejercicio de actividades peligrosas para el medio ambiente» (Convención de Lugano) que, sin intentar una definición académica, enumera los elementos que integran el medio ambiente: 1º) recursos naturales, abióticos y bióticos; 2º) bienes que componen la herencia cultural y 3º) aspectos característicos del paisaje. Estos elementos, sin embargo, no son aceptados por todos los autores, y se duda particularmente sobre la procedencia del segundo⁷.

La controversia continúa cuando se trata de precisar la calificación jurídica del medio ambiente. Esta materia, en la que la jurisprudencia no parece incursionar, apasiona a los comentaristas y tratadistas. Se debate si el medio ambiente debe ser considerado una *res nullius*, una cosa común a todos los hombres, una universalidad, un interés colectivo o difuso, un derecho subjetivo, un derecho de la personalidad o, en fin, un propio sujeto de derechos con titularidad autónoma. Esta última opción es prácticamente descartada por quienes estudian la responsabilidad civil, y la estiman un problema propio de la teoría general o de la filosofía del Derecho⁸.

La concepción del medio ambiente como un «derecho de las personas» se ha visto favorecida por la mención de la protección ambiental en la mayoría de las Constituciones europeas (así, la Constitución italiana: artículo 9.2; la Constitución suiza: artículo 24 septies; la Constitución portuguesa: artículo 66; la Constitución

7 Cfr. DE MIGUEL DE PERALES, Carlos, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Civitas, Madrid, 1994, p. 83.

8 Cfr. DE ANGEL, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 591.

española: artículo 45; la Constitución griega: artículo 24). La doctrina italiana, por ejemplo, se ha esmerado en configurar el derecho a un medio ambiente sano como un derecho de la personalidad, muy vinculado al derecho a la salud, o a lo menos como un derecho complementario a los derechos de la personalidad⁹. La doctrina alemana, por su parte, habla de «bienes de la vida» para referirse al medio ambiente¹⁰. En España, la doctrina no llega a tanto, y prefiere invocar el deber general de respeto a la persona, que funcionaría como un principio general del Derecho¹¹.

Cabe mencionar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, en un fallo de 1990, recondujo la acción interpuesta por los ruidos molestos provocados por las obras de ampliación del aeropuerto de Heathrow, a la violación del derecho a la intimidad de la vida familiar, consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹².

En todo caso, hay un cierto consenso sobre el enfoque de la responsabilidad medioambiental centrada en el ser humano. De esta manera, no habrá daño al medio ambiente si el resultado nocivo no proviene de la acción humana. A la inversa, no habrá auténtico daño ambiental, como fuente de responsabilidad, si no se acredita perjuicio real a uno o más seres humanos. Como sostiene un autor español, «Si todo el Derecho civil se preocupa por la persona, a lo que se encamina la protección de la responsabilidad civil de modo primero es a la propiedad y a la salud de las personas. De ello se deriva, indirectamente, una protección al medio ambiente, pero sólo en cuanto hay un bien patrimonial o personal (un derecho de un particular sobre ellos) que ha sido dañado»¹³. Entonces, sólo habrá daño ambiental, susceptible de fundamentar la responsabilidad civil, cuando se haya traducido en un detrimento o perjuicio para una o varias personas determinadas. Así lo sostuvo una sentencia del Tribunal de Apelación de Bourgoin (Francia), que rechazó la demanda de indemnización por no haberse comprobado un preciso perjuicio personal: «la calidad de vida por la que reclaman los demandantes no constituye ni una libertad pública, ni un derecho en sentido jurídico, visto que no se ha probado ningún atentado al derecho de propiedad ni a una libertad fundamental necesaria para caracterizar la vía de hecho»¹⁴.

No escapa a la doctrina que esta determinación podría variar en un futuro cercano, y de ello ya se encuentran indicios, como la posible reparación de daños causados al medio ambiente en cuanto tal, sin que sea necesario acreditar perjuicios individualizados, sobre todo a través de nuevas formas de legitimación procesal.

9 Cfr. MORENO, Eulalia, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 100 y ss.

10 Cfr. DE ANGEL, R., ob. cit., p. 591.

11 Cfr. MORENO, E., ob. cit., pp. 103 y ss.

12 Así, en el caso Powell y Rayner, Application 9310/81, Decisión de la Comisión del 19 de enero de 1989. Sentencia del 21 de febrero de 1990.

13 DE MIGUEL, C., ob. cit., pp. 83-84.

14 Cfr. DE ANGEL, R., ob. cit., p. 594. La vía de hecho es un procedimiento sumario propio del derecho francés.

Entretanto, siendo el daño al medio ambiente un daño personal, puede sostenerse que admite también la clasificación tradicional entre daño material o patrimonial (en los bienes) y daño moral. La jurisprudencia de los tribunales europeos es pródiga en fallos sobre perjuicios patrimoniales, que son los más evidentes y sencillos de cuantificar. Existen también sentencias que contemplan daños a la salud, biológicos o corporales. Menos son los casos en los que se considera el daño moral, y la doctrina se esmera por tratar de distinguir el daño psíquico (biológico) del daño propiamente moral.

A este respecto surge, también, el problema de la distinción entre daños efectivos -y por tanto indemnizables- y simples molestias o incomodidades, naturales en toda convivencia, y que debieran ser toleradas.

En este sentido, es llamativo el caso suscitado por el accidente de los laboratorios Sandoz, en noviembre de 1986, que se tradujo en el vertido de gran cantidad de sustancias tóxicas al Rhin, lo que obligó a la población de Basilea a mantener puertas y ventanas cerradas para evitar las intoxicaciones. En este contexto, una pareja de recién casados demandó indemnización del daño moral consistente en haber visto alterada su noche de bodas, la que pasaban en un hotel próximo al lugar. La demanda no fue acogida¹⁵. Sin embargo, en otros casos, la jurisprudencia ha admitido daños morales discutibles: alguna sentencia suiza ha condenado a indemnizar al responsable de una emanación de humos que, aunque no eran tóxicos, molestaban a los demandantes, por considerar que había daño entendido como «disminución de goce»¹⁶.

La doctrina más sensata se esfuerza por distinguir los supuestos de meras molestias o embarazos inocuos, de los propios daños que dan lugar a responsabilidad civil. Pero la frontera es difícil de trazar. La ley de responsabilidad ambiental alemana excluye expresamente la responsabilidad, si el daño no es substancial o si el perjuicio es razonable de acuerdo con las condiciones locales (§ 5).

B) LA ILICITUD DE LA CONDUCTA DAÑOSA. EL PROBLEMA DE LAS NORMAS DE AUTORIZACIÓN

Aunque la tendencia general de los autores es favorable a la configuración de una responsabilidad objetiva en sede de medio ambiente, se considera que la antijuridicidad del daño ha de ser un requisito indispensable para atribuir la obligación de reparar. Esta ilicitud, o injusticia de daño, raramente provendrá de ser la conducta dañina tipificada o descrita específicamente por la ley; más bien, ella se configurará a partir de una violación del principio *alterum non laedere*, que en esta materia surge como un principio general del Derecho, capaz de servir de fuente de obligaciones.

15 Cfr. DE ANGEL, R., ob. cit., p. 592.

16 Cfr. DE ANGEL, R., ob. cit., p. 592.

Cuestión discutida es si las normas gubernamentales, por ejemplo, autorizaciones administrativas, permisos, concesiones, etc., pueden ser invocadas a modo de causales de justificación que excluyan la ilicitud del acto dañoso. Se recuerda que en ciertos países, como en los Estados Unidos, existen sistemas legales que establecen «derechos de emisión» para las empresas. Estos derechos consienten a las fuentes productivas un determinado margen de contaminación, y son susceptibles de ser transferidos en un mercado regulado.

No hay respuestas definitivas para esta cuestión, pero parece prevalecer la opinión de quienes piensan que, si bien en la esfera pública puede aceptarse la armonización entre protección al medio ambiente y desarrollo industrial, en el terreno de la responsabilidad privada no debe ser considerada suficiente causa de justificación el acatamiento del agente productor del daño a las normas positivas, sean generales o específicas¹⁷.

No obstante, el cumplimiento de las normas administrativas puede influir en la apreciación del vínculo causal. Así, la ley alemana presume legalmente que una instalación es la causa del daño, si tal instalación es «intrínsecamente adecuada» para causarlo. Pero la inversión de la carga de la prueba no tiene lugar, si la instalación ha sido utilizada adecuadamente, y se entiende que se ha utilizado adecuadamente cuando se han cumplido los «deberes especiales de utilización», es decir, «aquellos impuestos por autorizaciones administrativas, órdenes y ordenanzas y reglamentos imperativos, cuando sea su propósito prevenir alguno de los tipos de impacto ambiental que pueden considerarse como causa del daño (§ 6. 2 y 3)¹⁸.

Más radical en esta cuestión, la ley italiana de 1986 vincula la culpa del agente a las específicas obligaciones de conducta establecidas en las leyes o en las resoluciones adoptadas en aplicación de las mismas (artículo 18. 1).

C) LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Una de las cuestiones más controvertidas en materia de responsabilidad: la determinación del vínculo o nexo causal entre la acción nociva y el daño, presenta caracteres de mayor complejidad, aun tratándose de responsabilidad medioambiental. En efecto, son muy raros los casos en los que el daño ambiental se produce directa e inmediatamente por el comportamiento de un agente

17 Cfr. DE MIGUEL, C., ob. cit., pp. 106 y ss.

18 Agrega la ley: «Si la autorización, órdenes u ordenanzas o reglamentos imperativos que requieren la observación de un deber especial de utilización, exigen un control, se presumirá el cumplimiento de este deber de utilización si: 1. Los controles tuvieron lugar durante el período de tiempo en que el impacto ambiental en cuestión pudo haber sido emitido desde la instalación, y de estos controles resultó que no había violación del deber de utilización, o 2. Al tiempo de hacerse la demanda de reparación han pasado más de diez años, desde que tuvo lugar el daño ambiental» (§ 6.4).

individualizado. Normalmente, los daños ambientales son mediatizados por un cúmulo de circunstancias que, combinadas a lo largo de un cierto período de tiempo, dan origen al evento dañoso. Por ejemplo, es frecuente que la acción de un determinado agente emisor de sustancias o vertidos no sea capaz por sí sola de causar un daño, pero que unida a la actividad de muchos otros, con especiales condiciones de la naturaleza, y sostenida en el tiempo, conduzca a la producción de un efectivo daño al medio ambiente.

¿Cómo apreciar el nexo causal para determinar la responsabilidad en esta materia? Las tendencias doctrinales que propician la objetivación de la responsabilidad han debido agudizar sus planteamientos en este punto, ya que de la apreciación de la existencia de esta causalidad dependerá la atribución del deber de reparar: si la acción es causa del daño, habrá responsabilidad; en caso contrario, no la habrá.

La jurisprudencia ha tratado de adaptar los criterios tradicionales forjados por la doctrina en sede de causalidad, esto es, las teorías de la equivalencia de las condiciones y la de la causa adecuada, pero, más allá de las declaraciones formales en cuanto a aplicar una u otra teoría, predomina más bien la opción de apreciar la causalidad caso por caso, y en general reina bastante confusión en la materia.

La teoría de la causa adecuada sigue teniendo una gran influencia, al menos en el terreno de las declaraciones. Pero la adecuación pasa a ser entendida no como una forma de exclusión de la causalidad, sino como una presunción de su existencia, cuando el nexo causal es de difícil apreciación. Es lo que parece plantear la ley alemana cuando determina que se presume que una instalación ha causado el deterioro que se le imputa, si tal instalación es «intrínsecamente adecuada» para causar el daño (§ 6.1).

Por su parte, algunos tribunales han debido esforzarse por sortear textos legales que requieren que los perjuicios que se indemnizan sean «directamente» causados por el hecho ilícito (artículo 1151 Code civile). Los tribunales franceses han interpretado esta exigencia sosteniendo que lo requerido es sólo que los daños sean la consecuencia «necesaria» de una actividad concreta. Han fallado, de este modo, que es reparable el perjuicio sufrido por un propietario de un restaurante por el lucro cesante resultante de la contaminación del Sena¹⁹.

Los principales problemas relativos a la causalidad surgen por la participación de varios agentes en la producción del daño medioambiental. Esta participación puede llegar a diluir de tal manera la contribución del demandado a la realización del daño, que determine su irresponsabilidad. Es famosa, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo español, del 19 de junio de 1980, que absolvió a un armador demandado por una empresa mejillonera, por los daños sufridos en las instalaciones de ésta, con ocasión de derrames vertidos al mar por uno de los buques petroleros del demandado. La sentencia estableció que no se había proba-

19 Cfr. DE MIGUEL, C., ob. cit., p. 155.

do la relación causal, ya que un gran número de buques habían sido sancionados en las mismas fechas por vertidos en las aguas de la misma bahía²⁰. Algo similar ocurrió en la sentencia del Tribunal Supremo del 27 de octubre de 1990, que determinó la inexistencia de nexo causal entre la acción del demandado de verter residuos contaminantes a un río y los perjuicios causados por la muerte de truchas en una piscifactoría, en razón de que muchas otras industrias e instalaciones contaminaban también el cauce. Algunos autores, sin embargo, han hecho ver que resulta muy discutible el criterio de absolver a un demandado sólo por el hecho de que se acredite que también otros agentes han contribuido al resultado dañoso²¹.

Ahora bien, acreditada la vinculación causal de varios partícipes en el daño, ¿cómo debiera hacerse efectiva la responsabilidad? Uno de los criterios propiciados es el de considerar solidaria la obligación de responder. En algunos países, esta solución viene facilitada por normas civiles expresas, originalmente pensadas como preceptos generales aplicables a toda responsabilidad civil (por ejemplo, los artículos 1294 y 2055 del Código Civil italiano y el § 840 del BGB alemán).

No obstante, la consideración de que las indemnizaciones por daño ambiental son normalmente muy elevadas y que el número de obligados es difícil de delimitar, se ha llegado a pensar que la regla de la solidaridad podría ser inconveniente. De allí que la ley italiana, por ejemplo, establezca que, en caso de concurrencia de varios agentes en la producción del daño, cada uno responderá hasta el límite de su propia responsabilidad individual.

Cierto sector doctrinal se muestra favorable a la consideración de la solidaridad, pero sólo a título subsidiario, o sea, cuando no sea posible determinar la porción de responsabilidad individual que corresponde a cada agente²².

Y, ¿cómo determinar la responsabilidad individual? Se trata de un nuevo problema, que no encuentra respuestas únicas. Los autores suelen traer a colación, a este respecto, el criterio forjado por la jurisprudencia norteamericana en materia de responsabilidad por productos defectuosos: el principio del «*market share liability*», esto es, una fórmula para establecer la cuota de responsabilidad según la participación en el mercado. Por cierto, tratándose de daños medio ambientales, la precisión de la participación en el mercado no es para nada simple²³.

Otro problema en relación con la causalidad es el que concierne a la combinación entre la acción del agente humano y las mismas fuerzas de la naturaleza. Por ejemplo, es muy discutida la causalidad de los daños producidos por la lluvia ácida, que se supone ocasionada por emisiones industriales, pero combinadas con determinadas variables atmosféricas que posibilitan que el daño sea causado a una gran distancia del sitio de las emisiones. La doctrina admite que las circunstancias

20 Cfr. DE ANGEL, R., ob. cit., p. 595.

21 Cfr. DE ANGEL, R., ob. cit., p. 595.

22 Cfr. DE MIGUEL, C., ob. cit., p. 185.

23 Cfr. DE ANGEL, R., ob. cit., p. 603.

naturales pueden atenuar o eliminar la relación de causalidad, cuando determinen un verdadero caso de fuerza mayor, pero debe tratarse de acontecimientos inevitables e imprevisibles²⁴.

D) LA REPARACIÓN

En cuanto a la reparación del perjuicio causado al medio ambiente, una primera cuestión que se presenta es lo relativo al monto de las indemnizaciones. Es claro que todo daño debe ser suficientemente subsanado, pero cuando se trata de una reparación por equivalencia es inevitable que se introduzcan en la valoración del tribunal elementos de prudencia y de equidad, lo que se acentúa en materia ambiental. Algunos autores sostienen, incluso, que el tribunal debería atender, para moderar el monto indemnizatorio, a los intereses colectivos que podrían verse perjudicados (como efecto «carambola») por la eventual quiebra de una actividad productiva, si se impusieran indemnizaciones exageradamente cuantiosas²⁵.

En este sentido, la ley italiana dispone que el juez determinará su monto por vía de equidad, cuando no le sea posible una exacta cuantificación del daño, (artículo 18. 6).

Un segundo problema que se plantea es la posibilidad de requerir una reparación «*in natura*» o «en especie», mediante el restablecimiento del medio ambiente deteriorado al estado anterior a la acción contaminante. Se estima que debe preferirse esta forma de reparación, pero siempre que ella no tenga un costo desproporcionado, pues en este caso debiera reputarse que existe una imposibilidad de reparar en especie, y procederá, entonces, la reparación por equivalente²⁶. La jurisprudencia parece preferir, en estos casos, la reparación en equivalente, aunque se va abriendo la vía de ordenar conjuntamente la adopción de medidas para que los daños al medio ambiente no vuelvan a suceder²⁷.

En estrecha relación con las modalidades de reparación del daño, se encuentra una fórmula ensayada por algunas legislaciones, que consiste en la formación de «fondos patrimoniales de garantía», cuya finalidad es contribuir a reparar los daños producidos a las personas por agresiones al medio ambiente, o costear acciones de restauración o limpieza de sectores especialmente contaminados. Los fondos han funcionado en países como los Estados Unidos (el más importante es el creado por la Ley General de Responsabilidad y Compensación Ambiental de 1980, CERCLA, conocido como *Superfund*) y Japón (creado por la Ley de Compensación de Daños a la Salud, relacionados con la Contaminación, de 1973).

24 Cfr. DE ANGEL, R., ob. cit., p. 599; DE MIGUEL, C., ob. cit., p. 171.

25 Cfr. DE ANGEL, R., ob. cit., p. 598.

26 Cfr. DE MIGUEL, C., ob. cit., p. 223.

27 Cfr. MORENO, E., ob. cit., p. 273.

En Europa, la principal experiencia en este sentido la constituye el fondo de compensación por daños debidos a la contaminación atmosférica, que existe en Holanda desde 1972. El fondo opera para indemnizar los daños producidos por la contaminación, sólo cuando no existen acciones civiles o éstas no han tenido resultado. Es decir, su funcionamiento es netamente subsidiario. El reclamante debe probar que el daño es consecuencia de la contaminación, pero la práctica ha rebajado esta exigencia a la mera posibilidad de que así haya sido. Los recursos del fondo se usan también para la adopción de medidas preventivas. El financiamiento se obtiene vía impuestos a las ventas de gasóleo, gasolina, carbón y gas.

Una especie más restringida de fondo existe en París para indemnizar a los propietarios de fincas colindantes con el aeropuerto de Orly (y en la actualidad también con el Charles de Gaulle), por los perjuicios derivados del ruido producido por los aviones. La administración del fondo la realizan los propios aeropuertos y se financia con las tasas pagadas por las compañías aéreas, en función del número de pasajeros²⁸.

Se ha constatado, no obstante, que la técnica de los fondos presenta desventajas, sobre todo en cuanto a la burocratización y costos de gestión, y que se trata de un procedimiento injusto y escasamente eficaz²⁹.

E) LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

Si se aplican las normas generales de la responsabilidad civil, sólo aquél que ha sufrido el daño en su persona o bienes, tiene legitimación procesal para ejercer la acción de reparación.

En materia de daño ambiental se propicia una revisión de este criterio, tomando en cuenta que los perjudicados por el daño ambiental no siempre son fácilmente identificables, y que muchas veces hay envueltos intereses difusos, a veces de tipo colectivo, cuya titularidad no puede ser restringida.

Una fórmula para extender la legitimación que llama la atención a los autores europeos es la llamada «acción de clase» (*class action*) del derecho norteamericano. Esta figura procesal permite que una persona pueda interponer una demanda no sólo en su propio beneficio, sino además en el interés de otras personas que se encuentren en la misma situación jurídica, de manera que lo que el juez resuelva pueda ser aprovechado por todos los individuos que conforman el «grupo o clase» afectada. No obstante, los autores señalan que, a falta de texto legal expreso, esta institución es de muy difícil acceso en los sistemas procesales europeos³⁰.

28 Cfr. DE MIGUEL, C., ob. cit., pp. 256 y ss.

29 Cfr. SCHUBERT, Mathias N., «La responsabilidad por el deterioro del medio ambiente: el tema de los años noventa en el seguro de responsabilidad civil europeo», en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, dir. Fernando Sánchez Calero, Musini, Madrid, 1994, p. 454.

30 Cfr. DE ANGEL, R., ob. cit., p. 610.

Se pregunta también si ha de admitirse al Estado como titular de la acción de responsabilidad por daño ambiental. Se piensa que ello es factible, en tanto que el Estado actúe como custodio de las *res communes omnium*³¹. La ley italiana le concede expresamente este derecho, así como a los entes públicos regionales.

Finalmente, se ha planteado la duda de saber si convendría otorgar legitimación procesal a las asociaciones o grupos de ciudadanos que se crean en torno a la protección del medio ambiente, y que en los países europeos han proliferado de una manera asombrosa. La jurisprudencia, en principio, se ha mostrado reacia a acoger las demandas de reparación por daño ambiental deducidas por este tipo de organizaciones. Una sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, del 3 de Noviembre de 1978, confirmada por el Tribunal Supremo español (12 de diciembre de 1980), rechazó la reconvención planteada por una asociación de propietarios perjudicados por los humos industriales, sobre la base de que la asociación no había probado que hubiera sufrido daño en sus bienes propios.

En otras ocasiones, los tribunales europeos han considerado la legitimación de estas asociaciones de interés. En Holanda, el Tribunal del Distrito de Rotterdam, por sentencia del 15 de marzo de 1991, reconoció a una organización social, dedicada a la protección de las aves marinas, el derecho a recuperar los costos en que había incurrido para cuidar y limpiar los pájaros que se habían visto afectados por el petróleo derramado en el Mar del Norte, por el buque rumano Borcea.

Los textos legales que se han dictado son favorables a conceder este derecho a estas asociaciones, siempre que se hayan constituido regularmente. Así, la ley belga del 21 de enero de 1993 sobre derecho de acción en materia de protección ambiental, faculta a las asociaciones sin ánimo de lucro, con ámbito territorial definido y tres años de funcionamiento, para ejercitar acciones en defensa del medio ambiente.

Asimismo, la ley italiana expresamente declara que las asociaciones de protección ambiental (de carácter nacional o que estén presentes al menos en cinco regiones), pueden denunciar los hechos lesivos al medio ambiente e intervenir en los juicios correspondientes (artículo 18. 4 y 5). No obstante, ante la ambigüedad de la redacción, la doctrina italiana entiende que el derecho a deducir la acción de responsabilidad civil no corresponde a estas asociaciones, ya que la ley establece un monopolio exclusivo para el Estado en esta materia. Las asociaciones sólo podrían intervenir en los juicios ya incoados³².

IV. MODELOS LEGISLATIVOS. DE LA CULPA AL RIESGO

Un primer modelo de legislación sobre responsabilidad civil por daño al medio ambiente, muy favorecido por la doctrina especializada de los últimos años, es el

31 Cfr. DE ANGEL, R., ob. cit., p. 593.

32 Cfr. MORENO, E., ob. cit., p. 292.

de la responsabilidad objetiva, estricta, o sin culpa. Es el modelo diseñado por la Ley de Responsabilidad Ambiental alemana (Gesetz über die Umwelthaftung, UmweltHG), del 10 de diciembre de 1989. El § 1 de la ley determina que: «Si alguien sufre la muerte, daño personal o daño en sus propiedades debido a un impacto ambiental emitido por una de las instalaciones contenidas en el Apéndice 1, el propietario de la instalación será responsable frente a la víctima por los daños ocasionados por aquélla».

Como se ve, no se precisa comprobación de dolo o culpa. Basta acreditar el nexo causal y, como sabemos, la ley presume la causalidad si la instalación es «intrínsecamente adecuada» para producir el daño. Esta presunción sólo puede quedar sin efecto, si se acredita el cumplimiento de los deberes especiales de utilización implicados en las autorizaciones y controles administrativos.

Es de notar que la ley alemana no excluya ni siquiera los daños producidos por los llamados «riesgos de desarrollo», esto es, los que se producen por sustancias que, en el momento de su utilización, no son conocidas como dañinas o peligrosas, según el estado de los conocimientos científicos vigentes en esa época.

La ley sólo permite que la responsabilidad sea excluida en supuestos de fuerza mayor, daños no sustanciales o perjuicios razonables, de acuerdo con las condiciones locales y daños anteriores a la entrada en vigencia de la ley (1º de enero de 1991). Pero el monto de la indemnización es limitado a la cantidad máxima de DM 320.000.000 (160 millones para los daños corporales y 160 millones para los patrimoniales).

Frente a este modelo explícitamente objetivista, podemos observar que la mayoría de las legislaciones europeas mantienen un régimen de responsabilidad subjetiva, es decir, exigen la acreditación de culpa o dolo en el imputado. Pero, por obra de la doctrina y cierta jurisprudencia, que operan interpretando extensivamente disposiciones legales presentes en los Códigos Civiles, se tiende a una mayor objetivación de la responsabilidad en sede medioambiental. Para dar este paso, los autores y los tribunales toman en cuenta fundamentos como los de la teoría del riesgo de empresa, la distribución social de los daños y hasta el adagio *cuius est commodum eius est incomodum*.

Es lo que sucede en Francia y España, países en los que se utilizan normas civiles relativas a la responsabilidad por el hecho de las cosas (artículos 1382 y 1384 CC francés y artículos 1902 y 1908 CC español), para propender a la superación del requisito de la culpa. Se utilizan diversos mecanismos para conseguir este propósito: por ejemplo, se invierte la carga de la prueba de la culpa, se elevan los estándares de diligencia, se considera que la sola existencia del daño da cuenta de la presencia de una culpa, etc.

Mención aparte merece el caso del Reino Unido (Inglaterra y País de Gales). En general, la responsabilidad civil está regulada con un enfoque subjetivo³³. Sin

33 Aunque para los desechos o residuos, la *Environmental Protection Act*, de 1990 (19), impone una responsabilidad objetiva al que ha dispuesto de ellos directa o indirectamente.

embargo, en lo referido al medio ambiente, se ha propiciado la aplicación de la regla del precedente *Rylands v. Fletcher* (1886)³⁴, según la cual hay responsabilidad objetiva cuando se produce un daño por el escape de una substancia que el imputado transporta, reúne o guarda en su terreno, para un uso no natural del mismo. El precedente fue invocado en un juicio reciente (*Cambridge Water Company Ltd. v. Eastern Counties Leatherworks plc.*)³⁵, por el cual una compañía de agua potable demandó a una empresa de curtiembre por haber utilizado organoclorados en sus procesos industriales por espacio de más de treinta años, de manera que esas sustancias se habían filtrado a las napas subterráneas, y habían determinado que la fuente de aguas subterráneas de la que la compañía demandante estaba autorizada para extraer ese recurso, no cumpliera con la Directiva de la Comunidad Europea sobre calidad del agua para consumo humano, por contener una concentración de percloroetano que excedía los niveles autorizados. Es de destacar, sin embargo, que antes de que se aprobara la directiva (en 1976), el agua de la fuente había sido calificada como apta para consumo humano.

El Tribunal de Primera Instancia desechó la demanda. El Tribunal de Apelación, en cambio, la acogió y condenó a la demandada al pago de 1.064.886 libras esterlinas, por considerar que debía aplicarse el criterio de la responsabilidad objetiva. La Cámara de los Lores, en diciembre de 1993, revocó esta decisión y estimó que no podía atribuirse responsabilidad a la demandada por un daño que no podía haber previsto razonablemente. Los lores juristas consideraron que la aplicación de una responsabilidad absolutamente objetiva, sin la exigencia de la previsibilidad, debía ser materia de una decisión legislativa y no jurisprudencial³⁶.

Finalmente, debemos considerar el modelo italiano, el que con una doctrina abiertamente partidaria del régimen de responsabilidad objetiva, y con una jurisprudencia que se pronuncia por restringir las vías de excusa de la responsabilidad subjetiva sobre la base de normas comunes contenidas en el Código Civil (principalmente, los artículos 2050 y 2051), presenta, paradójicamente, una legislación especial que se orienta hacia la responsabilidad por culpa, y una negligencia determinada por el incumplimiento de normas específicas. La ley 394, del 8 de julio de 1986, por la que se crea el Ministerio del Ambiente y se dictan otras normas en relación al tema, contiene un artículo (el número 18) referido a la responsabilidad medioambiental. Este artículo dispone que «cualquier hecho doloso o culposo en violación de disposiciones legales o de resoluciones adoptadas sobre la base de leyes que comprometan el ambiente, y que causen daño, alterándolo, deteriorándolo o destruyéndolo en todo o parte, obliga al autor del hecho a la reparación respecto del Estado» (artículo 18.1).

34 *Rylands v. Fletcher* (1868), LR 3 HL 330.

35 *Cambridge Water Company v. Eastern Counties Leatherwork Plc*, Court of Appeal (Civ. Div. Nov. 1992).

36 Cfr. SCHUBERT, M., ob. cit., pp. 465 y ss.

La responsabilidad se genera en relación con el Estado, al que la ley le concede la facultad de accionar. Pero el régimen es claramente subjetivo y, además, condicionado a la infracción legal o reglamentaria.

V. LOS ESFUERZOS COMUNITARIOS POR REGULAR LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

Los intentos por establecer una disciplina europea unitaria sobre la reacción civil frente al daño ambiental son fundamentalmente dos, desarrollados en distintos ámbitos. El primero corresponde a una iniciativa del Consejo de Europa y el segundo a una propuesta del Consejo de la Comunidad o Unión Europea.

La iniciativa del Consejo de Europa consiste en una Convención sobre «Responsabilidad civil por los daños que son consecuencia de actividades peligrosas para el medio ambiente». Este Convenio fue adoptado por el Comité de Ministros, el 8 de marzo de 1993, y quedó abierto a la suscripción después del 21 de junio de ese año, en Lugano. A fines de 1993, la Convención de Lugano había sido suscrita por Chipre, Finlandia, Grecia, Islandia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo y Países Bajos³⁷.

La Convención regula los daños causados por el desarrollo de «actividades peligrosas», término con el cual se designa la producción y operación con sustancias peligrosas (expresamente definidas) o con organismos y microorganismos genéticamente modificados, así como la explotación de instalaciones o sitios en los que se tratan residuos.

El criterio aplicable es el de la responsabilidad objetiva frente a los daños producidos por las empresas que desarrollan actividades peligrosas respecto de terceros individualizados o del medio ambiente en cuanto tal. Es de notar que la Convención otorga una gran cantidad de recursos a las asociaciones u organizaciones vinculadas con la defensa del medio ambiente.

El explotador de la actividad peligrosa puede excusarse si demuestra que los daños «resultaron necesarios para cumplir un mandato específico o una medida obligatoria impuesta por una autoridad pública». Igualmente, no se genera responsabilidad si el explotador demuestra que los daños «han sido causados por una contaminación de niveles tolerables sobre la base de las circunstancias locales relevantes». De esta manera, se acepta la idea de que las molestias o embarazos menores deben ser tolerados.

