



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Responsabilidad civil de entidades corporativas

HERNÁN CORRAL TALCIANI

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

MAURICIO VIÑUELA HOJAS

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY

ALBERTO LYON PUELMA

JOSÉ MANUEL BARROS TORRES

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Jorge Baraona González
EDITOR



2003

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 7



Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Responsabilidad civil de entidades corporativas

Hernán Corral Talciani

Jorge Baraona González

Mauricio Viñuela Hojas

José Ignacio Martínez Estay

Pedro Zelaya Etchegaray

Alberto Lyon Puelma

José Manuel Barros Torres

Alejandro Romero Seguel

Jorge Baraona González

EDITOR

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 7 (2003)

Cuadernos de Extensión Jurídica 7, 2003
Responsabilidad civil de entidades corporativas

CIP - Universidad de los Andes

Responsabilidad civil de entidades corporativas / Hernán Corral Talciani ... [et al.] ; Jorge Baraona González editor.

(Cuadernos de extensión jurídica ; 7)

Incluye notas bibliográficas.

I.- Responsabilidad Civil - Chile. 2.- Asociaciones - Aspectos Jurídicos - Chile. I.- Corral Talciani, Hernán Felipe. II.- Baraona González, Jorge, ed. III.- s.

CDD 21

346.83031

2003

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Hernán Corral Talciani

Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio Piña Rochefort, Jorge Baraona González, José Ignacio Martínez Estay, Enrique Brahm García.

Secretarios de redacción: Marcelo Nasser Olea, Osvaldo Lagos Villarreal

ISSN: 0717-6449

ISBN: 956-7160-24-4

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 137.182

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, 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 de la propiedad intelectual

© 2003 Universidad de los Andes

Diseño: Carolina Varela

Impresión

Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile - Printed in Santiago of Chile

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

MAURICIO VIÑUELA HOJAS

Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de los Andes

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY

Doctor en Derecho
Universidad de Santiago de Compostela
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de los Andes

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY

Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile
Universidad de los Andes

ALBERTO LYON PUELMA

Licenciado en Derecho Universidad de Chile

Profesor de Derecho Civil

Pontificia Universidad Católica de Chile

JOSÉ MANUEL BARROS TORRES

Licenciado en Derecho Universidad de Chile

Profesor de Derecho de Seguros

Universidad de los Andes

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho

Universidad de Navarra

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de los Andes

NOTA DEL DIRECTOR 11

PRESENTACIÓN DEL EDITOR 13

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO:
¿RÉGIMEN CONSTITUCIONAL O RÉGIMEN CIVIL?

Hernán Corral Talciani

I. Planteamiento del problema: cuestiones
dogmáticas y prácticas 21

II. Los regímenes en pugna 22

III. Un presupuesto necesario: el rol de la
constitución y la unidad del orden jurídico 27

IV. Una reconstrucción de la responsabilidad
del estado de fuente constitucional y civil.. 33

V. Aplicación subsidiaria del derecho privado
común a la responsabilidad del estado 40

LA RESPONSABILIDAD DE LAS MUNICIPALIDADES A LA LUZ
DE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

Jorge Baraona González

I. Introducción 47

II. La responsabilidad patrimonial de las
municipalidades 50

III. Los problemas de la causalidad en la
responsabilidad municipal 95

IV. La ley 19.880: El nuevo procedimiento
administrativo y la responsabilidad de las
municipalidades 106

V. El problema de la prescripción 107

VI. Principales conclusiones 107

LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN CHILE:
¿PRIVATIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
EN LA EMPRESA CONCESIONARIA?

Mauricio Viñuela Hojas

I.	Introducción	109
II.	La responsabilidad de la empresa concesionaria en la ley de concesiones de obras públicas	112
III.	De la falta de servicio y, en particular, de la responsabilidad por falta de servicio en las obras públicas viales	118
IV.	La garantía de los derechos del usuario y la responsabilidad objetiva general por falta de servicio en las concesiones de obras viales	129
V.	Conclusión: hacia una responsabilidad compartida por la falta de servicio	133

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SERVICIOS
DE SALUD

José Ignacio Martínez Estay

I.	Los Servicios de Salud	137
II.	La responsabilidad del Estado en Chile.....	144
III.	Características de la responsabilidad de los Servicios de Salud en el Derecho Público chileno	149
IV.	El problema de la inembargabilidad de bienes de los Servicios de Salud	170

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE HOSPITALES Y CLINICAS
PRIVADAS: HACIA UNA PAULATINA RESPONSABILIDAD
ESTRICTA POR RIESGO DE EMPRESA

Pedro Zelaya Etchegaray

I.	Introducción	173
II.	Causas del explosivo aumento de las acciones legales intentadas por los pacientes que han sido víctimas de daños médicos	173
III.	Un caso real: muerte de una menor por error de diagnóstico y tratamiento	176
IV.	Una distinción básica y necesaria en la responsabilidad médico-sanitaria	177
V.	Doctrinas que intentan explicar la naturaleza y el fundamento de la responsabilidad civil del Ente Corporativo titular del Centro Asistencial	180
VI.	Tendencias en la responsabilidad civil de hospitales y clínicas en Chile	186
VII.	Conclusiones	205

RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR DE UNA
SOCIEDAD Y RESPONSABILIDAD DE ÉSTA POR LOS ACTOS
DE AQUÉL

Alberto Lyon Puelma

I.	Las obligaciones del órgano administrador .	207
II.	Responsabilidad de la persona jurídica por los actos de su órgano administrador	219
III.	Los administradores responden conforme al régimen de responsabilidad extracontractual tanto frente a la persona jurídica como frente a sus miembros y terceros	222
IV.	Responsabilidad del órgano administrador por actos de la sociedad celebrados con conflictos de interés	223

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA DIRECTORES
Y EJECUTIVOS (D&O)

José Manuel Barros Torres

I.	Relación entre el contrato de seguros de D&O y la evolución del régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital.....	261
II.	Licitud del seguro de D&O.....	265
III.	Características del seguro de D&O como una modalidad del seguro de responsabilidad civil.....	268
IV.	Los distintos asegurados en la póliza de D&O.....	278
V.	Delimitación del riesgo.....	283
VI.	Sobre la noción de siniestro.....	289
VII.	Gastos de defensa jurídica.....	290

LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS:

UNA EXPLICACION PROCESAL

Alejandro Romero Seguel

I.	Presentación.....	293
II.	La capacidad procesal.....	294
III.	Algunas normas en particular.....	299
IV.	El aporte de la acción constitucional de protección.....	305
V.	Efectos de la ampliación de la capacidad ...	307
VI.	La comunidad y sus problemas.....	309
VII.	La solución procesal.....	311
VIII.	La sociedad de hecho.....	314

NOTA DEL DIRECTOR

Los Cuadernos de Extensión Jurídica llegan con este volumen dedicado a la responsabilidad civil de los entes corporativos editado por el profesor Jorge Baraona, al número 7 de sus publicaciones, consiguiendo la regularidad anual que nos propusimos a contar del número 4.

La consolidación de esta colección ha llevado a la Facultad de Derecho a formalizar su aparición y afirmar su naturaleza como publicación seriada. Se ha solicitado y obtenido de la Agencia Chilena del ISSN (CONICYT) el respectivo número que la califica como tal. Por ello, se ha procedido a designar un director y un comité editorial, que tendrá como misión dirigir la serie y velar porque en ella se mantenga la calidad y rigor académico, tanto en el contenido de los trabajos como en su presentación formal.

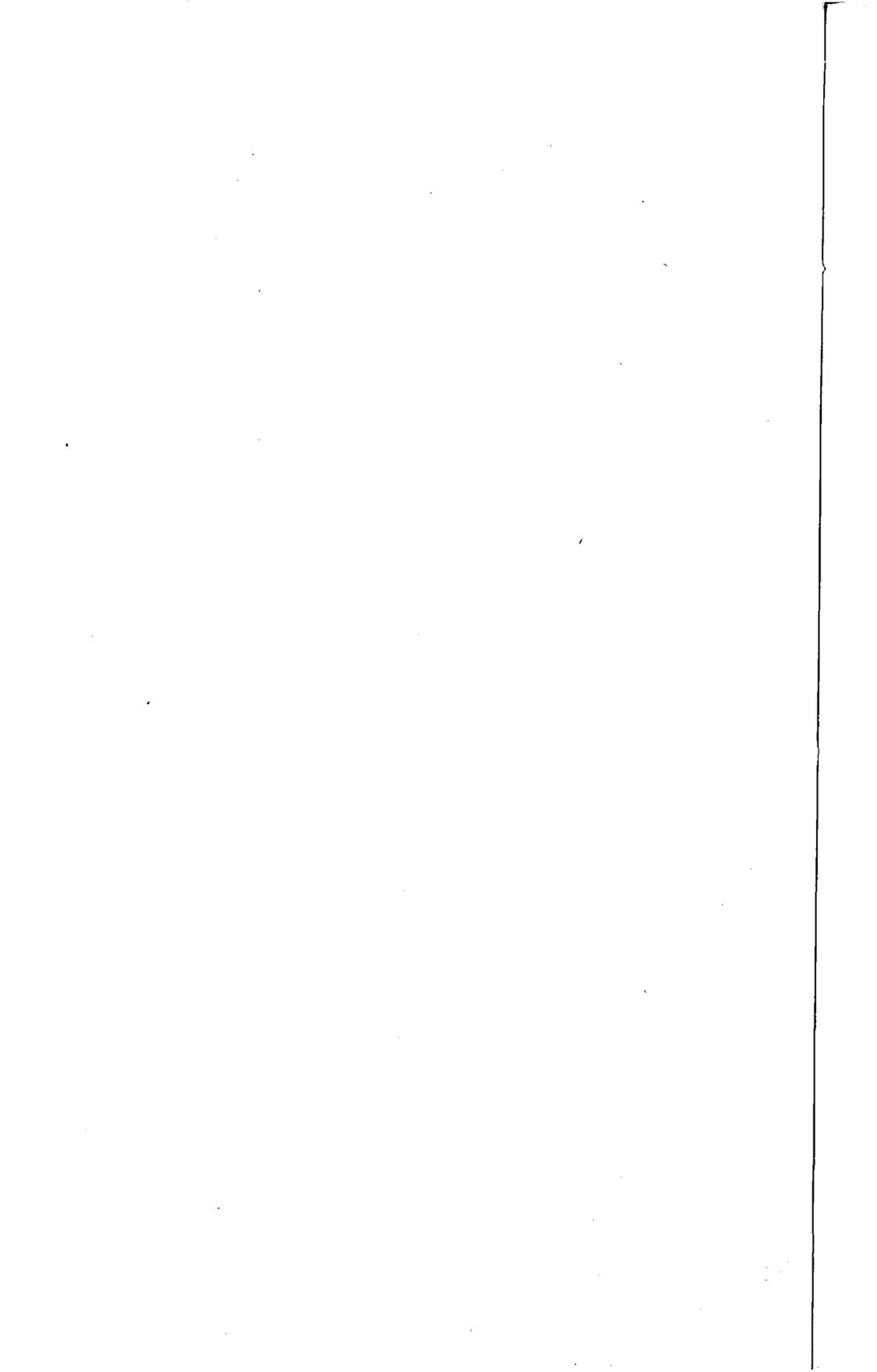
Como se trata de una serie de carácter monográfico, es decir, cada número contiene trabajos sobre un único tema, el Comité editorial designará un editor responsable, quien tendrá por función recopilar los distintos trabajos, estandarizar su presentación y procurar que guarden la armonía propia de una obra monográfica.

Tenemos fundadas esperanzas de que este reconocimiento y formalización de los Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes como serie monográfica, contribuirá a una mejor definición de su naturaleza y finalidad, y ello redundará en un mejor servicio a la comunidad académica y forense.

HERNÁN CORRAL TALCIANI

DIRECTOR

Santiago, 1 de septiembre de 2003



PRESENTACIÓN DEL EDITOR

La responsabilidad civil sigue siendo un tema de estudio muy relevante dentro del Derecho Privado, realidad que se aprecia en el extraordinario número de estudios, libros y trabajos que se publican, y se refleja también en el creciente número de demandas que sobre la materia se ventilan en nuestros tribunales de justicia.

Sin embargo, un aspecto que ha tenido menor desarrollo doctrinal es la responsabilidad civil de las personas jurídicas —o entidades corporativas—, como hemos titulado a la obra que presentamos. El aspecto más interesante de esta materia es la indagación en torno a los factores o elementos de imputación. Dado que las personas jurídicas no actúan de manera directa, sino que lo hacen necesariamente por medio de personas naturales o físicas, es preciso establecer cuándo un determinado hecho, que causa daño a otro, puede ser vinculado a una persona jurídica, en términos tales que ésta deberá responder.

El tema supera con mucho a los problemas que presenta la configuración dogmática de la representación en las personas jurídicas, porque ciertamente ningún órgano o mandatario de algún ente corporativo podrá sentirse legitimado para dañar a otro, en el desempeño de su función o gestión encomendada. El Derecho no puede soslayar que muchas veces ese comportamiento desviado de la persona que actúa por un ente colectivo, si ha comprometido la responsabilidad de la persona jurídica, dado que de otra manera no habría podido estar en contacto social con el tercero dañado.

De otro lado, los sistemas de responsabilidad en nuestro país parecen correr por caminos separados.

Mientras la responsabilidad de la administración del Estado, conforme con la doctrina más corriente y la jurisprudencia constante de los últimos 20 años, se fundaría en criterios objetivos de responsabilidad, a partir de lo dispuesto en el art. 38, inciso 2º, de la Constitución, y no le sería aplicable el sistema del Código Civil, de otro lado, la regulación de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado encuentra su base común en el Código Civil, cuyo gozne se encuentra en el factor "culpa". Esta asimetría obliga a preguntarse si es posible encontrar caminos de acercamiento o convergencia entre ambos sistemas.

Es más, algunas áreas del tráfico jurídico parecen particularmente afectadas con esta suerte de "convivencia" de criterios de selección o imputación de daños: tal es el caso de la atención de salud, que en este libro se estudia. En nuestro país, no sin fuerte discusión pública, cohabitan dos sistemas de salud, el público y el privado. Ambos sistemas parecen regirse por reglas distintas, lo que lleva a preguntarse si es razonable mantener en un país reglas diferentes de responsabilidad civil, para el sector público y privado, que llevan a soluciones diferentes frente a riesgos o negligencias similares. Parece aquí comprometido el principio de igualdad ante la ley, tan caro a nuestro sistema constitucional.

Estos y otros temas nos parecían importantes como objeto de estudio y discusión. Por ello la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en el marco del Proyecto Fondecyt n° 1020360, cuyo investigador responsable es el suscrito, organizó, entre los días lunes 26 y jueves 29 de mayo de 2003, un Seminario sobre la responsabilidad civil de entidades corporativas. El evento contó con la participación, como conferencistas, de destacados expositores, en su mayoría profesores de la Universidad de los Andes, y tuvo como invitado especial

al prestigiado Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, profesor Pablo Salvador Coderch. Tuwimos un marco de asistencia muy importante, dentro del cual se contaban representantes de los más relevantes estudios de abogados de nuestro país, así como destacados especialistas en la materia.

Presentamos, a continuación, la versión escrita de ocho de las conferencias que allí se ofrecieron, siete de las cuales tienen el carácter de inéditas.

Los primeros cuatro trabajos presentan estudios de la responsabilidad de la administración pública, abordados desde diversas perspectivas.