37 Cfr. SCHUBERT, M., ob. cit., p. 456. Sobre la Convención, puede consultarse a MARTIN, Gills J., «La responsabilité civile pour les dommages à l'environnement et la Convention de Lugano», en *Revue Juridique de l'environnement*, 1994, 2-3, pp. 121 y ss.

Además, la Convención faculta a los Estados signatarios a introducir en su legislación interna la causa de exoneración, que estipula que el grado de conocimientos científicos y técnicos a la época del incidente que genera el daño no permitía conocer la existencia de las propiedades nocivas de la substancia en cuestión (los llamados «riesgos de desarrollo»).

Es de destacar que la Convención no tiene eficacia retroactiva, por lo que sólo se aplica a los «incidentes» ocurridos después de su entrada en vigor.

La iniciativa surgida en el seno de la Comunidad Europea es una Propuesta de Directiva elaborada por el Consejo sobre «Responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos»³⁸.

La Propuesta de Directiva se decanta también por la opción de una responsabilidad objetiva respecto de los daños físicos o patrimoniales causados a las personas, así como de cualquier degradación física, química o biológica «importante» del medio ambiente. Al primero se le denomina «daño»; al segundo, «deterioro al medio ambiente». No se incluye el daño inmaterial o moral, sin perjuicio de su reparación según el derecho interno de cada país.

Se hace responsable al «productor de residuos», entendiéndose este vocablo en el más amplio concepto, de manera de impedir la ausencia de responsables. También se considera responsable al eliminador de dichos residuos³⁹.

Entre los varios responsables rige la solidaridad, sin perjuicio de las disposiciones del Derecho nacional sobre la repetición contra los corresponsables.

La Propuesta considera que la conducta de un tercero no puede significar exención de la responsabilidad, pero sí el comportamiento culpable de la persona que haya sufrido el daño.

Se prevé la legitimación activa de las asociaciones de defensa del medio ambiente, pero sólo respecto de la solicitud de la prohibición o el cese del hecho generador de los perjuicios causados al medio ambiente, o de la adopción de medidas de rehabilitación del medio ambiente deteriorado.

La Propuesta otorga al demandante el derecho a reclamar la rehabilitación del medio ambiente, o el reembolso de los gastos consiguientes, salvo cuando los gastos sean considerados más elevados que el beneficio resultante de dicha rehabilitación, siendo posible adoptar medidas alternativas.

Además, la Propuesta establece que «la responsabilidad civil que, con arreglo a la presente Directiva, incumbe al productor y al eliminador, deberá estar cubierta por un seguro u otro tipo de garantía financiera» (artículo 11.1).

38 DOCE C 251/3, del 4 de octubre de 1989. La Comisión, en 1991, modificó formalmente la propuesta. DOCE C 192/6, del 23 de julio de 1991.

39 Al parecer no resulta comprendido el dueño o poseedor de los terrenos donde se depositan los residuos, aunque una interpretación extensiva de la norma, que llama a responder a quien «tenga el control» de los residuos si no se identifica al productor, podría llevar a incluir al propietario. Cfr. ALONSO, E., ob. cit., t. II, pp. 182-183.

Esta Propuesta de Directiva no parece tener un futuro promisorio. En la Comisión de las Comunidades Europeas se ha dejado reposar este documento, que es considerado, en todo caso, parcial, por referirse sólo al tema de los residuos. Después de un fuerte intercambio de opiniones divergentes, la Comisión publicó, en marzo de 1993, un documento titulado «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento: Libro Verde sobre la reparación de los daños ambientales», que pretende servir de base a las discusiones que sobrevendrán sobre el tema, y que se posiciona en postura crítica sobre las posibilidades del mecanismo de la responsabilidad civil para dar solución íntegra y global a los problemas generados por el deterioro medioambiental⁴⁰.

No existen hasta ahora, según nuestros antecedentes, otras acciones destinadas a configurar un régimen normativo de mayor eficacia. El mismo Libro Verde no ha estado exento de críticas, sobre todo por no haber sacado las pertinentes lecciones de las críticas que unánimemente se dirigen al sistema norteamericano de reparación medioambiental⁴¹.

Una posibilidad abierta que no puede descartarse es que la Comunidad adhiera por sí misma a la Convención de Lugano, pero no parece lo más probable⁴².

Hay quienes aún se preguntan si es competente la Unión Europea en este campo, y si debería aplicarse el controvertido principio de subsidiariedad⁴³.

En cualquier caso, el «V Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sustentable», que da las orientaciones del actuar de la Comunidad hacia el año 2000, establece de manera muy genérica que «la Comunidad instaurará, lo antes posible, un mecanismo mediante el cual la persona o el organismo responsable del daño al medio ambiente, deberá reparar dicho daño», agregando que «habrá que procurar que se respete estrictamente el principio de 'quien contamina, paga'». Dispone, además, que en casos de dificultad para identificar al autor de los daños «habrá que elaborar otros mecanismos de responsabilidad compartida».

40 DOCE C 149, del 29 de marzo de 1993. El método de los libros blancos, verdes y de otros colores se ha desarrollado recientemente en la Comunidad por influencia anglosajona. El libro verde es un documento de reflexión, mientras que un libro blanco es ya una toma de posición sobre la estrategia a seguir en un determinado sector. Cfr. KRÄMER, L. y KROMAREK, P., «Droit communautaire de l'environnement. 1^o octobre 1991-31 décembre 1993», en *Revue Juridique de l'environnement*, 1994, 2-3, p. 224.

41 Cfr. THIEFFRY, Patrick, «L'opportunité d'une responsabilité communautaire du polluer. Les distorsions entre les Etats-Membres et les Enseignements de l'expérience américaine», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1994, 1, pp. 103 y ss.

42 La mencionan como opción posible, KRÄMER, L. y KROMAREK, P., ob. cit., p. 225.

43 Cfr. MOLINA DEL POZO, Carlos, «La UE y la responsabilidad por daños ambientales», en *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente (delito ecológico y sistema jurídico)*, Ciemat, Madrid, 1994, p. 111.

VI. CONSIDERACIONES FINALES: UN FUTURO CON INCERTIDUMBRES

Como ha podido apreciarse, el panorama europeo en el tema de responsabilidad por daño al medio ambiente está aún, pese al tiempo transcurrido, marcado por las incertidumbres y las interrogantes.

La doctrina mayoritaria favorece la adopción de un régimen de responsabilidad objetiva, y en ello parece ser seguida ocasionalmente por la jurisprudencia que, juzgando caso a caso, aplica los criterios de objetivación de la responsabilidad, o los rechaza, volviendo a los terrenos de la culpa, invocando conceptos como los de inevitabilidad o imprevisibilidad de los perjuicios resultantes.

Los ámbitos de decisión política o legislativa parecen aún poco resueltos, y temen las consecuencias económicas del establecimiento de disciplinas civiles demasiado gravosas para la actividad industrial.

Un síntoma de las deficiencias de los sistemas objetivos son las dificultades para la articulación de las coberturas de seguros para las actividades que presentan riesgos de deterioro ambiental. Debe señalarse a este respecto que la ley alemana de responsabilidad medioambiental, que entró en vigor en enero de 1991, hasta el año pasado mantenía sin aplicación la disposición que ordenaba un seguro obligatorio para las instalaciones, en la forma y con los requisitos dispuestos en un reglamento. Este reglamento no había sido redactado, como señala un experto en la materia, ante «las casi insuperables dificultades que plantean los límites del seguro a ser contratado»⁴⁴.

Es comprensible, pues, que los esfuerzos por unificar los derechos nacionales, sobre la base de la Comunidad Europea, tampoco hayan dado frutos todavía. La Comisión de las Comunidades, en su Comunicación al Consejo sobre responsabilidad medioambiental (Libro Verde), hace ver que el mecanismo de la responsabilidad civil sólo puede funcionar eficazmente cuando se dan los siguientes elementos: 1) daños cuantificables e inmediatos; 2) acto o incidente terminado; partes responsables identificables; 3) posibilidad de establecer un nexo causal y 4) existencia de una parte que tenga interés legítimo en ejercitar sus acciones. De esta manera, el régimen de responsabilidad objetiva resulta claramente inadecuado en tres áreas: la contaminación «crónica» (impactos acumulativos debido a la conducta de múltiples agentes); la contaminación autorizada por el Estado; y la contaminación del pasado. En estas áreas, la Comisión plantea la idea de crear sistemas de compensación conjunta, con financiamiento de los sectores industriales y los contribuyentes⁴⁵.

44 SCHUBERT, M., ob. cit., p. 459.

45 Por otra parte, considera la Comisión que para establecer una responsabilidad objetiva habría que tener en cuenta los siguientes criterios: la naturaleza del riesgo procedente de una actividad determinada; la probabilidad de que la actividad provoque un daño y su posible extensión; el hecho de que la utilización del sistema de responsabilidad objetiva supondrá una mejor gestión de los riesgos y de la prevención de los daños; la viabilidad y los costos de restauración de los daños que puedan producirse; la posible carga financiera de la responsabilidad objetiva para ese sector económico, y la necesidad y la posibilidad de su aseguramiento.

Se va haciendo claro, entonces, que por sobre las propuestas de la doctrina jurídica de «avanzada», se impone un sensato realismo, y una moderación a la hora de articular instrumentos legislativos que, pretendiendo abarcar más de lo posible, puedan provocar externalidades negativas imprevistas.

Como escribe De Angel, «Del mismo modo que es hoy un principio universalmente admitido el de que 'quien contamina, paga', un elemental reconocimiento de que las fuentes de contaminación no pueden ser eliminadas en la sociedad de nuestros días, lleva a la inevitable conclusión de que el problema no radica en si es admisible o no la agresión al medio ambiente, sino en establecer fórmulas que hagan posible una armoniosa compatibilidad entre el razonable desarrollo de la tecnología y el disfrute de un medio ambiente humanamente satisfactorio»⁴⁶.

Una consideración que no puede perderse de vista es que el medio ambiente resulta protegible, en cuanto que es un bien para el hombre y no con independencia de éste. Es la persona humana y su realización la que debe ser valorada preferentemente a la hora de compaginar los diversos intereses que agitan la vida en las sociedades de nuestro tiempo.

46 DE ANGEL, R., ob. cit., p. 589.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO EN EL USO DE VEHÍCULOS DE TRANSPORTE. UN ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA CHILENA*

Pedro Zelaya Etchegaray
Doctor en Derecho (U. de Navarra)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro objeto es exponer y explicar cuál es el estado actual del Derecho de daños en una materia de creciente importancia jurídica y económica: la responsabilidad civil por los daños causados en el llamado 'uso empresarial del vehículo a motor'¹.

Los accidentes causados con ocasión de la circulación de vehículos utilizados para cumplir con el giro de la empresa son una realidad innegable en el mundo entero y, particularmente, en nuestro país. El número de accidentes del tránsito, la cuantía y diversidad de los perjuicios causados y la insuficiencia de los seguros -voluntarios y obligatorios- frente a las demandas interpuestas por las víctimas, hacen que el tema adquiera singular importancia, sobre todo en aquellos países -como Chile- donde existe un continuo crecimiento del nivel de vida de los ciudadanos.

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación Fondecyt N° 1940067, de 1994, sobre «Responsabilidad civil del empresario. Nuevas tendencias».

1 Para todos los efectos del presente trabajo, entendemos que existe 'uso empresarial del vehículo a motor' toda vez que un empresario, dueño o titular de un vehículo a motor, lo cede al conductor habitual o autoriza que un tercero -generalmente su dependiente- lo conduzca para cumplir con el giro o tráfico ordinario de la empresa. En cambio, entendemos que existe 'uso privado del vehículo a motor' cuando un simple particular, dueño del vehículo, lo cede o presta gratuitamente a un tercero no dependiente (por ejemplo, a un pariente o a un amigo) para que éste lo utilice en beneficio o interés personal. Esta distinción no está recogida por nuestra doctrina jurisprudencial, pero es de particular importancia para entender la evolución que ha experimentado la jurisprudencia comparada en esta materia. La creciente objetivación de la responsabilidad civil del titular/propietario ha tenido una mayor justificación doctrinal o fundamento teórico en el supuesto de uso empresarial del vehículo, y una menor validez jurídica en los casos de simple préstamo o cesión gratuita del mismo.

Para centrar el estudio de la presente cuestión es necesario aclarar, desde ya, que dejaremos de lado la llamada responsabilidad contractual del empresario transportista. En estricta teoría, el accidente causado por el vehículo de una empresa puede dar origen a dos clases de responsabilidad civil: a) la contractual si, previo al daño, hubo un contrato entre el empresario y la víctima (por ejemplo, un contrato de transporte terrestre) y el daño se produjo precisamente con ocasión del incumplimiento de las obligaciones señaladas en dicho contrato; y b) la extracontractual, si el daño se produjo sin existir dicho vínculo jurídico previo entre el empresario y la víctima, o bien, si el daño se produjo con total independencia del vínculo contractual (fuera de la órbita negocial del mismo). Un claro ejemplo de esto último lo representan los accidentes con daño a peatones, ciclistas, pasajeros invitados (transporte benévolo) o terceros conductores.

Aunque en el Derecho comparado existe una marcada tendencia a unificar ambos sistemas de responsabilidad civil -sobre todo en el campo del transporte de personas y mercaderías-, hemos preferido optar por circunscribirnos sólo al ámbito aquiliano, porque en Chile esta deseada unificación está, todavía, lejos de producirse, y los regímenes jurídicos de ambas clases de responsabilidad son aún muy diversos entre sí².

Por otro lado, en este trabajo utilizaremos el término 'empresario transportista' en su acepción más amplia, incluyendo no sólo al porteador terrestre, sino a todo sujeto -empresario individual o social- que utiliza o explota vehículos, propios o ajenos, para cumplir con su giro o tráfico habitual³.

Asimismo, y antes de entrar derechamente al tema que nos ocupa, debemos destacar la casi nula atención que ha recibido esta precisa materia por parte de nuestra doctrina jurídica. Todos los autores que estudian la responsabilidad civil por los daños surgidos con ocasión de los accidentes del tránsito lo hacen exclusivamente desde la óptica del conductor, es decir, centran su atención en la persona del conductor responsable (agente directo y material del daño), sin darle mayor importancia al propietario del vehículo respectivo. Con ello se ha descuidado el estudio de la naturaleza de la responsabilidad civil del propietario, sus requisitos, características y efectos.

Creemos que lo anterior se debe al absoluto predominio de la doctrina tradicional de la culpa, como único fundamento de la responsabilidad civil extracontractual. Si debemos buscar un culpable, sólo cabe fijarse en la figura del

2 A nuestro juicio, el mejor y más moderno estudio que existe en idioma español sobre el denominado 'cúmulo u opción de responsabilidad civil', puede encontrarse en CAVANILLAS MÚJICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (tratamiento sustantivo y procesal)*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

3 En esta situación se encuentran, por ejemplo, todos los empresarios que distribuyen su propia mercadería; empresarios que prestan servicios técnico/profesionales fuera de su establecimiento; empresas de correo o mensajería; empresarios que necesitan movilizar su propia maquinaria, empleados y otros elementos, al lugar donde se desarrolla la obra o servicio contratado, etc.

dependiente conductor, que con negligencia causa directamente el daño. El titular del vehículo responde por otras causas, títulos o motivos, respecto de los cuales nadie -en nuestro conocimiento- ha desarrollado y profundizado sus aspectos esenciales, sobre todo sus límites o hechos impeditivos.

En este trabajo intentaremos explicar por qué y cuándo -en teoría- debe responder el empresario por los daños causados con ocasión de la circulación de los vehículos que utiliza en su tráfico habitual, y comparar dicha cuestión con la solución entregada por el Código Civil, la Ley del Tránsito y la jurisprudencia que los interpreta. Así, sacaremos conclusiones respecto del actual estado de nuestro Derecho de daños en esta precisa materia.

Por este motivo, el presente trabajo es eminentemente jurisprudencial y, por tanto, un tanto atípico en nuestro medio. En este contexto, me he limitado -luego de una breve explicación dogmática- a sistematizar la jurisprudencia que logré fichar al respecto, buscando sus criterios o principios rectores para, de esta forma, describir cuál es la práctica diaria de la responsabilidad civil en esta precisa materia⁴.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO TRANSPORTISTA

¿Debe responder el empresario por el sólo hecho de ser dueño del vehículo de transporte con el cual se causa el daño respectivo? ¿Qué sucede si el empresario/dueño ha cedido en forma permanente el uso de su vehículo a un tercero, por un título gratuito u oneroso? Por otro lado, ¿quién debe responder si el empresario utiliza o hace uso, para cumplir con el giro propio, de vehículos ajenos?

No es fácil responder a estas preguntas, pues ellas apuntan a resolver una cuestión fundamental: ¿cuál es el criterio de imputación del daño aquiliano aplicable al empresario transportista y cuáles son sus requisitos y actuales límites?

En estricta dogmática, el empresario que utiliza vehículos de transporte o carga puede ser civilmente responsable en virtud de tres grandes esquemas de responsabilidad civil: responsabilidad directa por culpa propia; responsabilidad vicaria, indirecta o por hecho culpable ajeno; y responsabilidad estricta por riesgo de empresa.

4 Estamos convencidos de que el estudio de la responsabilidad civil pasa hoy, necesariamente, por un análisis detallado de la jurisprudencia surgida en torno a la materia. El moderno Derecho de daños ha dejado de ser dogmático, para transformarse en una creación eminentemente jurisprudencial. Y ello es así porque la nota común en el Derecho comparado ha sido la transformación que ha experimentado la responsabilidad civil en manos de la jurisprudencia judicial. Cfr. TUNC, A., *Introduction*, en *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Vol XI (Torts), Chap. IV, 1973 (completado en 1982).

1. RESPONSABILIDAD DIRECTA POR CULPA PROPIA

Bajo este esquema, el empresario es civilmente responsable frente a la víctima sólo si se acredita que ha incurrido personalmente en alguna forma de culpa o negligencia, ya sea al elegir, vigilar, dirigir, instruir, controlar u organizar la actividad de sus conductores dependientes. También puede llegar a ser civilmente responsable si incurre en alguna culpa al mantener el vehículo en malas condiciones de funcionamiento o en estado inseguro para el tráfico carretero.

Aquí, el empresario transportista responde directamente frente a la víctima por el hecho propio, o bien, por el hecho ajeno (por los dependientes). En este último caso, la mayoría de los ordenamientos jurídicos establecen que la culpa del empresario se presume *iuris tantum*. Por este motivo, el empresario demandado puede siempre eximirse de la responsabilidad civil que se le atribuye probando haber adoptado todas las medidas que su autoridad le confiere y prescribe (uso de la llamada 'prueba liberatoria').

Este fue el esquema de responsabilidad aquiliana recogido por nuestro Código Civil en 1855, especialmente en los artículos 2320 y 2322, y era el único que se aplicaba a los empresarios transportistas, hasta la dictación de la primera Ley del Tránsito, en 1962.

2. RESPONSABILIDAD VICARIA, INDIRECTA O POR HECHO CULPABLE AJENO

Bajo este esquema, el transportista responde civilmente frente a la víctima, aunque no haya incurrido en culpa alguna respecto de la elección, vigilancia u organización de sus dependientes y vehículos. Su responsabilidad es estricta o sin culpa, pero requiere necesariamente que su conductor o dependiente haya incurrido en una culpa personal al conducir el vehículo de la empresa⁵.

Se trata de una responsabilidad por el hecho ajeno propiamente tal, pues el empresario responde sin culpa propia por el hecho o culpa de un tercero (su dependiente). Una vez acreditada la culpa del dependiente (culpa en la conducción), el empresario no puede exonerarse alegando haber empleado todo el cuidado que su calidad le confiere y prescribe. El transportista es un verdadero garante de los daños culpablemente causados por sus dependientes.

De esta forma, en este sistema también se exige la concurrencia del elemen-

5. Este esquema de responsabilidad civil no está recogido en nuestro ordenamiento jurídico. La responsabilidad vicaria fue una genial creación de POTHIER y, por ello, llegó a ser consagrada en el Code civil francés (artículo 1384.5 Code). También consagran este esquema de responsabilidad todos los ordenamientos que se fundan en el sistema del *common law* anglosajón. Para un excelente y claro resumen del sistema de responsabilidad vicaria, ver FLEMING, J. G., *The law of torts*, 7ª ed., The Law Book Co. Ltd., Sydney, 1987.

to subjetivo de la culpa, pero no ya en la persona del empresario civilmente responsable, sino sólo en la de su conductor dependiente. La culpa en la conducción que se atribuye al dependiente es condición *sine qua non* para perseguir la responsabilidad del transportista, pues si no se acredita culpa en el conductor, no se propaga la responsabilidad al empresario inocente.

Asimismo, bajo este esquema, una vez pagada la indemnización a la víctima, el empresario transportista podrá repetir contra el chofer negligente por la totalidad del daño causado ya que, en estricto sentido, ha pagado una deuda ajena a la que sólo estaba obligado al modo de un fiador solidario. En este sistema, el dependiente/conductor es el único y verdadero responsable, y su empleador sólo un garante patrimonial quien puede, en teoría, ejercer la acción de reembolso contra el dependiente culpable, único y principal obligado al pago de la obligación indemnizatoria.

3. RESPONSABILIDAD ESTRICTA POR RIESGO DE EMPRESA

Esta doctrina nace y se desarrolla principalmente en los Estados Unidos de América, ante la constancia empírica de que muchos accidentes del tránsito -y los daños consiguientes- son hoy el lamentable efecto de inevitables errores humanos; son la consecuencia más o menos previsible, pero inevitable, del uso de bienes peligrosos; son la penosa consecuencia de múltiples fallas mecánicas e imperceptibles errores humanos, difícilmente asimilables a la culpa o negligencia tradicional. En definitiva, los accidentes del tránsito y los daños consiguientes son el costo que la sociedad toda debe pagar por la ventaja que le representa el usar y aprovechar los vehículos a motor⁶.

Para esta doctrina objetivista de la responsabilidad civil -y en aplicación de cualquiera de los dos sistemas de responsabilidad anteriormente señalados-, la víctima queda totalmente desprotegida frente a los daños producto de la circulación rodada, pues la culpa tradicional no es, en la mayoría de estos casos, la causa del daño respectivo. Frente a ello, es claro que los dos sistemas anteriormente explicados ofrecen limitaciones a la hora de justificar la reparación de la víctima pues, como ya vimos, en ambos se exige la concurrencia de la culpa o negligencia tradicional que, en la práctica, no existe o es muy difícil de probar.

La doctrina norteamericana denominada *The New Law and Economics* -que

6 Estudios empíricos han demostrado que existen personas naturalmente inclinadas a cometer este tipo de errores involuntarios. Por ello, se ha dicho que muchos accidentes del tránsito son hoy la consecuencia, más o menos previsible pero inevitable, de la frágil condición humana. Cfr. WILLIAMS, G., *Vicarious Liability and the Master indemnity*, en *Modern Law Review* n° 20, 1957, p. 444 (el destacado jurista inglés cita el trabajo de los profesores F. JAMES y J. J. DICKINSON, *Accident proneness and accident law*, en *Yale Law Journal* n° 63, 1950, p. 179).

se basa en la conocida escuela del Análisis Económico del Derecho⁷, propugnó la creación de un sistema de responsabilidad civil que no se fundara en la culpa tradicional de ninguno de los posibles responsables. Aunque esta escuela de pensamiento neoliberal tiene múltiples y disímiles manifestaciones teórico/prácticas, en relación con nuestro tema plantea dos posibles fundamentos para la eventual responsabilidad civil del empresario:

3.1 Responsabilidad estricta por la mera titularidad del vehículo de transporte

En este caso, el propietario responde civilmente por el sólo hecho de ser titular dominical del vehículo a la fecha del accidente, sin que pueda alegar que ha desplegado toda la diligencia necesaria para impedir el daño o que ha cedido permanentemente su vehículo a un tercero independiente. Para esta doctrina, el que es dueño de una cosa peligrosa al momento del accidente, debe pagar por todos los daños que dicha cosa cause a terceros, con la única salvedad que haya enajenado la cosa a un tercero.

Esta doctrina propugna una responsabilidad objetiva, causal o *in re ipsa* del empresario. Bajo este esquema, el empresario transportista es civilmente responsable por el sólo hecho de ser dueño del vehículo a la fecha del accidente, sin necesidad de que se acredite culpa en su persona o en la de su conductor/agente directo del daño. Por ello, el único criterio de imputación aceptado es la propiedad sobre la cosa peligrosa a la fecha del accidente.

3.2 Responsabilidad estricta por el riesgo de empresa

Bajo esta perspectiva, el empresario es responsable ya no por ser titular dominical del vehículo que causa el accidente, sino por ser titular de una organización de bienes y personas que causan daños estadísticamente inevitables. Por este motivo, no se trata ya de una responsabilidad causal o *in re ipsa* del propietario, sino que se exige -al momento del accidente- que el vehículo esté siendo utilizado en beneficio del empresario demandado, en su interés, provecho o utilidad.

Para esta doctrina, el empresario es civilmente responsable porque, al momento del accidente, es 'detentador' o 'explotador' del vehículo, es decir, lo utiliza en beneficio propio, para cumplir con el giro o tráfico habitual de la empresa y, por ello, conserva un control o dirección, al menos potencial, sobre el vehículo y/o sobre sus riesgos típicos.

7 Aunque el análisis económico del derecho constituye un intento por reinterpretar todo el fenómeno jurídico -y no sólo la responsabilidad civil como fuente de las obligaciones-, creemos que en esta materia (responsabilidad civil por accidentes del tránsito) aportó grandes luces para avanzar hacia una reconsideración jurídica del riesgo como nuevo criterio de imputación del daño aquiliano. Cfr. CALABRESI, G., *El costo de los accidentes (análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil)*, traducción de J. Bisbal, Ariel, Barcelona, 1984.

Por este motivo, bajo este esquema, el empresario puede exonerarse -no obstante ser dueño del vehículo al momento del accidente- si prueba que ha dejado de ser detentador o explotador del mismo, al haber perdido la titularidad empresarial sobre los riesgos propios del vehículo. En otras palabras, el empresario puede exonerarse si prueba que el vehículo era 'explotado' por un tercero independiente al momento del accidente.

Por otro lado, bajo esta moderna perspectiva, el empresario puede también llegar a ser civilmente responsable -sin necesidad de ser dueño o propietario del vehículo que causa el daño- cuando utiliza vehículos ajenos en beneficio propio, ya que se configura como titular de una actividad empresarialmente organizada que causa daños estadísticamente inevitables en el mediano y largo plazo.

Además, el empresario debe responder civilmente porque es el sujeto que, en un mercado perfecto, está en las mejores condiciones para pagar la indemnización, internalizar dicho pago como un costo más del respectivo servicio y luego distribuir socialmente dicho costo a través de un alza de los precios o mediante la contratación de un seguro de responsabilidad civil.

En términos generales, bajo esta tercera perspectiva, el empresario sólo puede exonerarse de la responsabilidad que se le demanda si acredita fuerza mayor, caso fortuito ajeno al vehículo, culpa exclusiva de la víctima y el haber perdido el control/dirección empresarial del vehículo (haber dejado de ser detentador de su vehículo).

III REGULACIÓN LEGAL EN CHILE Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

1. INTRODUCCIÓN

Respecto de la eventual responsabilidad civil del empresario que utiliza vehículos a motor, nuestro ordenamiento jurídico contempla dos regímenes aparentemente diversos entre sí: a) el régimen común, establecido en el Código Civil (artículos 2320 y 2322) y b) el régimen especial, recogido en la llamada Ley del Tránsito (artículo 174 inciso 2° de la Ley 18.290, y sus posteriores modificaciones).

Tal cual lo habíamos anunciado, nuestro Código Civil acogió el sistema clásico de responsabilidad civil, es decir, donde sólo responde el que ha incurrido en una culpa personal. Por ello, los artículos 2320 y 2322 establecen un sistema de responsabilidad civil por culpa presunta, en virtud del cual el empresario demandado -en teoría- puede siempre exonerarse de la responsabilidad que se le imputa, alegando haber adoptado todas las medidas destinadas a evitar el daño que su autoridad le confiere y prescribe (artículo 3220 inciso final).

En cambio, el artículo 174 inciso 2° de la Ley de Tránsito estableció, *prima facie*, una responsabilidad agravada, estricta o sin culpa para el propietario/em-

presario, pues no le permite exonerarse de la responsabilidad que se le imputa, alegando que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe no ha podido evitar el daño.

Sin embargo, debemos analizar con más detalle ambas disposiciones legales y ver cómo las ha interpretado nuestra jurisprudencia.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO TRANSPORTISTA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA JURISPRUDENCIA QUE LO INTERPRETA

A este respecto podemos señalar -adelantándonos a las conclusiones de este trabajo- que en muchos casos de uso empresarial del vehículo a motor, nuestra jurisprudencia, aplicando directamente el Código Civil, ha iniciado un notable proceso de objetivación de la responsabilidad del empresario dueño del vehículo, incluso antes de la entrada en vigencia de nuestra primera Ley del Tránsito. Con ello, en la práctica diaria de la responsabilidad por uso empresarial del vehículo a motor, ambos regímenes jurídicos han llegado a idénticas soluciones de justicia material.

La jurisprudencia ha realizado este proceso de paulatina objetivación a través de los llamados "paliativos jurisprudenciales de la responsabilidad por culpa", que son instrumentos jurisprudenciales de objetivación.

¿Cuáles han sido algunos de estos paliativos o instrumentos jurisprudenciales de objetivación?

2.1 La imposibilidad de alegar con éxito las pequeñas extralimitaciones funcionales del conductor

Este primer expediente objetivador dice relación con uno de los requisitos de la responsabilidad del empresario por el hecho ajeno. De acuerdo a principios generales en materia de responsabilidad del empresario por el hecho de los dependientes, aquél es civilmente responsable sólo si -concurriendo los demás requisitos contemplados en el Código Civil- el dependiente causa el daño en el ejercicio de sus funciones propias o, al menos, con ocasión de ellas⁸.

Pues bien, nuestra jurisprudencia ha condenado civilmente al empresario cuando han existido pequeñas desviaciones en el cumplimiento del encargo (el llamado "uso impropio del vehículo de la empresa").

Entendemos que existe "uso impropio del vehículo de la empresa" cuando su conductor habitual ejecuta erradamente sus funciones (apartándose levemente

8 Cfr. ALESSANDRI R., A., *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1946, pp. 360 y ss.

de las órdenes e instrucciones recibidas) y causa un accidente con daños para terceros. En la práctica, no existe una abierta desobediencia a las instrucciones impartidas por el empresario, sino una pequeña desviación en la forma de conducir el vehículo respectivo. Veamos algunos ejemplos prácticos.

2.1.1 Conducir con exceso de velocidad

¿Qué sucede si el conductor de una empresa causa un accidente mientras conduce con exceso de velocidad? ¿Debe responder el empresario que ha colocado todos los medios para evitar esta contingencia? Por ejemplo, ha colocado dispositivos sonoros hacia el interior del vehículo que avisan al conductor, y al usuario, que el chofer ha excedido la velocidad permitida.

En una primera época, nuestra Corte Suprema eximió de toda responsabilidad civil al empresario cuyo chofer hubiera causado un accidente mientras conducía a exceso de velocidad. Esta jurisprudencia ha dicho que al conducir con exceso de velocidad, el dependiente/conductor ejerce sus funciones de un modo impropio que sus patrones, lejos de él, no tienen medios de prever e impedir⁹.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial más reciente -surgida durante la vigencia de la actual Ley del Tránsito, pero aplicando directamente el Código Civil, ha condenado al empresario en este caso declarando que "la jurisprudencia ha uniformado su criterio en el sentido de que al amo no le basta probar que le fue difícil prever e impedir que su criado ejerciera sus funciones de modo impropio, sino que debe establecer que le fue imposible moral y materialmente. La ley no se contenta con que haya habido dificultad, sino que exige una verdadera y real imposibilidad"¹⁰.

2.1.2 Conducir en estado de ebriedad

Lo mismo sucede cuando el chofer -dependiente de la empresa transportista- conduce el vehículo bajo los efectos del alcohol y causa un accidente con daños a la víctima inocente. La doctrina jurisprudencial más reciente -aplicando también el Código Civil y bajo la vigencia de la actual Ley del Tránsito- se ha uniformado, en el sentido de hacer civilmente responsable al empresario en estos casos, y ha seña-

9 Cfr. CS del 17 de marzo de 1932, en RDJ, t. 29, secc. 1ª, p. 340. En este caso, se invocó el artículo 2320.5 CC y nuestra Corte Suprema lo interpretó restrictivamente al considerar que el conducir con exceso de velocidad era una forma impropia de realizar la labor encomendada, que eximía de toda responsabilidad civil al empresario demandado ya que, al estar físicamente lejos del dependiente/conductor, no podía dirigirlo ni controlarlo.

10 Cfr. C. Pte. Pedro Aguirre Cerda del 1 de abril de 1981, en RDJ, t. 78, secc. 4ª, pp. 52 y 53. Sin embargo, también encontramos algún fallo primitivo que condena al empresario cuando su chofer causa el daño por exceso de velocidad (Cfr. CS del 3 de julio de 1930, en RDJ, t. 28, secc. 1ª, pp. 117-126).

lado que "el cuidado y la autoridad ejercitadas por la compañía no fueron suficientes para impedir el acto causante del daño y no está probado que esos medios fueran los únicos que, ordinariamente y ejerciendo la competente autoridad, la empresa de transporte pudo emplear para impedir el ejercicio impropio de la función por parte de su dependiente"¹¹.

2.1.3. No restituir el vehículo en el lugar, día y hora señalados

Ahora bien, ¿qué sucede si el conductor no restituye el vehículo en el lugar, día y hora acordados?

En este sentido, también encontramos jurisprudencia que condena al empresario transportista cuando el accidente se produce, no obstante que el conductor habitual del vehículo no lo devolvió ni guardó en los estacionamientos de la empresa a la hora señalada.

Nuestra Corte Suprema, aplicando el artículo 2320 del Código Civil, condenó civilmente al empresario por los daños causados por su chofer, quien no devolvió el vehículo a la hora indicada. La empresa demandada alegó que no era civilmente responsable, porque su dependiente había contravenido abiertamente las instrucciones entregadas, ya que se le habían dado órdenes estrictas en el sentido de que el respectivo camión debía quedar estacionado frente a las oficinas de la sociedad a las 12:30 h y el accidente se originó poco antes de las 13:00 h. No obstante ello, nuestro máximo Tribunal señaló que "atendida la naturaleza del trabajo que desarrollaba Quiroz, y siendo lógico que pudiera tener atrasos en el reparto que hacía, no le era posible observar la estrictez de aquellas órdenes, con las cuales la demandada -en vez de tomar precauciones para evitar que el camión se viera envuelto en un accidente del tránsito-, contribuía a que se produjeran, por la necesidad en que podía verse el chofer de darle más velocidad al vehículo para ser puntual en la hora de llegada."¹²

2.1.4 La sustitución in consentida en la conducción del vehículo

Ahora bien, ¿qué sucede si otro dependiente de la empresa transportista -sin autorización del empresario ni del conductor habitual- sube al vehículo y lo

11 Cfr. CS. del 18 de mayo de 1981, en RDJ, t. 78, secc. 4ª, 1981, pp. 88 y ss. y C. de Concepción del 23 de mayo de 1990, en RDJ, t. 87, secc. 2ª, 1989, pp. 99 y ss.

12 Cfr. CS del 19 de agosto de 1948, en RDJ, t. 45, secc. 1ª, pp. 704 y ss. Resulta interesante destacar que esta sentencia declara -aunque *obiter dicta*- que una defectuosa organización de la empresa condujo a que el chofer incurriera en el exceso de velocidad. En otros términos, la "culpa en la organización empresarial" es un criterio válido para imputar el daño extracontractual. Por otro lado, y bajo la vigencia y aplicación de la actual Ley del Tránsito, la Corte Suprema ha condenado al empresario en idéntico supuesto. Cfr. CS del 22 de noviembre de 1976, en RDJ, t. 73, secc. 4ª, pp. 234 y ss. En este caso, la Corte condenó al Fisco -pues se trataba de un chofer del Estado (funcionario público)-, aunque el Consejo de Defensa alegó

conduce, con daño para terceros? La doctrina comparada ha llamado a este supuesto la 'sustitución irconsentida' del vehículo de la empresa, en contraposición con la 'autorización consentida', que se produce toda vez que el propio dependiente -e incluso, el propio empresario- autorizan o consienten que un tercero conduzca el vehículo.

Nuestra jurisprudencia -vigente la Ley del Tránsito, pero aplicando el Código Civil- ha señalado que el empresario dueño del vehículo es civilmente responsable de los daños causados por el dependiente que, en clara extralimitación de sus funciones, había subido al camión justo cuando el conductor habitual había bajado transitoriamente del mismo, conduciéndolo con daño para terceros¹³.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia objetiva la responsabilidad civil del empresario transportista mediante un progresivo aumento del llamado '*scope of employment*', es decir, disminuyendo la eficacia exonerativa de las llamadas 'extralimitaciones funcionales'.

2.2 El dependiente o conductor anónimo

Este expediente de objetivación de la responsabilidad civil del empresario es una ingeniosa creación jurisprudencial, en virtud de la cual se declara que no es necesario que

la prueba liberatoria del artículo 174. 2º de la Ley del Tránsito, es decir, que al no devolver el vehículo al lugar y hora convenido, se entendía que le fue tomado sin su conocimiento o autorización. Sin embargo, la Corte Suprema entendió lo contrario y condenó al propietario demandado señalando que "no puede sostenerse que por no haber devuelto el vehículo ese día a la hora en que debió hacerlo, signifique haberlo tomado sin la autorización necesaria." En este caso, el único motivo de casación consistió en la pretendida infracción del artículo 174.2º LT (no se discutió la aplicación del Código Civil) ya que, a juicio del recurrente, el no restituir el vehículo en tiempo y lugar oportuno configuraba la causal eximente de haber sido tomado el vehículo sin conocimiento o autorización del propietario. Debemos hacer notar aquí que nuestra jurisprudencia ha sido siempre más estricta respecto de la responsabilidad civil del Estado Administrador que respecto de un simple particular (empresa o sujeto privado dueño del vehículo).

13 Cfr. CS del 21 de junio de 1941, en RDJ, t. 39, secc. 1ª, 1941, pp. 78 y ss. En este caso, la demanda contra el empresario se fundó en los artículos 2314 y 2329 CC (responsabilidad por el hecho propio) y no utilizaron el mecanismo de la responsabilidad por el hecho de los dependientes. Ver también C. de Santiago del 03 de junio de 1973, en RDJ, t. 70, secc. 4ª, 1973, pp. 65 y ss. En este caso, la acción entablada se fundó conjuntamente en la Ley del Tránsito y en el Código Civil. La empresa alegó, sin éxito, que el agente directo del daño -uno de sus obreros- había actuado al margen de sus funciones, pues se subió al jeep en forma sorpresiva y lo condujo sin estar autorizado para ello, pues era un simple obrero de la compañía que estaba contratado sólo para cortar y reponer los servicios de gas. Frente a esta clara extralimitación laboral, nuestra jurisprudencia condena civilmente al empresario -aunque no era dueño del vehículo, sino un simple arrendatario-, y declara que para que sea procedente la exculpación liberatoria (ejercicio impropio de las funciones) es necesario "que la prueba hubiese estado encaminada a justificar su conducta absolutoria, vale decir, que se hacía necesario e imprescindible que diera a conocer al tribunal las medidas concretas y positivas tendientes a que, durante las labores habituales, el jeep no lo manejara otra persona que no fuera el chofer habitual, don Juan Omar Pérez Boza."

la víctima individualice al dependiente concreto que, directa y materialmente causó el daño -dirigiendo contra él su demanda-, ya que puede perseguir la responsabilidad directa del empresario transportista quien, después de pagada la indemnización -y si lo desea-, puede buscar al conductor culpable concreto y dirigir contra él la demanda.

En otros términos, la jurisprudencia -siguiendo la doctrina de Alessandri- ha establecido la responsabilidad directa del empresario, y la no necesidad de individualizar al dependiente/conductor concreto que con culpa causó el accidente, dirigiendo contra él la demanda indemnizatoria. El empresario no puede oponer la excepción de *litis consortio* pasivo necesario contra la víctima que no demanda al chofer o conductor culpable¹⁴.

Esta postura jurisprudencial es la directa consecuencia del régimen presuntivo de responsabilidad civil establecido en nuestro Código Civil, pues si se hubiera establecido un régimen de responsabilidad vicaria e indirecta, quizá hubiera sido muy difícil para nuestra jurisprudencia utilizar este mecanismo objetivador, ya que en el régimen de responsabilidad indirecta es necesario acreditar la culpa del dependiente, pues ella es condición *sine qua non* para perseguir la responsabilidad del principal. ¿Y cómo establecer esta culpa/responsabilidad sino emplazando válidamente al dependiente en el juicio seguido contra el empresario?¹⁵

2.3 La llamada 'insuficiencia de las medidas adoptadas' o 'el no agotamiento de la diligencia debida'

Este expediente objetivador ha sido utilizado por la jurisprudencia comparada en aquellos ordenamientos que establecen el sistema de responsabilidad por culpa presunta del empresario y, por ello, le otorgan formalmente una prueba liberatoria: sin perjuicio de haber adoptado las medidas de prudencia, no se pudo impedir el daño¹⁶. En pocas palabras, nuestra jurisprudencia ha señalado en múltiples ocasiones -y bajo la aplicación exclusiva del Código Civil- "que la empresa demandada es responsable de los daños resultantes del accidente materia del juicio, por cuanto ellos fueron ocasionados por manifiesta culpa del chofer y dependiente de la demandada, y por cuanto ésta no ha demostrado que tomó todas las precauciones necesarias que demostraran que hubo de su parte el cuidado con-

14 Cfr. CS del 21 de septiembre de 1983, en RDJ, t. 80, secc. 1ª, 1983, pp. 88 y ss. Aunque esta sentencia aplica la solidaridad pasiva entre el propietario y el conductor, establecida excepcionalmente en la Ley del Tránsito, señala expresamente que no es necesario demandar al conductor culpable, porque la responsabilidad del primero es directa y no subsidiaria.

15 Para una explicación más detallada del régimen de responsabilidad vicaria y, particularmente, su evolución jurisprudencial en Francia, ver ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por el daño causado por su dependiente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 325-356. También puede consultarse ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario en el Código Civil francés*, en el Libro Homenaje a don Fernando Fueyo Laneri (Obra Colectiva), Editorial Ediar-Conosur, Santiago, 1996 (en prensa).

16 Nuestro Código Civil estableció esta prueba liberatoria en su artículo 2320, inciso final: "Pero cesará la obligación de estas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe no hubieren podido impedir el hecho".

veniente¹⁷. En todos estos casos, la jurisprudencia -aplicando el Código Civil- objetiva la responsabilidad civil del empresario transportista a través de una creciente dificultad de alegar con éxito la prueba liberatoria contemplada en la parte final del artículo 2320 del Código Civil.

En este mismo sentido, se ha llegado a decir que “la jurisprudencia ha uniformado su criterio, en el sentido de que al amo no le basta probar que le fue difícil prever o impedir que el criado ejerciera sus funciones de un modo impropio; debe establecer que le fue imposible moral o materialmente. La ley no se contenta con que haya habido dificultad; exige una verdadera y real imposibilidad. Aun más, la praxis judicial ha indicado que tampoco le basta probar que instruye y vigila a sus criados porque si, a pesar de esta instrucción y vigilancia cometen hechos ilícitos, significa que aquéllas son insuficientes o desobedecidas y no concurren, por tanto, al propósito de evitarlos, que indudablemente tiene el amo¹⁸.”

Este mecanismo objetivador tiene gran importancia práctica, pues deja a criterio del sentenciador el decidir cuándo las medidas adoptadas por el empresario demandado son suficiente prueba liberatoria y cuándo son insuficientes para eximir de toda responsabilidad civil al demandado.

2.4 Una formal responsabilidad por culpa esconde una real responsabilidad vicaria

Existe jurisprudencia que -aunque formalmente hable de la culpa en la elección o vigilancia del dependiente- obedece, en la práctica real, a los esquemas propios de la responsabilidad vicaria, por cuanto una vez acreditada la culpa o negligencia del conductor/dependiente, se condena al empresario, sin darle la posibilidad de probar su inocencia.

17 Cfr. CS del 19 de agosto de 1948, en RDJ, t. 45, secc. 1ª, p. 704 y ss. En este caso, la empresa transportista había acreditado al menos los siguientes hechos, en aras a su plena diligencia: 1) que el conductor dependiente era un chofer de mucha práctica en su oficio; 2) que era persona sobria y competente para cumplir su encargo; 3) que nunca antes había tenido accidentes; 4) que previa estas comprobaciones, la empresa demandada lo tomó a su servicio; 5) que el camión de la empresa era un vehículo moderno, en perfecto estado de conservación y de funcionamiento; y 6) que estaba provisto de un regulador para impedir el desarrollo de altas velocidades. El fallo de primera instancia condenó al empresario transportista porque “no tomó el máximo de precauciones, pues si bien cuidó de establecer en sus vehículos un dispositivo especial que los pusiera a cubierto de un exceso de velocidad, no cuidó de vigilar convenientemente que tal dispositivo se encontrara arreglado para el máximo de velocidad permitida, ni tampoco sus buenas condiciones de funcionamiento (...)”. El abogado recurrente defendió a la empresa alegando que esta sentencia suponía que el gerente de la sociedad anónima demandada debió examinar diariamente el motor del automóvil de reparto y hacer correr el vehículo para apreciar si el regulador de velocidades funcionaba o no. Todo esto era artificioso e ilegal, contrario a la realidad y al más elemental concepto de equidad. Sin embargo, la Corte Suprema confirmó el fallo recurrido, declarando que si se había acreditado la culpa del chofer conductor por manejar con exceso de velocidad y el vínculo de subordinación del chofer con la empresa, ésta debía responder por cuanto “no ha demostrado con la prueba rendida que hubiera tomado todas las medidas necesarias que demostraran que hubo de su parte el cuidado conveniente.”

18 Cfr. C de Apelaciones Pte. P. Aguirre Cerda del 1 de abril de 1981, RDJ, t. 78, secc. 4ª, 1981, p. 52.

Así, por ejemplo, existe jurisprudencia que ha señalado que “la responsabilidad que se estudia, al igual que todas las que derivan del hecho ajeno consagradas en el artículo 2320, se funda en una presunción de culpa. La ley entiende que el empresario -desde el instante en que el dependiente está bajo su orden y dirección- está obligado a vigilar su conducta para evitar que ocasione daños a otro. Es natural, por tanto, suponer que si el daño se ha producido es porque la vigilancia no fue eficaz o no se tomaron las medidas para impedirlo. Producido un acto ilícito del dependiente (chofer del camión), la ley presume la responsabilidad del empleador, la que se basa en una omisión, descuido o negligencia de su parte, ya que ella hizo posible el actuar reprochable (...) Como el demandado Claudio Espinoza, en su calidad de amo, no ha probado la inexistencia de culpa del chofer -reo Cuevas- en el hecho cometido por éste en el ejercicio de sus funciones, su responsabilidad civil en el delito culposo aparece claramente justificada”¹⁹.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROPIETARIO EN EL ACTUAL ARTÍCULO 174 INCISO 2º DE LA LEY DEL TRÁNSITO Y EN LA JURISPRUDENCIA QUE LO INTERPRETA. NATURALEZA Y ACTUALES LÍMITES

3.1 Introducción

Por otro lado, es necesario detenerse en la responsabilidad del propietario establecida en el artículo 174 de la actual Ley del Tránsito. Este precepto señala expresamente: “Sin perjuicio de la responsabilidad de otras personas en conformidad al derecho común, estarán obligados solidariamente al pago de los daños y perjuicios causados, el conductor y el propietario del vehículo, a menos que este último pruebe que el vehículo le ha sido tomado sin su conocimiento o autorización expresa o tácita”.

Es decir, la propia Ley del Tránsito estableció un régimen de responsabilidad más estricta para el propietario del vehículo, dejando plenamente vigente y aplicable el sistema tradicional del Código Civil para otras personas -distintas del propietario-, eventualmente responsables del mismo e idéntico daño.

19 Cfr. C. de Concepción del 7 de noviembre de 1995, en RDJ, t. 82, Nº3, secc. 4ª, pp. 280 y ss. Aunque esta sentencia se dictó estando vigente la actual Ley del Tránsito, la Corte interpretó el Código Civil y declaró que una vez establecida la ilicitud/culpabilidad de la conducta del dependiente, la responsabilidad/culpabilidad del empresario se presume. En la práctica, esta presunción opera al modo de una presunción de derecho pues -establecidos aquellos supuestos- el Tribunal no admite prueba en contrario.

3.2 Naturaleza jurídica de esta nueva forma de responsabilidad civil

De la historia fidedigna del establecimiento de nuestra primera Ley del Tránsito (Ley 15.123, de 1962) se desprende claramente que la intención del legislador fue crear un supuesto de responsabilidad estricta o sin culpa para el dueño del vehículo, diversa y más estricta que la establecida en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil.

Así, los incisos 2° y 3° del artículo 5 del Proyecto enviado por el Ejecutivo al Congreso expresaban que sólo respondía el propietario cuando, de los antecedentes allegados a la causa, apareciere que no había tenido la debida diligencia y el cuidado necesario en la elección del conductor o que había entregado el vehículo en condiciones que lo hacían peligroso para la vida o la propiedad de las personas, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 2320, 2321 y 2322 del Código Civil. No obstante ello, el Senado, en el primer trámite constitucional, modificó totalmente este sistema y estableció una responsabilidad estricta para el propietario, al no darle la posibilidad de probar su diligencia en la elección y vigilancia del conductor o en el mantenimiento del vehículo²⁰.

Sin embargo, nuestros legisladores no señalaron la razón que les motivó a agravar esta responsabilidad civil, estableciendo aparentemente sólo una eximente de responsabilidad civil o hecho impeditivo: el llamado hurto de uso.

Esta disposición -y el régimen de responsabilidad civil en ella contenido- se ha mantenido inalterada hasta el día de hoy. En la práctica ha ido adquiriendo una creciente importancia, por cuanto la disociación entre el propietario y el conductor/agente directo del daño es un fenómeno cada día más habitual. En particular, esta disociación se aprecia claramente en el supuesto en estudio, pues el empresario transportista no conduce personalmente sus vehículos sino que autoriza, expresa o tácitamente, que sean conducidos por terceros²¹.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad del empresario transportista en la actual Ley del Tránsito?

A la luz de las diversas doctrinas que intentan fundar o explicar la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del empresario, creemos que no se trata -como lo ha señalado algún fallo aislado- de una responsabilidad puramente obje-

20 Cfr. Boletín N° 20.086 del Senado, del 22 de agosto de 1962.

21 Como ya lo decíamos anteriormente -al distinguir entre el uso empresarial y el simple uso privado del vehículo a motor (ref. nota 1)-, la autorización hecha por el empresario respecto de los conductores de sus vehículos se diferencia de la simple autorización que se produce en los préstamos gratuitos por motivos de simple amistad o parentesco. En el primer caso, estamos ante un claro uso empresarial del vehículo (la autorización empresarial es permanente e interesada) y en el segundo, en un caso de uso privado del vehículo a motor (la autorización del dueño es esporádica y gratuita). Nosotros sólo trataremos el uso empresarial del vehículo.

tiva, *in re ipsa* o por el sólo hecho de ser dueño del vehículo sino, por el contrario, de una responsabilidad que se funda y explica en la doctrina del riesgo de empresa, es decir, en el control y dirección empresarial del riesgo de una cosa y/o actividad peligrosa.

Estimamos que la responsabilidad civil del propietario en la Ley del Tránsito -y particularmente cuando se refiere a supuestos de uso empresarial del vehículo a motor- obedece a los esquemas propios de la responsabilidad por riesgo de empresa. De esta forma, creemos que dicha responsabilidad civil no se identifica en absoluto con la responsabilidad puramente objetiva, causal o *in re ipsa* del propietario, pues en este caso existen claros límites de su responsabilidad (hechos impositivos) que sólo se explican si esta responsabilidad no se fundamenta en el sólo dominio o propiedad del vehículo, sino en la titularidad empresarial sobre los riesgos propios o típicos de la cosa que se detenta y/o de la actividad que se desarrolla con tales vehículos.

3.3 Límites o hechos impositivos de la responsabilidad del propietario

Si la responsabilidad del propietario fuera *in re ipsa*, su obligación indemnizatoria sería puramente causal o material, es decir, debería responder frente a la víctima una vez acreditado el daño, la propiedad del vehículo y la relación causal entre dicho vehículo y el accidente que causó el perjuicio respectivo. Sin embargo, ello no es así, pues existen diversos límites o hechos impositivos de esta clase de responsabilidad.

3.3.1 El llamado hurto de uso

El llamado 'hurto de uso' es el hecho impositivo por excelencia en esta clase de responsabilidad civil, y está expresamente contemplado en nuestro ordenamiento positivo. La parte final del inciso 2º del artículo 174 de la Ley de Tránsito señala que el propietario es civilmente responsable "a menos que pruebe que el vehículo le ha sido tomado sin su conocimiento o autorización expresa o tácita".

Este límite de la responsabilidad civil del transportista -de universal aplicación práctica- se configura toda vez que un dependiente de la empresa, sin conocimiento o autorización del empresario o de sus legítimos representantes, toma el vehículo de la misma para usarlo en beneficio exclusivamente personal.

Sin embargo, no siempre es fácil determinar cuándo se configura esta causal y cuándo no, ya que el término "tomar", utilizado por el legislador, es poco preciso y sólo dice relación con el inicio de la conducción, de forma tal que no engloba otras situaciones donde la conducta del dependiente es claramente abusiva y debiera, por tanto, conducir a eximir la responsabilidad del empresario demandado.

En relación con nuestra jurisprudencia, debemos hacer presente que mucho antes de que se dictara la primera Ley del Tránsito, nuestros tribunales recono-

cían la existencia de este hecho impeditivo y aceptaban esta prueba liberatoria en favor del empresario demandado, aplicando directamente el Código Civil. Así, encontramos una sentencia de la Corte Suprema, del 9 de septiembre de 1924, en la cual se eximió de toda responsabilidad civil al empresario demandado porque su dependiente había sacado el automóvil de la empresa, contraviniendo sus órdenes y la de sus legítimos representantes, saliendo a pasear con unos amigos²².

Sin embargo, la Corte Suprema, en una interpretación extensiva y objetivista, ha señalado que el no devolver el vehículo en el lugar, fecha y hora convenidos, para utilizarlo en interés del propio conductor/dependiente, no constituye causal eximente de responsabilidad porque “el dueño sólo podrá excusar su responsabilidad cuando el vehículo haya sido sustraído de su esfera de poder sin intervenir relación causal alguna entre el propietario y el conductor en cuanto al uso u ocupación del vehículo; esto es (...) que el propietario de un vehículo sólo estará exento de responsabilidad civil en el caso de probar la inexistencia de todo vínculo con el conductor”²³.

De esta forma, nuestra jurisprudencia hace extremadamente difícil la prueba liberatoria para el empresario transportista, pues pocas veces éste podrá probar

22 Cfr. CS del 9 de septiembre de 1924, en RDJ, t. 24, secc. 1^a, 1927, pp. 670 y ss. Aunque nuestro Tribunal de Casación desechó el recurso por aspectos formales, vino a confirmar el fallo de la Corte de Apelaciones en el cual se estableció que “el patrón no responde de todos los actos de su empleado por el sólo hecho de serlo, y es preciso que se trate de un acto del servicio y que, en todo caso, se establezca la culpa del patrón; aquéello, porque sólo entonces es patrón, y ésto, porque sin culpa no hay responsabilidad alguna.”

23 Cfr. CS del 22 de noviembre de 1976, en RDJ, t. 73, secc. 4^a, 1976, pp. 234 y ss. Esta sentencia tiene particular interés porque se detiene en el llamado “hurto de uso” como causal eximente de responsabilidad civil del propietario, y explica lo que la doctrina anglosajona ha denominado “*frolic and detour problem*”. En la especie se trataba del accidente causado por el chofer de un camión fiscal (perteneciente al Departamento de Obras Fluviales) que, a las 22:30 h aproximadamente, embistió a un autobús detenido en su pista de circulación en espera del cambio de luces en un semáforo. El referido chofer había retirado el camión del lugar en que se guardaba habitualmente para cumplir con sus labores normales. Para ello contó con el consentimiento o autorización de sus jefes inmediatos. Debía guardarlo en dicho local a las 18:00 horas de ese día. Ambas instancias condenaron al Fisco a indemnizar perjuicios en virtud del artículo 68.2^o de la entonces vigente Ley del Tránsito. El Fisco dedujo recurso de casación en el Fondo, alegando el quebrantamiento de la citada norma legal en relación con el artículo 19 del Código Civil. El Consejo de Defensa del Estado sostuvo que si la palabra “tomar” significa “asir” o “coger” una cosa, es necesario concluir que dicho vocablo también conlleva el significado de “tener”, y no puede discutirse que el conductor fiscal, al momento del accidente, “tenía” el vehículo bajo su poder, sin autorización o conocimiento de sus jefes. Sostuvo también que la entrega voluntaria al inicio de la jornada de trabajo está condicionada al desempeño de sus funciones normales en beneficio fiscal y enmarcada dentro del tiempo, en lo que es su jornada de trabajo; no puede ser usado en beneficio particular, y para que se use fuera de las horas normales de trabajo, es necesario contar con permiso especial escrito. En conclusión, el recurso del Fisco sostuvo que no podía sostenerse válidamente que si el conductor no entrega el vehículo al término de la jornada habitual y lo continúa usando más allá de la hora, lo está haciendo con autorización expresa o tácita del dueño. La Corte Suprema, sin embargo, desechó el recurso y declaró que “no puede sostenerse válidamente que por no haberlo devuelto ese día a la hora en que debió hacerlo, signifique que el chofer haya tomado el vehículo sin la autorización necesaria, toda vez que ya la tenía, actitud que daría motivo a otras sanciones por la desobediencia a los Reglamentos especiales del caso, pero insuficientes para con ello eliminar la responsabilidad civil del propietario.”

que sus vehículos han sido hurtados o tomados sin su conocimiento o autorización expresa o tácita.

Esta solución jurisprudencial se acerca a la fuerte tendencia objetivadora que se observa en el Derecho comparado, donde se hace cada día más difícil la operatividad práctica de esta defensa del propietario²⁴.

Asimismo, la doctrina extranjera ha señalado que, tratándose del uso empresarial del vehículo, es evidente que todo transportista autoriza expresa o tácitamente a sus conductores para usar los vehículos de la empresa en cumplimiento del giro propio, estableciendo, incluso, mecanismos para que dicho uso sea lo más eficiente y expedito posible. Esta permanente disponibilidad del vehículo en favor de una mayor eficiencia y rendimiento de la propia empresa hace pensar -a la doctrina extranjera- que esta prueba liberatoria debe restringirse o limitarse aún más para el empresario, quien sólo podría alegar hurto de uso si el conductor -contra prohibición expresa y saltándose los mecanismos idóneos de custodia- lo ha sacado del garaje donde estaba guardado, o bien lo ha utilizado en una forma diversa a la autorizada. En este último caso, la defensa del empresario se identifica con las normas generales de responsabilidad por los dependientes²⁵.

24 Asi, en relación con esta prueba liberatoria, la doctrina comparada ha ensayado tres posibles soluciones: a) tener por suficiente causal de eximición la prueba de que la circulación y conducción del vehículo se ha realizado al margen de la voluntad expresa o tácita del propietario, es decir, sin su conocimiento o autorización; b) sostener que, para que opere este hecho impeditivo, no basta la falta de conocimiento o autorización del propietario sino que es necesario que éste haya prohibido expresa o tácitamente tal conducta específica; y c) exigir al propietario que demuestre haber adoptado medidas concretas, positivas e idóneas para impedir el uso y circulación del vehículo. En esta última postura -la más estricta de las tres- se puede citar cierta jurisprudencia italiana que, incluso en supuestos de hurto de uso, condena al empresario como civilmente responsable, cuando la sustracción fue causada -o al menos facilitada- por un defecto en la custodia del vehículo imputable al propietario. La jurisprudencia italiana ha exigido la "idoneidad concreta del medio empleado por el propietario para evitar la sustracción o circulación abusiva". Por ello ha exonerado al propietario cuando el conductor ha logrado sacar el vehículo mediante la sustracción de las llaves que se guardaban en lugar seguro, pero, en cambio, le ha condenado cuando dichas llaves estaban a disposición del público o el contacto del vehículo se podía lograr mediante el uso de un simple cortaplumas. Cfr. BONACCI BENUCCI, E., *La responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, pp. 132 y 133.

25 Cfr. CAVANILLAS MÚJICA, S., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 26 de junio de 1990*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil Nº 23, 1990, pp. 761-772. El autor realiza un agudo y sugerente comentario a una sentencia que exime de toda responsabilidad civil al empresario transportista en un caso de extralimitación funcional del conductor y concluye que "mientras que para un simple propietario de un automóvil la posibilidad de que éste sea empleado sin su consentimiento por una persona que tenga acceso al mismo se presente como atípica, la posibilidad mencionada se presenta en una empresa como la calculable consecuencia de una disponibilidad necesaria o, al menos, conveniente para el mejor servicio. (...) La utilización in consentida de un instrumento de la empresa constituye, por tanto, uno de sus riesgos típicos y, tratándose de objetos dotados de cierta peligrosidad, permite establecer la responsabilidad del empleador."

3.3.2 Las llamadas cesiones o entregas abdicativas: pérdida de la calidad de detentador o explotador del vehículo

En el Derecho comparado, éste constituye otro hecho impositivo de la responsabilidad civil del empresario transportista, ya que puede también eximirse de la responsabilidad civil que se le imputa si prueba que -no obstante ser dueño- ha dejado de ser 'detentador' o 'explotador' del vehículo, porque ha cedido -en forma más o menos permanente- el uso y goce del mismo a un tercero, en virtud de un contrato gratuito u oneroso.