El primero de ellos pertenece al profesor Hernán Corral, quien, con una pluma penetrante y apoyado en su fina percepción jurídica, cuestiona la doctrina que se ha ido asentando en la jurisprudencia de nuestros tribunales, en orden a la responsabilidad de la administración del Estado, que se perfila con carácter constitucional y pública, y se la aleja de las reglas del Código Civil sobre los denominados hechos ilícitos. Para el profesor Corral no existe ninguna norma constitucional que prohíba aplicar el Código Civil en esta área de la responsabilidad, que aparece, a todas luces, como la regla básica o general para la responsabilidad civil cualquiera ella sea. Concluye este autor con convicción y elocuencia en que no debe prescindirse del Código Civil, incluso a la hora de atribuir responsabilidad al Estado, particularmente en lo que se refiere a factores de imputación y prescripción extintiva. Con agudeza explica que la "falta de servicio", que parece ser el factor de atribución paradigmático a la hora de imputar responsabilidad a un ente corporativo que presta un servicio público, no es otra cosa que un modelo, más refinado si se quiere, de negligencia. En materia de prescripción, sostiene que no hay razón alguna para dejar fuera de las reglas de prescripción de las acciones al Estado o sus

órganos, toda vez que el Código Civil, en esta materia, contiene también una norma general.

Sigue la serie, con un trabajo del suscrito sobre la responsabilidad de las municipalidades, que tiene un fuerte acento jurisprudencial. De la confrontación de este trabajo con el anterior se puede apreciar la diferencia doctrinal entre los autores, pues en mi estudio claramente me inclino por seguir la tesis mayoritaria de los profesores del derecho administrativo y constitucional, que sostienen que la responsabilidad de la administración –por lo mismo de las municipalidades– tiene carácter constitucional y pública, pues se funda en un estatuto propio y diferente del sistema del Código Civil. Con acopio de sentencias recientes, el trabajo intenta desplegar una completa tipología y supuestos de responsabilidad para las municipalidades. Así se distingue una responsabilidad por “hecho lícito”, otra por “falta de servicio”, un tercer tipo por “hecho o actuación ilegal”, y una diferente por “hecho o culpa extracontractual del Código Civil”, sin perjuicio de reconocerse que también es aislable una “responsabilidad contractual” para las municipalidades.

Un tercer trabajo, del profesor de Derecho Administrativo de nuestra Facultad, Mauricio Viñuela, estudia un tema que tiene particular importancia en la nueva economía. Se trata de la responsabilidad de los concesionarios de obras públicas, al amparo del Decreto con Fuerza de Ley N° 164/1991, del Ministerio de Obras Públicas, cuyo texto refundido lo fijó el Decreto N° 900/1996, del mismo ministerio. El profesor Viñuela, con penetración y delicadeza jurídica, descarta que en este tipo de concesiones pueda, sin más, hacerse desaparecer la responsabilidad del concedente –el Estado– por las fallas o faltas de servicios que puedan causar daño a los usuarios, pues, conforme con los mejores criterios doctrinales y legales, y en el marco normativo actual, no hay

forma de desligar la responsabilidad del Estado, por cuanto se mantiene el criterio de fondo de que se está frente a un servicio público, del cual debe responder la autoridad, bajo supuestos de responsabilidad objetiva, estatuto aplicable también a los caminos públicos que han sido objeto de concesión. Es más, con valentía enfrenta el problema que de inmediato podría aparecer como corolario de esta primera conclusión, creer que el ente público concesionario de una obra pública tendría una responsabilidad más estricta que el privado, lo que supondría para el usuario una rebaja en el servicio, al perfeccionarse la concesión, lo que en opinión del autor no puede admitirse. Concluye, por ello, que al concesionario también habrá de hacérsele responder con los mismos criterios que al ente fiscal concedente.

El cuarto trabajo pertenece al Secretario Académico de nuestra Facultad de Derecho, profesor de Derecho Constitucional José Ignacio Martínez, quien aborda los problemas que presenta la responsabilidad de los servicios de salud. Luego de una presentación general del problema de la responsabilidad de la administración pública, en el cual el autor adhiere a la doctrina mayoritaria, penetra en los problemas de la responsabilidad de la prestación de salud en servicios públicos. Se detiene el trabajo en las dificultades que existen a la hora de encontrar un justo equilibrio entre el derecho del paciente a ser indemnizado por los daños que se le causan al prestársele una deficiente atención de salud, y las condiciones en que los servicios de salud deben acometer sus deberes públicos. Ilustra esta dificultad con casos de infección intrahospitalaria, en donde los estándares jurisprudenciales por los que se ha hecho responder a los servicios de salud parecen exagerados. Se cierra el estudio, demostrando la injusticia que puede darse en los juicios en donde se persiga la responsabilidad directa de un Servicio de Salud, cuando ya ha sido condenado,

por la ineficacia práctica que puede encontrar el demandante a la hora de ejecutar su sentencia, dado el carácter de inembargables que pueden adquirir los bienes de los servicios de salud.

En el siguiente grupo, se ofrecen trabajos desde la óptica del derecho privado.

El abogado Pedro Zelaya, profesor de las universidades de Chile y de los Andes, aborda el problema de la responsabilidad civil de clínicas y hospitales privados, área en que, si bien los criterios de imputación se rigen por el Código Civil, no puede desconocerse, sin embargo, la notable influencia que ejerce el derecho penal, toda vez que la responsabilidad de los profesionales de la salud encuentra en delitos penales su base más importante y delicada. De la mano de un caso paradigmático de daños por supuesta negligencia médica, el profesor Zelaya va explicando las dificultades que puede encontrar un juez a la hora de resolver estos conflictos, y da cuenta de las distintas soluciones doctrinales que se han ofrecido a la hora de vincular un hecho de un dependiente a un ente corporativo, que administra una clínica privada. Concluye el profesor Zelaya que debe darse mayor cabida a la idea de "culpa en la organización", de manera de independizar con mayor claridad la responsabilidad civil de la penal, que hoy parecen muy confundidas, lo que poco ayuda a darle un tratamiento dogmático justo a los problemas de responsabilidad de clínicas y hospitales privados.

El trabajo que sigue es del profesor Alberto Lyon, Director del Departamento de Derecho Civil de la P. Universidad Católica de Chile, quien profundiza en la responsabilidad de los órganos de administración de las sociedades y la manera en que éstas responden por los actos de los órganos que las administran. Repasa así la fuente de las obligaciones del órgano administrador de una persona jurídica y la denominada "acción indivi-

dual” de los socios o accionistas frente a los daños causados por la actuación de este órgano administrador; se hace cargo, también, de la responsabilidad del órgano frente a daños causados a terceros, precisando que, de no existir reglas especiales, aquí se deben aplicar las reglas generales de responsabilidad. A continuación, el profesor Lyon aborda la responsabilidad de la persona jurídica como tal, por actos del órgano administrador, no cuestionando el hecho de que efectivamente ella debe responder en estos casos. Precisa el estudio la fuente de esta responsabilidad, la que estima, frente a la sociedad misma, como de tipo legal y, frente al tercero, de naturaleza extracontractual. En una segunda parte del trabajo, se aborda el espinoso problema de los conflictos de interés de las sociedades. Se tratan tanto los conflictos de interés internos como externos, profundizando especialmente en torno a la Ley de Sociedades Anónimas, precisándose los requisitos que deben satisfacerse cuando se celebran actos en que participan partes que presentan conflictos de interés, y las vías de impugnación que tales actos tienen. Respecto de los conflictos internos, el autor se hace cargo de los problemas que supone la toma de control, sosteniendo la tesis de que el controlador infringe el contrato de sociedad si, habiendo conflicto de intereses, ejerce el principio mayoritario perjudicando el derecho de los demás accionistas. Concluye con el análisis de las consecuencias indemnizatorias que supone infringir esta prohibición.

El profesor José Manuel Barros da cuenta detallada de la posibilidad que tienen los directores y administradores de Sociedades Anónimas de asegurar su responsabilidad, mediante la póliza denominada D&O. El profesor Barros explica los antecedentes históricos de este tipo de seguro, sus características y su diferencia con respecto a otras modalidades de seguros de daños. En la última parte del estudio se informa quiénes pueden ser ase-

gurados en la póliza y los factores que delimitan el riesgo, en su aspecto causal, temporal y espacial.

Cierra estos estudios el trabajo del profesor de derecho procesal de nuestra Facultad Alejandro Romero, quien aborda aspectos procesales de la comparecencia de entes corporativos en juicio, abogando por una mayor flexibilidad que permita solucionar dificultades para determinar la legitimación activa o pasiva, cuanto en el juicio actúa una parte que está compuesta por muchas personas, pero que estrictamente carece de personalidad jurídica que agrupe al colectivo. Con ilustración de casos legales, el estudio demuestra que puede avanzarse en reconocer la unidad de intereses que puede existir en un grupo asociativo, lo que debería llevar a reconocer legitimación colectiva a agrupaciones sociales que no gocen de personalidad jurídica. Tal reconocimiento, se postula, redundaría en muchos beneficios a la hora de resolver sobre cuestiones de responsabilidad de entes corporativos.

Abrigamos la esperanza de que estos estudios serán de utilidad para los operadores jurídicos y que, en su conjunto, enriquezcan la discusión en un área de la responsabilidad civil, que en nuestro país presenta muchas cuestiones que merecen ser investigadas.

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

EDITOR

Santiago, 18 de agosto de 2003

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO: ¿RÉGIMEN CONSTITUCIONAL O RÉGIMEN CIVIL?

HERNÁN CORRAL TALCIANI

*Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: CUESTIONES DOGMÁTICAS Y PRÁCTICAS

La responsabilidad del Estado por hecho de sus órganos y agentes ha sido el centro de un encendido debate que no sólo se ha confinado a las aulas de las universidades y a los libros o artículos doctrinales, sino que ha llegado con todo su calor e intensidad a los estrados judiciales y se ha mantenido en ellos por más de una década. No parece que haya visos de que la discusión esté por decantarse ni por amainar.

En la polémica sobre si el régimen que debe aplicarse a los daños causados por el Estado es de carácter civil o privado o más bien de índole constitucional o público, hay en juego interesantes cuestiones teóricas o dogmáticas, tales como la frontera entre Derecho público y Derecho privado, el primero regido por la justicia distributiva y el segundo por la conmutativa, la separación entre responsabilidad centrada en la idea del daño y la restitución (atribuida al orden público) y la de responsabilidad fundamentada en la idea de sanción a una culpa (supuestamente propia del orden civil), la aplicabilidad directa de las normas constitucionales sin que sea necesario esperar su desarrollo legal, la negación del Derecho Civil como regulación supletoria o de Derecho común, la aplicación del principio de la igual repartición de las cargas públicas, y un largo etcétera.

Pero el debate tiene indudables repercusiones en la *praxis*. Se plantea que la alternativa de regímenes nos puede llevar a distintas soluciones en los casos de daños ocasionados por el actuar de la

Administración Pública. Serían diferentes las respuestas sobre cuáles actos generan responsabilidad, si es necesario imputar culpa o incluso actuación ilícita del Estado, si es necesario identificar al funcionario culpable y acreditar su negligencia, si es menester probar la causalidad entre el daño y el actuar del Estado, si la acción de la víctima prescribe y en qué tiempo, y aquí también las cuestiones podrían multiplicarse.

En este trabajo nos proponemos intentar una cierta clarificación de las posiciones del debate para precisar exactamente en qué se produce la diferencia y, desde allí, aportar argumentos para una solución que pueda considerarse plausible y sobre todo coherente con el conjunto del sistema jurídico. Nos parece que la discusión ha estado demasiado interferida por la pasión, aunque bien intencionada; de unos, por conseguir una mayor protección de los derechos de las personas que sufren daños a consecuencias del actuar de la Administración; de otros, por defender el patrimonio fiscal, que es el de la comunidad de la que todos formamos parte. La defensa "cuasi-gremial" de la autonomía de la propia disciplina que se cultiva no parece tampoco haber estado ausente entre los que abogan por la prevalencia del Derecho público sobre el privado, o viceversa.

Veamos si somos capaces de generar un puente entre ambas posturas que ayude a superar la incertidumbre que produce el actual debate y encauce las soluciones de los casos a resolver por caminos que concilien la justicia con la seguridad y la previsibilidad jurídicas¹.

Para comenzar creemos necesario describir someramente las dos tesis en disputa, en sus términos más definidos para así apreciar sus diferencias.

II. LOS RÉGIMENES EN PUGNA

1. EL RÉGIMEN CIVIL

Nos proponemos caracterizar el régimen civil como nos lo presenta la doctrina iuspublicista, que estima que debe ser abandonado tratándose de la responsabilidad del Estado.

En esta visión, la responsabilidad civil, tal como se encontraría diseñada en el título XXXV del libro IV del Código Civil, es una

¹ Los fallos citados en este trabajo que no tengan referencia a una revista, han sido extraídos de la base datos de Lexisnexis Chile (www.lexisnexis.cl) consultada los días 19 y 22 de mayo de 2003. Las sentencias no publicadas aparecen con su fecha y el número de rol del proceso.

desfiguración moralizante de la responsabilidad, que trae sus raíces en las doctrinas del iusnaturalismo racionalista. La responsabilidad civil, siguiendo el paradigma de la responsabilidad moral, estaría edificada sobre las ideas de culpa y sanción; la obligación de indemnizar no sería más que una sanción a quien ha procedido con dolo o negligencia en términos morales. La penitencia que el ordenamiento civil impone al pecador.

Por ello la normativa civil tradicional cruje cuando se trata de hacer responder al "soberano", al Estado, a quien no es posible imputar culpa moral por parte de sus fieles súbditos. La cuestión se resuelve, en parte, al desdoblarse el Estado en dos facetas: cuando actúa como particular en que puede ser considerado culpable (Estado/Fisco) y cuando actúa en su rol soberano, de ámbito legislativo, judicial o de gobierno, donde dicha culpabilidad no es imaginable, ya que significaría un desconocimiento de los poderes de la autoridad. El régimen civil se aplicaría únicamente a los actos de gestión y nunca a los actos de autoridad.

Ahora bien, respecto de los actos de gestión tenemos que ver cómo es posible imputar responsabilidad a la Administración. Las vías que se intentan son dos: una, la de la responsabilidad por hecho ajeno de los arts. 2320 y 2322 del Código Civil: si un funcionario estatal en el ámbito de sus funciones actúa con dolo o culpa, la víctima puede hacer valer la responsabilidad de la persona jurídica que es, a estos efectos, su "empresario" o "amo". No obstante, la doctrina civil nacional tampoco fue propicia a esta salida, pues entendía que el art. 2320 suponía un vínculo de dependencia de naturaleza privada y no pública. En todo caso, para que esta vía fuera judicialmente viable había que identificar al funcionario y probar que actuó con dolo o culpa. La segunda posibilidad es la de imputar directamente la responsabilidad de la persona jurídica "Estado" sobre la base de la responsabilidad por hecho propio, probando culpa o negligencia en la determinación de su voluntad. En ocasiones, se considera que puede ir en ayuda de la víctima la presunción por el hecho propio que, según algunos, establece el art. 2329 CC, al referirse a todo daño que "pueda imputarse" a dolo o malicia.

Ciertamente, se estaba frente a una interpretación de las normas civiles que ponía trabas a la acción de las víctimas y que hacía poco menos que imposible obtener una cumplida reparación de los daños sufridos por la actuación de agentes estatales, al menos tratándose de perjuicios provocados por los llamados actos de autoridad.

No es sorprendente que, al surgir una mayor sensibilidad frente a los abusos de los poderes estatales con la ruptura constitucional de

1973 y con el diseño de las nuevas normas constitucionales generadas a partir de 1976 y culminadas con la aprobación de la Constitución de 1980, se desencadenara una fuerte reacción que terminaría por arrinconar a la teoría civilista.

2. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL: LA RESPONSABILIDAD DE DERECHO PÚBLICO

La teoría de la responsabilidad de Derecho público o constitucional del Estado, pretende por sobre todo dejar sin efecto la exoneración para los actos del Estado que lesionan los derechos fundamentales de las personas. Siendo el Estado una persona de Derecho público que debe desenvolverse en un régimen republicano, donde no se reconocen privilegios y se ha de actuar con estricto apego a la juridicidad, la responsabilidad que le afecte no puede buscarse en el seno de las normas civiles, sino en las normas que regulan la conformación y actuación de los poderes públicos: la Constitución.