En una postura extrema, cabría argumentar contra el propietario/empresario -y a favor de la víctima- que al haber cedido su vehículo a un tercero, ha existido autorización, expresa o tácita, para usar y conducir el mismo, no pudiendo acogerse a la prueba liberatoria del inciso 2º del artículo 174 de la Ley de Tránsito. Sin embargo, la jurisprudencia ha dicho que la autorización o cesión gratuita (por parentesco o simple amistad) no exime de responsabilidad civil al propietario²⁶. Por ello, y *contrario sensu*, toda cesión onerosa o con causa comercial tiene la virtud de transferir la calidad de 'detentador' al tercero cesionario y, con ello, la responsabilidad civil por los accidentes que cause el vehículo.

Así, por ejemplo, en Chile existe jurisprudencia que ha negado toda responsabilidad civil al propietario de un vehículo cuando lo ha cedido en forma permanente a un empresario para que este último lo use en el giro o tráfico de su propia empresa²⁷. Así también, nuestra jurisprudencia ha eximido de toda responsabilidad civil al empresario demandado por los daños causados por el dependiente del garaje en el que había dejado su vehículo quien, probando los frenos del mismo, causa un accidente con daños para un transeúnte. En este preciso caso, nuestra jurisprudencia ha sido clara al señalar que el empresario dueño queda libre de toda responsabilidad civil -no obstante existir autorización expresa para conducir el vehículo en prueba de la eficacia de la reparación practicada- porque "el entre-

26 Cfr. C. del Rancagua del 18 de marzo de 1986, en RDJ, t. 78, secc. 4ª, pp. 36 y ss.

27 Cfr. C. del Santiago del 9 de agosto de 1960, en RDJ, t. 57, secc. 4ª, pp. 229 y ss. Es importante destacar, en primer término, que este fallo se dictó con anterioridad a la dictación de la primera Ley del Tránsito y, por tanto, en aplicación exclusiva de los artículos 2320 y 2322 del Código Civil. En el caso concreto, el propietario de un camión se lo había prestado en forma indefinida a su hermano para que éste lo utilizara en su giro comercial (empresario agrícola). Quedó probado en la instancia que éste último era el empleador habitual o permanente del conductor a la época del accidente, y que daba personalmente instrucciones a sus choferes sobre el estado de sus camiones y revisión de frenos. En relación con la responsabilidad civil del propietario, la Corte declaró en su considerando 15º "que con relación a José Jorge Jottar Isa, la acción civil deducida en contra suya en el primer otroso del escrito de acusación de fojas 71 es improcedente, toda vez que lo único que aduce para estimar que esta persona ha contraído responsabilidad por los daños y perjuicios de que se trata es el hecho de ser dueño del camión gobernado por el reo Arenas (conductor), hecho que, por sí solo, no le acarrea legalmente tal responsabilidad." Quizá el fallo hubiera sido diverso bajo la vigencia de la responsabilidad solidaria entre propietario y conductor establecida en la Ley del Tránsito.

garlo a un mecánico para ser reparado supone un contrato de prestación de servicios -o cualquiera otro innominado- en cuya virtud aquél se compromete a repararlo y el dueño del automóvil a pagar una suma determinada por el trabajo. Ahora bien, el entregar el vehículo mediando dicho contrato implica, a juicio de esta Corte, traspasar la responsabilidad del cuidado de éste al mecánico que se obliga a repararlo, extendiéndose esta responsabilidad a lo que pueda ocurrir si es necesario poner en movimiento el coche para verificar si el trabajo efectuado ha tenido éxito²⁸.

Estos casos demuestran que la responsabilidad del titular del vehículo no es objetiva o *in re ipsa*, sino que se trata de una responsabilidad estricta por riesgo creado, que sólo opera si existe un control o dirección efectiva sobre la cosa riesgosa. Quizá detrás de toda esta jurisprudencia está latente el concepto jurídico de detentador o explotador del vehículo. El empresario transportista no puede ser responsable de todos los accidentes que se causen con su vehículo, sino sólo de aquéllos que se causan siendo él detentador, explotador o titular de los riesgos típicos del vehículo. Por este motivo, pensamos que no debiera responder cuando ha cedido la dirección y el control del vehículo a un tercero, en virtud de un contrato oneroso.

Sin embargo, no podemos decir que esta doctrina esté firmemente establecida y claramente aplicada por nuestros tribunales. Así, por ejemplo, existe algún fallo que condena civilmente al propietario, no obstante existir un contrato de

28 Cfr. C. de Rancagua del 18 de marzo de 1986, en RDJ, t. 86, secc. 4ª, pp. 36 y ss. En el primer "Vistos" de la sentencia, la Corte señala "que habiendo expresado el demandado civil señor Meléndez (propietario) que entregó su automóvil al reo para su arreglo, es evidente que ello importa una autorización expresa de su parte para que el reo lo llevara a su taller, lo reparara y, eventualmente, lo pusiera en movimiento para probarlo. Y siendo así, lo que corresponde averiguar para decidir si Meléndez es o no responsable solidario de los daños derivados del cuasidelito perpetrado por Baez (conductor/mecánico), es determinar hasta dónde se extiende la mencionada responsabilidad refleja del dueño del vehículo derivada de aquella autorización". En el "Vistos" Cuarto, la Corte declara que "dentro del contexto de esa disposición (artículo 65 de la Ley del Tránsito vigente en aquella época), tal consentimiento constituye un acto de mera liberalidad por parte del dueño y, por lo mismo, es lógico que se le haga solidariamente responsable de lo que pueda ocurrir como consecuencia del manejo que el tercero haga del vehículo". Sin embargo, estamos conscientes que ayudó a eximir de responsabilidad al dueño el hecho de que el accidente se produjo cuando el mecánico, una vez reparado el sistema eléctrico en otro garaje especializado, decidió partir hacia Las Cabras para, según dijo el reo, "probarlo", lo cual resultaba innecesario, por tratarse de una falla del sistema eléctrico, cuyo funcionamiento correcto o incorrecto puede verificarse estando el vehículo inmóvil, bastando para ello que funcione el motor y demás elementos que integran aquél. Como puede advertirse, el accidente se produjo cuando la falla que determinó el ingreso del vehículo al taller del mecánico/conductor y agente directo del daño, estaba ya reparada provisoriamente y con la recomendación del experto de cambiar la pieza defectuosa, es decir, en un acto totalmente desconectado del aludido contrato, de modo que la responsabilidad civil del reo de ningún modo cabe extenderla al dueño del vehículo. Quizá la decisión judicial hubiera sido diferente en caso de no existir esa clara extralimitación de las funciones encomendadas por el contrato de reparación en el garaje.

reparación en taller o garaje, con un tercero independiente. Incluso se ha llegado a señalar que la prohibición de uso impuesta al mecánico en el contrato respectivo no es oponible a la víctima, por estar contenida en un contrato que sólo produce efectos entre las partes²⁹.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ARRENDAMIENTO DEL VEHÍCULO

Un supuesto de gran interés teórico y práctico en el Derecho comparado lo constituye el arrendamiento de vehículos a motor, empresarialmente organizados. ¿Quién responde civilmente si el arrendatario -o sus parientes, amigos o depen-

29 Cfr. 4º Juzgado de Policía Local de Santiago del 28 de febrero de 1973, en RDJ, t. 70, secc. 4ª, pp. 28 y ss. En el caso concreto, un Capitán de Ejército -con autorización del Teniente Coronel- mandó a reparar su vehículo particular a la Maestranza de Mantenimiento del Ejército de Chile, pero llegando a un acuerdo directo con el mecánico de dicha repartición. De acuerdo con la reglamentación vigente en relación con los vehículos entregados en reparación en dicho lugar, éstos no podían ser utilizados ni retirados del lugar, sin autorización y premunidos de la respectiva tarjeta de servicio. Sin embargo, esta reglamentación sólo es aplicable a los vehículos de la Maestranza y no a los vehículos de propiedad particular que se entregan para su reparación por un convenio directo entre el particular y el mecánico que se obliga a repararlo. Este fallo condena al propietario en una interpretación restrictiva de la especial prueba liberatoria de la Ley del Tránsito, pues sostiene "que es irredargüible que la excepción contenida en la parte final del inciso segundo del artículo 68 de la Ley 15.231 (Ley del Tránsito) se refiere al caso en que el vehículo es sacado de la esfera de poder del propietario sin mediar relación de causalidad con el dueño; hecho que aparece probado por el verbo empleado y reafirmado por la circunstancia de que dicho hecho debe ocurrir sin "conocimiento o autorización expresa o tácita de éste" (...) Que, en consecuencia, no es posible aceptar la alegación del demandado Escobar en cuanto que su vehículo le fue tomado sin su conocimiento o autorización expresa o tácita, porque, como se ha visto, él lo entregó voluntariamente para su reparación. Es decir, existió pleno consentimiento del demandado señor Escobar (propietario), cuando entregó el Station Wagon de su propiedad para su reparación, saliendo de su esfera de poder por ese hecho, lo que se aparta absolutamente del caso de excepción descrito en la parte final del artículo 68 de la Ley 15.231. Que, a mayor abundamiento, en el supuesto de que el demandado Escobar hubiera entregado su vehículo con la expresa prohibición de uso, dicha prohibición -por estar contenida en un contrato- solamente produce efectos respecto de las partes, pero en caso alguno afectará a terceros y no podrá limitar la responsabilidad legal objetiva establecida en la Ley. Que aceptar como excepción del principio de la responsabilidad legal objetiva establecido en el inciso segundo del artículo 68 de la Ley del Tránsito, las prohibiciones de uso que se impongan en un contrato, importa vulnerar doblemente el orden jurídico. En primer lugar, se vulnera la norma que establece que los contratos solamente producen sus efectos respecto de las partes que los convienen. En segundo lugar, se vulnera la norma de interpretación restrictiva de las excepciones, puesto que se da carácter de excepción a un hecho no sancionado por la ley como tal". Este fallo fue apelado pero se declaró desierta la apelación. Pensamos que la falta de revisión del fallo por las Cortes respectivas motivó que permaneciera a firme una doctrina en extremo objetivista y muy perjudicial para precisar bien la naturaleza y límites de la responsabilidad civil del propietario.

dientes- causa un accidente, con daño a terceros? ¿Puede la víctima demandar al dueño arrendador?

En este sentido, se pueden distinguir dos tipos de arrendamiento de vehículos: a) el arrendamiento con conductor y b) el arrendamiento sin conductor.

a) En el primer caso, el empresario que arrienda vehículos con conductor puede o no ser dueño del vehículo, pero podrá ser civilmente responsable, de acuerdo a las reglas generales, por el hecho de sus dependientes o auxiliares, si el conductor dependiente causa un accidente con dolo o culpa.

b) Sin embargo, en el segundo caso -arrendamiento de vehículos sin conductor-, la cuestión es mucho más compleja, pues no se presenta la figura del conductor dependiente del empresario demandado. No se trataría de una responsabilidad por el hecho de los dependientes ni tampoco una simple responsabilidad causal *ex re o in re ipsa*.

A este respecto, existe hoy una fuerte tendencia -guiada por la doctrina del riesgo de empresa- a considerar que el fundamento de esta responsabilidad civil lo constituye el hecho de ser ésta una clara forma de uso empresarial del vehículo a motor. Por tanto, el empresario -aunque no sea dueño ni tenga la dirección y el control material del vehículo al momento del accidente- debiera responder frente a la víctima pues, al ser un arrendador profesional -o, más bien, una empresa dedicada al arriendo de vehículos sin conductor- tiene o debe tener el control empresarial sobre los mismos. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo español ha señalado que "el empresario de tal negocio y beneficiario del mismo, ha de soportar los daños inherentes al uso de vehículos, aunque sea por persona no asalariada o no dependiente de él por vínculo laboral, porque la cesión del uso a otro, ya supone un reconocimiento implícito de su idoneidad para el manejo, y al prestar su consentimiento para que se lleve a efecto, queda vinculado a las consecuencias que de su uso se deriven, en cuanto ese uso redunde en su beneficio"³⁰.

En este aspecto, nuestra jurisprudencia publicada es escasa y no aborda directamente el problema. Así, por ejemplo, en la sentencia del 3 de junio de 1973, la Corte de Santiago señaló tácitamente que el dueño/arrendador no era civilmente responsable por los daños causados por el arrendatario con el vehículo objeto del contrato. De los hechos probados en la instancia se desprende que el dueño de un vehículo lo dio en arrendamiento, sin conductor, a una empresa de gas, de la cual era, a su vez, dependiente laboral. El día del siniestro, y mientras el conductor habitual del jeep se había bajado transitoriamente del mismo, un obrero de la compañía -que iba en el vehículo y que estaba encarga-

30 Cfr. ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por el daño causado por su dependiente*, ob. cit., pp. 415 y ss, con abundante referencia a la jurisprudencia de la 1ª y 2ª Sala del Tribunal Supremo español.

do de cortar y reponer los servicios de gas- tomó el volante, sin el conocimiento o autorización del conductor habitual, y condujo el automóvil con daños a la víctima³¹.

Así también, la Corte de Santiago ha señalado que el arrendador no es civilmente responsable si en el contrato de arrendamiento se dejó expresamente estipulado que toda la responsabilidad civil por los eventuales daños causados con el vehículo arrendado quedaba radicada en el arrendatario³².

Sin embargo, nos asalta la duda respecto del vehículo entregado al cliente en virtud de un contrato de *leasing*. Aunque el punto puede ser discutido, creemos que existen argumentos para sostener que la empresa de *leasing*, dueña del vehículo, no debe responder civilmente por los daños causados por el arrendatario o conductor respectivo. Al menos, quiero señalar dos razones: 1) la empresa de *leasing* no tiene el giro de arrendar vehículos y, como contraprestación, recibir rentas de arrendamiento, sino que se constituye con un giro basado en un contrato *sui generis* distinto y diverso al arrendamiento tradicional, que la coloca en una situación de total y absoluta independencia respecto del arrendatario, quien actúa como verdadero dueño y explotador del vehículo; 2) por la misma estructura y operatividad del contrato de *leasing*, éste no se configura como un simple título de mera tenencia por el cual el dueño autoriza al tercero a usar y gozar de la cosa con la obligación de restituir, sino que le cede permanentemente y en forma onerosa la dirección y el control del vehículo al arrendatario, quien asume la responsabilidad por el uso, dirección y destino del mismo.

5. CONCURSO DE SUJETOS CIVILMENTE RESPONSABLES

Por último, cabe referirse a un tema que tiene singular importancia jurídica y práctica: ¿qué sucede si una empresa contrata los servicios del propietario del vehículo para cumplir con su giro o tráfico habitual?

31 Cfr. C. de Santiago del 3 de junio de 1973, RDJ, t. 70, secc. 4^a, pp. 65 y ss. Si debemos destacar que en este caso no se demandó civilmente al dueño/arrendador y, por tanto, la Corte no pudo pronunciarse sobre la responsabilidad civil del mismo. Además, este caso es un claro ejemplo de pérdida de calidad de "detentador" por parte del propietario, que lo cede onerosamente a un tercero en virtud de un contrato de arrendamiento sin conductor.

32 Cfr. C. de Santiago del 29 de diciembre de 1961, en RDJ, t. 58, secc. 4^a, pp. 374 y ss. De los hechos probados en la instancia se desprende que el propietario de un taxibús lo dio en arrendamiento sin chofer a don José Castillo, chofer de taxi. A su vez, este último -en su condición de arrendatario del taxi- se lo prestó a su suegro para que lo usara como taxibús en un determinado recorrido. Por negligente conducción de este último, se causó un accidente con daño para terceros. La Corte Suprema confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones en virtud del cual se condenaba como civilmente responsable al arrendatario, no como tercero civilmente responsable ex artículo 2320 CC (responsabilidad del empresario por el hecho de su dependiente), sino como directa y personalmente culpable al ceder la conducción del vehículo a persona manifiesta y conocidamente incompetente (artículo 2314).

Es frecuente, en la práctica, que una determinada empresa -por múltiples y variados motivos- contrate los servicios del propietario de uno o varios vehículos para la prestación de una determinada actividad que exige utilizar los mismos. Así, por ejemplo, una empresa periodística puede contratar o subcontratar la entrega o distribución de sus periódicos con uno o más transportistas individuales que ponen a su disposición sus vehículos propios. Así también, una constructora puede contratar o subcontratar los servicios de retirada de escombros con otra empresa dedicada a dicho rubro; una empresa privada de correos puede contratar o subcontratar los servicios de uno o varios mensajeros que disponen de vehículos propios, o bien, una empresa productora de bebidas puede contratar la venta y distribución de las botellas con uno o varios transportistas que facilitan el vehículo y el conductor respectivo.

En todos estos casos, la empresa principal utiliza vehículos ajenos -con sus respectivos conductores- para cumplir con su giro propio. De hecho, es frecuente que algunas empresas prefieran no tener vehículos propios para efectuar su tráfico. De esta forma, ¿qué sucede si el conductor dependiente de la empresa contratada o subcontratada causa un daño mientras cumple con las funciones o servicios encargados por la empresa comitente o principal?

En estas situaciones se produce una verdadera "conurrencia de sujetos civilmente responsables", pues la víctima podría demandar conjuntamente al propietario -conforme al citado inciso 2º del artículo 174- y al empresario comitente, conforme a las normas de los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, ya que éste, en la práctica, se constituye como el verdadero empleador de los conductores.

Es importante señalar cómo nuestra Ley del Tránsito -con rigurosa técnica jurídica- contempló dicho supuesto al señalar que la responsabilidad solidaria entre el propietario y el conductor es "sin perjuicio de la responsabilidad de otras personas conforme al derecho común".

Sin embargo, ¿cuándo se entiende que el conductor del vehículo -dependiente permanente del propietario cedente- pasa a ser dependiente de la empresa comitente del servicio y cesionaria del vehículo? ¿Cuáles son los criterios para saber si el conductor hace responsable sólo al propietario, sólo a la empresa comitente, o a ambos solidariamente?

En estricta teoría, se admiten tres posibilidades: a) que sólo responda el propietario del vehículo y el conductor culpable, por cuanto sólo ellos -en conformidad con la Ley de Tránsito- son solidariamente responsables frente a la víctima y ninguna responsabilidad le cabe a la empresa principal o comitente; b) que sólo responda el empresario comitente, pues él encargó y pagó el servicio respectivo, pasando el vehículo -junto con su conductor- a formar parte de su organización empresarial; y c) por último, que tanto el propietario como el empresario comitente sean solidariamente responsables, frente a la víctima, del daño causado por el chofer culpable.

En definitiva, lo que interesa saber es si el conductor del vehículo ajeno puede hacer civilmente responsable al empresario que ha contratado sus servicios o, simplemente, ha arrendado la máquina con conductor.

En Chile, este fenómeno ha sido enfrentado en la práctica tanto por la jurisprudencia administrativa como por la judicial, aunque -como puede fácilmente colegirse- desde ángulos distintos y con efectos diversos.

Así, la Dirección del Trabajo ha estudiado el tema en relación a los denominados "contratos de administración y servicios para vehículos del transporte colectivo urbano". En virtud de este contrato atípico, el propietario de un vehículo de locomoción colectiva hace cesión del mismo -con su respectivo chofer- a la empresa adjudicataria de una concesión de transporte público urbano, para que ésta explote el servicio respectivo.

En este sentido, creemos que constituye un valioso aporte lo señalado por la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo en orden a señalar diversos criterios que permiten definir -para los efectos laborales, previsionales y sociales- cuándo el conductor respectivo pasa a ser empleado o dependiente de la empresa comitente o principal, concesionaria del trayecto urbano licitado. Esta jurisprudencia administrativa ha sido muy fecunda en señalar diversos criterios que permiten establecer si existe o no vínculo de subordinación y dependencia entre el conductor culpable y la empresa principal que contrató los servicios del transportista individual. Por ejemplo, ha señalado los siguientes criterios, sin determinar ningún orden o prioridad entre ellos y sin ser taxativos:

- a) ¿Quién contrata y despide, efectivamente, a los conductores del vehículo respectivo?
- b) ¿Quién se encarga de la declaración y pago de sus obligaciones previsionales y sociales?
- c) ¿Quién asigna y controla los turnos de trabajo?
- d) ¿Quién imparte órdenes, instrucciones y aplica sanciones a los conductores desobedientes?
- e) ¿Quién controla la ruta por donde deben circular los vehículos?
- f) ¿Quién controla el despacho, salida y entrada de los vehículos al lugar de la faena?
- g) ¿Dónde se guardan y desde dónde se deben retirar los vehículos respectivos?
- h) ¿Quién controla las entradas y salidas, incluida la colación, de los choferes?
- i) ¿Cuál es la permanencia y continuidad de la prestación de los servicios brindados por los choferes?

En definitiva, la jurisprudencia administrativa señala que es empleador aquél que -en la práctica diaria- ejerce una labor de continua supervisión y establece los diversos niveles de fiscalización, atendida la naturaleza de las labores encomendadas al chofer respectivo. Así, la Dirección del Trabajo ha señalado que "los conductores de vehículos de la locomoción colectiva urbana, que laboran en recorridos licitados de transporte urbano de pasajeros, prestan sus servicios personales bajo subordinación y dependencia de las entidades constituidas como sociedades (empresas de transporte o empresas adjudicatarias del transporte público) y no respecto de los propietarios de los vehículos que se los entregaron en administración

a dichas sociedades ya que dentro del marco de las facultades de administración de los respectivos vehículos están los poderes para organizar, dirigir y supervisar el trabajo diario de esos conductores en las líneas licitadas. Las máquinas fueron entregadas por sus propietarios en tenencia, uso y administración a las empresas, con sus respectivos choferes, siendo éstas las que detentan la organización y dirección de los recorridos incluidos en la concesión³³.

En relación con la jurisprudencia de los tribunales de justicia, podemos señalar que el asunto ha sido resuelto por medio de la aplicación del Código Civil, ya que la propia Ley del Tránsito deja abierta la posibilidad de aplicar el derecho común para perseguir la responsabilidad de otros sujetos, distintos del propietario.

Han existido algunos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto. Por ejemplo, la Corte Suprema ha resuelto -en un caso donde no era posible invocar la responsabilidad solidaria del propietario, porque no se podía aplicar la Ley del Tránsito- que aun cuando el camión que causa el daño no pertenece a la empresa demandada, ésta es civilmente responsable si se acredita que el conductor respectivo estaba al cuidado o dependencia de la misma, aunque no fuera su dependiente desde el punto de vista estrictamente laboral. De esta forma, la Corte realiza una interpretación extensiva del vínculo de dependencia, al señalar que "debe sentarse, como regla general, que basta que una persona preste sus servicios a las órdenes de otra para que aquélla tenga el carácter de dependiente respecto de ésta, sin que se tome en cuenta ninguna otra consideración. No es ni siquiera necesario el vínculo contractual, como quiera que debe aun ser estimado 'dependiente' el que presta su trabajo voluntariamente"³⁴.

Así también, la jurisprudencia judicial ha señalado que se entiende que un vehículo ajeno está al servicio de la empresa demandada -y ésta es civilmente res-

33 Dictamen Nº 212/04 de la Dirección del Trabajo del 11 de enero de 1995. En idéntico sentido, ver Ordinario Nº 1136/72 de la Dirección del Trabajo del 17 de marzo de 1993, en Revista Laboral y de Seguridad Social Nº 21 (mayo), 1993, pp. 37 y ss.

34 Cfr. CS del 18 de julio de 1985, en RDJ, t. 82, secc. 1ª, pp. 96 y ss. Se trató de un recurso de queja totalmente rechazado por la Corte Suprema. Por ello se publicó íntegramente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del 23 de abril de 1985 que eximió de toda responsabilidad a la empresa demandada. De los hechos probados en la instancia se desprende que una empresa constructora, como adjudicataria de una obra pública, había contratado -junto a otra maquinaria pesada (motoniveladoras, tractores, bulldozers, palas mecánicas, cargadores, etc.)- los servicios de un camión ajeno, para realizar ciertas labores de acarreo en el sitio donde se llevaban a efecto los trabajos a que se refería la propuesta pública adjudicada (trabajos de relleno de material estabilizante en nudo y conexión vial). Por una negligencia del conductor de dicho camión (retroceder sin percatarse de la total ausencia de personas), se causó la muerte a dos menores que se encontraban en el sitio en aquel momento. El abogado de la empresa demandada, entre otras cosas, alegó que el conductor no era dependiente de la empresa constructora. En el mismo sentido, la Corte eximió de toda responsabilidad a la constructora y declaró expresamente que "en la especie no es aplicable el artículo 65 de la Ley 15.231 -vigente a la fecha en que se cometió el cuasidelito- porque el sitio en que él sucedió no estaba destinado al tránsito público y porque, además, el camión no pertenecía a la empresa demandada".

ponsable de los daños causados por el conductor negligente- cuando se prueba que dicho vehículo está al servicio permanente y exclusivo de la misma; cuando está obligado a llevar letreros o publicidad de la empresa civilmente responsable; cuando el conductor está sometido a los reglamentos y al horario de trabajo de los demás empleados de la compañía (con independencia de si existen o no repartos de combustible); cuando el conductor lleva consigo las guías de ventas, percibiendo el valor de ellas, etc.³⁵.

En definitiva, todos estos criterios pueden llegar a ser útiles a la hora de determinar si el vehículo y su conductor han entrado a formar parte de la organización empresarial (esquema organizativo) del comitente principal y son una pieza más en toda la cadena de su prestación de servicios o, por el contrario, el propietario conserva una real autonomía respecto de la empresa comitente, considerándose contratantes independientes para los efectos de la responsabilidad civil.

IV. CONCLUSIONES

Es notable constatar que, no obstante existir un doble régimen jurídico en relación con la responsabilidad civil del empresario transportista (uno basado en la culpa y otro en el riesgo), la práctica jurisprudencial chilena -principal fuente de nuestro moderno Derecho de daños- ha enfrentado y resuelto el tema en estudio con criterios más o menos semejantes.

Por otro lado, es claro que nuestra jurisprudencia ha iniciado -desde hace ya varios años- un fuerte proceso objetivador en contra del empresario transportista, y ha configurado su responsabilidad -sin decirlo expresamente- en torno a los criterios propios de la llamada doctrina del riesgo de empresa.

Sin embargo, y para obtener una mayor certeza jurídica en esta importante materia, creemos necesario que nuestra jurisprudencia declare con mayor claridad que la responsabilidad del propietario del vehículo no es una responsabilidad causal, objetiva, *ex re* o *in re ipsa*, sino que se trata de una responsabilidad estricta del sujeto que detenta el control y la dirección empresarial del vehículo. Por este mo-

35 Cfr. CS del 28 de junio de 1939, en RDJ, t. 37, secc. 1^a, pp. 94 y ss. El abogado de la compañía demandada alegó, entre otros extremos, que el conductor del camión ajeno no era dependiente o empleado de la empresa, ya que se trataba de un contrato de transporte celebrado entre su cliente y el propietario del camión, siendo el primero remitente y cargador o porteador el segundo, puesto que se encargaba de conducir de un lugar a otro, por un precio determinado, las mercaderías o productos que el cargador remitía a los distintos compradores. En definitiva, el abogado de la compañía demandada intentó, con mucha habilidad, demostrar que el propietario del camión y su conductor eran una empresa transportista o porteadora y, con ello, contratantes independientes que deben asumir sus costos y riesgos con total autonomía del cliente.

tivo, sería conveniente que se delimite con mayor precisión los hechos impeditivos de esta responsabilidad estricta y, en particular, el valor que tienen las llamadas cesiones abdicativas. De esta forma, el simple propietario podrá estar más seguro de su total falta de responsabilidad civil cuando ha dejado de ser detentador y explotador del vehículo, porque ha cedido su uso y goce permanente a un tercero, que asume toda la responsabilidad consiguiente.

Por último, creemos útil y conveniente que la jurisprudencia judicial distinga entre el uso empresarial y el uso privado del vehículo, en el sentido que la responsabilidad civil del simple particular, que presta gratuitamente su vehículo a un pariente o a un amigo (autorización por mera liberalidad), debe ser menos estricta que la del empresario, que entrega sus vehículos y los mantiene en abierta disponibilidad de sus conductores para una mayor y más eficiente prestación del servicio respectivo. Por ello, el llamado hurto de uso y las cesiones abdicativas -como límites o hechos impeditivos de esta responsabilidad estricta- deberían ser aplicados en modos y grados diversos a uno y otro supuesto.

RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Santiago Cavanillas Mújica
Doctor en Derecho (U. de Granada)
Decano y Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Islas Baleares

I. ANTECEDENTES

De extendernos a los antecedentes más remotos, en Europa se parte de una directiva del 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Esta directiva tenía que ser implementada por el resto de los países de la Comunidad Europea en un plazo de tres años. Creo que sólo Alemania y algún otro país que no recuerdo lo hizo en ese plazo. España tardó nueve años. Ya tenemos ley, y si no me equivoco, sólo falta Francia por implementarla, porque han querido hacer algo muy ambicioso como modificar todo el Código Civil francés para introducir esta responsabilidad. Y, claro, lo mejor como lo óptimo, está reñido con lo bueno.

En España tenemos la Ley 22 de fecha 6 de julio de 1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos que, como todas las leyes que se han ido dictando en la Comunidad Europea, responde a las directrices señaladas por la directiva del año 1985.

Lo que voy a explicarles, y creo que lo mejor es adoptar el tono más práctico posible, lo haré imaginando cualquier supuesto de daños causados por un producto defectuoso: la intoxicación causada por un yoghurt en deficiente estado; la pérdida de la casa por incendio, debido al mal funcionamiento del aparato eléctrico de un automóvil -que a su vez genera una transmisión del incendio a toda la casa-; o las lesiones sufridas por una persona cuyo automóvil ha chocado con otro porque los frenos tenían un defecto de fabricación. Imaginando cualquiera de estos supuestos de responsabilidad por productos defectuosos, nos vamos a colocar en una posición lo más forense posible. Es decir, vamos a imaginarnos la posición del abogado de la víctima y la posición del abogado de la parte demandada. Y vamos a imaginar qué tipo de trabajo tienen que desarrollar o, en definitiva, qué es lo que tiene que probar el abogado de la víctima para obtener una sentencia

estimatoria de la demanda, y qué es lo que tiene que probar el abogado de la parte demandada para evitarla, que es precisamente su propósito.

¿Qué tiene que probar la víctima en primer lugar? Si prueba «esto» y sólo «esto», puede ganar el pleito. No es necesario nada más.

Según el artículo 5º de la Ley española, que recoge un artículo de idéntico contenido de la directiva, el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados, tendrá que probar: Uno, el defecto de la cosa. Dos, el daño. Y -tres- la relación de causalidad entre ambos. Estos tres son los hechos constitutivos de la demanda. Además, aunque la ley por razones obvias no lo menciona, tendrá que demostrar que la persona a la que ha demandado es una de aquéllas a las que la Ley atribuye esta responsabilidad. Es decir, debe probar que el demandado es, por ejemplo, el fabricante del producto defectuoso.

Por lo tanto, tenemos cuatro elementos a probar por parte del abogado de la víctima: defecto, daño, relación de causalidad y atribución subjetiva de la responsabilidad al sujeto demandado.

Veremos en primer lugar, el defecto. La víctima ha de probar, no podía ser de otra forma, que la cosa que le ha causado un daño era defectuosa.

II. EL CONCEPTO DE DEFECTO APLICADO A LOS PRODUCTOS

El concepto de defecto no es particularmente complejo, ni es difícil de probar cuando se trata de un producto defectuoso ocasional. Es decir, un producto que dentro de una serie ha resultado defectuoso: un automóvil que explota cuando se pone en marcha, o un yoghurt que tiene un bichito dentro, son casos en que la fabricación es correcta, pero dentro de la cual hay una cuota de azar, una cuota aleatoria dentro de la fabricación que hace que de vez en cuando -una vez cada un millón de ocasiones, cada diez millones- aparezca un producto que es defectuoso. Estos casos son muy aparatosos y no generan especial problema de prueba.

Mucho más difícil es el caso en que el defecto consiste en una producción defectuosa, es decir, cuando se trata de un producto defectuosamente concebido. No es que sea un producto que ocasionalmente ha salido mal, sino que el fabricante lo quiso hacer así, e hizo así todos los productos de la serie. Estos defectos, que se suelen llamar «defectos de concepción», son realmente los que generan más problemas a la hora de litigar.

Efectivamente, podemos pensar que todos los productos que hay en el mercado podrían ser más seguros y, en ese sentido, aplicando una doctrina maximalista, podríamos decir que todos los productos son defectuosos. Es claro, por ejemplo, que todos los automóviles serían más seguros si incorporaran un 'air bag'. ¿Por qué? Porque el 'air bag' es una medida de seguridad que sirve para proteger al conductor y a los demás pasajeros, en caso de un accidente frontal. Y, sin embargo, la mayoría de los automóviles no incorporan el 'air bag'. ¿Puede decirse que los

automóviles que no incorporan 'air bag' son defectuosos y que, por lo tanto, si en un choque frontal alguien se lesiona -situación que un air bag habría evitado- debería condenarse a la compañía fabricante por no haber incorporado esta medida de seguridad? Ustedes dirán que no. Pues sí, efectivamente, no. Parece que en este momento no es exigible que todos los automóviles incorporen esta medida. Pero, ¿dónde está el límite de la seguridad que los productos deben necesariamente incorporar?

Partiendo de esta idea, de que no basta con decir que un producto es defectuoso porque pueda fabricarse de una manera más segura, el criterio que puede servirnos de guía en el Derecho europeo es el siguiente: se debe considerar que un producto es defectuoso y, por lo tanto, da lugar a la responsabilidad, si en su fabricación se han infringido los reglamentos administrativos que tasan y que determinan las medidas de seguridad, la información que debe acompañar al producto, o cualquier otra medida.

En Europa, la producción de reglamentos que sirven para que la producción sea más segura, es «motorizada». Es impresionante. Son cientos y cientos de normas y disposiciones que determinan -por ejemplo- los espacios que han de respetar los asientos en un automóvil, si éstos deben estar anclados de tal manera, si los cinturones de seguridad han de ir en tal o cual lugar o posición, si han de ser de esta calidad,... En el momento en que un producto no cumpla con estas múltiples y precisas normas reglamentarias, podrá considerársele defectuoso.

Sin embargo, no basta con que se cumplan estas medidas administrativas para que el producto pueda considerarse seguro, puesto que existe lo que podemos considerar una definición general de producto defectuoso que va más allá del mero incumplimiento de las normas reglamentarias. A este efecto, hay otra directiva comunitaria, la del 29 de junio de 1992, sobre seguridad general de productos, que dedica una página entera a la definición, con carácter general, de lo que se considera producto inseguro, producto no seguro, y por lo tanto, defectuoso.

De esta directiva, y de la jurisprudencia a que ha dado lugar en Europa, destacaría tres ideas en cuanto a lo que es el concepto general de producto defectuoso por inseguro.

La primera idea, que creo es capital, es que la «defectuosidad» de un producto dependerá de la conciencia social sobre los riesgos soportables por el consumidor. Así, la última directiva comunitaria que he citado admite que un producto es seguro siempre que someta al consumidor a riesgos mínimos, considerados aceptables dentro del respeto por un nivel elevado de protección a la salud y por la seguridad de las personas. Esta idea de que el concepto de seguridad es un concepto relativo, que se encuentra en la conciencia social, la podemos comprobar fácilmente si pensamos que hace 80 años, hace 90 años, o a lo mejor hace 50 años, se consideraba riesgo normal aquél al que se sometía a los viajeros de un tranvía, cuando se aceptaba que subieran o bajaran del tranvía en marcha. En cambio hoy, la conciencia social dice que éste es un riesgo al que no es lícito someter al pasajero o al consumidor del transporte por carretera.

En segundo lugar, o segunda idea en relación a esta definición general de producto defectuoso, el fabricante a de atender -a la hora de fijar medidas o niveles de seguridad en el producto- no sólo a las condiciones normales de utilización de ese producto, sino también a las anormales, que sean razonablemente previsibles. Así lo dice literalmente la directiva comunitaria. Esto es importantísimo. No sólo ha de atenderse, para fijar el nivel de seguridad, a las condiciones de utilización normales del producto, sino también a aquellas que, no siendo normales, son, sin embargo, razonablemente previsibles. Y por eso -lo dice la misma directiva comunitaria- hay que atender a las categorías de consumidores que estén en condiciones de mayor riesgo por la utilización del producto, en especial los niños.

III. EL PRODUCTO DEFECTUOSO POR SU UTILIZACIÓN ANORMAL. CASOS PREVISIBLES Y CASOS RAZONABLEMENTE NO PREVISIBLES

Efectivamente, tragarse la pieza de un rompecabezas no puede considerarse un uso normal de un rompecabezas. Y, sin embargo, es un uso razonablemente previsible si se trata de un producto dirigido a los niños.

Aquí nos encontramos con un punto de inflexión importantísimo en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos: el balance entre la utilización anormal razonablemente previsible que genera responsabilidad del fabricante y la culpa de la víctima. Y ésta última es una de las materias que resulta más conflictiva.

Veamos un ejemplo sobre este tipo de problemas. Es un caso -realmente curioso- sacado de la jurisprudencia norteamericana, y es prueba de una gran sensibilidad judicial, en mi opinión. El asunto es el siguiente: un fabricante norteamericano comercializa unos productos insecticidas de fumigación para el campo. Estos productos insecticidas son altamente peligrosos y, en este caso, el envase tiene señalado de modo claro, y en lengua inglesa, que ese artículo debe ser utilizado con guantes de protección y máscara especiales, bajo peligro de muerte en caso contrario. Lo dice en inglés, en letras bastante grandes. El caso es que a unos trabajadores del campo se les indica -sin mayores explicaciones- que en determinado lugar están los materiales que deben utilizar, y que de entre ellos escojan los que quieran, porque con esos productos deben fumigar. Estos trabajadores, como ocurre en Norteamérica, en el sector agrícola, resultaron ser latinos, inmigrantes. El caso es que no sabían inglés. O no sabían leer inglés, probablemente las dos cosas. Como no sabían inglés, o no sabían leer inglés, no leyeron las instrucciones del producto, fumigaron sin ninguna protección, y uno de ellos murió y el otro quedó muy afectado como consecuencia de la inhalación de ese producto.

Se demanda al fabricante. El fabricante dice: «yo he fabricado un producto seguro porque, mire usted, he señalado cuáles son los riesgos y he advertido que hay que usarlo con...». El juez condena al fabricante, y lo condena con el siguiente

argumento: «usted tendría que haber previsto que este es un producto para usar en el campo, y quienes trabajan hoy en el campo en Estados Unidos son básicamente extranjeros, y más bien latinos. Personas que son analfabetas, o al menos lo son en lengua inglesa. El producto se podría considerar seguro si usted lo hubiese marcado de una forma distinta, señalándolo incluso gráficamente mediante una calavera con unos huesos cruzados, símbolo que resulta inteligible para todo tipo de personas».

En este caso, el juez, en lugar de apreciar una culpa de la víctima por no haber utilizado los guantes y las máscaras, estima que es un uso anormal razonablemente previsible por el empresario.

Pero ustedes mismos notarán que estamos en una zona que no es fácil, y seguramente estarán pensando que esta jurisprudencia, llevada hasta el extremo, sería una carga demasiado dura para el empresario, y viceversa.

IV. DEFECTO E INFORMACIÓN

La tercera idea, en cuanto a este concepto general de producto inseguro, es la importancia que adquieren las instrucciones de uso y los avisos acerca de los riesgos del producto. Esta es una materia en la que en Europa se está insistiendo en forma constante.

Las normas reglamentarias obligan a avisar del más mínimo riesgo que conlleva un producto, y a que estos avisos sean claramente visibles, indicando que los más graves vayan adheridos al envase del producto y no a su embalaje, con lo cual se evita la pérdida de las instrucciones poco después de su compra.

Veamos dos ejemplos de sentencias condenatorias basadas en que un producto se considera inseguro porque no se informó suficientemente al consumidor de los riesgos que conllevaba.

La primera es una sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, del 27 de enero de 1993, sobre el siguiente caso: sabemos que un balón de gas es un producto bastante peligroso porque puede explotar. Bien. En este caso, el fabricante había vendido un balón de gas a una señora, y ésta o el portero de la casa, no recuerdo muy bien, intentó encajar la cazoleta de donde sale el conducto doméstico, y no lo consiguió, y entonces, según literalmente dice la sentencia, inició una purga del balón mediante presiones o incisiones. No está clara la operación efectuada sobre la espita de la válvula de seguridad, pero el balón explotó.

La empresa fabricante es demandada. Ella alega que hay una culpa de la víctima, ya que, argumentan, «a quién se le ocurre tocar esto», y «qué hizo». La sentencia condena a la empresa fabricante diciendo que lo que no puede ocurrir es que, existiendo tantos peligros en la manipulación de un balón, no haya ni la más mínima advertencia sobre los riesgos que conlleva la manipulación de cualquiera de los elementos que lo comprenden. Así es que el producto es inseguro por un defecto de advertencia.

Igualmente, una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, del mismo año, 10 de mayo de 1993, condena a la empresa fabricante de un automóvil por no advertir del riesgo existente en acercar un mechero a la batería. Por lo visto, la batería del automóvil contiene unos líquidos altamente inflamables, por lo que, de acercar un mechero resulta un alto riesgo de explosión o de inflamación, que en este caso se materializó. El caso es que la empresa fabricante fue condenada por no advertir esa situación o posibilidad.

Estos son los elementos que tenemos para definir lo que es un producto defectuoso. Una idea general es que la infracción de normas reglamentarias es igual a defecto; y una idea supletoria o general es que no basta con cumplir con las normas reglamentarias para que un producto sea seguro, puesto que hay un concepto general de producto seguro que obedece a las ideas que he apuntado.

V. EL DAÑO, SUS ELEMENTOS Y SU PRUEBA

Ya se ha probado que ha habido un defecto en el producto causante del daño. Naturalmente, como en todo supuesto de responsabilidad civil, el consumidor ha de probar también que ha sufrido un daño.

La regulación española, como la europea, somete a este régimen de responsabilidad, de carácter objetivo, sólo algunos tipos de daños que les voy a mencionar, ya que no todos los daños pueden reclamarse según este régimen de responsabilidad.

En primer lugar, sólo pueden reclamarse los daños debidos a la muerte y a las lesiones corporales, con exclusión del daño moral, que no está sujeto a este régimen de responsabilidad. Sí lo están todos los daños económicos derivados de la muerte o lesiones corporales.

En segundo lugar, pueden reclamarse todos los daños causados en cosa distinta de aquella que es defectuosa. Si, por ejemplo, es el coche el que es defectuoso, y por ser defectuoso se incendia, el valor del coche no se indemniza por esta vía, porque se piensa que ese es un problema contractual que habrá que resolver según las reglas de los contratos. Lo único que se indemniza son los daños que produzca el producto defectuoso, en otras cosas distintas del propio producto defectuoso.

Y, además, estas otras cosas distintas como, por ejemplo, la casa que se incendia como consecuencia del incendio del automóvil, han de ser cosas que estén destinadas al uso o consumo privado. Por lo tanto, quedan absolutamente excluidas las cosas de uso empresarial. No están sometidos a esta ley los daños que los productos defectuosos ocasionen en el interior de otra empresa, es decir, los defectos de maquinaria, los defectos de la maquinaria industrial que originen daños -no personales, porque los personales sí que se someten a esta ley-, no están sujetos a este régimen legal. Además, para estos daños materiales se establece una franquicia de un valor equivalente a doscientos mil pesos chilenos. Sólo se indemnizará a

partir de ese valor, pensando en evitar en cierta medida las pequeñas reclamaciones. Hay gente que no está muy de acuerdo -yo, particularmente- con esta regla, pero en fin, parece ser una regla de política práctica.

Todos los demás daños morales, daños de hasta doscientos mil pesos que no estén cubiertos, daños en cosas de uso empresarial, se indemnizarán según las reglas generales de la responsabilidad civil, es decir, según las reglas, en principio, de la responsabilidad por culpa. Sólo los daños que he mencionado, todos los personales y los materiales en cosas de uso y consumo privado, se indemnizan de acuerdo con este régimen.

Al abogado de la víctima le corresponde, por lo tanto, probar que se han sufrido daños personales, o que los daños que se han sufrido afectan a cosas de uso o consumo doméstico.

VI. EL PROBLEMA DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

En tercer lugar, el abogado tendrá que probar también la relación de causalidad entre el defecto y el daño. Esto es evidente, pero muchas veces es de muy difícil prueba en materia de consumo, sobre todo cuando el daño ha sido causado por la composición química del producto, pues las lesiones se manifiestan en forma retardada en relación a la utilización del producto. Piensen ustedes en el caso más sencillo de los daños causados por la acción de fumar, por la inspiración de nicotina a través del tabaco; hasta hoy se discute la relación de casualidad.

Bien, pues apliquen esta misma dificultad a muchísimos otros casos de daños derivados de productos químicos. En España, en particular, está el caso de un aceite de cocina. Se vendía como de cocina, pero en realidad era un aceite industrial reciclado, que causó cerca de quinientos muertos y no sé cuántos miles de afectados, porque afectaba neurológicamente a las personas. Todavía no es seguro si hay una causa entre ese aceite de cocina y la producción de estas lesiones neurológicas. Parece que se ha podido probar al 99%, pero después de muchísimos trabajos y dificultades.

VII. LA SITUACIÓN DEL FABRICANTE. CONCEPTO Y EXTENSIONES

En cuarto lugar, he dicho que el abogado de la víctima ha de probar que el sujeto al que demanda no ha sido demandado por capricho, ni porque tenga mucho dinero, sino porque es alguno de los sujetos que la ley dice que tiene que responder por esos productos defectuosos.

Curiosamente, esta es una pequeña dificultad, pero no deja de engendrar una cierta limitación de la ley. Veamos por qué.

He dicho que probar que el sujeto demandado es fabricante del producto defectuoso que ha causado un daño es una limitación de la ley. Y lo digo en el siguiente sentido: imagínense ustedes ahora -nadie ha dicho nada parecido, no quiero producir ninguna impresión alarmista- que, por azar, se descubriera que el ácido acetilsalicílico es un producto químico dañino para la salud, porque 35 años después de ser utilizado se ha comprobado que causa lesiones que no se producen en todas las personas, pero sí en las que, además de utilizar este ácido, beben vino blanco de no sé dónde. El caso es que una persona que padece esta afección, dice: es claro que esta es una contaminación por uso del ácido acetilsalicílico en combinación con otro elemento. ¿Y, entonces, yo a quién demando? Porque, claro, yo he tomado aspirinas, pero existe una cantidad enorme de productos que utilizan este ácido o paracetamol, especialmente para el dolor de cabeza. ¿Y a quién demando yo? Para empezar, no he guardado ninguna factura ni recibo que pruebe que haya comprado precisamente aspirina, con lo cual ni siquiera puedo probar que he tomado aspirinas. Pero lo más probable es que sí haya tomado aspirinas, además de muchos otros tipos de tabletas. ¿A quién demando yo?

Con la regla que se ha explicado, y en Europa, esto no tendría solución. O no sé si los juristas llegarán a imaginar algún tipo de solución. Porque no podemos probar cuál es el fabricante del producto, o mejor dicho, ni siquiera podemos probar cuál es el producto concretamente defectuoso que nos ha ocasionado daños.

En Estados Unidos, este tipo de casos, que ya se han dado, se han podido resolver gracias al Derecho americano, que es mucho más flexible, mediante el sistema de responsabilidad por cuotas de mercado, que consiste en que se decreta la responsabilidad de todas las empresas que utilizan este producto en proporción a la cuota de mercado, es decir, al número de productos que venden en el mercado.

Decíamos que hay que probar que el sujeto al que hemos demandado es uno de aquéllos a los que la ley atribuye la responsabilidad. ¿A quién atribuye la ley española, como la directiva comunitaria, la responsabilidad por los productos defectuosos?

En primer lugar, al fabricante único o simplemente al fabricante final del producto. El que reúne todas las partes del producto y lo lanza al mercado. Ese va a responder siempre. No podrá exonerarse de responsabilidad demostrando que uno de los componentes del producto, fabricado por otra empresa, es el defectuoso. No puede el fabricante de un automóvil exonerarse de responsabilidad alegando que los frenos fueron construidos por otra empresa. Responde él, siempre. Además de responder él, el fabricante de la parte componente o de la materia prima que resulte defectuosa (por ejemplo, en el caso que he mencionado, el fabricante de los frenos) también responde.

El importador de una mercancía al interior de la Comunidad Europea responde en los mismos términos que el fabricante, puesto que se piensa que es muy difícil litigar contra un fabricante extranjero (un fabricante que está en Taiwan), y las posibilidades de éxito son muy limitadas, entonces creamos una especie de nicho de seguridad dentro de la Comunidad Europea, de tal manera que cualquier producto que se importe lleve la responsabilidad unida al importador en calidad

de fabricante. Luego, que sea el importador el que reclame contra el verdadero fabricante.

En cuarto lugar, responde también como fabricante aquél a quien se llama fabricante aparente. Es decir, aquél que, sin ser fabricante, se presenta al público como si lo fuera. El que se presenta y dice: «esto lo he fabricado yo, esto es mío», pone su nombre en el producto y, sin embargo, no es el verdadero fabricante. Es una responsabilidad casi por apariencia.

Y, por último, y este es un tema muy interesante, frente al vendedor-suministrador del producto, que es el otro sujeto que podría ser candidato a responsable, en la directiva comunitaria se ha tomado una opción de política legislativa muy clara: no es a él al que hay que demandar. A no ser que se den cualquiera de los siguientes dos supuestos: uno, que no se pueda identificar al fabricante (porque el producto no lleva su nombre, o porque no hay forma de saberlo). Entonces responde el vendedor. Tendrá la obligación de señalar al fabricante, y si no lo hace, responde él como si fuera el fabricante.

En segundo lugar, también responde el vendedor cuando, conociendo que el producto es defectuoso, lo ha vendido a sabiendas. Pero esto no hace falta decirlo, pues es una responsabilidad general por culpa.

Cuando estos cinco sujetos, o cualesquiera de ellos, colaboran en el resultado, hay una responsabilidad plural, la cual es solidaria. Es regla general, y lo dice así tanto la ley como la directiva.

Con lo anterior, el abogado de la víctima ya tiene todo probado. Ha probado que este señor es el fabricante, o que este señor es el vendedor de un producto en el que no consta quién es el fabricante, ni hay manera de saber quién es el fabricante, ha probado el daño, el efecto y la relación de causalidad. Será entonces cuando le «pase la pelota» a la parte demandada.

La parte demandada ya cuenta con que está probado o es posible la prueba del defecto, del daño y de la relación de causalidad. Pese a estar probado, lo que nos preguntamos ahora es qué hechos impositivos puede alegar la parte demandada que le exoneren de responsabilidad.

VIII. HECHOS IMPEDITIVOS. CAUSAS QUE EXONERAN DE RESPONSABILIDAD AL DEMANDADO

Muy bien. Hay defecto, hay daño, hay relación de causalidad. Yo soy el fabricante, pero no respondo porque..., y estos son los «porqué» que veremos a continuación.

Un «porqué» que el fabricante no va a poder oponer nunca, porque lo dice la directiva y la ley, es la existencia de una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad. Ellas no son válidas, no tienen ningún efecto. Por lo tanto, este hecho impositivo no es alegable.

¿Qué se puede alegar? Analicemos las principales causas. Desde luego, tampoco se puede alegar la actuación diligente, ni el cumplimiento de los reglamentos. Esto no vale para nada.

Si se ha considerado que el producto es defectuoso, se responde, a no ser que pruebe:

Primero, no haber puesto en circulación el producto. Por ejemplo, el producto que se encontraba en fase experimental, fue robado y puesto en circulación por una tercera persona. En este caso, el fabricante no ha asumido los riesgos de ponerlo en circulación y, por lo tanto, no ha de responder por estos casos.

El concepto de «puesto en circulación», que aparece constantemente en la ley para marcar los plazos de prescripción, para determinar a partir de qué momento se responde, es un concepto que va a dar lugar a bastantes conflictos. Lo que sí se puede asegurar es que, al menos, «puesto en circulación» equivale a puesto a disposición del consumidor. Eso significa que están incluidos bajo el régimen de esta ley los daños causados por un producto que está expuesto en el establecimiento del vendedor. No es necesario que el consumidor lo haya comprado. Al menos se responde desde el momento en que los productos están puestos a disposición del consumidor. Probablemente desde antes, pero esto es lo que es seguro en cuanto al concepto de «puesto en circulación».

En segundo lugar, puede probar que, dadas las circunstancias del caso (es literalmente lo que dice la ley española), es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto, es decir, lo que puede probar el fabricante es que el defecto fue ocasionado por una inadecuada manipulación o conservación por el propio consumidor, o por el vendedor o suministrador. Por lo tanto, el fabricante no responde de la actuación del suministrador o vendedor. Si este último manipula o conserva inadecuadamente el producto, la responsabilidad pasa a él, y ya no es del fabricante.

El fabricante no responde si el defecto se ocasionó después del lanzamiento del producto, en el establecimiento del vendedor, o en casa del consumidor, porque no se le cuidó debidamente. No guardó el yoghurt en el frigorífico, sino que lo dejó allí al sol, o lo tomó después que pasó la fecha de caducidad.

En tercer lugar, puede probar que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. A esto se llama «riesgo de desarrollo». El caso típico en Europa fue el de la Talidomida, que era un producto que se daba a las madres gestantes y acerca del cual no se advertía ningún peligro. Pero fue cinco años después cuando se observó que se producían deformaciones en los niños recién nacidos, como consecuencia del uso de la Talidomida. Por lo tanto, en su origen era perfecto, pero el tiempo ha demostrado -y esto es muy normal en los productos químicos- que era defectuoso. En este aspecto, la directiva comunitaria deja en libertad a los Estados para que decidan si esta causa de exoneración se puede aplicar en todo tipo de productos o sólo en algunos.

En concreto, en España (de forma bastante valiente, hay que reconocerlo) no se permite la utilización de esta excepción ni respecto de los medicamentos ni

de los alimentos. En todos los demás casos se puede oponer que el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía apreciar la existencia del defecto al momento de poner el producto en circulación.

En cuarto lugar, puede oponer el fabricante demandado la culpa de la víctima o de una persona de la que ésta deba responder civilmente. Es decir, que la que ha causado el accidente en realidad es la propia víctima, o un hijo de la víctima, y la ley española dice que esta culpa de la víctima puede servir para atenuar o eliminar la responsabilidad, y dependerá un poco de las proporciones, como ocurre en todos los Derechos civiles codificados.

En quinto lugar, el fabricante puede alegar que ha transcurrido el plazo de prescripción, que es de tres años desde que se produjo el daño. Porque a veces se ha causado el daño, pero las investigaciones para saber quién ha sido causante tardan mucho tiempo.

Así también podrá oponer que ha pasado el plazo de garantía, puesto que el régimen que he explicado sólo actúa en los diez primeros años de vida de los productos. Si el producto ya está en su undécimo año, ya no está sujeto al régimen de responsabilidad que he mencionado. No es, por lo tanto, un plazo de prescripción, sino un plazo de garantía.

En sexto lugar, y por último, el hecho impeditivo *sui generis* que puede oponer el demandado es el siguiente:

En la directiva comunitaria, y en las leyes que la han desarrollado, se establece un régimen, un tope, un techo de indemnización, para evitar que las empresas se hundan si tienen la mala suerte de que su producto es defectuoso por un «riesgo de desarrollo», como el que acabo de mencionar. Se establece un límite indemnizatorio para un mismo producto y un mismo defecto. Imaginemos, por ejemplo, que las aspirinas fueran dañinas para la salud; calculen ustedes la cantidad de daños debidos a un mismo defecto, por un mismo producto.

Este es el funcionamiento. Hay muchísimas cosas más, realmente. He hecho una exposición limitada a lo esencial de un régimen que en Europa se asume como normal. Los fabricantes ya «lo han tragado», esto está asumido, es normal, y nadie se asusta.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN CHILE

Vicente Acosta Ramírez
Abogado
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Adolfo Ibáñez

I. AUGE DE LA EXIGIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El concepto de responsabilidad crece, se perfecciona y completa, conforme existe una evolución de la civilización en aras del progreso, siendo cada vez más acentuada e inexorable la tendencia universal a aumentar la responsabilidad de los actos profesionales, aplicándose paulatinamente sanciones más severas ante situaciones de incumplimiento.

Nuestro país no escapa a esta evolución. Existe un relativo auge de la exigibilidad de la responsabilidad médica, lo cual se denota con el aumento de procesos sobre la materia incoados en los tribunales de justicia.

Antes del año 1980 era muy difícil encontrar casos de responsabilidad médica que hubieran sido resueltos por la judicatura. Sólo se encontraban analizados casos como el del doctor Lucas Sierra¹, quien en el año 1896 confundió un embarazo con un tumor uterino. Después del examen médico, la mujer dio a luz un niño de unos 8 meses con una herida en la cabeza, producto de los instrumentos exploradores utilizados por el famoso médico para detectar el supuesto tumor. El facultativo fue absuelto, por estimarse que había sido una desgracia, pero que la ley no permitía castigarlo. Este fallo fue dictado en una época en que se sustentaba la teoría de la irresponsabilidad absoluta de los médicos.

Desde mediados de la década de los ochenta, como nos lo revelan las estadísticas del Servicio Médico Legal², el aumento de las demandas ha sido notorio. En

1 Compendio de Medicina Legal adaptado a la Legislación Chilena, Santiago, 1896.
2 Estudio del Servicio Médico Legal, publicado en el diario El Mercurio, Santiago, 2 de julio de 1994.

el año 1987 se registraron sólo 10 demandas en todo el país. En el año 1994 se llegaron a interponer unas 80 demandas por responsabilidad médica, y en los últimos años se han tramitado unos 140 casos.

No sólo ha sido notorio el aumento sustancial de los casos de exigibilidad de responsabilidad médica, sino que también es relevante el aumento de los montos reclamados. Antiguamente, por indemnizaciones, incluyendo daño emergente, lucro cesante y daño moral, se requerían valores que alcanzaban a no más del equivalente a US\$ 10.000; en cambio ahora, hemos encontrado casos en que se han solicitado el equivalente a US\$ 2.000.000. Esta cifra correspondió a un caso muy extremo en Chile y, por supuesto, no terminó en el pago de tal cifra, sino sólo en la indemnización de un 2,1% de lo demandado, equivalente a US\$ 42.000.

En todo caso, los valores de condenas por situaciones de responsabilidad médica, siguen la media de las indemnizaciones de perjuicios en Chile, que hoy en día debe ser del orden de unos US\$ 10.000 a US\$ 20.000. Sólo por excepción encontramos un caso en que se ha condenado a pagar a la víctima el equivalente a US\$ 100.000, por un fallo que aún no se encuentra ejecutoriado.

Estas estadísticas también nos permiten examinar las especialidades involucradas en casos de responsabilidad médica, y dentro de éstas, las más requeridas por demandas judiciales son la obstetricia y ginecología, con un 32,4%; luego les siguen cirugía general, con un 17,9%; medicina interna, con un 15,2%; pediatría, con un 9%; traumatología, con un 5,5%; cirugía plástica, también con un 5,5%; anestesiología, igualmente con un 5,5%; neurocirugía, con un 3,4%; fisioterapia, con un 1,4%; oftalmología, con un 1,4%; urología, con un 1,4%; radiología, con un 0,7% y neurología, con un 0,7%.

Este aumento del número de casos ha implicado, a su vez, un alza considerable en la contratación de pólizas de responsabilidad civil profesional. Una compañía aseguradora vendió, en un año, 500 pólizas de responsabilidad civil profesional de médicos, y sólo 2 de responsabilidad civil de clínicas. Esta es una información aplicable a sólo una de las compañías del mercado, lo que conlleva, en consecuencia, una preocupación por el tema no sólo a nivel de tribunales, sino también a nivel de los médicos³.

Para concluir con las estadísticas, a nivel de sexos, podemos observar que hay mayor cantidad de mujeres que han invocado supuestas negligencias médicas, que hombres. Se ha estimado un 58,6% de casos de mujeres, y 41,4% de varones.

Lo anterior comprende una noción matemática y porcentual de la responsabilidad médica. Observemos similar realidad, pero bajo el prisma jurídico.

Desde luego, la tendencia usual ha sido utilizar la vía del cuasidelito criminal para conseguir indemnizaciones civiles, interponiendo la demanda en la etapa procesal respectiva. Muchos de esos 140 casos -que corresponden a los últimos años- han terminado en sobreseimiento.

Una cantidad ostensiblemente inferior se ha iniciado por demandas exclusivamente civiles. La tendencia normal ha sido la responsabilidad extracontractual o aquiliana, que era la guía de los tribunales galos hasta el año 1936⁴. Similar corriente existió en los tribunales y doctrina italiana hasta equivalente época. En España se aferraron a la tesis extracontractualista hasta los años 80. Por otro lado, entendemos que la opinión casi unánime de la doctrina argentina aboga también por la tesis contractualista como regla genérica de ubicación de la responsabilidad médica, sin perjuicio de que existan hipótesis de responsabilidad aquiliana o extracontractual⁵.

En Chile, la mayoría de los fallos, como se ha dicho, mantienen hasta hoy la tesis extracontractualista. Sólo encontramos algunos atisbos, en los últimos dos o tres años, de sostener la tesis contractualista.

Las razones por las cuales se estima que en Chile ha aumentado la exigibilidad de la responsabilidad médica se debe, en nuestra opinión, a los siguientes factores:

1. LA SUPERACIÓN DE PREJUICIOS DE TIEMPOS PASADOS

Todos sabemos que, antiguamente, las acciones por responsabilidad civil médica eran muy mal miradas. Se veía en ellas la pretensión inicua de enriquecerse sin causa a costa del profesional médico, o una actitud inhumana de molestar o perturbar al médico, o una argucia para eludir el pago de los honorarios.