Se da por superada la dicotomía entre actos de gestión y actos de autoridad, para aceptar el principio de responsabilidad amplia y sin excepciones.

Las normas constitucionales que determinarían este régimen público de responsabilidad del Estado son principalmente los arts. 6 inc. 3º, 7 inc. 3º y 38 inc. 2º de la Constitución. Los primeros declaran que los actos del Estado que transgredan la juridicidad generan responsabilidad; el tercer precepto reconoce al particular afectado por una lesión a sus derechos por parte de la Administración el derecho de reclamar a los tribunales de justicia, sin perjuicio de la responsabilidad personal del funcionario que causa el daño.

Se trataría, por tanto, de una responsabilidad, no civil, sino constitucional y que se imputa directamente al Estado y no a través de un tercero dependiente. A ello se agrega que estamos delante de una responsabilidad objetiva, ya que la Constitución no exige que se acredite culpa, descuido ni falta de servicio.

No hay tanta claridad entre los partidarios de esta tesis sobre si es necesario que se trate de un daño producido por una actuación antijurídica del Estado. Algunos señalan que la ilicitud o antijuridicidad del daño no es necesaria, como lo probaría el art. 19 N° 24 de la Constitución que obliga a resarcir perjuicios en caso de expropiación: es un daño justo (autorizado por la ley) y que sin embargo genera responsabilidad. Se contemplan algunos fallos en los que los tribunales han otorgado indemnizaciones aun cuando reconocieran la legalidad del proceder de la autoridad pública (paradigmático es el caso

“Comunidad Galletué con Fisco”: C. Sup. 7 de agosto de 1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 81, sec. 5ª, p. 181). Otros arguyen que en estos casos se vulnera el principio de igualdad ante la ley y más específicamente la regla constitucional de la igual repartición de las cargas públicas, de modo que la ilicitud se mantendría pero basada en el desequilibrio que se produciría al pretender que un particular tenga que asumir todo el costo de una medida que es considerada lícita por atender las necesidades de bien público.

Sobre la relación de causalidad, también hay algunas incertidumbres, ya que si bien se habla de que no es suficiente el daño sino que hay que probar una relación causal entre la conducta de la Administración y el perjuicio ocasionado al particular, en varios pasajes se alude a la necesidad únicamente de una causalidad “material”, lo que indicaría que la apreciación de la causalidad se satisfaría con un criterio meramente fáctico y no normativo.

Sobre el daño, la teoría de la responsabilidad de Derecho público afirma la existencia del principio de la integridad de su reparación. Sostiene que todo perjuicio, sea patrimonial o moral, debe ser resarcido o, al menos, si no es posible la restitución completa, compensado.

Finalmente, una buena parte de los que apoyan esta doctrina estiman que el silencio de las normas constitucionales sobre un plazo de prescripción de la acción en contra del Estado debe entenderse como una declaración tácita de que la acción es imprescriptible. No correspondería la aplicación del art. 2332 del Código Civil, toda vez que se ha partido por excluir totalmente la regulación iusprivatista.

No son pocas las dificultades que se presentan a la teoría para preservar su coherencia interna. Una de ellas proviene de la existencia de leyes especiales que expresamente regulan supuestos de responsabilidad por daños causados por el Estado o sus órganos (Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades: Ley N° 18.695; Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado: Ley N° 18.575). En estas normativas especiales existen preceptos que restringen o limitan la responsabilidad del Estado como la quisieran los partidarios de la doctrina que comentamos. No se trata ya de una responsabilidad objetiva absoluta, sino de una responsabilidad con un factor de imputación identificado como “falta de servicio”. Aquí quedan dos salidas: una, la de considerar que estas leyes especiales se aplican en su ámbito propio y que la responsabilidad objetiva amplia queda reservada a los casos de actuación estatal no regidos por ellas, donde recuperaría vigencia la Constitución; dos, la de considerar inconstitucionales estas leyes y aplicar con preferencia la Constitución a todos los casos. Indudablemente esta última parece la posición más coherente con la idea de un régimen

constitucional de la responsabilidad estatal, pero ello se logra a costa de negar toda virtualidad a leyes que, como las orgánicas constitucionales, han sido dictadas por mandato de la misma Constitución y sometidas al examen previo de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.

Otra dificultad, quizás mayor, es la que surge de advertir que el mismo texto Constitucional ha incursionado en normas específicas de responsabilidad que no se condicen con el diseño que tendrían sus propias reglas generales. Es lo que sucede con el art. 19 N° 7, letra i, referido al supuesto de responsabilidad por error judicial. En este caso, es claro que la Constitución ha rechazado los criterios de la responsabilidad objetiva, sin culpa y por mera actuación dañosa de los órganos del Estado. Exige culpa, y más aún culpa calificada por resolución especial de la Corte Suprema. De nuevo queda la salida de decir que es este un caso especial y que sólo se aplicaría a las actuaciones de un poder del Estado: el judicial. Pero en tal caso se presenta el problema de explicar por qué otras actuaciones abusivas o gravemente negligentes de la administración de justicia que no son condenas ni autos de procesamiento quedarían exentas del principio de responsabilidad. De allí que nuevamente se sostenga que a estas otras actuaciones se aplicaría el sistema constitucional general de responsabilidad objetiva amplia, y que el sistema restringido únicamente tendría lugar en los supuestos específicos de la norma, es decir, en procesos penales. No se puede negar, sin embargo, que resulta insólito verificar que, en tal caso, el constituyente habría sido más favorable con la víctima cuando la administración de justicia lesiona abusivamente sus intereses patrimoniales, que cuando lo hace con un bien tan esencial como lo es la privación de libertad personal. ¿No será que el constituyente pensaba que en general las actuaciones de los tribunales de justicia eran actos lícitos, por lo que aunque impusieran daños y se realizaran conscientemente no generaban responsabilidad, y frente a esta reflexión se buscó una manera de otorgar esa reparación cuando de un modo cierto e indubitado la resolución judicial pudiera ser considerada ilegítima?

3. ¿ES POSIBLE UNA CONCORDIA?

Caracterizados ambos sistemas, podemos preguntarnos si no es posible una conciliación que supere o atenúe las divergencias.

Pensamos que bien vale la pena el esfuerzo por buscar una concordia que evite que casos semejantes sean solucionados de manera diversa, sin que la diferencia pueda ser explicada o justificada con razones comprensibles para el sentido común del simple ciudadano.

No es posible que estemos propugnando una teoría que permita que una persona que ha sido víctima de una negligencia médica mientras se le intervenía quirúrgicamente en un hospital dependiente de un Servicio de Salud tenga un régimen jurídico reparatorio absolutamente diverso de quien sufrió el mismo daño pero a manos de personal médico dependiente de un centro privado. Si mantenemos la separación entre responsabilidad de Derecho público y de Derecho privado tendríamos que admitir que mientras el primero gozará de un régimen de responsabilidad objetiva absoluta, derivada sólo de causalidad material, directa e imprescriptible; el segundo tendrá que vérselas con un sistema de responsabilidad sancionatoria, dependiente de la prueba de la culpa y del nexo de causalidad jurídica, sólo por el hecho de tercero y prescriptible en cuatro años.

Algo anda mal en nuestra comprensión del orden jurídico si admitimos una teoría que auspicia o tolera una desigualdad tan patente. Por ello, pensamos que un presupuesto necesario para lograr una clarificación y concordia de las dos posiciones debería ser una reflexión más atenta sobre el rol de la Constitución, la unidad y coherencia del conjunto del ordenamiento jurídico, y las funciones del Derecho de daños en el moderno Derecho civil.

III. UN PRESUPUESTO NECESARIO: EL ROL DE LA CONSTITUCIÓN Y LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

1. EL ROL DE LA CONSTITUCIÓN: APLICACIÓN DIRECTA Y AUTARQUÍA CONSTITUCIONAL

Está fuera de discusión que la Constitución ocupa el lugar más alto en la jerarquía normativa del ordenamiento positivo y que a ella deben someterse las demás fuentes legisladas, como tratados, leyes y reglamentos.

Tampoco parece haber problema en convenir en que la Constitución no sólo juega su papel rector en el ámbito de la organización política y administrativa del Estado, sino que irradia su acción benéfica en el plano de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, e incluso entre estos entre sí.

No hay duda de que ha sido un avance del constitucionalismo moderno el visualizar cómo incluso las leyes del Derecho privado deben ser leídas e interpretadas a la luz de los grandes principios y derechos constitucionales. Ya es un tópico común hablar del proceso de constitucionalización del Derecho Civil o de la existencia de un Derecho privado constitucional.

Más aún: siguiendo la tesis alemana de la aplicación directa de la Constitución es necesario admitir que en muchas materias —si bien no en todas— la norma constitucional, a falta de ley que la reglamente, puede ser aplicada directamente por el juez a un caso y puede servir como normativa decisoria de una *litis* trabada sólo entre particulares.

Pero una cosa es aceptar que la Constitución obliga también a los particulares y que a falta de ley pueda ser aplicada directamente, y otra cosa muy distinta es pensar que la Constitución puede regular completamente una institución o régimen jurídico sin que atienda para nada a la necesidad de complementación y desarrollo por las normas legales. Esta especie de autarquía o autosuficiencia de la Constitución que parece sostenerse hasta considerar que las leyes que regulan y complementan las normas constitucionales son superfluas o incluso inconstitucionales, contradice su carácter de norma fundamental y básica de un ordenamiento de fuentes plurales y concordables.

No puede sostenerse, a nuestro juicio, que la Constitución ha querido regular por sí y ante sí y con independencia de toda regulación legislativa el régimen jurídico de daños o responsabilidad civil por actos del Estado, como tampoco podría haber establecido un régimen de responsabilidad civil por daños de las empresas, o de los particulares. No es el objeto de la norma constitucional el diseñar regímenes jurídicos, sino más bien dar los principios orientadores, expresar los derechos fundamentales y, tal vez, aconsejada por la experiencia, exigir alguna que otra determinación clave o esencial para la regulación de un determinado sistema, al cual deberá atenerse el legislador, cuya misión sigue siendo el desarrollar y dar real vigencia a las normas y principios de la Constitución.

La construcción de la responsabilidad de Derecho público tiene mucho de voluntarismo, aunque bien inspirado: superar la tesis que en la práctica dejaba en la indefensión a los perjudicados por el Estado. Primero, se determina apriorísticamente que la responsabilidad en Derecho público tiene ciertas características propias: objetiva, directa, imprescriptible, etc., que no son las del Derecho privado. Luego; se observa que la Constitución habla en algunas normas de "responsabilidad" por actos del Estado o que la persona lesionada en sus derechos por la Administración puede "reclamar" ante los tribunales. Tercero, como ya hemos definido que la única responsabilidad posible es la que hemos caracterizado, se concluye que la Constitución no puede haber querido referirse sino a ese sistema de "responsabilidad de Derecho público" y que, por lo tanto, presenta todas las características que se le han previamente atribuido. Pero se trata de una petición de principio que fuerza el sentido de las normas constitucionales para adosarles lo que,

según los doctrinadores, deberían decir. Pero lo importante es lo que dicen, no lo que nos gustaría que dijeran (esto último será materia de reforma constitucional pero no de interpretación de textos vigentes).

Si nos atenemos a los textos, sin preconcepciones sobre cómo debería ser la responsabilidad de Derecho público acogida por la Constitución, el panorama es absolutamente diverso. Los incisos finales de los arts. 6 y 7 de la Constitución que, junto con establecer la necesidad de que los órganos del Estado, personas, instituciones o grupos se sometan al orden jurídico, declaran que la infracción de estas normas “*generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley*” (art. 6) u “*originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale*” (art. 7), llevan a la conclusión opuesta a la supuesta autosuficiencia de la Constitución en materia de responsabilidad de Derecho público. En efecto, el Constituyente ha sido cuidadoso en señalar que la contravención al principio de juridicidad no da lugar a una responsabilidad en particular (política, penal, disciplinaria, civil) sino aquellas que la ley determine o señale. Si el mismo texto constitucional comete al legislador el señalar cuándo y cómo se generará la responsabilidad civil en estos casos, ¿con cuánta mayor razón no habrá que convenir en que la regulación específica de esa responsabilidad es también materia de ley?

Aún más, no hay que descuidar que los arts. 6 y 7 no sólo se refieren a las transgresiones de los órganos del Estado, sino a las de toda persona, institución o grupo. Por ende, cuando se habla de responsabilidades originadas por la infracción no se está aludiendo sólo a la que surge por el actuar estatal sino también a la originada en las relaciones entre particulares. Si la interpretación que busca ver en estos preceptos el fundamento de una responsabilidad de Derecho público constitucionalmente autosuficiente fuera correcta, tendríamos que llegar a la insólita conclusión de que la Constitución ha querido también regular por sí y ante sí el sistema de responsabilidad civil entre particulares, lo que conduciría a la afirmación de que la regulación del Código Civil no sólo no es apta para regular los daños causados por el accionar del Estado sino también superflua o inconstitucional para regular los daños ocasionados entre particulares.

Es cierto que la norma del art. 38 inc. 2º se refiere específicamente a la lesión de los derechos de las personas por parte de la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, pero lo hace en sus dos incisos refiriéndose a la ley y, además, es claro que nuevamente no prejuzga sobre el tipo de sanción de que puede derivarse de esa lesión, ya que sólo señala que las personas lesionadas pueden “reclamar” ante los tribunales que determine la ley. No obstante, pensa-

mos que hay aquí una norma constitucional en materia de responsabilidad del Estado, que se deduce de la expresión "*sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*", pero que en ningún caso da pie para sostener que se trata de un régimen autónomo y completo de fuente constitucional.

En concreto, la Constitución es la norma fundamental y de mayor jerarquía del sistema, pero no la única fuente del orden jurídico. Las normas legales que, por mandato expreso o tácito del mismo constituyente, deben desarrollar la Constitución tienen un espacio de libertad bastante amplio para sus determinaciones concretas, limitándose a respetar los principios generales de la Constitución y alguna norma constitucional particular de especial relieve.

No hay duda de que el legislador deberá respetar el principio de igualdad, el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a la honra y la vida privada, la igual repartición de las cargas públicas, pero debe hacerlo tanto cuando desarrolla un régimen de responsabilidad del Estado como cuando establece un sistema de responsabilidad entre particulares.

La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema avala este planteamiento, ya que ha reconocido que, "si bien los aludidos preceptos constitucionales reconocen el principio de la responsabilidad del Estado, en modo alguno establecen cuál es la naturaleza de esa responsabilidad, remitiendo a la ley su determinación" (C. Sup. 20 de abril de 2003, *Gaceta Jurídica* N° 274, p. 59).

2. ¿EXISTE EL DERECHO COMÚN? EL ROL DEL CÓDIGO CIVIL

Conviene reflexionar un momento sobre el sentido del llamado Derecho común o supletorio. Todos los abogados estamos familiarizados con la existencia de un corazón o espina dorsal del orden jurídico a donde podemos recurrir cuando no haya previsiones especiales o contrarias en algunas leyes o normativas específicas. Pero ¿sobre qué base normativa operamos cuando decimos que si la ley no dice nada sobre un determinado tópico deben aplicarse las reglas generales y vamos a otro cuerpo normativo, como por ejemplo el Código Civil? Podemos afirmar que el art. 4° del Código Civil así lo ordena al considerarse a sí mismo como Derecho supletorio respecto de Códigos como el de Comercio, de Minería y de Justicia Militar. Pero podría objetarse que se trata de una disposición cuyo texto es limitado a ciertos cuerpos jurídicos.

Lo cierto es que entendemos que esa norma traduce un principio más general que inspira todo nuestro ordenamiento jurídico y le con-

fiere una estructura (siquiera aspiracionalmente) racional, orgánica y coherente. No habría realmente ordenamiento si las disposiciones normativas operaran como islas independientes sin conexión ninguna entre sí. La labor del legislador, del juez, del abogado suponen que los distintos cuerpos legales no operan solos y aislados unos de otros, sino sobre una base de conceptos, de reglas, de principios, que ya forman parte del acervo común de todo operador jurídico. Esta es la función del llamado Derecho común, que en materia de Derecho privado está representado por el Código Civil.

El constituyente, cuya misión no es establecer un Código de Derecho Público, sino un conjunto de principios y normas fundamentales a las que por jerarquía deberán supeditarse las demás, sabe que no puede regularlo todo pero no se preocupa de ello porque tiene en cuenta que la labor de desarrollo la hará el legislador y que, en último caso, se aplicará el Derecho común, según la disciplina de que se trate. No hay que extrañarse por ejemplo que la Constitución no defina conceptos jurídicos tan fundamentales como familia, persona jurídica o propiedad, ya que el constituyente opera sobre la base de que cualquier intérprete recurrirá para su comprensión al Derecho privado común (al menos al vigente a la época de aprobación de la Carta Fundamental). Si el texto constitucional, por poner un ejemplo, dispone que cesa en su cargo el diputado o senador que durante su ejercicio "caucionare" contratos con el Estado (art. 57 inc. 2º Const.), nadie discutirá que para saber lo que esta conducta significa hay que recurrir al concepto de caución que está en el art. 46 del Código Civil. ¿Qué diríamos de alguien que pretendiera que aquí el constituyente ha forjado un concepto constitucional de caución que nada tiene que ver con el concepto civil? ¿Y no es esto lo que se nos propone cuando se defiende un régimen constitucional de responsabilidad civil del Estado?

En efecto, la Constitución no hace ninguna regulación especial de la responsabilidad del Estado. Sólo se limita a emplear el término y, además en su más amplio significado, el que incluye diversas facetas como la política, disciplinaria, penal e indemnizatoria o civil. ¿Por qué entonces el rechazo a que, a falta de ley especial, no pueda aplicarse el Código Civil como Derecho común, cuando es claro que lo es en todo lo que se refiere a la responsabilidad por hechos dañosos?

3. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO: ¿TAN DIFERENTES?

La doctrina iuspublicista ha puesto de relieve que el Derecho público no debe entenderse únicamente como una disciplina que estudia la

organización y administración del Estado, sino que debe colocar su acento en la persona, o administrado y en la protección de sus derechos. Por su parte, el Derecho civil ha ido dejando atrás su enfoque centrado en lo patrimonial para reconocer también que su centro nuclear está constituido por la persona y sus relaciones tanto de naturaleza económica como extrapatrimonial.

Se trata de procesos que marcan una fuerte proximidad entre el Derecho público y el Derecho privado, hasta alcanzar zonas de franca confluencia. Así, por ejemplo, la jurisprudencia del recurso de protección suele ser enriquecedora no sólo de la doctrina del Derecho público sino también de la de Derecho privado. Piénsese, por ejemplo, en el desarrollo de los derechos a la vida privada y a la imagen, o en todo lo referido a la garantía constitucional de la propiedad sobre cosas incorporales.

Esta cercanía se revela también al explorar los desarrollos doctrinales de la responsabilidad del Derecho público y la del Derecho privado.

En efecto, la diferencia se mantiene si se caracteriza el régimen de responsabilidad civil como lo presentan los iuspublicistas, es decir, como un sistema más moral que jurídico y centrado en la culpa del autor del daño y no en la reparación de la víctima. Pero esta descripción no es válida para el sistema de responsabilidad civil desarrollado en el último siglo y sobre todo en las décadas recientes, donde ha surgido con fuerza la perspectiva de la reparación por sobre la del reproche al autor del ilícito y han aparecido factores de imputación diversos de la culpa, como el riesgo creado, el riesgo-provecho, el riesgo típico, el riesgo de empresa, etc. Y si bien la culpa sigue siendo considerada el factor común que debe operar a falta de otros, su mismo concepto ha sufrido una cierta evolución objetivadora. La culpa no es considerada ya una noción que se traduce en la indagación de la predisposición o actitud psicológica del autor del daño (de descuido, desprecio de los bienes jurídicos), sino que se ha transformado en un concepto normativo que se extrae de la comparación entre la conducta examinada y los deberes o estándares de cuidado que se establecen como exigibles según un parámetro objetivo: el hombre medio razonable.

La teoría de la responsabilidad de Derecho público lucha contra una imagen del sistema privado de responsabilidad, que podría haber sido exacta en la época del Derecho natural racionalista y en la de la codificación, pero que en el momento actual no es más que una caricatura. Por lo tanto, no se trata de rechazar la teoría de la responsabilidad de Derecho público para quedarnos con la recogida por el Derecho civil según la interpretación decimonónica, sino la de cons-

truir una responsabilidad del Estado que pueda nutrirse de fundamentos constitucionales, de previsiones de la legislación especial y del Derecho común de la responsabilidad del Código Civil interpretado a la luz de los nuevos desarrollos del Derecho de daños.

IV. UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE FUENTE CONSTITUCIONAL Y CIVIL

1. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Responder significa, en un muy lato sentido, hacerse cargo de las consecuencias favorables o desfavorables de una conducta, activa u omisiva, que se atribuye como propia. La libertad es la que permite la responsabilidad, y esta a su vez supone aquella.

La responsabilidad puede ser moral, política o jurídica.

La responsabilidad jurídica tiene múltiples facetas, pero según su finalidad puede ser sancionatoria o reparatoria. A la primera se deben asignar la responsabilidad penal, la responsabilidad infraccional o administrativa y la responsabilidad disciplinaria o funcionaria. En todas ellas frente a un ilícito, sea que haya causado daño o no, se conmina el deber de soportar una sanción: pena, multa, sanción administrativa, etc. La responsabilidad reparatoria es la que tiene por objeto principal, no castigar el ilícito, sino trasladar el costo del daño del patrimonio de la víctima al patrimonio del autor del hecho. Es la que llamamos responsabilidad civil, que puede estar regulada en el Código Civil o en leyes o normas especiales.

Es cierto que el juicio de responsabilidad civil termina en una condena a reparar el daño, que normalmente se traduce en el pago de una indemnización en dinero. Pero la responsabilidad no es la única fuente del deber de indemnizar. La indemnización reparatoria puede tener un fundamento diverso de la responsabilidad. Por ejemplo, el Código Civil habla de indemnizar en supuestos de accesión (arts. 667 y 668), en los casos de pago de una obligación indivisible (art. 1526 N° 5), en la distribución de las deudas hereditarias por parte del testador (art. 1358), en la gestión de negocios ajenos (art. 2290), etc.

Hay que cuidarse entonces de una indebida identificación entre indemnización y responsabilidad y de pensar que toda vez que la ley haga procedente una indemnización estamos frente a un supuesto de responsabilidad. Esta clarificación nos sirve para abordar el problema de la posibilidad de una responsabilidad por un acto que no es contrario al Derecho.

2. EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD POR ACTO LÍCITO

Algunos partidarios de la tesis de la responsabilidad de Derecho público llegan a afirmar que el Estado debe responder incluso cuando sus actos no puedan calificarse de ilícitos. Invocan que en materia de propiedad la misma Constitución ordena indemnizar el daño causado por una ley expropiatoria que cumple con todas las exigencias constitucionales y, por tanto, es lícita.

Se señala que la jurisprudencia ha dado cobijo a este criterio, principalmente en el conocido caso "Comunidad Galletué con Fisco" (C. Sup. 7 de agosto de 1984, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 81, sec. 5ª, p. 181), en el que los tribunales otorgaron el derecho a la indemnización a la comunidad propietaria de las araucarias araucanas a pesar de reconocer la legalidad de los actos de la administración que imponían limitaciones en atención a la necesidad de proteger la flora natural. En otro pronunciamiento más reciente la Corte Suprema reconoció el derecho a la indemnización derivada de la prohibición de explotación de un predio agrícola dictada por el Servicio Agrícola y Ganadero conforme a la legalidad vigente para prevenir una epidemia animal (C. Sup. 23 de enero de 2001, rol Nº 2213-00).

De esta forma, se señala que, aun cuando no haya ley expropiatoria si una medida legislativa o gubernamental establece restricciones o limitaciones al ejercicio de derechos constitucionales en razón del bien común, aunque no haya actuación ilícita, debe indemnizarse al particular afectado, en atención al principio de la igualdad ante la ley y en particular al derecho a la igual repartición de las cargas públicas (art. 19 Nº 20 Const.). Se estaría imponiendo un daño que el particular no está en la obligación jurídica de soportar. Este tipo de frases justificatorias un tanto enigmáticas pueden producir expresiones francamente ininteligibles; en el caso "Quintana y otros con Servicio Agrícola Ganadero", recién citado, la Corte Suprema asienta la siguiente afirmación: el art. 38 de la Constitución Política "obliga al Estado a indemnizar cuando se ha producido una lesión patrimonial, lo que implica un detrimento antijurídico sufrido en el patrimonio de una persona, ya que proviene de un acto ilícito de su autor, ya porque el que lo sufre no estaba en el deber de soportarlo, aun sin ser ilegal aquel acto".

A nuestro juicio, se incurre en una indeseable conmixtión entre dos figuras jurídicas que son diversas: la responsabilidad civil, por un lado, y la indemnización por afectación lícita de derechos, por otro. La responsabilidad es un remedio que intenta reparar no cualquier perjui-

cio, sino el causado injustamente. La antijuridicidad de la conducta dañina es consustancial al concepto mismo de responsabilidad, y nada hay en los textos constitucionales que indique lo contrario.

Otra cosa, es que sean indemnizables perjuicios que se derivan de una actuación lícita pero que afectan ciertos derechos que, por razones de política legislativa, se estima que no deben ser soportados, al menos íntegramente por quien la padece. Esto no es propio del Derecho público, sino que también existe en el Derecho privado. El Código Civil, por ejemplo, concede esta indemnización en beneficio del dueño del predio sirviente que debe soportar la imposición de una servidumbre legal, como la de tránsito (art. 847 CC). No se trata de que el dueño del predio dominante se haga responsable de la constitución de la servidumbre, porque esta es autorizada por la misma ley. El deber de indemnizar deriva de otro fundamento, no de la responsabilidad.

Lo mismo cabe decir de la indemnización de la expropiación. La Constitución la concede no porque sea un acto lícito del cual deriva responsabilidad del Estado, sino porque estima justo que el afectado por una medida jurídicamente intachable sea compensado en parte por las pérdidas que ella le cause.

La distinción no es meramente semántica. Cuando hablamos de responsabilidad, el agraviado tiene no sólo derecho a la indemnización sino primeramente a que cese el daño, e incluso a que se revierta la conducta dañina si ello es posible. Esto, en cambio, no sucede cuando se trata de afectación lícita de derechos, en el que el particular puede obtener reparación siquiera parcial de sus perjuicios pero nunca revertir la medida adoptada.

Otra diferencia, aunque aquí cabría una exploración mayor, surge de la necesidad de saber cuándo procede y cuando no la indemnización por afectación lícita de derechos. Es claro que no todo acto lícito que afecte derechos da lugar a la indemnización. Tampoco parece que deba concederse siempre la indemnización completa de los daños. La misma Constitución, en el caso paradigmático de la expropiación, limita la reparación sólo a los perjuicios patrimoniales (art. 19 N° 24)².

² El texto constitucional (art. 41 N° 8), también determina la procedencia de indemnizaciones en caso de requisiciones de bienes en estados de excepción constitucional, aunque la remite nuevamente a la ley "*darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley*". Agrega que también darán derecho a la indemnización las limitaciones al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio "*y con ello se cause daño*" (¿patrimonial?).

3. NORMAS CONSTITUCIONALES, LEYES ESPECIALES Y REGLAS CIVILES

Recapitulando lo que hemos avanzado hasta ahora, podemos decir que la Constitución no ha establecido un régimen propio de responsabilidad, ni del Estado ni de los particulares, sino que se ha limitado a exponer los principios en los que deben enmarcarse esos regímenes cuando sean regulados por la ley, y a disponer puntualmente algunos preceptos que deben ser acogidos por ésta.

Frente a eso tenemos el Código Civil que representa el Derecho común en materia de responsabilidad: el título XXXV del libro IV, y que debe tener aplicación subsidiaria, como lo ha reconocido la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema: “la naturaleza especial de la responsabilidad extracontractual del Estado y el hecho de estar sujeta a reglas y principios pertenecientes al Derecho Público, no impiden que ciertos aspectos de esta responsabilidad, como los relativos a la indemnización de los daños injustamente irrogados por la actividad estatal queden sometidos a las disposiciones del Derecho Común, a falta de una normativa propia del Derecho Público” (C. Sup. 15 de abril de 2003, *Gaceta Jurídica* N° 274, p. 108, cons. 1°).

Pero, además, de las normas constitucionales y del Derecho común tenemos leyes especiales de responsabilidad civil que son de dos tipos. Unas se refieren directamente al Estado o a organismos estatales y otras regulan ciertas actividades que pueden ser desempeñadas tanto por privados como por órganos públicos. Las primeras las podemos denominar leyes especiales de responsabilidad del Estado y las segundas leyes sectoriales de responsabilidad. Las leyes especiales de responsabilidad del Estado son la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (arts. 4 y 42, Ley N° 18.575³) y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (art. 141, Ley N° 18.965). Leyes sectoriales de responsabilidad son, por ejemplo, la Ley del Tránsito respecto de la responsabilidad del propietario de vehículos (art. 174, Ley N° 18.290), la Ley de Seguridad Nuclear (Ley N° 18.302), la Ley de Navegación (D.L. 2222, de 1978) que se refiere a la responsabilidad por derrame de hidrocarburos en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, el Código Aeronáutico (Ley N° 18.916) que trata de la responsabilidad por daños causados en la aeronavega-

³ El anterior art. 44 de la Ley ha quedado con el número 42, después del D.F.L. N° 1/19.653, Ministerio Secretaría General de Gobierno, de 13 de diciembre de 2000, publicado en el D. Of. de 17 de noviembre de 2001.

ción, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N° 19.300), que regula la responsabilidad por daño medioambiental.

A nuestro juicio, el régimen de responsabilidad del Estado debe contemplar de un modo armónico y escalonado todas estas normativas. Pensamos que, en primer lugar, deben prevalecer, por razón de especialidad, las disposiciones sectoriales que regulan la responsabilidad en razón del tipo de actividad o daño. De este modo, por ejemplo, los daños causados por una camioneta fiscal deberán ser imputados objetivamente al Fisco en aplicación de la Ley del Tránsito, o si una refinería estatal produce daños por derrames de petróleo, responderá el Estado objetivamente por aplicación de la ley especial sobre la materia (D.L. 2222). En tales casos no es necesario probar falta de servicio ni culpa. En lo no previsto por estos regímenes sectoriales se aplicarán las normas especiales sobre responsabilidad del Estado y, a falta de ellas, las reglas generales del Código Civil. Así, por ejemplo, si la camioneta fue sacada sin autorización, no se aplicará la responsabilidad objetiva de la Ley del Tránsito, pero la víctima podrá recurrir a la ley N° 18.575 y probar que hubo falta de servicio y atribuirla directamente al Estado.