El Derecho de los tiempos presentes, en cambio, valora una visión real de las relaciones humanas, subestimando los prejuicios de tiempos pasados. Existe una lenta evolución, admitiendo que los jueces puedan conocer y decidir cuestiones científicas, debidamente asesorados por peritos. Se exige a los médicos un grado de pericia y de diligencia que, si bien puede variar, no puede ser inferior al que imponen la jerarquía de la profesión y la importancia de los bienes en juego.

Es verdad que no todas las acciones promovidas encierran la necesaria cuota de justicia y razonabilidad. Existen abogados que, tentados por la posición patrimonial del médico actuante, aconsejan que se lleve adelante la demanda, presentándola ante los tribunales, sin antes haber agotado el estudio del caso. Siempre podrá especularse, piensan, con un arreglo al cual se sentirá inclinado el profesional de la medicina como medio para evitar que el pleito trascienda y que su honorabilidad profesional sea impugnada indebidamente.

4 FALQUE, *La Responsabilité du Médecin après l'arrêt du 20 mai 1936*, en *Revue Critique de Le Législation et Jurisprudence*, p. 609.

5 MARCHECINI, Gualterio Martínez. *La Responsabilidad Civil Médica por Daños ante el Contagio del SIDA*. Abeledo Perrot, tomo II, Bs. Aires, 1990, p. 178.

2. LA DESAPARICIÓN DE LA RELACIÓN MÉDICO FAMILIAR-PACIENTE

Antiguamente, el número de médicos era reducido. Las familias le demostraban al facultativo un respeto reverencial, considerándolo como un valioso y necesario amigo; los médicos respondían con filantropía a su labor. Nadie se planteaba incoar una demanda en contra de él. A través de los años, el número de médicos ha aumentado considerablemente. En el año 1969 existían en todo Chile 5.300 médicos. Hoy en día egresan alrededor de 700 de estos profesionales por año⁶.

Al aumento progresivo del número de médicos, obviamente sin olvidar el crecimiento poblacional, se unen las nuevas tendencias en materias de salud, que implican una proliferación de atenciones médicas nacidas de la vinculación con un ente determinado del sector salud, público o privado, que conlleva el desconocimiento del médico por el enfermo; además, si agregamos a esto el avance notorio de la especialización, es posible sostener que ha desaparecido la noción del médico de familia que, a través de los años, se ganó la confianza de este grupo base de la sociedad. Con el médico sólo se establece, en la actualidad, una relación profesional.

3. LA INDAGACIÓN DE LA RELACIÓN CAUSAL

El enfermo que ha sido atendido por un facultativo sin lograr un resultado efectivo, no se queda conforme ni da por terminado el asunto. El paciente o sus familiares, según sea el caso, se afanan por conocer las razones de la permanencia de su mal o de su agravamiento. Se tiende a descartar lo fortuito o los factores inmanejables. Se busca la causa del mal, estableciendo una relación entre la actividad o inactividad del médico y el padecimiento del que sufre. Los juristas buscarán la causa próxima, o la causa necesaria, o la causa eficiente, o la causa preponderante.

4. PACIENTE Y MÉDICO SE INFORMAN DE SUS DEBERES Y DERECHOS

En una sociedad como en la que vivimos, cada miembro de ella debe conocer cuáles son sus derechos y cuáles sus deberes. La conquista de un título profesional conlleva una serie de derechos, pero también significa tener conciencia de los deberes, tanto morales como sociales y jurídicos, que de él emanan.

No es admisible, por otro lado, que un paciente sometido a una atención médica, ignore sus derechos y actúe a ciegas, con la confianza de que todo se des-

6 SCHIEFELBAIN, *Oferta y Demanda de Personal Superior* (Santiago, 1969), citado por NOVOA FUENZALIDA, *Derecho de Seguridad Social*, Santiago, 1977, p. 263.

envolverá normalmente. El paciente sabe que debe usualmente pagar la atención, total o parcialmente, pero como contrapartida exige una atención médica competente, compasiva y con respeto a la dignidad humana. Estos factores no sólo influyen en la decisión de hacer efectiva una acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad médica por parte del legitimado activo para ello, sino que también influyen enormemente en las decisiones judiciales vinculadas al tema.

En efecto, esta causal de falta de humanidad en la atención profesional del paciente, dio origen a un proceso judicial en contra del Servicio de Salud Viña del Mar - Quillota⁷. En síntesis, se acusó al organismo por descuido en la atención de un paciente. Éste se encontraba hospitalizado en el recinto al cual había ingresado para tratarse una tromboflebitis. Fue visitado por el médico tratante, quien constató que el paciente evolucionaba satisfactoriamente y dispuso la administración de otro medicamento, retirándose luego de la habitación. La cónyuge del paciente advirtió signos de un paro cardiorespiratorio, por lo que pidió ayuda a una auxiliar de enfermería que se encontraba cerca. Esta auxiliar no accedió a ver al enfermo. Luego apareció otro auxiliar que trató de ubicar al médico tratante y no lo encontró. Ese segundo auxiliar se demoró también en ubicar a la enfermera de turno y en llamar a los médicos de la unidad de emergencia. El paciente sufrió dos paros cardiorespiratorios, de los cuales se recuperó, pero falleció como consecuencia del tercero.

En el fallo de primera instancia, justamente se consideró que no se había prestado una atención médica pronta, competente, compasiva y con respeto de la dignidad humana. Se estimó que existió, de parte de la auxiliar de enfermería, una absoluta falta de criterio frente a la gravedad de la situación que se presentaba, lo que resultaba inconciliable con las normas que reglamentan la atención de pacientes en casos de extrema urgencia.

La solución jurídica de este caso no estuvo específicamente por la aplicación de las reglas de la responsabilidad aquiliana de que trata nuestro Código Civil. Se admitió en el fallo la Teoría del Órgano, en virtud de la cual, las consecuencias derivadas de la actuación irregular de un funcionario, como asimismo de los daños causados a terceros con ocasión de aquéllos, dan lugar a la puesta en movimiento de la responsabilidad administrativa. Esta teoría organicista, según el fallo, encuentra amparo en la Constitución Política de la República de Chile y en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (artículos 4º y 44 de la Ley 18.575; artículos 6, 32 N° 8 y 38 de la Constitución Política). También se sostuvo que la funcionaria, al no cumplir con los deberes mínimos que le correspondían por cuenta del organismo al cual se encontraba adscrita, constituyó una falta de servicio, que puede consistir tanto en una acción como en una abstención, y que tal falta desencadenó un agravamiento del estado de salud del

7 Fallo dictado por el Octavo Juzgado Civil de Viña del Mar, con fecha 5 de agosto de 1992, y confirmado por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, el 22 de mayo de 1995.

paciente. Se determinó la existencia de la relación de causalidad y el progresivo deterioro del estado de salud del paciente, todo lo cual sería de responsabilidad directa del órgano administrador, condenando al Servicio de Salud al pago de los perjuicios. Para el juzgador, fue clave la desatención y el no respeto a la dignidad humana por parte de la auxiliar de enfermería.

Todos estos considerandos los mantuvo la Corte de Apelaciones de Valparaíso sin mayores modificaciones. Notamos, en consecuencia, que en los casos de responsabilidad médica, los factores humanos y morales tienen mucha mayor trascendencia, que en otros que se resuelven a diario en nuestros tribunales.

5. LA DESHUMANIZACIÓN DE LA MEDICINA

La actividad profesional actual hace que la labor médica individual tienda a ser reemplazada por la medicina funcionaria, que linda con lo que se denomina «medicina de masas», lo cual aparece estrechamente vinculado al acto médico de equipo, que ha acarreado cambios en la mentalidad de los ejecutores de las prestaciones.

La antigua sensación de responsabilidad médica total, hoy se siente como algo parcial, tendiéndose a su colectivización, lo que se diluye en partes equitativas dentro del equipo de salud. Como una lógica consecuencia, al disminuir la sensación de responsabilidad individual, la prestación médica corre el peligro de deshumanizarse y no ver al paciente como un ser humano, con cuerpo y alma, que sufre y necesita atención médica.

Estos factores se reflejan de alguna manera en los fallos de nuestros tribunales sobre materias de responsabilidad médica.

II. LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

La vía usualmente utilizada por los litigantes en Chile ante un caso de responsabilidad médica, es intentar la acreditación de un cuasidelito médico de orden penal. Se trata de la responsabilidad del facultativo por impericia, ligereza, descuido o error profesional, fundamentalmente basada en los artículos 490, 491 y 494 N° 10 del Código Penal.

Evidentemente que cuando se habla de responsabilidad profesional médica, no nos referimos a los hechos criminosos que pueden ser cometidos por el facultativo con ocasión o en función de sus actividades especiales, tales como la certificación falsa, o la usurpación de funciones o nombres, o la violación del secreto médico, o el aborto, o el ejercicio ilegal de la profesión, o la omisión de la denuncia en un presunto envenenamiento, o la no prestación de servicios durante el turno que le señale la autoridad. Estos son delitos que tienen como requisito esencial la calidad de médico, pero son ilícitos que no se entienden como constitutivos

de responsabilidad profesional. Son simplemente los denominados delitos del médico.

Hay casos en Chile en que se ha condenado a un médico, por cuasidelito de homicidio derivado de culpas médicas, a una pena de 61 días de reclusión menor en su grado mínimo.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil, que es la que proviene de un hecho u omisión que causa daño a otro, se ha tratado en nuestro país, como ya lo hemos dicho, preferentemente por la vía de la responsabilidad extracontractual, pero hay casos excepcionales en que se ha invocado directamente la responsabilidad contractual.

IV. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MÉDICA

Lejos están los años en que los civilistas sostenían que los actos que dependen de una profesión literaria, científica o artística, no pueden constituir el objeto de un contrato. Textos franceses que datan de 1902 así lo indicaban⁸. Había quienes creían que no podía haber entre médico y cliente un contrato, pues se consideraba que era rebajar las profesiones liberales y quitarles dicho carácter, al encerrarlas en una figura contractual.

El ya citado cambio, experimentado por la judicatura francesa en 1936, tuvo su origen en la Cámara Civil de la Corte de Casación de Francia, la que vino a declarar que entre el médico y su cliente se forma un verdadero contrato que, sino comporta, evidentemente, la obligación de curar al enfermo, al menos comprende la de proporcionarle cuidados conforme a las adquisiciones de la ciencia.

El paso de la responsabilidad civil del médico desde el campo de lo ilícito al de los contratos, además de lo que significó en cuanto al rigor de los conceptos, se consideró muy beneficioso para los enfermos, quienes son en definitiva las víctimas del daño injusto, en razón de que en los contratos, en caso de incumplimiento, se presume la culpa, lo cual no ocurre en los cuasidelitos.

Para calificar el contrato médico han surgido diversas teorías: la del mandato, la del arrendamiento de servicios y la del contrato proteiforme o multiforme. Para la legislación chilena, la relación del médico con sus pacientes deberá regirse, en primer término, por las reglas del mandato, porque así lo dispone el artículo 2118 del Código Civil, y subsidiariamente, en lo que no fuere contrario a esas

reglas, por las disposiciones que regulan el contrato de servicios inmateriales, y por su intermedio, podrían llegar a ser aplicables también ciertas normas de los contratos para la confección de una obra material. Ocasionalmente el médico podría estar afecto a un contrato de trabajo.

Encontramos un caso fallado por la Corte de San Miguel, en 1992⁹, en el que claramente se sostuvo que la responsabilidad del profesional que presta servicios en Fonasa tiene el carácter de contractual, rigiéndose por las reglas del mandato y del arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarias a ellas. La prueba de la culpa del mandatario, por lo mismo, está sujeta a las normas generales del Derecho Común, bastando por tanto al mandante probar la existencia de la obligación incumplida para que dicho incumplimiento se presuma culpable, y correspondiendo al mandatario exculparse en razón de caso fortuito, fuerza mayor o ausencia de culpa. En definitiva, no se acogió la demanda por estimar que no se logró acreditar que el resultado lesivo se había producido por violación del deber de cuidado profesional.

En cuanto a las características del contrato médico, entendemos que éste es consensual, *intuitu personae*, admite el desistimiento unilateral, es principal, individual, puede ser instantáneo o sucesivo, es generalmente sinalagmático o bilateral y excepcionalmente unilateral. También creemos que es un contrato generalmente de adhesión. En efecto, la concepción de que el contrato médico sea de libre discusión está superada. No surge como transacción de los intereses de las partes. El rasgo decisivo de la adhesión sería el desequilibrio de formación técnico-científica de cada cual. Hay imposibilidad de discutir las condiciones del contrato médico, nacida de las características propias de esa ciencia, que dificultan la facultad de discutir libremente por las partes las cláusulas en desacuerdo.

Dentro de los requisitos de la responsabilidad médica contractual, es preciso que exista un contrato válido. Si dichos requisitos no se cumplen, el contrato carece de eficacia. Será menester que exista consentimiento válido, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga causa lícita.

El consentimiento en el área médica tiene importancia trascendental. Entre médico y paciente debe existir una perfecta coincidencia de voluntades. Se requiere, por tanto, de una doble voluntad y su recíproco reencuentro. La conformidad no sólo debe existir en cuanto a las personas, sino que además la oferta y la aceptación deben concurrir con respecto a la cosa que es objeto de ellas. En el contrato médico, el objeto de la obligación no es de dar una cosa, sino que es una obligación de hacer; por ejemplo, efectuar un determinado tratamiento, realizar un cierto diagnóstico, ejecutar una intervención quirúrgica específica. Por último, es preciso que la oferta y la aceptación se correspondan en cuanto a la naturaleza y a todas las modalidades de la convención que se trata de formar.

Los ejemplos de falta de consentimiento de las áreas médicas se multiplican. Lo lógico es que cuando no existan situaciones de emergencia, el facultativo dedique todo el tiempo necesario para suministrar, en forma clara y desprovista de tecnicismos, la finalidad del acto por realizar, sus riesgos inmediatos y efectos mediatos, y sólo luego de esa información, el paciente dará su asentimiento y el consentimiento estará formado. Justamente en el caso del Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia, señor Lionel Beraud Poblete, se planteó en primera instancia un problema de consentimiento dentro de las discusiones de los hechos y del Derecho¹⁰.

Se sostuvo que el paciente, el señor Beraud, había dado su consentimiento para ser intervenido quirúrgicamente de su cadera derecha, la que estaba afectada de artrosis, y para que se le sometiera a un procedimiento de artroplastía total a la misma, con la implantación de una prótesis. El objeto de la obligación que emanaba del contrato médico y respecto del cual se dio el asentimiento, era precisamente efectuar esa determinada intervención quirúrgica respecto de la cadera derecha. El 6 de julio de 1993, el Ministro señor Beraud fue intervenido quirúrgicamente en su cadera izquierda, en forma equivocada, implantándosele la prótesis de que se disponía para la cadera derecha, y sin que hubiera indicación quirúrgica de ninguna especie en relación a la cadera izquierda que le fue intervenida.

Se debe explicar que en el transcurso de la referida intervención a la cadera izquierda, el equipo médico se percató del error en que estaba incurriendo, decidiendo continuar hasta su término la operación de la misma, para proseguir posteriormente con la operación de la cadera derecha, que era en verdad la única que se había programado.

En todo caso, el fallo destina varios considerandos para explicar que no podía procederse a operar la cadera izquierda sin el consentimiento previo del paciente o de sus familiares. Es decir, había consentimiento para operar la cadera derecha, no así para la izquierda. Al operarse las dos, sólo en la segunda se cumplió el contrato, en la primera, no había asentimiento al efecto. Quizás se podría estimar que tales daños quedaron fuera de la órbita del contrato, derivándose la responsabilidad hacia la vía extracontractual, pues así se estima que es todo daño infringido a la víctima más allá del objeto de la obligación del contrato. Otro de los requisitos para que surja la responsabilidad contractual dice relación con la necesidad de que el contrato se haya celebrado entre la víctima del daño y el autor de éste. La responsabilidad contractual sólo puede tener lugar entre el facultativo y el paciente, que son las partes ligadas por la convención.

Los problemas más usuales que han surgido en el tema del vínculo existente entre la víctima y el autor del daño, provienen de la organización de las prestaciones de salud en Chile, ya que para cada situación pueden existir variantes a la fórmula clásica del contrato médico, que está basado en los principios tradiciona-

10 Fallo dictado por el Ministro don Cornelio Villarroel Ramírez, con fecha 28 de marzo de 1995.

les del ejercicio liberal de la medicina, en cuanto éste nace como producto del asentimiento del facultativo y su paciente. Estas variables son vitales para determinar, en cada caso concreto, si la responsabilidad que puede ser exigida ante el evento de falta de diligencia, corresponde a la órbita contractual o extracontractual. Por esta vía se ha llegado a la responsabilidad de los hospitales, clínicas privadas y sus propietarios. Y también, hasta hace no mucho tiempo, era la vía por la cual se establecía la responsabilidad de los hospitales estatales.

Examinemos algunos fallos vinculados a este requisito, de que el contrato se haya celebrado entre la víctima del daño y el autor de éste.

En Chile, los trabajadores que no desean regirse por el sistema general de salud, pueden optar por afiliarse a un Instituto de Salud Previsional (Isapre). Estas instituciones son dueñas de establecimientos hospitalarios importantes o simples organizaciones administrativas que sirven de intermediarios entre el cotizante y el centro de salud.

Para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud que otorgan las ISAPRES, los trabajadores deben suscribir un contrato con la entidad que elijan. Se trata del denominado contrato de salud, por el cual las partes pueden convenir el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios. En virtud de ese contrato de salud, el cotizante, o alguna de sus cargas, se dirige al hospital o centro médico que pertenece a la ISAPRE y exige el servicio médico antes contratado. En dicha clínica le atiende un determinado facultativo con quien el paciente no ha contratado. ¿Qué relación se produce entre el cotizante, o alguna de sus cargas, y el médico? Se pueden ensayar varias respuestas:

- El médico vuelve a contratar con el enfermo en una especie de contrato encadenado o accesorio.
- Existe un subcontrato celebrado entre la institución y el médico.
- Se trata de un contrato en favor de terceros.
- Se trata simplemente del cumplimiento de la obligación asistencial por parte de la institución.

En un caso acaecido en 1991¹¹ hubo ocasión de discutir el tema, y dentro de los elementos se examinó la opción de que existió incumplimiento de parte de la Isapre, por el hecho de que el profesional procedió sin la debida diligencia y cuidado, al extirpar el útero de la paciente sin que previamente se le practicaran los exámenes y biopsias adecuadas que recomendaran la aludida intervención quirúrgica, lo que impidió emitir un diagnóstico de certeza y recomendar un tratamiento médico previo, si ello hubiere sido lo aconsejable.

Se evaluó la doctrina de que se trataría de un contrato a favor de tercero. Contratan el médico y la institución, y de ese acuerdo nace un beneficio asistencial para un tercero, ajeno al convenio: el paciente. A su vez, el eventual paciente ha contratado con una institución la prestación del servicio médico por profesionales

11 Corte de Apelaciones de Santiago, R.D.J., t. 3, Sec. 4ª, p. 159.

adheridos a ella, o de su dependencia, contra el pago de una determinada cotización.

En definitiva, la Corte de Apelaciones de Santiago optó por la solución del caso por la vía extracontractual, siendo condenada la Isapre por haber incorporado en su lista de médicos a quien carecía del respectivo título profesional, estableciendo una responsabilidad solidaria entre la institución y el 'supuesto profesional' que recomendó la intervención quirúrgica incorrecta.

En otro proceso fallado por la misma Corte en 1993¹², se condenó a una clínica por el daño sufrido por el actor con motivo de una intervención quirúrgica en la cual la pabellonera, dependiente de la entidad privada, incurrió en un error en la identificación de un frasco de Sorbitol, vaciando en él una solución diversa con la cual se irrigó la vejiga del paciente. De resultas del error, imputable a culpa de la pabellonera, aquél experimentó una cistitis intersticial, que le originó un daño moral que debió ser indemnizado por la clínica, por haber omitido el debido control en el cumplimiento de los deberes de su dependiente. La entidad había señalado que ella tenía una relación contractual con el paciente. Dicha alegación fue rechazada, habida consideración de que no estaba suficientemente acreditada la existencia de un contrato y que, de ser efectiva tal relación contractual, nada habría impedido que el actor pudiera acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción a las pretensiones formuladas en la demanda.

En este caso en particular, lo cierto es que, en nuestra opinión, la relación contractual estaba suficientemente acreditada; sin embargo, el tribunal optó por acoger la acción interpuesta por la vía extracontractual, a fin de dar lugar a la indemnización del daño moral, que tradicionalmente se ha estimado no se indemniza por la vía contractual. Empero, hoy en día, en otras áreas del Derecho de daños, ya hemos conocido dos o tres fallos que han ido superando esa clásica diferencia, y que han admitido la indemnización por daño moral incluso en sede contractual.

La vinculación clínica - facultativo, y el contrato en beneficio de tercero, fue claramente invocada en el famoso caso de Sergio Silva¹³, el cual terminó con transacción entre los propietarios de la clínica y los familiares del conocido locutor de televisión, por lo que no fue posible que nuestros tribunales evaluaran jurídicamente la situación. En este caso, lo que ocurrió fue que un médico prescribió, telefónicamente, que al señor Silva se le administrara Amiodarona, sin examinar previamente la historia clínica del paciente. De haberla examinado, no habría administrado tal medicamento, ya que éste tiene contraindicación absoluta respecto de personas con hipertiroidismo. A raíz de la administración de tal medicamento

12 Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 1993. Gaceta Jurídica, Nº 151, enero 1993, p. 54.

13 Proceso incoado ante el 25º Juzgado Civil de Santiago.

sin la evaluación debida, al paciente se le produjo un shock que lo dejó con una encefalopatía anóxica isquémica, es decir, sin ninguna actividad cerebral. Meses después, el señor Silva falleció.

Cuando se utiliza el sistema de libre elección, en cambio, sea a través de la regulación del Fondo Nacional de Salud, o sea por medio del pago del servicio vía un bono de Isapre -pero en ambos casos eligiendo el paciente al médico- no hay mayores variaciones en el tema de la responsabilidad. Lo único que ocurre es que existe un tercero que paga parte de los honorarios, al cual el mismo paciente ha contribuido previamente mediante deducción de un porcentaje de sus ingresos.

Evidentemente que el requisito clave en materia de responsabilidad contractual médica, es que el daño sufrido por la víctima provenga del incumplimiento del contrato médico.

En el contrato médico no sólo hay obligaciones para el facultativo, sino también para el paciente. Éste tiene la obligación de información, de seguir el tratamiento, de abstenerse de hacer todo aquello que fuere contrario o perjudicial al tratamiento, y de pagar los honorarios. Muchos conflictos de responsabilidad médica surgen, justamente, porque en definitiva fue el propio paciente quien no entregó toda la información al facultativo, en circunstancias que podía hacerlo, o bien, interrumpe un tratamiento y se confía a otro profesional o a otro servicio médico, excluyendo la responsabilidad de quienes inicialmente lo trataron. Muchas negativas a continuar un tratamiento prolongado pueden ser causa de no curación o de agravamiento de enfermedades.

En cuanto a las obligaciones del médico, éstas suelen dividirse en dos grandes tipos: la de consejos y la de cuidados¹⁴. Dentro de los consejos, están los deberes de advertencia de riesgos. Dentro de los cuidados, están los descuidos de visitas, el abandono del paciente, etc. Hay también infracción al deber de cuidados, si el profesional abandona al paciente por algunos instantes mientras efectúa el acto operatorio. En uno de los primeros fallos dictados sobre responsabilidad médica en Chile, en el año 1984¹⁵, se estableció la total responsabilidad del facultativo por infracción a este deber. La parturienta había ingresado al hospital para ser atendida de un parto. Una vez puesta la anestesia por el profesional, éste controló la presión arterial, salió del box y permaneció en el recinto de parto hasta ser avisado por la matrona que la enferma presentaba problemas respiratorios. El facultativo no controló directamente, en su totalidad, el proceso anestésico. Si se hubiera quedado en la sala, controlando los signos vitales, se habría percatado del paro cardíaco y se habría ocupado de inmediato de él y no en forma tardía. La paciente quedó con daño cerebral irreparable.

14 Para una mayor profundización, ACOSTA RAMÍREZ, Vicente, *De la Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 219.

15 Fallo pronunciado por la Excm. Corte Suprema, 4 de octubre de 1984.

Estos dos grandes deberes de los médicos, que emanan del contrato y que implican el análisis en las tareas de diagnóstico o de tratamiento, se van diseminando dentro de las diversas etapas del acto médico.

Los errores de diagnóstico pueden conducir a responsabilidad médica en ciertos casos, y en otros no. En general, se considera que si hay error por insuficiencia de conocimientos y por negligencia en el diagnóstico, se debe estimar que el médico es responsable del resultado dañoso derivado de tales errores. En cambio, cuando el error tiene por base la complejidad del cuadro clínico, también llamado error científico, suele excusarse al facultativo; el equívoco se debió o a la imperfección de los conocimientos científicos, que aún no han alcanzado la plenitud de desarrollo para determinar con certeza que se trata de tal enfermedad, o a imperfecciones en los medios de diagnóstico, que impedirían verificar el pronóstico establecido, o simplemente a la carencia de esos medios, en los casos que sea imposible conseguirlos.

En el tratamiento, en cuanto método que se emplea para curar enfermedades o defectos, la casuística jurisprudencial es la más copiosa. Dentro del tratamiento, podemos encontrar problemas de responsabilidad por suministro de medicamentos, en situaciones de experimentación médica, en la intervención quirúrgica con todo lo que ello implica en cuanto a la inobservancia de adecuados exámenes previos, casos de anestesia, olvidos quirúrgicos, y cirugía estética.

También se vincula con el problema de responsabilidad el tema del consentimiento en los tratamientos y operaciones quirúrgicas.

Veamos algunos casos:

- En un proceso fallado por la Corte Suprema, en 1986¹⁶, se estimó que el hecho de que el médico no dispusiera la hospitalización inmediata de la paciente, no fue la causa necesaria de la muerte de la creatura que la madre llevaba en su vientre. El que se hubiese obtenido sangre en la primera punción de la paciente no significó, necesariamente, el desprendimiento de la placenta y la consiguiente muerte del nonato, resultado que es siempre planteado como una posibilidad y no como una consecuencia directa e inevitable.

- Al final de la intervención quirúrgica y en los cuidados post-operatorios, puede recién surgir la responsabilidad médica, como ocurrió en otro caso fallado por la Corte Suprema, en 1986¹⁷. La paciente había sido sometida a una intervención quirúrgica consistente en una plastia de mandíbula para corregir una malformación congénita de la cara. Fue necesario, para anestesarla, intubarla por la nariz con un tubo sin Cuff, por lo cual debió sellarse la traquea con una gasa colocada en la hipofaringe, lográndose así una vía aérea herméticamente cerrada. La intervención quirúrgica se llevó a efecto normalmente. Horas después, el médico tratan-

16 Corte Suprema, 20 de mayo de 1986, en Anexo Gaceta Jurídica, Año 1994, Nº 169, Bol. Nº 14, p. 5.
17 Corte Suprema, 28 de enero de 1986, Revista Chilena de Derecho, Vol. 13, p. 408.

te procedió a desintubarla, sin extraerle previamente la gasa que servía de sello, lo que le produjo un paro respiratorio, seguido de uno cardíaco, haciéndosele urgentes maniobras de reanimación. A los dos días la paciente falleció.

Este breve cuadro de la responsabilidad médica en Chile quedaría insuficientemente reseñado, sino se explicara que la vía tradicionalmente invocada y resuelta por los tribunales dice relación con la responsabilidad extracontractual, siendo los elementos de ésta los que suelen examinar nuestros tribunales.

En torno a la imputabilidad, se parte del supuesto de que el causante del daño sea legalmente médico. En Chile surgen algunos problemas en este aspecto debido a que las especialidades médicas no están reglamentadas.

El segundo requisito de la responsabilidad médica implica la concurrencia de una falta, es decir, que el hecho se haya ejecutado intencionalmente o con imprudencia o negligencia. Para los médicos, esto se expresa a través de la infracción a la *lex artis*. Una conducta no acorde con la *lex artis* comúnmente se designa como *malpraxis*, esto es, cualquier forma inadecuada del ejercicio de la profesión médica, sea por dolo o por culpa.

La acción médica contraria al deber de cuidado tiene por fundamento la infracción a ese conjunto de procedimientos, de técnicas y de reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis adecuados para fines de diagnóstico, y a los medios terapéuticos en uso.

En todos los casos de jurisprudencia chilena en que se ha invocado la responsabilidad extracontractual, justamente el punto clave de discusión ha sido este factor de cumplimiento o incumplimiento de la *lex artis* y, en muchos casos, se ha llegado a la conclusión de que existió infracción a la *lex artis* por impericia, por imprudencia o por negligencia.

El catálogo es amplio. Se ha acusado de impericia a un facultativo que dejó de practicar un examen que era indispensable; en otro caso, por no hacer un diagnóstico o hacerlo equívocamente, y también por no aplicar un tratamiento o instituir uno que no era el indicado.

En el ámbito de la intervención quirúrgica es donde la impericia puede causar los peores y más frecuentes daños, sea por la realización de una operación inútil, no indicada o impracticable, sea por la omisión de una intervención adecuada en momento oportuno, o por ejecución técnica deficiente. Hay casos, incluso, en técnicas que se consideran de avanzada, como la cirugía laparoscópica, en donde se ha sostenido una impericia en el uso de los respectivos trócares, pinzas e instalación de los chips metálicos, causando daños funcionales importantes.

La imprudencia importa no obrar con las debidas precauciones que la ciencia médica hace aconsejables para evitar los riesgos a que pueden llevar los actos profesionales ejecutados sin mayor reflexión. Hay acciones en que se aprecia una temeridad o ligereza, o una falta de previsión inexcusable, cuando se realizan operaciones sin el consentimiento del paciente o de sus parientes, se ejecutan intervenciones graves con el objeto de reparar lesiones insignificantes, etc.

En todo caso, el concepto que se tenga de la acción imprudente de un médico es esencialmente relativo, pues en muchos casos dependerá de las circunstan-

cias y del medio en el cual desarrolló su misión. Así, ha de ser diferente la apreciación según el grado de adelanto científico que exista en el lugar donde se efectúa la prestación médica y la urgencia del caso.

Por último, existen casos en que la culpa se traduce en una conducta omisiva. Son actos típicos de estas negligencias médicas los oblitos u olvidos quirúrgicos, la falta de exámenes, el abandono del paciente, etc.

Ahora, las formas de infracción a la *lex artis* debe ser interpretada caso a caso, según las circunstancias particulares del hecho médico de que se trate.

En cuanto al daño como requisito esencial de la responsabilidad extracontractual, se aplican los mismos principios generales. La jurisprudencia siempre tiene presente que no todo menoscabo debe presumirse causado por el hecho médico, puesto que generalmente ya existía un detrimento. Lo que en realidad se le imputa al facultativo es un daño agregado, esto es, una agravación, mantenimiento en la enfermedad, lesiones, muerte.

Se precisa, además, que entre el hecho médico y el daño sufrido por la víctima exista una relación de causa a efecto, es decir, que el daño se haya producido u ocasionado por el hecho ilícito del facultativo.