Cuando la actividad o daño no son cubiertos por una normativa especial, habrá que distinguir qué tipo de órgano público causó la lesión. Para los órganos integrantes de la Administración del Estado, previstos en el art. 1° de la ley N° 18.575, se impone la responsabilidad directa y no por el hecho del dependiente, según lo contempla el art. 4 de dicha ley, cumpliendo además la exigencia que se deduce de la parte final del inciso 2° del art. 38 de la Constitución para la "Administración del Estado"⁴. Esto significa que la negligencia de cualquier funcionario hará responder a la persona jurídica estatal sin que importe si el funcionario tenía poderes de representación o era un órgano con capacidad para obligar al ente público. En lo demás, el régimen de responsabilidad estará regido por lo que dispongan sus propias leyes orgánica constitucionales o de quórum calificado según corresponda (art. 21, Ley N° 18.575) y, a falta de ellas, por el título XXXV del libro IV del Código Civil.

⁴ En efecto, si bien el art. 38 inc. 2° habla en forma amplia de "reclamar" por la lesión de los derechos por la Administración, lo cierto es que también incluye el reclamo por reparación de los daños, y al señalar la norma que el particular puede reclamar al Estado (se debe entender) "*sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño*", está disponiendo que la ley debe atribuir directamente la responsabilidad a la Administración y que, por lo tanto, ha de superar en estos casos el expediente de la responsabilidad por el hecho de tercero.

Ahora bien, para algunos de estos órganos: Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, la responsabilidad puede fundarse ya no en la acreditación de culpa sino en la denominada falta de servicio (arts. 21 y 42 LBGAE). La misma falta de servicio se aplicará principalmente para las Municipalidades ahora por aplicación de su propia Ley Orgánica Constitucional⁵, aunque también hay casos de responsabilidad objetiva, por ejemplo, por mala señalización de las vías, en la Ley del Tránsito (art. 174 inc. 5° Ley N° 18.290). En todo lo no previsto, se aplicará supletoriamente el título XXXV del libro IV del Código Civil.

Por último, si se trata de un órgano del Estado que no integra la Administración y no es mencionado en el art. 1° de la Ley N° 18.575, por ejemplo, los tribunales de justicia, el tribunal constitucional o el Ministerio Público, la Constitución nos remite a la ley (arts. 6° y 7°). A falta de ley especial, deberá aplicarse el Código Civil también en cuanto al factor de imputación, es decir, la culpa ya sea real o presunta. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que una interpretación moderna de la culpa aplicada a las personas jurídicas o colectivas debiera entregar resultados análogos a la del principio de la falta de servicio, como bien lo demuestra la jurisprudencia de los tribunales. Pero aun cuando no pudiere demostrarse culpa atribuible directamente al órgano público, quedará siempre abierta la posibilidad de demostrar negligencia en el funcionario público y, sobre la base de la responsabilidad por el hecho de los dependientes de los arts. 2320 y 2322 del Código Civil, atribuir la obligación de reparar al Estado. En tal caso, para que éste pueda exonerarse deberá probar que el funcionario culpable ejerció sus funciones de un modo impropio que el Estado no tenía medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente (art. 2322 inc. 2°). Un caso especialísimo es el referido al daño provocado por un sometimiento a proceso o condena penal, en el que la misma Constitución establece una exigencia de antijuridicidad y culpa calificadas: la indemnización procede una vez que la Corte Suprema haya calificado la resolución como "*injustificadamente errónea o arbitraria*". En este caso, la responsabilidad se atribuye directamente al Estado por imperativo constitucional (art. 19 N° 7, letra i).

⁵ Se ha dicho que es diversa la falta de servicio de la responsabilidad municipal de la del Estado, por lo que no puede imputarse al Estado la omisión en el pago de obligaciones que afectan a la Municipalidad aunque el incumplimiento se atribuya a la falta del Fisco en proveer de recursos a los municipios para pagar dichas deudas (C. Stgo. 23 de julio de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 265, p. 78).

Los litigantes deben poner atención sobre en qué régimen jurídico están fundando sus acciones y defensas. De lo contrario se corre el riesgo de que un cambio de ellas posteriores a la traba de la *litis* (contestación de la demanda) sea considerado extemporáneo⁶.

4. CULPA Y FALTA DE SERVICIO

De acuerdo a las nuevas construcciones de la culpa en el Derecho civil moderno, no parece que haya muchas diferencias entre lo que se postula como "falta de servicio" y la llamada culpa en la organización. En efecto, se sostiene que la falta de servicio es equivalente a un funcionamiento defectuoso: "dice relación con el hecho de que un determinado servicio ha actuado mal o deficientemente, no ha obrado cuando su normativa le imponía el deber de hacerlo o, en fin, ha actuado tardíamente, y a consecuencias de ello la víctima ha resultado lesionada en sus derechos. Se trata aquí de que la organización misma ha fallado en el cumplimiento de su función en el servicio público" (C. Concepción, 10 de agosto de 2000, *Gaceta Jurídica*, N° 259, p. 38)⁷.

Aunque retóricamente algunos fallos suelen distinguir la falta de servicio de la responsabilidad de Derecho público del dolo o culpa de la responsabilidad civil, lo cierto es que terminan afirmando el deber de reparar porque se han transgredido ciertos deberes de cuidado que se estiman exigibles en un juicio objetivo de hombre medio. No es casual que la Corte Suprema, conociendo de la casación en el fondo interpues-

⁶ C. Sup. 10 de agosto de 2000, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 97, sec. 5ª, p. 132. El caso es el de una señora que cae en un hoyo de la acera por falta de señalización y se demanda a la Municipalidad. En primera instancia la demandada alega imprudencia de la víctima. En la apelación cambia la argumentación y sostiene que el régimen de responsabilidad de las municipalidades es propio y que no hubo falta de servicio. La Corte de Apelaciones desecha la demanda por estimar que es una excepción perentoria que debió interponerse en la contestación (C. Concepción 15 de septiembre de 1999). Se deduce casación en el fondo, y la Corte Suprema la desecha por estimar que las alegaciones de segunda instancia resultaban extemporáneas por no haberse opuesto en la contestación de la demanda.

En el caso resuelto por la C. Suprema con fecha 9 de septiembre de 2002 (rol N° 4330-2000), se cuestionaba que el demandante hubiera invocado en la demanda la responsabilidad extracontractual conforme al Código Civil y sólo en la réplica alegara la responsabilidad por falta de servicio. El tribunal de primera instancia estimó que el cambio de fundamento importaba una alteración de la acción principal del pleito y por tanto debía ser rechazada. Los fallos de alzada y de casación coincidieron en la improcedencia de la responsabilidad del Fisco, pero la fundaron en una causal legal especial de exoneración de responsabilidad.

⁷ La Corte Suprema ha dicho en el mismo sentido que la falta de servicio se produce cuando los órganos o agentes estatales no actúan debiendo hacerlo, o cuando su accionar es tardío o defectuoso (C. Sup. 30 de abril de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 274, p. 59.)

ta en contra del fallo de la Corte de Concepción recién citado, estime que, incluso con prescindencia de las normas de Derecho público invocadas, el fallo habría llegado a la misma conclusión si hubiere aplicado las normas civiles ya que afirma la negligencia del servicio de salud demandado (sentencia de 24 de enero de 2002, cons. 10º, *Gaceta Jurídica* N° 270, pp. 50-51: se cuida de advertir la Corte que las consideraciones del fallo de alzada sobre la responsabilidad de Derecho público no son necesariamente compartidas por el tribunal de casación). Un poco después, en sentencia de 8 de mayo de 2002 (rol N° 3427-2001), la misma Corte Suprema resuelve que el fallo que exculpa al Fisco por no haberse probado que el jefe superior haya dado orden a un chofer para que procediera a cambiar la rueda de un camión, proceso en el que se produjo el accidente, no es susceptible de casación, ni por las normas de los arts. 2314 y 2329 del Código Civil (ya que la falta de la orden revela que no hubo negligencia) ni por los arts. 4 y 42 de la ley N° 18.575 (ya que no se probó la falta de servicio ante la ausencia de acreditación de la orden del jefe del perjudicado)⁸.

V. APLICACIÓN SUBSIDIARIA DEL DERECHO PRIVADO COMÚN A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

De todo lo anterior, podemos concluir que no hay impedimento constitucional alguno para que puedan aplicarse supletoriamente las

⁸ Otro caso: se trata de una señora que cae en un hoyo de la acera por falta de señalización, se condena a la Municipalidad por culpa en aplicación del Código Civil. En la apelación la Municipalidad alega que debió aplicarse la normativa de Derecho público y que no hubo falta de servicio. La Corte de Apelaciones de Concepción señala que se trata de una excepción perentoria que debió haberse interpuesto en la contestación de la demanda, pero agrega que, aun aplicando la normativa especial, la Municipalidad sería responsable por falta de servicio, siendo esta "todo mal funcionamiento del servicio. Si el Estado presta un servicio público, tiene la obligación de prestarlo bien; en caso, contrario, deberá responder de los daños que ese mal funcionamiento ocasiona a los particulares". En este caso, cualquiera sea el ámbito de responsabilidad que se examine, la municipalidad es responsable toda vez que faltó al deber de inspeccionar el paseo peatonal (C. Concepción 15 de septiembre de 1999, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 97, sec. 5ª, p. 132). La Corte de Apelaciones de Santiago igualmente adhiere de manera formal a la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado en un fallo del 2002, pero se trata de la acción de un carabinero que fue condenado penalmente por la Justicia Militar (C. Stgo. 16 de diciembre de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 270, p. 96, con prevención del abogado integrante Domingo Hernández, quien estimó que no hay responsabilidad objetiva del Estado). Algo similar en el caso fallado por C. Sup. 4 de junio de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 272, p. 117, que juzga innecesario casar la sentencia de grado por no haber aplicado el art. 2329 del Código Civil y exonerado por falta de culpa a la municipalidad, por cuanto además de la falta de servicio hubo negligencia por parte de ésta.

reglas del Código Civil al régimen de responsabilidad del Estado por falta de servicio previsto, ya sea en la LBGAE o en la LOCM. Así lo ha establecido recientemente la Corte Suprema al señalar que la especialidad de las normas sobre responsabilidad de Derecho público no impide que ciertos aspectos de esta responsabilidad queden sometidos a las disposiciones del Derecho común (C. Sup. 15 de abril de 2003, rol N° 1.234-02)⁹.

1. LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO

Una primera es el principio de reparación integral del daño. Es decir, de que debe repararse todo daño como expresa el art. 2329 del Código Civil. Se contemplan por tanto perjuicios patrimoniales y morales, incluyendo en estos últimos los relativos al daño a la salud o lesiones corporales. Los perjuicios patrimoniales incluyen, de acuerdo con el art. 1556 del Código Civil, el daño emergente y el lucro cesante. La Corte Suprema ha señalado recientemente que si se niega la indemnización del lucro cesante y del daño moral una vez establecida la responsabilidad del Fisco, se produce una infracción de ley que debe ser enmendada por la casación. El fallo sostiene que la norma infringida es el art. 1556 respecto de la omisión del lucro cesante y del daño moral (C. Sup. 26 de junio de 2000, rol N° 3.010-99)¹⁰. En otro caso similar, se confirma la procedencia de la indemnizabilidad del daño moral y se casa la sentencia que no lo reconocía por haber esta transgredido los arts. 2314 y siguientes y 2329 del Código Civil (C. Sup. 3 de mayo de 2001, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 98, sec. 5ª, p. 87).

2. EL NEXO DE CAUSALIDAD

Es necesario probar que entre la conducta que se califica como falta de servicio y el daño producido haya una relación de causa a efecto. Es decir, como señala el art. 2314, es necesario que el daño

⁹ En otro caso, esta vez del año 2001, se recurrió de casación en el fondo en contra de un fallo que afirmaba la responsabilidad de la Municipalidad por la anegación sufrida por una vivienda debido a una defectuosa pavimentación de la calle, por invocar simultáneamente disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y del Código Civil, siendo inconciliables entre sí. La Corte Suprema desecha el recurso y estima que la Municipalidad incurrió en falta de servicio porque del proceso se infiere que la Municipalidad "no cauteló que en esas obras se observaran los estándares mínimos requeridos para prevenir el daño provocado" (C. Sup. 3 de mayo de 2001, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 98, sec. 5ª, p. 87).

¹⁰ En realidad el art. 1556 no habla de daño moral, y por el contrario ha sido el principal argumento de texto de quienes abogan por la no indemnizabilidad del daño moral en sede contractual.

haya sido "*inferido*" por dicha falta o, en términos del art. 2329, que "*pueda imputarse*" a ella. Pero no se trata de un vínculo de causalidad meramente empírico o material, sino que es necesario acreditar una causalidad normativa: es decir, que, atendido el curso causal de los hechos, es razonable y justo imponer sus consecuencias al Estado que no prestó sus servicios en la forma adecuada.

Por consecuencia, si existe fuerza mayor o caso fortuito o hecho de un tercero que interrumpe el nexo causal, no podrá verificarse la responsabilidad aunque se haya acreditado la falta de servicio¹¹.

3. LA REDUCCIÓN DE LOS DAÑOS POR IMPRUDENCIA DE LA VÍCTIMA

No vemos tampoco inconveniente en que se aplique a este régimen de responsabilidad, a falta de norma en contrario, la disposición del art. 2330 del Código Civil que ordena al juez reducir el monto de la indemnización, si quien lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

Parece lógico y razonable que quien con su negligencia ha cooperado también en la causación del daño, contribuya a soportarlo siquiera parcialmente.

4. LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

En nuestra opinión, la responsabilidad por el hecho del dependiente puede ser aplicada al régimen de la responsabilidad de los órganos del Estado respecto de los cuales no puede aplicarse la previsión del art. 38 inc. 2º de la Constitución ni la del art. 4 de la LOCPAE en el sentido de que los daños provocados por los órganos son directamente imputables al Estado. Si no se logra probar culpa institucional, aun en el sentido normativo que hemos propiciado, pero sí es posible

¹¹ La Corte Suprema, en un caso en que se demandaba a una Municipalidad que había encargado la construcción de un muro de contención a una empresa contratista, faena en la que falleció un obrero de la empresa por derrumbe de la obra, sostuvo que no era posible acceder a la pretensión, entre otras razones, por falta de un nexo causal (sentencia 17 de abril de 2002, rol N° 4.878-2000). En la sentencia del juez del Primer Juzgado Civil de Temuco, confirmado por la Corte de Apelaciones respectiva, de 6 de junio de 2001, rol 1688-01, se excusa de responsabilidad al Fisco por los daños ocasionados a un recluso por un incendio ocurrido en el penal y ocasionado por una protesta de los internos, ya que "no se logró acreditar que fuera la acción u omisión de los agentes de la Administración, en el caso específico, de los gendarmes de turno en el Centro Penitenciario de Temuco realizada en el ejercicio de sus funciones, la causante de las graves lesiones sufridas por el actor..." (cons. 13º).

acreditar la culpa personal del funcionario, no habrá problemas en que se aplique el art. 2320 del Código Civil y el Estado responderá como institución de la cual depende por un vínculo de subordinación el hechor directo del ilícito¹².

5. LA PRESCRIPCIÓN

Se ha sostenido insistentemente que la responsabilidad del Estado es imprescriptible. Pero el argumento central en que se apoya esta afirmación es feble: la Constitución no ha establecido ningún plazo de prescripción. ¿Pero cómo podría haberlo hecho si el constituyente con toda razón jamás pensó en regular un régimen de responsabilidad? La falta de previsión expresa indica justamente todo lo contrario, a saber, que sobre la materia debe aplicarse el principio general de la prescripibilidad de las acciones, y en especial el plazo de prescripción del art. 2332 del Código Civil.

Otra cosa muy diversa es la intención de hacer justicia respecto de quienes podrían haber estado impedidos de ejercer la acción, pero estos casos bien pueden ser resueltos ya sea por una legislación especial o bien por una interpretación más abierta de la interrupción de la prescripción¹³, y no por el expediente tan desproporcionado de declarar imprescriptibles acciones de contenido netamente patrimonial, generando una desigualdad irritante entre perjudicados por acciones particulares y perjudicados por acción estatal.

A pesar de algunos titubeos iniciales, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha concluido que tratándose de una acción patrimonial debe admitirse la prescripción y, a falta de norma especial y por imperativo del art. 2497 del Código Civil, el plazo es el de cuatro años fijado por el art. 2332 del Código Civil¹⁴.

¹² La doctrina de Alessandri de que el art. 2320 supone un vínculo de Derecho privado debe considerarse superada por la evolución de la concepción del servicio público. Además es contraria al texto de la norma que no distingue.

¹³ Cfr. por ejemplo el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que establece que la prescripción comienza a contarse desde que la parte perjudicada tuvo certeza jurídica acerca de la responsabilidad criminal del agente policial que le infirió el daño, es decir, desde que queda ejecutoriada la sentencia penal (C. Stgo. 16 de diciembre de 2002, *Gaceta Jurídica* N° 270, p. 96). Pero la interpretación flexible de la interrupción de la prescripción o del momento inicial no puede desnaturalizar la institución; por eso se rechaza la pretensión de que la acción para reclamar daños por la detención y desaparición forzada de una persona no prescriba mientras se mantenga la desaparición (C. Sup. 15 de abril de 2003, *Gaceta Jurídica*, N° 274, p. 108)

¹⁴ En un primer momento, la Corte Suprema acogió la tesis de la imprescripibilidad de la acción de nulidad de derecho público y, en algunas ocasiones, se sintió forzada a declarar imprescriptible la reparación de los daños causados por el acto declarado nulo.

6. LA CARGA DE LA PRUEBA

No hay dudas de que la carga de la prueba debe continuar rigiéndose, a falta de norma en contrario, por el art. 1698 del Código Civil. Corresponderá al actor probar que se dan los supuestos de su acción, es decir, el daño, la culpa o falta de servicio que lo motivó y la relación causal entre ellos.

Se ha sostenido que la falta de servicio implica una inversión de la carga de la prueba, pensando sobre el órgano público el acreditar su buen funcionamiento. No encontramos asidero alguno en los textos normativos como para mantener tal opinión.

También debe ser acreditado por el demandante el daño, tanto el patrimonial como el extrapatrimonial.

7. LA RESERVA DEL ART. 173 CPC

El art. 173 CPC permite reservar para la ejecución del fallo la discusión sobre el monto de los perjuicios. Existe una discusión sobre si la norma se aplica sólo a la responsabilidad contractual (opinión tradicional) o también procede en materia extracontractual (opinión que se abre paso en la actualidad). En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado la jurisprudencia afirma la aplicación de esta norma que, por cierto, es propia del régimen procesal común (C. Sup. 28 de julio de 1987, *Fallos del Mes* N° 344, 1987, p. 355, cons. 14; C. Sup. 27 de mayo de 1999, rol 2.282-98).

8. LA ACCIÓN DE REGRESO CONTRA EL FUNCIONARIO CULPABLE

No hay duda que el Estado o las Municipalidades que deben responder ante el particular agraviado pueden repetir en contra del

Así, pudo decir que no se aplica el art. 2332 del Código Civil a la demanda de indemnización de perjuicios derivada de la nulidad, ya que "la aplicación de tal norma de prescripción resulta inconsistente con las características que se reconocen a la nulidad de derecho público, de modo que su aplicación conduciría a reconocer la absoluta invalidez de los actos impugnados, pero manteniendo incólumes sus efectos" (C. Sup. 27 de mayo de 1999, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 96, sec. 5°, p. 69, cons. 7°). Pero este criterio cambió respecto de los efectos patrimoniales de la nulidad, para los que se admite la prescripción. En relación con la responsabilidad del Estado, se reconoce la prescriptibilidad de la acción y el recurso al art. 2332 del Código Civil: así, C. Stgo. 30 de agosto de 2002, *Gaceta Jurídica*, N° 266, p. 92; C. Sup. 15 de mayo de 2000, *Gaceta Jurídica*, N° 263, p. 29; C. Stgo. 24 de octubre de 2002, *Gaceta Jurídica*, N° 268, p. 111; C. Sup. 1 de julio de 2003, *Gaceta Jurídica*, N° 271, p. 46; C. Sup. 15 de abril de 2003, *Gaceta Jurídica*, N° 274, p. 108; C. Sup. 7 de mayo de 2003, rol N° 25.495).

funcionario que con su culpa personal causó el daño. Nos parece que, en tal caso, será aplicable el art. 2325 del Código Civil que establece las condiciones para que esta acción de regreso proceda: que el que perpetró el daño hubiere actuado sin órdenes de la persona que fue obligada a responder por ella (en este caso, el Estado) y que sea capaz de delito o cuasidelito.

Esperamos que estas reflexiones puedan servir, a través del diálogo académico, para ir decantando posiciones y perfilando un régimen jurídico de responsabilidad de los entes públicos que, junto con dar cuenta de la especial naturaleza de su estructura y misión, pueda insertarse consistentemente en el conjunto del sistema de responsabilidad civil o reparatoria.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS MUNICIPALIDADES A LA LUZ DE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

Doctor en Derecho

Universidad de Navarra

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

Me propongo ofrecer un panorama sobre el sistema de responsabilidad que emana de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está recogido en el DFL N° 1/19.704¹, a la luz de la jurisprudencia reciente de nuestros Tribunales de Justicia.

1. LA RESPONSABILIDAD DEL ENTE O SERVICIO: LA MUNICIPALIDAD COMO ÓRGANO

Desde el punto de vista del origen o fuente de la responsabilidad, puede afirmarse que la responsabilidad municipal por daños, debe provenir de la municipalidad como tal, es decir, en cuanto órgano² o ente de la administración del Estado³. Por ello, la responsabilidad que aquí vamos a tratar es aquella que deriva de actos jurídicos (administrativos) o materiales, por acción u omisión, que puedan ser imputados a una Municipalidad, conforme con las leyes que regulan su

¹ Diario Oficial de 3 de mayo de 2002.

² El término órgano del Estado se toma del art. 7° de la Constitución Política de la República (en adelante CPR).

³ Conforme con el art. 1° de la ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado n° 18.575, las Municipalidades conforman la Administración del Estado, y por lo mismo se sujetan a esta ley de bases.

actuación⁴. Dado que las Municipalidades constituyen una persona jurídica de derecho público (Cfr. arts. 107 CPR y art. 1° LOM), para imputarle un determinado hecho habrá que indagar en sus funciones y competencias (cfr. arts. 3°, 4°, 5°), sean privativas, concurrentes o esenciales, ya sea que actúe la Corporación misma o alguno de sus órganos (Alcalde, Concejo Municipal)⁵. Y, dado que no pueden actuar sino por medio de una persona natural, será, en la mayoría de los casos, la actuación de una persona física o natural (Alcalde o funcionarios municipales) la que se imputará directamente al ente Municipal, obviamente que sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectarle a la persona natural involucrada.

Luego de años de dudas, se ha consolidado en la jurisprudencia de que se trata de una responsabilidad orgánica⁶; como fallo reciente es interesante traer a colación la sentencia de un tribunal de Viña del Mar que así lo declara⁷.

⁴ Dice a este respecto Caldera Delgado, Hugo, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 116, "El perjuicio que es causa de la obligación de indemnizar puede tener su origen tanto en una actuación como en una omisión. La actuación perjudicial puede provenir de una decisión jurídica unilateral, esto es, un acto administrativo, como también de una actuación material del poder público. La actividad administrativa causante del perjuicio puede constituir en una resolución o en una actuación fáctica irregulares, desde el punto de vista del principio de la legalidad."; por su parte Oelkers, Camus, Osvaldo, "La responsabilidad civil extracontractual del Estado administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998 (pp. 345-352), p. 346, afirma "...el daño puede tener su origen en actos, omisiones, o simples hechos materiales".

⁵ Cfr. Soto Larreátegui, Josefina, "La responsabilidad del Estado-Municipal", en *Revista Actualidad Jurídica*, 7, Enero 2003 (pp. 183-200), p. 186, dice refiriéndose a las Municipalidades: "Como órgano del Estado que son, además se encuentran regidas íntegramente por el principio de juricidad, debiendo sus actuaciones estar dirigidas a promover el bien común, el progreso económico, social y cultural de la respectiva comuna. Para el logro de dicho objetivo el ordenamiento jurídico las ha dotado de atribuciones y funciones, sean éstas privativas, concurrentes, esenciales, sea que el alcalde (su máxima autoridad), decida en forma unilateral o requiera el acuerdo del concejo (órgano normativo, resolutivo y fiscalizador), para la adopción de una determinada medida...".

⁶ Illanes Ríos, Claudio, "Responsabilidad Civil del Estado y de sus dependientes", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, Año 6 1999 (pp. 7-15), explica que en su opinión el criterio se impuso a raíz de la innovación que adopta la ley 18.045 sobre Sociedades Anónimas, al asignar a los Directores de una S.A. una responsabilidad "orgánica", por lo que no se los entiende ya como meros mandatarios de los accionistas. Como fallo precursor anota el que se refiere al caso de la intervención del Banco Continental en 1971, sentencia de la Corte de Apelaciones de 26 de enero de 1984, y confirmada por la Corte Suprema.

⁷ "Vigésimo sexto: Que, de esta forma en nuestro sistema jurídico, la teoría del órgano, en cuanto a la responsabilidad extracontractual del ente administrador, encuentra sustento, en diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado; en efecto, en su artículo 6° se expresa que: Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, agregando que Los preceptos de

En todo caso, el asunto fue clarificado por la doctrina administrativista hace años⁸.

2. LA NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Para efectos de nuestro estudio, conviene desde ya advertir la noción de responsabilidad que se usará. Entiendo por "responsabilidad por daño" al efecto que se produce en contra de un sujeto de Derecho, a quien el sistema jurídico le impone la obligación de indemnizar a otro por los daños y perjuicios (lesiones) que le ha causado⁹. Obviamente no puede haber responsabilidad sin que se acredite el daño, y sin que se pruebe, asimismo, el factor de atribución o imputación del daño. Es decir, los hechos en virtud de los cuales es posible atribuir el deber de indemnizar a otro, afirmando correlativamente que el sujeto pasivo —la víctima— no tiene el deber jurídico de soportar el daño que ha sufrido.

esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo; y, finalmente, que La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley. Por su parte el artículo 38 de la Carta Fundamental, previene que una ley orgánica constitucional determinará la organización constitucional básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que debe fundarse y asegurará, tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella, como la capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes; mientras que en su inciso 2° establece que 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. (Dictada por el Juez Fernando Ramírez Infante, Juez Letrado Titular, de 27 de mayo de 1997). Esta sentencia fue confirmada en lo sustancial (sólo modificó la cantidad condenada) por la Corte de Apelaciones de Valparaíso (sentencia de 23 de mayo de 2001) y por la Corte Suprema.

⁸ Cfr. Caldera Delgado, *Sistema...*, pp. 190 y ss., en donde da una amplia explicación de la denominada "teoría del órgano".

⁹ En un sentido similar Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil Chileno*, 2ª Edición, Conosur, Santiago, 1983, p. 11, "En Derecho Civil hay *responsabilidad* cada vez que una persona debe reparar el perjuicio sufrido por otra. Puede, pues, definírsela diciendo que es la *obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra*"; para el derecho público Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, Tomo II, *Principio de juridicidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 270, afirma que "Responder —en consecuencia— es restituir un desequilibrio producido por un sujeto, en relaciones de igualdad, por un daño en una víctima. Hay una obligación de restituir que será determinada por el juez, partiendo de la base de la entidad del daño y de la posición de la víctima".

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS MUNICIPALIDADES

1. FUENTES NORMATIVAS

Sin hacer un recuento histórico¹⁰, conviene al menos afirmar que la responsabilidad patrimonial del Estado encuentra su sustento básico en la Constitución.

La primacía de la persona humana, el deber del Estado de servirla y alcanzar el bien común, el carácter republicano y democrático de nuestras instituciones políticas, la naturaleza humana como límite a la soberanía, el derecho a la integridad psíquica y física de la persona, el derecho de propiedad, y los principios de igualdad y de legalidad, se han proclamado como los fundamentos constitucionales más relevantes para afirmar el deber que tiene el Estado de responder por los daños que cause en su actuación u omisión¹¹.

Como norma más precisa que legitima el reclamo de la indemnización correspondiente a toda persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, sus organismos o por las municipalidades, tenemos el art. 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República.

“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”.

Esta es una norma que ya venía en el texto original de la Carta de 1980, pero que fue modificada por la reforma de 1989¹², para eliminar la referencia que se hacía a los tribunales contencioso-administrativos,

¹⁰ Sobre el tema véase Soto Kloss, *Derecho Administrativo*, II, cit, pp. 244 y ss., en donde ofrece una luminosa indagación histórica a partir del Derecho Romano, explicando la desviación que se produce desde un derecho de daños centrado precisamente en el daño (en Roma), hacia un derecho de la responsabilidad centrado en la actuación (o culpa) del sujeto imputado (Derecho natural racionalista); para el derecho chileno, Caldera Delgado, *Sistema...*, cit., pp. 154-176; también Martínez Estay, José Ignacio, “La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción al principio de igualdad y al derecho de propiedad en el Derecho Público chileno”, en *Derecho de Daños*, AA.VV., Lexisnexis Chile Conosur, Santiago, 2002, pp. (171-201), pp. 171-180.

¹¹ A este respecto puede revisarse la literatura de los principales autores del derecho administrativo que han explicado las bases de la responsabilidad del Estado, a partir de su fuente constitucional, como una de sus características configuradoras: Caldera Delgado, *Sistema...*, cit, pp. 118-123; Soto Kloss, *Derecho Administrativo*, II, cit., pp. 292-311; García Mendoza, Hernán, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Conosur, Santiago, 1997, pp. 54-58.

¹² Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.

dejando la competencia de estos asuntos en los Tribunales ordinarios¹³.

Una segunda norma, aplicable a las municipalidades, es el art. 4º de la LOC N° 18.575, que dispone:

“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”.

Además, y aplicable estrictamente a la administración municipal, están los artículos 140 y 141 de la LOCM.

El art. 140, que regula el reclamo de ilegalidad, interesa en lo que se refiere a su encabezado y sus letras h) e i):

“Los reclamos que se interpongan en contra de las resoluciones u omisiones ilegales de la municipalidad se sujetarán a las reglas siguientes:

“h) La corte, en su sentencia, si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará, según sea procedente, la anulación total o parcial del acto impugnado; la dictación de la resolución que corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada; la declaración del derecho a los perjuicios, cuando se hubieren solicitado, y el envío de los antecedentes al juez del crimen que corresponda, cuando la infracción fuere constitutiva de delito, e

i) Cuando se hubiere dado lugar al reclamo, el interesado podrá presentarse a los tribunales ordinarios de justicia para demandar, conforme a las reglas del juicio sumario, la indemnización de los perjuicios que procedieren y ante la justicia del crimen, las sanciones penales que correspondieren. En ambos casos, no podrá discutirse la ilegalidad ya declarada”.

Por su parte, el art. 141 dispone de la regla general en material de responsabilidad por daños:

“Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio

No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”¹⁴.

¹³ Para un estudio de esta norma véase, Fiamma Olivares, Gustavo, “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19, 1989 (pp. 429-454); el completo trabajo de García Mendoza, *La responsabilidad ...*, cit., pp. 51-211; el trabajo del profesor Oelkers Camus, “La responsabilidad civil extracontractual...”, cit.; el del profesor Pierry Arrau, Pedro, “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del estado por falta de servicio”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCII, n° 2, 1995 (pp. 17-30) y, por supuesto, las obras de los profesores Soto Kloss, *Derecho Administrativo*, II, cit., pp. 244-477, y Caldera Delgado, *Sistema...*, cit., pp. 115-436.

¹⁴ Como norma paralela en la LOBGAE, está en art. 42 “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.