El médico no está obligado a curar; pese a una conducta conforme a su deber, los daños pueden sobrevenir. Ellos pueden ser la consecuencia de hechos que son por entero extraños o ajenos al quehacer médico, que no se pudieron anticipar ni impedir. Los actores sostienen que el daño fue la consecuencia de una intervención culposa. El demandado argumenta con la causa extraña, o bien, con el desconocimiento de la causal; alega que ella se desencadenó en hechos que en nada se vinculan con la actuación profesional, y de allí que los daños no debieron ser reparados por él.

La cuestión es de una real complejidad, y será en definitiva el juez quien, en cada caso particular, apreciará la existencia o inexistencia de la relación de causalidad, debiendo para ello basarse en los principios científicos adquiridos sobre la materia, en las nociones prácticas relativas a los fenómenos médicos y a la manera en que estos se producen. Los hechos ocurrieron en un tiempo pasado y fueron hechos plurales: el estado de salud del enfermo, la gravedad y extensión de la misma, las complicaciones en marcha, la atención médica, el tratamiento clínico o la intervención quirúrgica, la medicación y otros factores.

Normalmente, en Chile, la jurisprudencia varía entre la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, o la de la causa eficiente, adecuada o determinante.

Lejos, el tema de la relación de causalidad en materias médicas es el más complejo, pues son excepcionales los casos en que el daño tiene una sola causa, pues las situaciones más frecuentes son aquellas en que los daños tienen diversos orígenes.

La materia de la causalidad puede ser aún más dificultosa, si se considera que el organismo humano es un todo íntimamente relacionado, y de ahí que una afección cualquiera no se presenta normalmente aislada, en un contexto psicosomático sano, sino que cierto síntoma, que expresa un mal funcionamiento

en una determinada zona, es usual que vaya acompañado de otras afecciones, sobre todo en personas de bastante edad. Es como una reacción en cadena, pues cuando la salud se quebranta, las dolencias se multiplican.

En lo que respecta a las circunstancias concurrentes y concausas, ¿hasta dónde alcanza la responsabilidad médica? Una enfermedad que motive la atención médica puede ir acompañada de un estado orgánico de debilitamiento o de afecciones localizadas en otras partes del cuerpo; estas condiciones preexistentes pueden mostrarse o permanecer ocultas. Podría ocurrir, también, que el origen de tales dolencias sea coetáneo con la que provoca la intervención médica. Por último, surgen afecciones con posterioridad a la patología que el facultativo encuentra en los inicios de su atención.

V. ACTO MÉDICO DE EQUIPO

Un último aspecto, que resulta de interés examinar, dice relación con el acto médico de equipo, al cual ya nos referimos a propósito de la deshumanización de la medicina¹⁸.

Ya hemos dicho que la labor médica actual es ejercida por equipos, integrados por médicos clínicos, laboratoristas, dentistas, matronas, enfermeras, etc. Examinemos dos situaciones:

1. RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO POR EL HECHO DE QUIENES ACTÚAN COMO AUXILIARES O DEPENDIENTES SUYOS

Cuando se trabaja en equipo y bajo la dirección de un jefe, como acontece en las intervenciones quirúrgicas y en otra serie de actos médicos, ese médico jefe será responsable indirecto o reflejo de las condiciones dañosas del acto, aunque el hecho no sea suyo, sino ajeno. Piénsese en la arsenalera, la enfermera, la auxiliar de enfermería, etc.

En aquellos casos en que exista un contrato médico, y haya lugar a su cumplimiento, la responsabilidad del médico subsiste cuando esos hechos o actos son de personas por quienes es responsable. Aplícase el artículo 1679 del Código Civil, el cual basta para dar al problema una solución conforme con las necesidades de la práctica y con las exigencias del Derecho.

En la esfera extracontractual, se aplica el principio del artículo 2320 del Código Civil, en orden a que toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieran a su cuidado.

18 ACOSTA RAMÍREZ, Vicente, ob. cit., p. 405.

En muchos centros asistenciales es costumbre que el facultativo haga uso de los servicios de la clínica y también de su personal, y que el médico no sea trabajador de tal entidad. Por otro lado, esos auxiliares no han sido elegidos ni contratados por el médico interviniente. Aparecen bajo una subordinación jurídica del centro hospitalario, sea privado o estatal. A pesar de esto, a lo menos en el curso de una intervención quirúrgica, estos auxiliares están de manera cierta sometidos a la autoridad del médico cirujano. Se trata de un encargado ocasional, que sin estar ligado al jefe médico del equipo por una lazo habitual y constante de subordinación, se encuentra colocado en situación de recibir órdenes e instrucciones técnicas.

2. RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO RESPECTO DE OTROS MÉDICOS CUANDO ACTÚAN EN EQUIPO

El avance de la ciencia y la técnica requieren de un despliegue profesional más amplio que involucra a más de un médico. Aparece así un jefe de equipo que orienta y coordina las actividades de quienes le secundan. Lo más probable es que el paciente no conozca más que a ese facultativo jefe, por lo menos en las intervenciones corrientes, con quien está jurídicamente vinculado.

Al tratarse de las relaciones con otro médico, se debe examinar en cada caso el grado de autonomía o dependencia que ha caracterizado su obrar, a objeto de determinar si se trata de una responsabilidad directa del jefe del equipo en relación con el actuar no diligente del segundo médico.

Hay dos tendencias para examinar este problema:

- Concentración de la responsabilidad en el jefe del equipo médico;
- Disociación de la responsabilidad en el seno del equipo, en razón de la alta calificación del médico colaborador.

La primera ha sido la de concentrar la responsabilidad sobre la cabeza del médico jefe del equipo, inclusive respecto de otros médicos intervinientes. Se dice que es este facultativo quien tiene una visión global de la intervención o del tratamiento. Una serie de actos, técnicamente logrados, pueden tener por resultado el fracaso de la operación, de la misma manera que excelentes músicos pueden dar una interpretación deplorable si el director de orquesta los deja intervenir a contratiempo. Se concentra la responsabilidad en el facultativo jefe del equipo recurriendo a la responsabilidad por el hecho del otro, en los términos comentados.

Esta tesis fue sostenida por algunos de los demandados del equipo médico que intervino al Ministro señor Beraud. Incluso en el fallo de primera instancia se comentan diversos informes de prestigiosos médicos chilenos que sostienen que el primer cirujano es el único responsable del acto quirúrgico, y que los demás integrantes del equipo están subordinados a él.

La segunda tesis ha sido disociar la responsabilidad en el seno del equipo en razón de la alta calificación del médico colaborador, la que fue construida fundamentalmente sobre la base de que el médico colaborador es un anestesista.

Lentamente la disociación de la responsabilidad ha sido reconocida por la jurisprudencia y cada médico ha de ser responsable de sus propias faltas, no permitiéndose que se haga responsable al médico jefe del equipo por faltas que correspondan exclusivamente a un colaborador suyo, ya que este último tiene igualmente una formación profesional acabada.

La regulación aplicable en los casos de disociación de la responsabilidad entre diversos facultativos será diferente según si existe contrato médico o no. En los casos en que no exista contrato médico, se ha de aplicar para cada profesional las normas de la responsabilidad aquiliana contenidas en los artículos 2314 y ss. del Código Civil. En el evento de que cada médico contrate directamente con el paciente, serán evidentemente las normas de la responsabilidad contractual las aplicables para cada caso.

La situación habitual es que el paciente contrate con un facultativo, su médico tratante, quien se constituye en el jefe del equipo médico. No contrata directamente con el anestesista. En este evento se ha de estimar que existe entre el médico tratante y el anestesista una estipulación en favor del paciente, que se ha de regir por lo establecido en el artículo 1449 del Código Civil. De este modo, se mantiene la unidad de responsabilidad contractual respecto de cada miembro del equipo médico, con la diferencia de que se puede perseguir directamente la falta del anestesista, ya no en el jefe del equipo, sino respecto de él, pues el paciente es beneficiario de una estipulación a su favor.

En el mismo caso recién enunciado del ministro señor Beraud, en que se desechó la teoría de la concentración de la responsabilidad, se examinó extensamente esta segunda tesis, acogiénola en definitiva, sosteniendo que todos los intervinientes en la operación quirúrgica no han podido ser sólo coadyuvantes de la gestión del primer cirujano, sino que han debido participar conscientemente como cointervinientes en la operación precisa de la cadera derecha del enfermo.

VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ERA TECNOLÓGICA

La era tecnológica ha presentado nuevos problemas a la indemnización de daños, y existe preocupación de los juristas en estos últimos tiempos en orden a lograr una adecuación de los derechos a los nuevos cambios: responsabilidad civil por productos elaborados, daños nucleares, daño ecológico, responsabilidad civil emergente de la informática y los futuros daños que aún nos aguardan como consecuencia del desarrollo de la biotecnología.

El pronóstico es que la aplicación de la biotecnología también va a generar complejos problemas de responsabilidad médica. Problemas como la fecundación del óvulo por el óvulo, con exclusión del espermatozoide; la producción artificial de gemelos; la constitución de un banco de tejidos de recambio, partiendo de las células arrancadas al embrión y cultivadas para una futura utilización terapéutica; el embarazo masculino, la gestación humana en el animal. Por aberrante que todo

esto parezca, no resulta tan extraño y tan lejano para los científicos, más allá de todos los problemas éticos y morales que pueda implicar.

Los nuevos avances han traído problemas de responsabilidad para los médicos hemoterapeutas, o cirujanos que implantan órganos, ante la posibilidad de contagio al paciente con el síndrome de inmuno deficiencia adquirida.

Se discuten responsabilidades por omitir pruebas serológicas al donante. También pueden existir dificultades en los centros asistenciales por deficiencias en sus bancos de sangre e incluso respecto de los fabricantes de productos farmacéuticos hemoderivados, cuando no han sido tratados previamente para asegurar que estén libres del virus HIV.

Conocemos un caso en Chile en que se ha demandado, en lo principal, al Fisco de Chile, basado en la Ley de Bases de la Administración del Estado; en subsidio al Servicio de Salud Viña del Mar - Quillota, con igual fundamento jurídico; en subsidio, al mismo servicio de salud, por acción indemnizatoria basada en el incumplimiento del contrato médico; y por último, y en subsidio de todo lo anterior, se ha demandado al mismo servicio, invocando las reglas de responsabilidad aquiliana¹⁹.

Se sostuvo por los demandantes que en un centro asistencial de la V Región se le practicaron dos transfusiones de sangre a la cónyuge del demandante, inoculándosele el síndrome de inmuno deficiencia adquirida. Los actores agregan que, dos años después, se le informó a la mujer y a su marido que ella y su hijo padecían de SIDA. El niño recién nacido se habría contagiado de su madre vía lactancia.

El caso aún no ha sido fallado, y los defensores han sostenido que con los recursos humanos, científicos y materiales con que el servicio contaba en ese tiempo, no se podía conocer y evitar lo ocurrido. También agregan que no se sabe en el servicio si la señora estaba contagiada antes de la transfusión.

La discusión, evidentemente, se ha centrado en la noción de falta de servicio y en si estaban rigiendo o no las normas para la aplicación del programa de vigilancia epidemiológica del SIDA, considerando las recomendaciones que había formulado antes de esa época la Organización Mundial de la Salud.

En todo caso, esta acción revela la tendencia chilena de buscar la responsabilidad de los hospitales estatales, en lo principal, ya no por las vías de la responsabilidad civil, aplicando los principios generales del Código de Bello. Se intenta ahora la responsabilidad del Fisco, a través de las normas del Derecho público, existiendo incluso algunos fallos que sostienen que la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva.

Además, se denota una tendencia a preocuparse por los nuevos problemas que han ido generando las tecnologías de los tiempos actuales.

VII. CONCLUSIONES

Brevemente, podemos concluir que:

1° Existe en Chile un aumento en la exigibilidad de la responsabilidad médica.

2° Hay una tendencia a comprender los problemas médicos por la vía contractual.

3° Respecto de los hospitales estatales, se está buscando la exigencia de las responsabilidades ya no por la vía civil, sino que utilizando los caminos administrativos y la responsabilidad del Estado y de sus órganos por falta de servicio.

4° Muchos de los problemas de responsabilidad médica se evitarían si existiera una mejor relación médico-paciente. Esa mala relación normalmente parte desde los orígenes de la consulta.

Al efecto, ilustrativo nos parece concluir, extractando unas palabras del médico chileno señor Francisco Quesney²⁰.

¿Qué ve un médico en un enfermo?

Una persona angustiada, asustada, inhibida, confusa. Poseedora de un lenguaje muy limitado y compuesto más que de vocablos, de figuras. En vez de decir que algo le late, relata que le anda un pajarito. Exagera *ad infinitum* y todo es sumo. Confunde, lamentablemente, la cronología y atribuye a los hechos más banales las consecuencias más inimaginables. «... me lavé la cara con agua fría y se me descompuso la orina ...; ... fue el miércoles cuando me levanté con la puntada. No, si fue el lunes (interrumpe la esposa), cuando te puse el parche. Fue la vecina la que me dijo que estaba con la suma palidez. Yo he sido sano toda la vida, sólo de muchacho me operaron de la hernia virginal...» Todo ello matizado de innumerables hechos irrelevantes que relata con lujo de detalles, en un intento por ser coherente en algo, ya que de su padecimiento no comprende nada. Lo que resulta no es una historia racional, sino un cuento de hadas.

Y ¿con qué se encuentra el enfermo?

Desde luego con todas las inquietudes y ansiedades que hemos descrito. En nada contribuye a calmarlo el hecho de que la hora de la cita pasa y no sucede nada. Recién lo vienen a atender con media hora o más de retraso.

El médico está usualmente apurado. La consulta es interrumpida con frecuentes llamados por teléfono que van irritando al doctor. Este le hace preguntas en un lenguaje extraño lleno de osis e itis. Solicita precisiones ridículas... ¿Tenía 37,5° C o 38,5° C? ... ¿Qué importará? ... ¿Se tomaba las pastillas de 0,40 o de 0,10? ... Total da lo mismo.

20 QUESNEY, Francisco, *La Medicina tiene Problemas*.

Cuando el paciente está en lo mejor de su narrativa, el médico lo interrumpe y le ordena desvestirse y acostarse en una camilla helada encima de un hule resbaladizo. El doctor le aprieta ciertas áreas del cuerpo con dedos de tenaza, justo donde le duele. Unos gruñidos y hum, hum.

En seguida, ya vestido nuevamente, recibe en silencio una eterna lista de exámenes y análisis que debe practicarse, seguidos de un escueto: vuelva cuando se los haya hecho.

Y a la salida la secretaria con la cuenta. (Una variante en la interminable cola para adquirir un bono o la más interminable cola para lograr número).

En la consulta siguiente se enfrentará con un diagnóstico formulado en términos científicos o con el nombre del sabio que lo describió por primera vez. ... es una enfermedad de Schuller-Christian o lipoidosis. ¿Qué es eso doctor? Simplemente una zantomatosis. ... ¡Ah! ... Despache esta receta y siga las indicaciones que le he anotado, y le pasa un papel lleno de caracteres propios de un alfabeto desconocido. ¿Cirílico?, ¿gótico?, ¿cuneiforme?

Y otra vez la secretaria (o la previa cola).

Situaciones como éstas o con todas las variaciones que la imaginación pueda crear, son el pan de cada día. Y, sin embargo, lo que ocurre en este contacto del médico con su paciente es crucial para el éxito de la medicina. Es el pilar básico. Es el sitio y el momento en que el paciente informa al médico sobre lo que está ocurriendo a su cuerpo y mente. Es la historia de primera fuente. Es la oportunidad del médico para informarse sobre lo que aqueja a su paciente y para completar esa información con los elementos adicionales, que además puede comprobar con su examen directo de la persona».

Puede ser el principio o el fin de un problema de responsabilidad médica.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES Y CLÍNICAS POR LA NEGLIGENCIA MÉDICO SANITARIA

Roberto A. Vázquez Ferreyra
Doctor en Derecho (U. Nacional de Buenos Aires)
Profesor de Derecho Civil

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha podido comprobar un fenómeno que tuvo su inicio en los Estados Unidos de Norteamérica y que luego se repitió en Europa, para llegar finalmente a algunos países de latinoamérica, entre los que se encuentra la República Argentina. Se trata del desarrollo de la responsabilidad civil médica.

En los repertorios de jurisprudencia de hace más de veinte años resultaba verdaderamente difícil ubicar algún fallo -absolutorio o condenatorio- en el cual se ventilaran cuestiones referidas al accionar de los profesionales de la salud, es decir, causas que se ocupen de la vulgarmente denominada '*malapraxis*' médica. No viene al caso traer estadísticas; basta señalar que se trata de un fenómeno fácilmente advertible hasta por quien no se considere un experto en cuestiones jurídicas. Es que la cuestión hoy en día también ha sido objeto de tratamiento por parte de los medios de comunicación masiva y es tema obligado en cuanta reunión médica se convoque.

Lejos están los tiempos en que Marañón decía: "El enfermo debe aceptar un margen de inconvenientes y de peligros derivados de los errores de la medicina y del médico mismo como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma...el enfermo, si se da cuenta de la insuficiencia profesional de su médico, está bien que recurra contra él. Pero el juez que ha de atender la reclamación cometerá la más atroz injusticia si condena de plano al médico que ignora los diagnósticos y los tratamientos elementales, y no a los profesores que le dieron el título, capacitándolo para ejercer, con tan exiguo caudal de conocimientos, la medicina"¹.

1 MARAÑÓN, Gregorio, en prólogo al libro de Berizo Cano *La responsabilidad profesional del médico*, Madrid, 1944.

Hoy en día, el paciente que considera que no ha recibido una atención correcta por parte del médico o del centro asistencial sabe que tiene derecho a una reparación, y en muchos casos tratará de lograrla, aun cuando los sanitarios hayan hecho todo lo que estaba a su alcance.

A tal punto ha llegado el auge de los juicios por responsabilidad médica que se ha llegado a hablar de la 'fiebre de la responsabilidad médica'. En un periódico español del año 1986, el corresponsal en los EE.UU. relataba que las demandas por '*malpractice*' se han convertido, en aquel país, en la pesadilla de los médicos, y han generado en los últimos años una auténtica crisis en todo el sistema sanitario del país. Es que los norteamericanos plantean actualmente el triple de demandas de este tipo que hace sólo una década. Este fenómeno, comprobado hace casi diez años en los EE.UU., se repite en la actualidad en diversos países, entre los que se encuentra la Argentina. Ello explica también la abundante bibliografía existente en la materia.

Las causas de este notable aumento de demandas por responsabilidad civil contra médicos y sanatorios son múltiples. Un estudio de ellas en Chile lo realiza con detenimiento Acosta Ramírez².

En primer lugar, no es que ahora los médicos actúen más negligentemente o con menos conocimientos que hace algunos años atrás. Lo que sucede es que antes el médico era considerado como un sacerdote, o por qué no decirlo, un Dios, que nunca podía equivocarse. Si algo malo le ocurría al paciente, era recibido como producto de la voluntad de Dios o del azar nefasto. Por el contrario, en la actualidad, el médico, al igual que cualquier profesional, está obligado a dar respuesta por sus errores. La ciudadanía, en general, es conciente de sus derechos, y sabe que puede demandar a los médicos ante los tribunales, exigiendo una sanción o bien un resarcimiento. Es decir, ya no existe impunidad para ningún sector de la sociedad desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Demás está decir que en esto han incidido -al igual que en todo el fenómeno de la responsabilidad por daños- los grandes cambios filosóficos, sociales, económicos, etc.

Otra de las grandes causas del aumento de las demandas contra los médicos es la llamada 'despersonalización de la medicina', fenómeno propio de la masificación social. Ha desaparecido el médico de familia o de cabecera. El desarrollo de la medicina y sus grandes avances ha creado al médico especialista, lo que lleva a que un mismo paciente sea atendido por múltiples profesionales, desconociendo muchas veces la identidad de los mismos. Este fenómeno es más grave aún en la sanidad pública, en donde los profesionales no pueden prestar la atención necesaria debido a la cantidad de pacientes y escasez de medios. En definitiva, aparece lo que se ha denominado la medicina anónima, en la que el paciente ni siquiera sabe quién es el médico tratante. Por supuesto que ante una falla en la

2 ACOSTA RAMÍREZ, Vicente, *De la responsabilidad civil médica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, capítulo primero, párrafo segundo.

atención, al paciente no se le presentará ningún remordimiento al tener que demandar a quien conoce sólo por haberlo visto ocasionalmente en algún tramo de su tratamiento.

Un cambio fundamental en la responsabilidad civil médica, y que sin duda alguna ha sido una de las causas más importantes del aumento de demandas de esta naturaleza, es el desarrollo de diversas teorías, que tienden a facilitar la hasta hace un tiempo difícil o imposible carga de la prueba de la culpa profesional.

Efectivamente, a la luz de diversas teorías desarrolladas en EE.UU., Italia, Francia, Alemania, España, etc., la prueba de la culpa médica ya no es una "prueba diabólica". Incluso en muchos supuestos se parte de una presunción de culpa, siendo en tal supuesto el profesional quien deberá probar su "falta de culpa" o "no culpa", para eximirse de responsabilidad. Entre estas teorías que facilitan la prueba de la culpa, podemos mencionar, en lugar destacado, la teoría de las cargas probatorias dinámicas, la prueba por presunciones, la prueba *prima facie* o *res ipsa loquitur* del Derecho norteamericano, etc.³.

Este aumento de las demandas contra los médicos tiene su faceta negativa, pero también positiva. Lo malo reside en que el temor de los médicos a ser demandados los lleva, en muchos casos, a practicar una medicina 'a la defensiva', que tiene como resultado el sometimiento del paciente a todos los análisis y pruebas imaginables antes de decidirse a avanzar en un simple diagnóstico o, lo que es peor aún, a rechazar pacientes de alto riesgo. Todo ello, además de aumentar los costos de la medicina, produce discriminaciones injustas. Esta medicina a la defensiva es, también, negativa desde el punto de vista humano, pues es irritante para la relación médico-enfermo que aquél vea en el paciente un posible futuro demandante ante los tribunales.

Lo positivo radica en que los buenos médicos han tomado conciencia de su responsabilidad, lo que los ha llevado a realizar algunos cambios en el ejercicio de su profesión, para evitar futuros inconvenientes. Estos cambios, que no importan mayores complicaciones, benefician al paciente. Así, por ejemplo, se ve un aumento considerable en el respeto de los derechos del paciente, lo que se traduce en la figura del llamado consentimiento informado, en la documentación de los actos médicos, con historias clínicas prolijamente confeccionadas, servicios hospitalarios estructurados de tal forma que se eviten inconvenientes o fallas, que en otros momentos eran consideradas imprevisibles, etc.

Todo esto demuestra que la responsabilidad civil médica cobra, actualmente, una importancia hasta hace algunos años desconocida. Con esto también se corre el riesgo de pasar de la situación de las víctimas indefensas a otra situación no menos peligrosa, la de los profesionales indefensos.

3 Debido a que el tema de la prueba de la culpa médica no es el objeto central de este trabajo, remito a mi libro *Prueba de la culpa médica*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, segunda edición, 1993.

Como en muchos otros temas, aquí también hay que guardar distancia de los extremos, pues en el medio está la justicia. Esta justicia se alcanzará no cargando la responsabilidad sobre las espaldas del médico -si es que éste no ha obrado culpablemente- y evitando que la dificultad de la prueba de esa culpa se convierta en un escudo insalvable, que impida el acceso a una justa indemnización frente a profesionales inescrupulosos.

Hemos hablado hasta aquí de la responsabilidad civil de los médicos, por lo que conviene hacer la aclaración de que también abarcamos en lo dicho la responsabilidad civil de los sanatorios, hospitales, clínicas y demás centros asistenciales, incluidas obras sociales, medicina prepagada, etc. Es que de acuerdo a las teorías jurídicas más modernas, la responsabilidad del médico individual lleva aparejada en forma automática, y de manera casi inexorable, la responsabilidad del establecimiento en donde se desempeña o desempeñaba al momento de realizar el acto ilícito.

Efectivamente, tanto en materia contractual como extracontractual, se dice que el establecimiento médico responde directa o indirectamente, frente al paciente, por la negligencia de sus médicos y demás personal auxiliar. Y demás está decir que por una simple cuestión económica, el paciente-víctima tratará por todos los medios de involucrar al establecimiento médico, pues en él encontrará un mayor patrimonio y una aseguradora que responda por el daño.

Ello, claro está, no descarta los supuestos en que el sanatorio responde aunque no exista una responsabilidad médica individual subyacente.

II. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

A efecto de lograr una mayor precisión en el tratamiento del tema bajo análisis, corresponde hacer una brevísima síntesis del sistema argentino de responsabilidad civil. Ello no resultará difícil en razón de que, al igual que muchos otros países latinoamericanos, éste tiene sus antecedentes mediatos en el Derecho Romano, e inmediatos en el Código Civil francés de 1804.

El Código Civil argentino divide el tratamiento de la responsabilidad civil en dos grandes sectores, más allá de que algunos proyectos de reformas -siguiendo las orientaciones de la doctrina más moderna- tiendan a suprimir la actual dualidad. Esos dos sectores son el de la responsabilidad contractual u obligacional y el de la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Para ubicarnos en uno u otro sector, corresponde analizar si el daño, cuya reparación se pretende, tiene su origen en el incumplimiento de un contrato u obligación jurídica que vinculaba previamente al responsable con el demandante. Si la situación encuadra en uno de estos dos sectores, las partes no pueden elegir u optar por la aplicación de las normas correspondientes al otro sector. Sin perjuicio

de ello, el Código Civil argentino admite un sólo supuesto, llamado de opción restringida. Se trata del artículo 1107 C.C. según el cual, en los casos de responsabilidad contractual, el damnificado podrá optar por la vía extracontractual, si el incumplimiento obligacional fue constitutivo de un delito penal.

Entre ambos sectores de la responsabilidad existen algunas diferencias, entre las que se pueden mencionar como más importantes las referidas al plazo de la prescripción, a la extensión del resarcimiento, al régimen de la solidaridad, etc. Otras diferencias que se suelen predicar son en realidad falsas. Así, por ejemplo, en materia de daño moral, donde más allá de la letra de los artículos 522 y 1078, éste ha sido considerado por la jurisprudencia de los más importantes tribunales, incluida la propia Corte Suprema y de Justicia, como siempre indemnizable.

En cuanto a la prescripción, ésta es tal vez la diferencia más importante. Las acciones contractuales prescriben a los diez años, mientras que en materia de responsabilidad aquiliana, el plazo se reduce a dos años. Por su parte, y abreviando, se puede afirmar que la extensión del resarcimiento es más amplia en materia extracontractual que contractual⁴.

En el tema que ahora nos interesa, es conveniente remarcar que, en materia extracontractual, existe una norma genérica que regula la responsabilidad por el hecho de los auxiliares o terceros. Se trata del artículo 1113, según el cual la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia. Este mismo artículo también consagra la responsabilidad del dueño o guardián por los daños causados con las cosas o por las cosas riesgosas o peligrosas.

Por el contrario, en la órbita contractual, no existe una norma que, con carácter general, consagre la responsabilidad por el hecho de terceros, o del deudor por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado. Es por ello que la doctrina ha tenido que recurrir a diversas teorías para dar fundamento a la responsabilidad del deudor obligacional por el hecho de los terceros, o por los daños causados por las cosas que se introducen en el cumplimiento de las prestaciones. Esto, sin duda, alguna incidencia tiene en el tema de la responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, cuando el daño ha sido ocasionado por los médicos o personal auxiliar, o bien cuando el daño tiene su origen en el uso de las instalaciones o instrumental médico.

Corresponde señalar que, como principio general, la responsabilidad civil médica y hospitalaria cae dentro de las previsiones de la responsabilidad contractual. Sobre el particular recuerda Bueres que en Francia fue frecuente, aproximadamente hasta el año 1936, que los tribunales propiciaran que el deber de responder de los médicos era extracontractual en función de lo dispuesto en los artí-

4 Sobre la responsabilidad civil y sus manifestaciones más modernas, remitimos a nuestra tesis doctoral, publicada por Editorial Depalma, bajo el título *Responsabilidad por daños - elementos*, Buenos Aires, 1993.

culos 1382 y 1383 del Código Civil francés. A partir de esa época, la opinión se volcó entonces en favor de la solución contractual⁵.

En Argentina, Borda considera que la responsabilidad médica es de naturaleza extracontractual, pues no surge ella de la celebración de un contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato⁶. Sin perjuicio de ello, el ilustre jurista reconoce que la opinión predominante considera que, como regla general, la responsabilidad que nos ocupa es de orden contractual.

Creemos con Bueres que, como regla general, la responsabilidad de los galenos y centros hospitalarios es de naturaleza contractual, sin perjuicio de que en ciertos casos existan excepciones que justifiquen la aplicación de las normas que rigen la responsabilidad extracontractual.

En la doctrina y jurisprudencia se sostiene, en forma general, esta opinión. En este sentido, las V Jornadas Rioplatenses de Derecho, siguiendo los lineamientos fijados en encuentros anteriores, dictaminaron que "la responsabilidad profesional, como regla general, es de naturaleza contractual". En idéntico sentido se pronunció la Comisión 2 del II Congreso Internacional de Derecho de Daños, celebrado en Buenos Aires en junio de 1991.

En síntesis, puede decirse que "es criterio pacífico y virtualmente unánime en la doctrina argentina y extranjera considerar como de naturaleza contractual la responsabilidad emergente de la relación médico-paciente, sea cual fuere la esencia que se asigne a dicha relación"⁷.

En la doctrina argentina, los autores que últimamente más atención han prestado al tema de la responsabilidad civil médica, han dado su conformidad al establecer que, como regla general, la naturaleza de la misma es contractual, sin importar que se trate de un contrato oneroso o gratuito. Así, por ejemplo, Mosset Iturraspe, Lorenzetti y Gherzi⁸.

En el derecho español, ésta parece ser, también, la solución hoy en vigencia⁹.

En Chile, nos ilustra Acosta Ramírez que la jurisprudencia no ha tomado partido en forma abierta por una u otra tesis, sin perjuicio de lo cual cita un fallo

5 BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*. Vol. 1, Capítulo I, Editorial Hammurabi, segunda edición actualizada, corregida y ampliada. Bs. As. 1992. Del mismo autor, *Responsabilidad civil de los médicos, clínicas y establecimientos médicos*, en Revista Jurídica de San Isidro, n° 25, 1989, pp. 20 y ss. Ver también PENNEAU, Jean, *La responsabilité du médecin*. Editorial Dalloz, París 1992, p. 7.

Excepcionalmente, dice el autor francés, puede ser extracontractual.

6 BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones*. Tomo II, tercera edición. Editorial Perrot, Bs. As. 1983, p. 462.

7 Cámara Nacional Civil, Sala G, fallo del 7/4/83.

8 MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo, *Contratos Médicos*. Editorial La Rocca, 1991, p. 79 - GHERSI, Carlos Alberto, *Responsabilidad por prestación médico asistencial*. Segunda edición, Editorial Hammurabi, Bs. As. 1992, p.81.