Adicionalmente, y como normas de responsabilidad específicas en ciertas áreas, destaca el art. 174 inciso 5° de la Ley del Tránsito N° 18.290:

"La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren en un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización. En este último caso, la demanda civil deberá interponerse ante el Juez de Letras en lo civil correspondiente y se tramitará de acuerdo a las normas del juicio sumario".

Y en materia de responsabilidad por el medio ambiente, tenemos el art. 54 inciso 2° de la ley N° 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente:

"Cualquier persona podrá requerir a la municipalidad en cuyo ámbito se desarrollen las actividades que causen daño al medio ambiente para que ésta, en su representación y sobre la base de los antecedentes que el requirente deberá proporcionarle, deduzca la respectiva acción ambiental. La municipalidad demandará en el término de 45 días, y si resolviere no hacerlo, emitirá dentro de igual plazo una resolución fundada que se notificará al requirente por carta certificada. La falta de pronunciamiento de la municipalidad en el término indicado la hará solidariamente responsable de los perjuicios que el hecho denunciado ocasionare al afectado".

2. LA RESPONSABILIDAD DE FUENTE CONSTITUCIONAL. ¿SÓLO FALTA DE SERVICIO?

2.1. Terminología

Qué duda puede haber que la fuente de responsabilidad más relevante para las municipalidades, planteada y acogida por los tribunales, es la que deriva de la denominada responsabilidad constitucional, fundada directamente en el art. 38, inciso 2° de la CPR, en relación con el art. 4° de la LOBGA, y del art. 141 de la ley LOM.

Desde el punto de vista puramente léxico, no parece razonable referirse a este tipo de responsabilidad como "responsabilidad extracontractual del Estado", porque con esos términos usamos un lenguaje propio del Código Civil, y es preciso usar una terminología que expre-

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal". Esta norma no es aplicable, según lo dispuesto por el art. 21 de la misma ley, a las Municipalidades, ni a los organismos que allí se excluyen: Contraloría General de la República, Banco central, Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, Gobiernos Regionales, Consejo Nacional de Televisión, y empresas públicas creadas por ley.

se la peculiaridad de la responsabilidad que se trata, a fin de no confundir, por asimilación, ambos tipos de responsabilidad. Por lo mismo, conviene hablar directamente de responsabilidad del Estado, o responsabilidad constitucional del Estado, para así connotar con precisión la fuente normativa y dogmática de la que emana¹⁵.

2.2. Responsabilidad objetiva o subjetiva

La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha ido decantando, desde el famoso caso "Tirado con Municipalidad de la Reina"¹⁶, por una responsabilidad objetiva, es decir, que no hace falta concurrencia del dolo o la culpa en la Municipalidad imputada. Sin embargo, es un punto no aclarado en la doctrina.

En relación con este tema, hay dos aspectos que elucidar. Por un lado, determinar si para atribuir la responsabilidad al Estado o algunos de sus órganos es necesario —entre otros requisitos— que se acredite culpa o dolo en la administración, o al menos que concurra un factor de imputación subjetivo como sería la "*falta de servicio*", o bien se trata de una responsabilidad enteramente objetiva, que sólo precisaría de la concurrencia de la relación de causalidad entre el daño o la lesión y el hecho de la administración¹⁷. Tampoco existe consenso

¹⁵ Soto Kloss, *Derecho Administrativo*, II, cit, p. 310, al caracterizar este tipo de responsabilidad la describe, entre otras notas, así: "Como se trata de un órgano del Estado, esta responsabilidad se encuentra regida por el derecho público, que es el que regula, precisamente, la actividad del Estado en su actividad de bien común. No se olvide que la actividad del Estado en su misión de promover el bien común es una actividad no de conmutación, como ocurre en las relaciones entre particulares que se encuentran equiordenados, sino de distribución, atribución o reparto, ya que al Estado le han sido conferidos por la Constitución poderes de supraordenación para que pueda hacer primar el bien común en el orden temporal de la sociedad política. Es el derecho público quien regula, por tal razón, esta materia y que exige —como lo debido— esa reparación o indemnización a la víctima de la actividad del Estado"; en el mismo sentido Martínez Estay, "La responsabilidad...", cit, pp. 185-192.

¹⁶ Vid. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T LXXVIII (1981), N° 2.5 (pp. 35-44), con comentario del prof. Soto Kloss (pp. 39-48). Se trata de un juicio en donde doña M. Elena Tirado demanda de perjuicios a la Municipalidad de la Reina y a la empresa constructora, por los daños que sufrió a consecuencia de caer en una excavación de 1,20 metros que estaba a unos 2 metros de un paradero de locomoción colectiva. La excavación carecía de señalización o protección. El Cuarto Juzgado Civil de Santiago en sentencia de 14 de agosto de 1979, rechaza la demanda dirigida en contra de la Empresa Constructora pero sí acoge la demanda en contra de la Municipalidad otorgando una indemnización por el daño emergente de \$ 7.313,96, y por el daño moral en \$ 200.000. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia, con fecha 23 de abril de 1980, y la Corte Suprema, desecha el recurso de casación en el fondo interpuesto, con fecha 24 de marzo de 1981.

¹⁷ Este es el criterio que aparece en Tirado con Municipalidad de la Reina "Que no puede haber infracción de las infracciones del Código Civil cuando la sentencia, con extensos

respecto de la función que cumple el caso fortuito o la fuerza mayor en este tipo de responsabilidad –incluso para el caso que se afirme responsabilidad objetiva–, si opera como un factor de exoneración que interrumpe el nexo causal, o bien puede constituirse en una causa de exoneración en sí misma, lo que supone darle a la fuerza mayor una connotación más flexible¹⁸.

Si se lee bien el art. 38 inciso 2° CPR, uno puede apreciar que el derecho a “reclamar” está construido básicamente por los siguientes elementos:

1. actuación (u omisión) a la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades
2. lesión de un derecho del que reclama
3. imputación de la lesión al órgano que ha actuado o dejado de actuar.

No existe ninguna exigencia en orden a que deba acreditarse o concurrir un factor de imputación de tipo subjetivo, es decir, que exista culpa o dolo en la administración, o al menos falta de servicio de su parte, lo que ha permitido afirmar a buena parte de la doctrina del derecho administrativo¹⁹ y a algunos autores del derecho civil²⁰,

razonamientos, ha aplicado el principio de la responsabilidad objetiva establecido en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Municipalidades, descartando la responsabilidad por la culpabilidad y fundándola exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo, o sea la causalidad material” (Considerando 4°); lo confirma Soto Kloss, *Derecho Administrativo*, II, cit., pp. 309-310, “Al ser una responsabilidad de una persona jurídica y, por ende, de imposible estructuración técnica sobre la base de culpa o dolo, resulta ser una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material; vale decir, atendida la relación causal entre daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) y producido por un órgano del estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar aquélla”.

¹⁸ Cfr. Letelier Wartenberg, Raúl, *La Fuerza Mayor en la Responsabilidad Extracontractual de la Administración del Estado*, Conosur, Santiago, 2001, pp. 201, para quien la fuerza mayor constituye un factor de exoneración que supone la ausencia de falta de servicio.

¹⁹ Cfr. Fiamma Olivares, “La acción constitucional...”, cit., p. 439, “De conformidad al sistema establecido en la Constitución, la víctima no tiene obligación alguna de carácter probatorio relacionada con la conducta de la administración. El establecimiento de este requisito para la procedencia de la responsabilidad, sea en el sistema flexible del artículo 83 (actual 123) de la Ley de Municipalidades, sea en el rígido del artículo 44 (actual 42) de la ley sobre bases generales de la Administración del Estado, es ajeno al texto constitucional y, por tanto, inconstitucional”; lo mismo Soto Kloss, *Derecho Administrativo*, II, cit., pp. 308-310; Oelkers Camus, “La responsabilidad...”, cit., p. 346, no duda que el art. 38, inciso 2° de la CPR, puede legitimar incluso una demanda indemnizatoria por actos lícitos de la administración, igual cosa Pantoja Bauzá, Rolando, *Bases Generales de la Administración del Estado*, Conosur, Santiago, 1987, pp. 38 y ss.

²⁰ Cfr. López Santa María, Jorge, “Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIV, n°1, 1997 (pp. 31-46), p. 44, lo dice directamente “la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad

que estamos frente a un tipo de responsabilidad objetiva, es decir, que sólo sería necesario comprobar la relación causal entre la lesión y el hecho de la administración, para generar el derecho al reclamo. No lo han entendido así otros autores del derecho administrativo, quienes entienden que, conforme con las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, y siguiendo la tradición de nuestro derecho administrativo, estaríamos necesariamente frente a un supuesto de responsabilidad subjetiva porque al menos debería acreditarse falta de servicio en la administración²¹.

Lo cierto es que el art. 38, inciso 2° CPR no hace referencia alguna a la necesidad de que concurra algún factor de imputación subjetivo –aunque tampoco lo excluye– para configurar el derecho al reclamo, de aquí que parece razonable entender que de esta disposición puede derivarse para los órganos del Estado, tanto responsabilidad fundada en actuación legítima como en ilegítima, es decir, sea que la administración actúe dentro de su competencia y por lo tanto sin incurrir en ilegalidad o incurra en falta de servicio o en algún tipo de ilegalidad. Como señalé más arriba, la jurisprudencia, al menos en materia Municipal, desde la famosa sentencia de Tirado con Municipalidad de la Reina, ha entendido así la disposición.

Por lo demás, el artículo 141 de la LOM va en esta misma dirección cuando establece que la responsabilidad de la municipalidad procederá "*principalmente por falta de servicio*", lo que permite entender que la falta de servicio no es la única fuente de responsabilidad y, por lo mismo, bien podría admitirse responsabilidad por daño, incluso en el evento de que no exista "*falta de servicio*", es decir, en caso de que el servicio municipal haya actuado oportunamente, y dentro de sus competencias, sin que pueda reprochársele a este respecto irregularidad.

objetiva (...) Basta, por tanto, la causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad (...) no corresponde aplicar el supuesto estándar del funcionamiento medio del servicio, para eximir o atenuar la responsabilidad de los entes descentralizados, so pretexto de que la falta de eficiencia fue el resultado de la carencia de recursos; también Illanes Ríos, "Responsabilidad Civil...", cit., p. 11.

²¹ Es la doctrina que sustenta Pierry Arrau, "Algunos aspectos...", cit., p. 19, quien expresa con claridad el punto: "La falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, punto este que no parece haber sido entendido por la jurisprudencia y al que los autores partidarios de la responsabilidad objetiva en general no han tratado con la rigurosidad necesaria coonestando el error jurisprudencial.

Al decir que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, afirmamos que ella no corresponde, al menos, a lo que en derecho civil se conoce como tal y, esto es, aquella que basta para comprometerla al que exista el vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño (...) en la falta de servicio, categóricamente no basta con la relación de causalidad, ya que es necesaria la "falta de servicio".

En conclusión, puede afirmarse que la responsabilidad patrimonial del Estado que emana del artículo 38 inciso 2º de la Constitución, puede provenir por hecho de la administración sea lícito o ilícito, y que no exige la concurrencia de un factor de atribución de tipo subjetivo.

3. LOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD

Me propongo a continuación desplegar una tipología de casos en que es posible detectar responsabilidad municipal.

3.1. La responsabilidad por "falta de servicio": ¿de qué tipo de imputación se trata?

Es la responsabilidad que emana directamente del art. 141 de la LOM, y que para la doctrina corriente se trata de un tipo de responsabilidad estricta u objetiva²².

Para esclarecer el punto es conveniente precisar los conceptos. Efectivamente si por responsabilidad objetiva se entiende aquella en que no se exige culpa o dolo —en los términos del Código Civil²³—, puede decirse que la responsabilidad por falta de servicio que consagra el art. 141 de la LOM sería una responsabilidad objetiva. Sin embargo, la falta de servicio es una noción que, si bien técnicamente no es asimilable a culpa, en los términos recogidos en el art. 43 del CC, creo que al menos envuelve la constatación de una carencia o ausencia de actividad²⁴, lo que supone afirmar algo más que el daño causado. Por ello creo que es preferible no llamar a la falta de servicio "responsabilidad subjetiva", para no dar la idea de que se está exigiendo la "culpa" del Código Civil, lo que no puede suponer dejar de exigir la concurrencia de "*falta de servicio*", entendiendo por ésta una actuación u omisión de la administración conectada causalmente con el daño. Esta falta de servicio, en nuestro criterio, no obsta a la posibilidad de excluir la responsabilidad de concurrir caso fortuito o fuerza mayor.

Creo que la clarificación anterior es importante, porque ayuda a explicar una cierta fractura dogmática que se advierte en los fallos, los cuales, atraídos por este criterio doctrinal que proclama la objetividad

²² Es la postura de la gran mayoría de los autores "objetivistas" que se han citado.

²³ Véase art. 43 del Código Civil, en relación con los arts. 2314 y 2284 del mismo cuerpo legal.

²⁴ Con precisión doña Josefina Soto, "*La Responsabilidad...*", cit., p. 196, define falta de servicio como "la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo ésta haber existido por serle impuesta ella por el ordenamiento jurídico".

de este tipo de responsabilidad por falta de servicio, al mismo tiempo no dudan en buscar algún punto de imputación que, si bien no es estrictamente culpabilístico, se basa en la falta de servicio, entendida como la ausencia de una actuación debida por parte del municipio condenado. Ni qué decir de aquellos fallos que revisaremos, que al no encontrar apoyo dogmático en la noción de falta de servicio, recurren a las reglas del Código Civil que exigen culpa o dolo en el agente imputado, para acoger demandas indemnizatorias en contra de municipalidades.

Por ello, creo que al ser la falta de servicio el factor desencadenante de la responsabilidad municipal, estamos frente a un tipo de responsabilidad que supone, necesariamente, un factor peculiar o propio, entendiendo por tal la necesidad de que el Municipio incurra en una falla en su actuación que se ha traducido en la ausencia de un servicio que debió haberse prestado, o al menos debió haberse entregado de mejor forma.

Lo anterior, no supone seguir el planteamiento extremo de la doctrina que ha sostenido entre nosotros el profesor PIERRY, quien niega que pueda configurarse responsabilidad para el Estado, más allá de la falta de servicio, entendiendo por ésta un servicio que "funciona mal". A mi parecer, esto no es lo mismo, que entender la falta de servicio como ausencia o retardo en el servicio, porque entre ambos significados existe una diferencia de grado respecto de lo que está permitido y lo que no lo está. La idea de "servicio que funcione mal" supone ofrecer criterio un estándar extremadamente vago de apreciación²⁵. Lo que no puede admitirse, en el otro extremo, es pensar que el hecho de la existencia del daño de por sí se constituya "falta de servicio", porque es perfectamente concebible que un servicio haya funcionado bien, y que igual haya resultado afectada o lesionada alguna persona, carga probatoria que recaerá en el municipio demandado.

Veamos algunos últimos casos de jurisprudencia en que se ha condenado a municipios por "falta de servicio", y la idea que han ofrecido de este concepto.

²⁵ Pierry Arrau, "Algunos Aspectos...", cit. p. 21, sostiene que todo el sistema gira en toda la idea de culpa o falta del servicio, siguiendo a la doctrina francesa, que sería la inspiradora del legislador de los 80, "Si se insiste en sostener que por no haber necesidad de probar culpa o dolo del funcionario, no estamos en presencia de responsabilidad objetiva, que quede en todo caso muy claro que la falta de servicio no se funda "exclusivamente en el hecho que ha provocado el riesgo o sea la causalidad material", como se ha señalado, sino que es necesario acreditar el mal funcionamiento del servicio".