9 Ver, entre otros, FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*. Editorial Civitas, Madrid, 1988; ATAZ LOPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 119 y ss.

de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el que se resolvió que la responsabilidad profesional de un médico en el tratamiento prolongado de una persona enferma no tiene el carácter de extracontractual, sino más bien el de infracción de disposiciones convencionales¹⁰. Pero también hemos tomado conocimiento de otros fallos más recientes, en los que la solución se inclina en favor de la vía extracontractual. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo del 28 de enero de 1995, ha resuelto, en un caso de responsabilidad civil hospitalaria, que la existencia de una relación contractual en nada impide que el actor pueda acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción a las pretensiones formuladas en la demanda¹¹.

En cuanto a la naturaleza del contrato que vincula al médico y los establecimientos asistenciales con los pacientes, en general se descarta la figura pura del mandato o la locación de servicios, y se prefiere encuadrar en una figura *sui generis*. Es así que se habla de un contrato *proteiforme* o *multiforme*, o en fin, variable, arguyendo que, dada la multiplicidad de hipótesis que pueden surgir en estas vinculaciones, cada situación examinada en relación con sí misma podrá ser un mandato, una locación de servicios o de obra, o bien un negocio atípico¹². En consecuencia, hay que desmenuzar la voluntad de las partes frente a cada caso concreto, a fin de adaptarlo a las figuras contractuales típicas o atípicas.

Ahora bien, el principio general admite excepciones, en las cuales estamos frente a un supuesto de responsabilidad extracontractual. Así, por ejemplo, el caso de los servicios médicos requeridos por una persona distinta del paciente, siempre y cuando, por lógica, aquélla no obligue contractualmente al último en virtud de una representación legal o voluntaria, o cuando el contrato celebrado entre el médico y el paciente es nulo, o la atención del médico, desarrollada en contra de la voluntad del paciente, como es el caso de asistencia al suicida, etc.

Uno de los supuestos de excepción más importantes en que se configura la responsabilidad extracontractual es el caso en que el paciente fallece y, en consecuencia, sus familiares reclaman la indemnización por la muerte del ser querido. En tal caso, los familiares del paciente muerto reclaman la indemnización *jure proprio*, y por ende no existe vinculación obligacional previa con el médico y/o sanatorio.

Quedó dicho, en párrafos anteriores, que la doctrina y jurisprudencia argentina no formulan distinción alguna según que la atención médica haya sido

10 ACOSTA RAMÍREZ, Vicente, *De la responsabilidad civil médica*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 83.

11 Gaceta Jurídica, 1993, N° 151, p. 54.

12 BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*. Vol. 1, 2° edición, Editorial Hammurabi, 1992, Bs. As., pp. 131 y ss. Adhieren a esta tesis en Argentina, entre otros: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión*. Revista Jurídica La Ley 1976-C-64; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños. Parte General*. Editorial Ediar, Bs. As. 1971, T° p. 346; ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Curso de Obligaciones*. Editorial Abeledo Perrot, Bs. As. 1975, Tomo II, números 1848 y 1853.

brindada en un establecimiento particular o en uno dependiente de la sanidad pública, como tampoco que la atención haya sido gratuita u onerosa. Se dice que la onerosidad no es requisito del contrato, pues es perfectamente válido un contrato gratuito.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS ASISTENCIALES POR LOS ACTOS MÉDICOS

Hecha esta breve introducción, corresponde que comencemos de lleno con el tema central.

Existen múltiples teorías que tienden a justificar la responsabilidad de los centros asistenciales¹³. Para algunas de ellas, el deber de reparar importa siempre una responsabilidad indirecta o refleja de dichos organismos, tanto si se trata de responsabilidad contractual como extracontractual. Para otro sector de opinión, la responsabilidad de estos centros es directa.

En la primera tesis, se busca el basamento de la obligación de reparar en la idea de la estructura de la relación obligatoria, en la idea de garantía, en la de la representación, en la teoría del riesgo, en la de culpabilidad, etc. Todo ello sin contar en el Código Civil argentino con una norma expresa, que contemple la situación en la órbita contractual. De ubicarnos en la órbita extracontractual, la justificación normativa se encuentra en el artículo 1113 C.C., que regula la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes.

Ramella se ubica entre quienes buscan el fundamento de la responsabilidad del centro asistencial por el hecho de los médicos en la tesis de la estructura de la relación obligatoria, que fuera ideada en Italia por Giovine¹⁴. Esta teoría parte de dos premisas fundamentales, que son: a) la irrelevancia jurídica de la sustitución, y b) la equivalencia de comportamientos. La primera hace referencia a la hipótesis del deudor, que alarga subjetivamente la estructura del vínculo obligacional con la incorporación voluntaria de terceros en la actividad de cumplimiento que, aunque autorizada por el ordenamiento positivo, resulta un hecho extraño al acreedor quien, a su vez, no puede ser constreñido a reconocer una novación subjetiva, ni a dirigir

13 En realidad el tema encaja dentro de otro mucho más amplio, y que es el de la responsabilidad del deudor por el hecho de los terceros, que introduce en el cumplimiento de la obligación. Sobre el particular, se ha dicho que la solución acerca del fundamento de la responsabilidad de cumplimiento del deudor por sus auxiliares debe buscarse dentro de cada concreto régimen positivo. Ello, por cuanto las soluciones jurídicas no han sido uniformes ni en el tiempo ni en el espacio. JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*. Editorial Civitas, Madrid 1994, p. 345.

14 GIOVINE, Achille, *Causa strana e responsabilità contrattuale per fatto altrui* en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1929, parte 1° n°8, pp. 404 y ss.

su acción contra nuevos deudores. La segunda de las premisas se refiere a que tanto el comportamiento del deudor principal como el del tercero representan un mero *quid facti*, considerándose en todos los casos como comportamiento del deudor originario, quien no podrá alegar como causal de excusación o liberación de responsabilidad el hecho del tercero que realiza la prestación.

Esta tesis, llevada al campo de la responsabilidad médica, niega la posibilidad de que el acreedor (paciente) pueda pretender contra el auxiliar (médico) utilizado por el deudor originario o principal (centro asistencial). Ramella lleva la tesis a límites extremos, sosteniendo que el deudor promete una prestación, siendo irrelevante la sustitución que realice recurriendo a la actividad de terceros. Conforme este desarrollo, la legitimación del acreedor (paciente) sólo comprendería la posibilidad de dirigir una pretensión contra el deudor (el centro asistencial) y, por lo mismo, aquél (el paciente) no podría demandar al auxiliar o dependiente (el profesional médico)¹⁵.

Mosset Iturraspe comparte también la idea de la estructura del vínculo obligatorio, pero con ciertas particularidades. Este autor estima que no puede privarse al paciente de la posibilidad de reclamar directamente contra el médico que ocasionó el daño¹⁶. Considera que el médico asume a la par con el centro asistencial una obligación accesoria, que lo obliga también contractualmente.

En esta línea de pensamiento se enrola un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, según el cual "si los establecimientos se valen de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrán de responder por la culpa en que incurran sus sustitutos, auxiliares o copartícipes, en razón de la irrelevancia jurídica de tal sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual éste se valga para sus fines, y de la equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos o asociados, que determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor"¹⁷.

Otros autores se enrolan en la teoría de la obligación legal de garantía. Según esta tesis, quien asume en nombre propio el cumplimiento de una prestación que no puede ser efectuada sino con la ayuda de terceros, cubre con su propia responsabilidad la responsabilidad de aquel que, llamado a intervenir en el cum-

15 Sobre la tesis de la estructura del vínculo obligatorio ver, entre otros: BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*. Op. cit. vol. 1, pp. 354 y ss. BANCHIO, Enrique, *Fundamento de la responsabilidad obligacional del deudor por el hecho de otro*, en *Contratos*, autores varios, Editorial La Rocca, Bs. As., 1989, pp. 252 y ss. AGOGLIA, María M., BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A., *Responsabilidad por hecho ajeno*. Editorial Depalma, Bs. As., 1995, pp. 148 y ss.

16 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*. Editorial Astrea, Bs. As., 1979, pp. 115 y 117.

17 Suprema Corte de Bs. As. 15/11/94, en autos *Schmit, Alfredo c/O.S.P.I.N.*, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, semanario del 26 de julio de 1995.

plimiento de tal obligación, no se encuentra en relación directa con el acreedor. Entre los partidarios de esta teoría encontramos a Tobías, quien sostiene que la responsabilidad del deudor obligacional por el hecho ajeno es una responsabilidad refleja, cuyo fundamento se encuentra en una obligación de garantía, asumida tácitamente por el deudor en favor del acreedor¹⁸.

En cuanto a la teoría de la representación, ésta sostiene que el tercero introducido en el cumplimiento de la obligación es un representante convencional del deudor, al hallarse habilitado por éste para desenvolver prácticamente la actividad negocial. Sobre esa base, en caso de incumplimiento por parte del tercero, el deudor originario resulta responsable por aplicación de las reglas del mandato.

Para finalizar con este repaso de teorías, mencionemos también la tradicional tesis de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. Esta teoría, de neto corte subjetivista, considera que ha existido una culpa personal del propio deudor, que se configura por una vigilancia irregular o una elección reprochable.

Quienes consideran que la responsabilidad de los centros asistenciales es directa, parten de una teoría que tuvo su origen en Francia, y que actualmente puede considerarse mayoritaria en la República Argentina. Su fundamento está en la figura de la estipulación a favor de un tercero, la que se encuentra regulada en el artículo 504 del Código Civil argentino.

Conforme esta tesis, "entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge entonces que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual"¹⁹.

Ahora bien, para esta tesis, el centro asistencial no sólo se obliga a poner a disposición del paciente a un cuerpo de médicos y medios instrumentales. La obligación del centro asistencial va más allá, pues además garantiza que la atención será correcta. Es que el centro asistencial asume una obligación tácita de seguridad²⁰, en virtud de la cual garantiza a los pacientes por los cuidados médicos.

Siguiendo a Bueres, consideramos que además de la responsabilidad contractual directa del médico para con el enfermo, de resultados de haber prestado éste su adhesión de eficacia a la estipulación concertada en su beneficio (artículo 504 C.C.), habrá también una responsabilidad contractual directa de la institución asistencial respecto del paciente.

Como quedó dicho, ese deber de las clínicas se origina en la existencia de una obligación tácita de seguridad, que funciona con carácter accesorio de la obli-

18 TOBIAS, José W., *En torno a la responsabilidad de los médicos*. El Derecho. Tomo 84, pp. 833 y ss.

19 BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*. Vol. 1º, op. cit., p. 374.

20 Sobre el tema, ver de VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de Contrato de Trabajo*. Editorial Vélez Sársfield - Juris, Rosario, 1988, cap. VIII.

gación principal de prestar asistencia médica por intermedio de los facultativos del cuerpo médico. Esta obligación de seguridad viene impuesta por el principio general de la buena fe, consagrado expresamente en el primer párrafo del artículo 1198 del Código Civil argentino. Efectivamente, la buena fe, como principio general del Derecho, cumple una función integradora que la dota de fuerza jurígena.

Así las cosas, y para esta tesis, el enfermo, para responsabilizar al médico, deberá probar la culpa de éste -sin perjuicio de las presunciones de culpa- y dicha prueba patentizará también la transgresión de la obligación de seguridad asumida por el centro asistencial. De esta manera lo ha entendido también la jurisprudencia al sentenciar que "la prueba de la culpa del médico es indispensable, no porque la responsabilidad de éste se refleje en la entidad de la cual depende en una responsabilidad indirecta, sino porque la prueba de aquella culpa sería la demostración de la violación del deber de seguridad, que como obligación tácita se halla comprendida en el contrato asistencial, y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la que concierne directa y personalmente al profesional"²¹.

La responsabilidad contractual de los centros asistenciales, que tiene su origen en el incumplimiento de esta obligación de seguridad, es de tipo objetiva, pues revelada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable o irrefragable. Sin perjuicio de ello, la clínica podrá colaborar en la prueba de la no culpa por parte del profesional de la salud. Tratándose de responsabilidad objetiva, la causal eximitoria será la causa ajena.

Todo lo dicho resulta aplicable a los supuestos de responsabilidad contractual.

Tratándose de responsabilidad extracontractual, no rige la figura de la estipulación en favor de un tercero ni la obligación de seguridad. En tal supuesto, la doctrina y la jurisprudencia fundan la responsabilidad ya sea en el artículo 1113 C.C., que regula la tradicional responsabilidad aquiliana del principal por el hecho del tercero, o en el artículo 43 C.C., que se refiere a la responsabilidad de la persona jurídica por el actuar de sus órganos, aplicable por analogía.

Quienes como Bueres consideran que no puede hablarse de dependencia del médico respecto del centro asistencial, prefieren ubicar la cuestión en el artículo 43 C.C., que se refiere a la responsabilidad de la persona jurídica por el actuar de sus órganos (directores o administradores). Dice Bueres: "creemos posible la aplicación del criterio que informa el precepto por analogía cuando, por la persona jurídica, intervienen terceros (los médicos) que, sin ser órganos, tampoco son dependientes. Cabría aceptar, pues, que hay paridad de situaciones, puesto que el ente de salud se vale de esos terceros para alcanzar la realización de sus fines"²². El

21 Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, fallo del 15/11/94, en autos *Schmit, Alfredo c/O.S.P.I.N.* Jurisprudencia Argentina, semanario del 26/7/95.

22 BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*. Vol. 1º, op. cit. p. 386, nota a pie de página.

motivo por el cual no se considera dependiente del centro asistencial al profesional médico es la falta de subordinación técnico-científica, al menos en lo que hace al cumplimiento de la tarea específica. Sobre el particular recuerda Kemelmajer De Carlucci que, tanto en Argentina como en Francia y España, existe una tendencia bastante acentuada a negar la dependencia entre el médico y la clínica; para ello se invocan dos argumentos básicos: la autonomía científica del médico y el deber nacido de los códigos de deontología, que les impide trabajar como meros ejecutores de órdenes²³.

También Belluscio considera acertada la tesis según la cual el médico que obra con la independencia que comporta su profesión liberal no puede ser considerado como dependiente del hospital público o privado o de la clínica donde se desempeña, ya que el ejercicio de la profesión médica es incompatible con un vínculo cualquiera de subordinación, y el médico debe gozar de la libertad más grande en el ejercicio de sus funciones²⁴.

Sin perjuicio de lo afirmado, Bueres acepta la aplicación del artículo 1113, que regula la responsabilidad aquiliana del principal por el hecho de los dependientes, cuando el daño ha sido causado por el médico pero fuera del ámbito de la *lex artis*. En tal caso, el médico bien puede considerarse dependiente.

Como se advierte, el problema pasa por determinar el concepto de dependiente. Quienes parten de un criterio sumamente amplio directamente encuadran la situación bajo las previsiones del mencionado artículo 1113.C.C., sin distinguir si se trata de una infracción a la *lex artis* o de un daño ocasionado fuera de lo que es su labor técnico-científica²⁵.

Andorno y Garrido son de la opinión de que no existe obstáculo para considerar al médico como dependiente del centro asistencial donde ejerce sus tareas. Los citados juristas afirman que la "autonomía científica del profesional no puede discutirse, pero incluso la realidad diaria demuestra cuán excesiva es la conclusión de excluir la dependencia en todos los supuestos invocados. Es normal, en las clínicas y sanatorios, la existencia de un director (profesional médico) al frente de las indicadas instituciones. Su función no es simplemente administrativa y su poder de dirección puede alcanzar al acto médico específico. La existencia de la relación de empleo con el profesional médico interviniente adquiere relevancia porque, a pesar del respeto ético recíproco, no excluye el poder de contralor cuando un profesional toma a su cargo, por orden de la dirección, prestar asistencia a un paciente

23 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes*. Editorial Hammurabi, 1992, p. 98.

24 BELLUSCIO, Augusto C., *Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios*. La Ley 1979-C-21.

25 Sobre la necesidad de que exista una relación de subordinación y dependencia entre el civilmente responsable y el agente directo del daño, ver de Pedro ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario por el hecho del dependiente en el Código Civil francés*, inédito. Ver también la importante bibliografía citada por el jurista chileno en la nota a pie de página n° 32.

con el cual no tiene trato ni vinculación...un director puede ordenar al médico interviniente, en situación de relación de empleo, desempeñarse en el marco de un determinado encuadre técnico. Es posible disponer, incluso, cómo deben efectuarse las curaciones, imponer criterio respecto de los medicamentos útiles e incluso, si es necesario, complementarlos y también participar cuando existan actos quirúrgicos... La imposibilidad del principal de imponer y seleccionar el método científico cuando éste no es un director técnico no es obstáculo para que concurren ciertas órdenes respecto de horarios, atención a determinados enfermos, el cumplimiento estricto de las normas de asepsia, el deber de vigilancia periódica por turnos, la aceptación de la colaboración de otro u otros médicos indicados por la clínica, o de personal auxiliar, etc."²⁶. Concluyen los autores citados reconociendo la existencia de dependencia del médico respecto del centro asistencial.

Lo cierto es que, en todos los casos señalados, tanto en materia contractual como extracontractual, la responsabilidad directa y/o indirecta del centro asistencial por los hechos del personal médico deviene en forma casi automática. Ello ha llevado a decir que "aunque desde la perspectiva teórica las diferencias entre los autores son grandes, en el orden práctico adherir a una u otra posición no produce mayores diferencias"²⁷.

En todos los casos se trata de una responsabilidad de tipo objetiva. Por ende, el centro asistencial sólo se eximirá de responsabilidad acreditando la causa ajena (comprensiva del caso fortuito o fuerza mayor, del hecho del tercero por quien no debe responder y del hecho de la propia víctima)²⁸. Sin perjuicio de ello, el centro asistencial también podrá probar la no culpa del médico cuestionado, por cuanto ésta es presupuesto para que funcione el deber de reparar de aquél.

Es que la naturaleza objetiva que predicamos del deber de reparar de los centros asistenciales por el accionar de los médicos no quita que haya que probar la culpa de estos profesionales pues, en la generalidad de los casos, estamos frente a deberes de medios.

En apretada síntesis, se puede concluir lo siguiente: a) los centros asistenciales responden de modo irrefragable, no pudiendo liberarse probando que eligieron o vigilaron correctamente a los médicos; b) el deber de los centros asistenciales alcanza a los actos culposos y dolosos de los profesionales de la salud, y aun a aquellos en que el daño sea atribuible por un factor objetivo de atribución; c) los médicos también responden frente al paciente, ya contractualmente, ya extracontractualmente.

26 GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O., *El artículo 1113 del Código Civil. Comentado y anotado*. Editorial Hammurabi, 1983, p. 46.

27 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados por los dependientes*. Editorial Hammurabi, 1992, p. 98.

28 Sobre estas eximentes en materia de responsabilidad objetiva y su carga probatoria, puede verse de María M. AGOGLIA, Juan Carlos BORAGINA, y Jorge A. MEZA, *Responsabilidad por hecho ajeno*. Editorial Depalma, 1995, p. 98.

IV. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS ASISTENCIALES POR LAS FALLAS DEL SERVICIO

En los puntos anteriores, hemos analizado los supuestos en los cuales la responsabilidad individual de uno o más médicos, precisamente determinada, trae aparejada, de forma inexorable, la responsabilidad -directa o indirecta- del centro asistencial.

En esta oportunidad, veremos algunos supuestos contemplados por los tribunales en los que no se ha podido individualizar al profesional o profesionales autores del perjuicio. Se trata de casos en los cuales se conoce la causa del daño, pero no se puede identificar al autor individual. Puede decirse que existe una suerte de anonimato en la causación del daño, anonimato que se esconde dentro de la estructura del ente asistencial. En tales supuestos, bien podría configurarse un supuesto de responsabilidad colectiva²⁹. Pero lo cierto es que muchas veces la jurisprudencia, sin llegar a condenar a ningún médico en particular, termina responsabilizando al ente asistencial, por considerar que ha existido una falla del servicio.

Es que, como dijimos, no se puede individualizar ninguna conducta culposa existiendo, no obstante, certeza de que la causa del perjuicio está dentro de la organización del establecimiento. Kemelmajer De Carlucci cita la opinión de Viney, según la cual "en algunos países todavía no se es consciente de que algunos riesgos deben ser asumidos por la empresa misma. Ninguna de las explicaciones dadas sobre el fundamento satisfacen, porque hoy ya no hay que mirar al comitente como un individuo sino como el sujeto que representa la unidad económica y, consecuentemente, es quien está obligado a tomar el seguro destinado a proteger a los terceros y a incitar a la empresa misma a la prevención. Esta idea no está admitida aún en la jurisprudencia, pero está en el subconsciente de muchos jueces"³⁰.

29 Sobre la responsabilidad médica colectiva existe abundante doctrina y jurisprudencia. Puede verse de MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños - responsabilidad colectiva*. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 107 y ss. GESUALDI, Dora M., *La responsabilidad colectiva*, en el libro en homenaje al Prof. Dr. Jorge Bustamante Alsina, titulado *Responsabilidad por daños*. Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, pp. 139 y ss. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva*. Comentario al fallo publicado en *La Ley*, diario del 17/9/91. El tema guarda relación con la responsabilidad del equipo médico, sobre lo que se recomienda la lectura, del trabajo de ANDORNO, Luis O., *La responsabilidad del acto médico efectuado en equipo*. *El Derecho*, Diario del 12/10/94. Puede verse también de VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Editorial Hammurabi, 1992, capítulo 1°.

30 VINEY, Geneviève en *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en *Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques GHESTIN, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en *Daños causados por los dependientes*. Editorial Hammurabi, Bs. As., 1992, p. 34.

Precisamente Kemelmajer De Carlucci, refiriéndose a estos supuestos, dice que al empresario (ente asistencial) no se le atribuye el hecho de otro, sino que se le imputa o bien una culpa personal, o bien que el servicio que él creó no funcionó, o funcionó mal o defectuosamente; por eso, aunque no se identifique al dependiente, ni se pruebe una culpa individualizada, igualmente se lo hace responsable, si se acredita que la causa del daño se encuentra en la organización humana que él titulariza.

La jurisprudencia es muy rica en estos casos. Muchos de ellos han tenido que ver con la conservación de la historia clínica. Así, por ejemplo, en un fallo de la Cámara Civil y Comercial Federal, de la Capital Federal, en el que por falta de elementos probatorios no se pudo determinar la culpa de los médicos intervinientes. Pero esa imposibilidad probatoria, en parte -y tal como lo dictaminaron los peritos intervinientes- se debió al extravío de la historia clínica del paciente. El tribunal entendió que el sanatorio estaba obligado, por disposiciones legales, a conservar la historia clínica, y tenía la carga de aportarla al expediente a fin de dilucidar la verdad de los hechos. La falta de ese elemento justifica hacer responsable al sanatorio de los daños experimentados por el actor. Recuerda el tribunal que, en ocasiones anteriores, se ha pronunciado en favor de la víctima cuando median, por parte del establecimiento, falencias de organización o administrativas con aptitud para ocasionar un daño; en el caso, el extravío de documentación referida a la atención del paciente³¹.

En otro caso, se trataba de un recién nacido que estuvo durante algunos días en incubadora, en dos hospitales diferentes. Al poco tiempo del alta, se constató un grave inconveniente en su vista, que se debía a un exceso de oxígeno en la incubadora. Lo cierto es que no se pudo precisar en cuál de los dos hospitales se había producido el lamentable hecho, esto es, la falta de control del nivel de oxígeno en la incubadora. Ambos hospitales fueron condenados en razón de que las historias clínicas de los dos centros asistenciales demostraban que el control de oxígeno en la sangre no sólo no fue constante, sino que tampoco se practicó durante los días en que se realizó dicho suministro³².

Otro caso muy interesante está referido al importante tema del consentimiento informado³³. Un paciente se somete a un estudio denominado arteriografía cerebral, el cual estaba correctamente diagnosticado y fue realizado sin que se pueda imputar culpa a los profesionales intervinientes. Como consecuencia del estudio, el paciente sufrió terribles daños cerebrales. Si bien no hubo culpa en la realización del estudio -más allá del trágico resultado- el tribunal entendió que no

31. Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala 2° 30/8/91, en autos *Ponce de León, Jesús c/ Gobierno Nacional*, Jurisprudencia Argentina, semanario del 29/4/92.

32. Cámara Nacional Civil, Sala F. Fallo del 16/9/93, en autos *Ramírez, Ramón c/ O.S.P.A.G.*, Jurisprudencia Argentina, semanario del 1 de junio de 1994.

33. Sobre el tema, ver de HIGHTON, Elena y WIERZBA, Sandra, *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*. Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 1991.

se había cumplido con el requisito de obtener el consentimiento informado, advirtiéndole al paciente del riesgo al que iba a ser sometido. Lo cierto es que tampoco se pudo precisar quién era el médico -de los muchos que atendieron al paciente- que tenía a su cargo la obligación de informar al paciente, aunque sin duda alguna uno de ellos debía hacerlo.

Según la sentencia, el estudio panarterial era necesario y la mala conducta hubiera consistido en no ordenarlo. Asimismo, juzgó que no hubo malapraxis médica en la práctica. Sin perjuicio de ello, la acción contra el hospital prosperó debido a que el paciente no fue informado del riesgo del estudio que se le tenía que realizar. Entiende el tribunal que un adulto tiene derecho a tomar por su propia cuenta aquellas decisiones que signifiquen adoptar un determinado plan de vida. Entre ellas figura la de elegir entre detectar una enfermedad a costa de un gran riesgo o permanecer en la ignorancia. En el caso sometido a resolución, los médicos eligieron por el paciente. De esa manera, se violó el deber elemental del prestador del servicio médico de advertir al paciente de los riesgos, pues es éste en definitiva quien debe decidir si vale la pena afrontarlo. "Puesto que algún médico -todos ellos dependientes del hospital- debía cumplir con esa obligación y ninguno lo hizo, el hospital debe responder"³⁴.

En la jurisprudencia española también encontramos un caso en donde se constató la existencia de fallas en el servicio. La doctrina que surge del fallo es la siguiente: "la existencia de unas negligencias no médicas ni instrumentalmente particularizadas, ni por tanto susceptibles de individualización, sino generalizadas, es imputable al Insalud y/o entidades de las que dependen los servicios y profesionales sanitarios. Dichos organismos, entes y centros, son responsables *in genere*, y al menos en último grado, de las faltas, defectos o negligencias del sistema de la instrumentación y del funcionamiento de sus actividades hospitalarias o sanatoriales, cuando de ellos puedan resultar daños o perjuicios para los asistidos en los referidos centros, y no sea posible otra atribución de responsabilidad". Llamas Pombo, comentando este fallo, remarca su importancia en razón de que se cifra la responsabilidad en un conjunto de posibles deficiencias no claramente precisadas ni demostradas³⁵.

Estas fallas de coordinación, organización o comunicación en la atención hospitalaria son comunes en la atención médica colectiva, propia de las nuevas formas de ejercicio de la medicina. Para evitar que sucedan, existen diversos mecanismos de previsión que deben ser adoptados por los centros asistenciales. Así por ejemplo, merece nombrarse un sistema utilizado en una prestigiosa clínica de Madrid en la que se utiliza una ficha verde que, a través de un triple control, evita

34 Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala 1º, fallo del 28/12/93, en autos "P.R.H. c/ Estado Nacional". El Derecho, diario del 18/11/94.

35 Sentencia del Tribunal Supremo Español del 4/11/92, publicada con comentario de LLAMAS POMBO, Eugenio, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 30, p. 995.

accidentes quirúrgicos. En dicha ficha deben constar todos los pasos necesarios previos a una intervención quirúrgica. Si la ficha falta o está incompleta, el cirujano debe abstenerse de operar³⁶.

V. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS ASISTENCIALES POR LOS DAÑOS AJENOS A LA ACTIVIDAD ESTRICTAMENTE MÉDICA

Bien se ha dicho que el objeto de los servicios hospitalarios puede estar constituido por dos tipos de prestaciones: la prestación del acto médico en toda la amplitud, y la prestación hotelera u otras prestaciones accesorias al tratamiento médico propiamente dicho³⁷.

Hasta ahora nos hemos estado refiriendo a la responsabilidad derivada de la actividad médica.

En este subtema vamos a contemplar el supuesto de los llamados actos materiales o actos de funcionamiento, en los que la cuestión poco difiere de la responsabilidad hotelera y sus afines.

A manera de ejemplo, podemos mencionar el daño sufrido por el paciente como consecuencia de una descarga eléctrica producida por un artefacto en mal estado, o el perjuicio ocasionado en el incendio de alguna instalación, o caída por las escaleras o asensores, etc.

En estos casos, entra a juzgar la llamada teoría de los deberes de protección. Estos deberes se encuentran al lado del interés primario del acreedor, llamado interés de prestación. Vienen impuestos por la buena fe y tienen por finalidad evitar todo daño a quienes se encuentran vinculados por una obligación.

Estos deberes, más allá de su accesoriedad -en el sentido de que van anexos a un deber principal- tienen contenido autónomo respecto al deber de prestación. Con ello se quiere decir que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido³⁸. Sobre esta cuestión, en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, celebradas en Junín en 1994, se aprobó el siguiente despacho: "la obligación de seguridad es funcionalmente autónoma. En todo caso, podrá decirse que la principal es primaria y aquélla secundaria, dado que el nacimiento del deber calificado de seguridad reconoce como presupuesto la existencia de la obligación principal".

36 El detalle del sistema puede verse en BARREIRO, Agustín Jorge, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*. Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 151.

37 FERNANDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Editorial La Ley de España, 1987, p. 192.

38 JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*. Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 145.

Entre los deberes de protección más conocidos se encuentra la obligación de seguridad a la que hemos definido como aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver sano y salvo al otro contratante, a la expiración del contrato, su persona o sus bienes, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su interpretación e integración sobre la base del principio general de la buena fe³⁹.

En materia sanitaria, la obligación de seguridad, si no ha sido asumida expresamente por el ente asistencial, viene impuesta por el principio general de la buena fe. En virtud de esta obligación, el establecimiento debe velar para que los pacientes no sufran ningún daño mientras permanecen dentro de sus instalaciones. El incumplimiento de esta obligación de seguridad -que es de resultado, en cuanto a los llamados actos materiales o de funcionamiento-, en la medida que cause un daño, genera responsabilidad contractual objetiva.

39 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de contrato de Trabajo*. Editorial Vélez Sársfield-Juris, Rosario, 1988, p. 105.



ÍNDICE GENERAL

Presentación	5
Tendencias en materia de responsabilidad civil Santiago Cavanillas Mújica	9
Responsabilidad civil del empresario por el daño moral causado a sus trabajadores Ramón Domínguez Águila	19
Responsabilidad civil de las empresas públicas por el hecho de sus órganos directivos Claudio Illanes Ríos	35
Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas Carlos E. Concha Gutiérrez	47
Responsabilidad civil por daño ambiental en la ley de bases generales del medio ambiente Julio Lavín Valdés	61
La responsabilidad civil por daño al medio ambiente en la legislación y jurisprudencia de la Unión Europea Hernán Corral Talciani	83
Responsabilidad civil del empresario en el uso de vehículos de transporte. Un estudio de la jurisprudencia chilena Pedro Zelaya EtcheGARAY	105
Responsabilidad por productos defectuosos en la Unión Europea Santiago Cavanillas Mújica	133
Responsabilidad civil médica en Chile Vicente Acosta Ramírez	145
La responsabilidad civil de los hospitales y clínicas por la negligencia médico sanitaria Roberto A. Vázquez Ferreyra	167