*Aja con Municipalidad de Talcahuano*²⁶

“DECIMO QUINTO: Que debe tenerse presente que el argumento fundamental de la actora incide en imputarle a la demandada responsabilidad por falta de servicio, concepto que debe delinearse a fin de restablecer su verdadero y real alcance. Se ha sostenido que existe falta de servicio si al cumplirse una función se ha causado un daño; es decir, que en tal circunstancia el agente público ha cumplido su función, no se ha extralimitado en su función, y sin embargo se ha producido el perjuicio debido a una negligencia, omisión, error, que si bien reprochable están relacionados íntimamente al servicio. En suma, puede existir falta de servicio cuando no se cumple con la función, o con la obligación, cuando esta función o esta obligación se realiza en forma deficiente y, también, cuando se realiza tardíamente.

(...) Estas normas, de rango constitucional, consagran expresamente la responsabilidad pública objetiva del Estado y la Municipalidad y, en consecuencia, tendrían ese carácter porque no es obligación del ofendido, del que ha sufrido el perjuicio por la falta de servicio probar la existencia de dolo o culpa en quien fue el autor material del daño. Ello implica perfilar la objetividad por la existencia del daño y sólo queda para quién reclama restablecer la falta de prestación o el tardío cumplimiento de la función u obligación de servir. Debe entenderse que el concepto jurídico de falta de servicio dice relación directa con el actuar del estado y las Municipalidades, y en cuanto dicho actuar causa daño a los particulares, de tal manera que no pueden aplicarse aquí las tesis o concepciones de la responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil, pues ello implicaría buscar un planteamiento jurídico basado en disposiciones legales que son total y absolutamente distintas no sólo en su origen sino que también en su propósito y fin”. (Sentencia del Segundo Juzgado de Letras de Talcahuano, pronunciada por el Juez Titular don Manuel Muñoz A., el día 18 de octubre de 1998).

Como puede apreciarse, aunque se intenta delimitar la noción de “falta de servicio” bajo un criterio objetivo, no deja de llamar la atención la referencia al término de “negligencia”.

²⁶ El padre, la madre y los hermanos del menor Marco Antonio Aja Cabezas, demandan por daños y perjuicios a la Municipalidad de Talcahuano, por la muerte del menor, en circunstancias que, estando en la plaza Parque las Araucarias de Talcahuano junto a otros niños, le cayó el mástil de una bandera que estaba afirmado en un monolito, impactándole en el cráneo, lo que le causó la muerte. El segundo juzgado de Letras de Talcahuano acogió la demanda, otorgando una indemnización por daño moral de \$ 40.000.000 a cada uno de los padres, y \$ 10.000.000 a cada uno de los dos hermanos. La Corte de Apelaciones de Concepción confirmó el fallo, rebajando la condena a \$ 25.000.000 para cada padre, y \$ 5.000.000 por cada hermano. (CA de Concepción, 31 de marzo de 1999, Rol 1520-98). El fallo completo puede verse en *Ius Publicum*, 4 (2000), pp. 159-169, con comentario del profesor Soto Kloss.

*Rojas con Municipalidad de Concepción*²⁷

"13) Que, ninguna duda cabe entonces que las vías públicas deben ser señalizadas adecuadamente por la Municipalidad y, en el caso de autos, ninguna señalización existía en el lugar, que advirtiere a los peatones el peligro que corrían por el mal estado de las veredas, lo que permitió la caída y lesiones del demandante. Consiguientemente ha existido falta de servicio de la demandada, tal como lo sostiene el demandante, puesto que no cumplió con su deber legal de mantener señales de advertencia a los usuarios, del peligro que corrían con motivo de los huecos y baldosas sueltas en la vereda, debiendo concluirse que la anotada deficiencia municipal, está en relación de causa a efecto con las lesiones del demandante, de lo que se sigue que la Municipalidad demandada debe responder por el daño causado.

(Sentencia de 29 de junio de 2000, dictada por doña Vivian Toloza, Juez Subrogante del Tercer Juzgado Civil de Concepción, Rol 4.101-1999)²⁸.

En el caso siguiente, me parece que la noción de falta de servicio está mejor delimitada, en cuanto se la relaciona con la ausencia de cumplimiento de un deber legal de actuación. Creo que ésta es la mejor explicación para "*falta de servicio*".

*Contra Arredondo González (Morales con Municipalidad de Viña del Mar)*²⁹

"3º Que, específicamente, en el caso sub lite ha de plantearse la cuestión relativa a qué debe entenderse por una señalización adecuada. Por cierto, más

²⁷ Demanda por daños y perjuicios en contra de la Municipalidad de Concepción. De acuerdo con el fallo, el día 9 de junio de 1999 don Álvaro Héctor Rojas Salgado, alrededor de las 20,00 horas, transitaba por calle Los Tilos, entre las calles Beltrán Mattieo y Edmundo Larenas, y en la cuadra del N° 1240 de calle Los Tilos, la vereda se encontraba en mal estado, con baldosas sueltas y otras inexistentes; al pasar por allí el Sr. Rojas, tropezó y cayó al suelo, lesionándose su pie izquierdo, el que resultó con una fractura.

A raíz de dichas lesiones, éste debió estar con licencia médica 11 días y con bota de yeso por 40 días, y las lesiones, además, le ocasionaron dolor y aflicción porque no podía salir de su casa, y desplazarse libremente. La Municipalidad de Concepción fue condenada a pagar al actor la cantidad de \$ 4.000.000 por daño moral.

²⁸ La Corte de Apelaciones confirmó el fallo, y la Corte Suprema, desechó el recurso de casación en el fondo interpuesto, por sentencia de 17 de abril de 2002 Rol 332-01, de la cual destaco la siguiente consideración, para desechar el recurso, en la que se hace aplicable la Ley del Tránsito a los desplazamientos por las veredas.

"13º) Que como se advierte del análisis de la terminología propia del Derecho del Tránsito, en el presente asunto, todo gira en torno a un círculo que conduce a concluir que el desplazamiento peatonal también está regulado por la Ley de Tránsito, pues éste ha de hacerse por las vías públicas, de las que las aceras, naturalmente destinadas a ello, forman parte, por lo que frente a esta realidad legal, los intentos del municipio recurrente por sustraerse a su normativa, no pueden tener acogida en la presente sede".

²⁹ Se trata de la muerte de un escolar de 8 años, Francisco Morales Fernández, que cruza el paso de cebra frente a su Colegio, y es atropellado (el bus le tritura la cabeza), al no

allá del objetivo evidente de regular las formas de desplazamiento de los vehículos en las calles de una ciudad y de normar el derecho preferente de paso entre ellos y con relación también a los peatones, existe una preocupación última y fundante relativa a la vida y salud individual de las personas. Resulta innecesario extenderse acerca de la supremacía virtualmente absoluta de estos bienes jurídicos en nuestra vida social y sobre el hecho de que el tránsito debe subordinarse siempre a ellos.

Así, en la especie, una señalización adecuada será sólo aquella que proteja eficientemente estos bienes jurídicos. En este caso, la voz adecuadamente se asocia con la idea de protección eficiente y razonable dado el grado de riesgo implícito para los bienes jurídicos que se vienen mencionando.

4° Que, conforme a lo expuesto, una señalización específica puede ser perfectamente adecuada en un sector o intersección determinada, pero completamente insuficiente e ineficiente en otros. Ese grado de adecuación de la señalización está dado por los factores de riesgo detectables en cada una de esas zonas, los que a su vez se relacionan en forma directa y obvia, a lo menos, con el flujo vehicular y peatonal que exista en el lugar. Más aún, en ciertas zonas específicas el grado de riesgo se relaciona con la clase de peatones que hay en el sector, como típicamente ocurre en las zonas de colegios o escuelas, que muchas veces obligan a reducir la velocidad máxima hasta a 30 o incluso 15 kilómetros por hora. Semejante reflexión puede hacerse en relación a las velocidades máximas permitidas, por ejemplo, al interior de condominios o zonas residenciales cerradas, donde es esperable encontrar niños y menores jugando en las calles;

6° Que, específicamente en el caso que se analiza, los factores de riesgo en el sector en que se produjo el atropello del menor eran innegables y de gran entidad. Por de pronto, el flujo vehicular alcanza un promedio de 6.000 vehículos por hora, en tanto que circulan, también en promedio, 540 peatones en ese mismo lapso, conforme lo establece el peritaje de fs. 245, emitido por el Sr. Edgardo Fagerstrom Bello. Esto aumenta considerablemente lo que el perito denomina el grado de conflicto entre peatones y vehículos y el

percatarse el chofer de la presencia del menor, pues, viraba. La familia demandó a la Municipalidad por falta de servicio, al mantener un paso de cebra sin la seguridad suficiente. Ocurría que el vehículo de la locomoción colectiva viró con luz verde, y el semáforo del paso de cebra también daba verde, de aquí que la única forma de evitar este accidente hubiera sido que el chofer se hubiese percatado del paso del menor, lo que el chofer alegó que no pudo hacer. Se incoó una causa criminal en contra del chofer Benito Arredondo. El tribunal de primera instancia condenó al chofer por cuasidelito de homicidio, y condenó a pagar, solidariamente con la Municipalidad de Viña del Mar, una indemnización por daño moral de \$ 60.000.000 a favor de los padres del menor fallecido. El Tribunal de segunda instancia, Corte de Apelaciones de Valparaíso, absolvió al chofer y desechó la demanda; la Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo criminal y, dictando sentencia de reemplazo, confirmó la sentencia de primera instancia. El fallo completo puede verse en *Ius Publicum*, 6 (2001), (pp. 187-210), con comentario del profesor Soto Koss.

Del hecho que diera origen a la formación de la causa tomó conocimiento el Tribunal a través de Sonia del Carmen Lagos Umaña, Directora del Colegio Hugo Errázuriz y del Parte de Carabineros de fs. 8, de 2 de septiembre de 1996 y dice relación con la muerte del menor.

riesgo de atropello para los primeros. En segundo término, se trata de un sector en donde no hay uno, sino nada menos que diez colegios o escuelas —según se aprecia del documento rolante en fs. 86—, hecho que no puede menos que obligar a admitir la existencia de un tipo de peatón que requiere de particular protección, como son los menores de edad. Muchas veces, simplemente la escasa estatura de los menores supone para ellos, especialmente frente a vehículos de gran tamaño, un riesgo adicional respecto de un adulto. Si a estos aspectos se agrega, aún, que la cultura nacional en materia de conducción no destaca precisamente por el respeto hacia el peatón, menos cuando los conductores pretenden virar —hecho que basta con observar en las calles de Santiago y de todas las principales ciudades de Chile, aunque existan algunos avances en provincias— es dable sostener que el paso peatonal era un elemento que en modo alguno podía considerarse prenda de seguridad suficiente para los peatones y, especialmente para los niños del lugar;

7° Que, en este contexto, la existencia del semáforo en la intersección no ofrecía, tampoco, seguridad eficiente para los menores y peatones en general por cuanto, como se ha dicho, tal semáforo otorgaba luz verde para estos últimos y los vehículos al mismo tiempo, debiendo respetarse el derecho preferente de paso de quienes cruzaban la intersección sobre la base simplemente de paso peatonal demarcado antes mencionado;

8° Que, a todo lo anterior, debe agregarse el hecho de que la carta rolante a fs. 23 de autos, había dado cuenta, casi dos años antes, a la Municipalidad acerca de que la intersección de las calles Limache y Simón Bolívar era una zona riesgosa e insegura. Por triste coincidencia, la misiva fue enviada por la propia Directora del Colegio al que pertenecía el menor fallecido;

10° Que, conforme a lo dicho, resulta claro que un semáforo de cuatro tiempos, que podría parecer una medida exagerada en otras zonas, era una señalización sólo esperable y adecuada en el lugar que nos ocupa. Su presencia, ciertamente, no garantizaría por sí misma la ausencia de atropellos, pero sí la certeza de que la señalización colocó todas las trabas posibles y razonables para evitar su verificación y que ellos serían de responsabilidad exclusiva de los conductores imprudentes. Más aún, no es posible negar que en ciertas zonas fuesen, incluso, necesarias medidas adicionales de seguridad, como la instalación de los llamados lomos de toro antes del cruce u otras. La evaluación del grado de riesgo implícito en cada zona o sector de la ciudad, en especial en aquellos en que hay escuelas y menores circulando frecuentemente, jamás debe ser pospuesta u omitida; no debe prescindirse de ninguna medida que parezca razonable y necesaria para garantizar la seguridad de los peatones, menos aún cuando se trata de la vida de niños pequeños y de la destrucción de miles de familias chilenas cada año;

11° Que, conforme a lo antes indicado, la ausencia de una señalización adecuada en la intersección en que se verificó el lamentable suceso es, pues, a juicio de esta Corte, un hecho relevante que no admite dudas y que fue correctamente calificado por el juez de primera instancia. La explicación de esa ausencia u omisión no puede encontrarse en la existencia o no de concesiones de las señalizaciones del tránsito —que en ningún caso, de todas formas, importa también la concesión de la responsabilidad del Municipio—, sino en la falta de preocupación de las autoridades edilicias en la identifica-

ción de las zonas de riesgo y peligro mayor que, por obvio que parezca, siempre se encontrarán en los sectores en que haya colegios, escuelas y, en general, menores de edad transitando, todo lo cual se ve agravado por la advertencia efectuada dos años antes mediante el documento de fs. 23;

12° Que, siendo así las cosas, no cabe duda de que la I. Municipalidad de Viña del Mar no cumplió con su obligación legal establecida en la letra c) del art. 22 de la ley N° 18.695, refundida a través del decreto supremo N° 662 del 27 de agosto de 1992, de modo que, a ese respecto, está acreditada su falta de servicio, debiendo en consecuencia indemnizar el daño derivado de ella, conforme al art. 137 del mismo cuerpo legal.

Sentencia de Corte Suprema, redacción de abogado integrante señor Bullemore, hay voto en contra del Ministro señor Navas, por estimar que el paso de cebra obligaba al conductor a respetar el paso preferente del menor. Sentencia de 13 de septiembre de 1999. Casación Fondo-Criminal. Rol N° 1.576-99 (Valparaíso)".

La noción de "*falta de servicio*" a que recurre esta sentencia es funcional y no formal³⁰, pues exige que el Municipio analice el riesgo real de accidentes en el caso concreto de la esquina en que se produjo el accidente, en función de los bienes jurídicos a proteger. En el caso que se resuelve existía paso de cebra, había semáforo que operaba, pero la Corte Suprema estimó que el semáforo debió ser de tres tiempos, de manera de no dar paso al mismo tiempo a los vehículos que doblaban y los peatones, fundamentalmente escolares. Se acreditó en el proceso que la Dirección del Colegio hizo presente la inseguridad del paso con anterioridad al accidente.

*Palma con Municipalidad de Concepción*³¹

"8°.- Que, consecuencialmente, con todo este panorama legal, no quedan dudas en la especie que correspondía precisamente a la municipalidad demandada la obligación de velar por el buen estado de la calle Barros Arana,

³⁰ Véase un profundo comentario del profesor Soto Kloss en *Ius Publicum*, n° 6 (2001), pp. 187-210, quien estima que "más que ausencia o falta de servicio, es decir, "inactividad", lo que ha habido es la prestación de un servicio de un modo ineficiente, inadecuado, un servicio mal prestado..."

³¹ Los hechos básicos son los siguientes: don Sergio Palma González, jubilado, demanda a la Municipalidad de Concepción, porque mientras caminaba por calle Barros Arana, tropezó accidentalmente con las baldosas de la vereda sobresalientes varios centímetros sobre su nivel original, debido al crecimiento de las raíces de un añoso árbol existente en la vereda, sin que existiese señalización que advirtiera el mal estado de la vía. Agrega, que con posterioridad se le diagnosticó un desgarró complejo del tendón de Aquiles con extensión a la unión tendinosa, y desgarró con un pequeño hematoma del músculo gemelo externo, por lo cual fue operado el 3 de octubre de 1999 en el Hospital Traumatológico de Concepción, quedando enyesado e internado por cuatro días, debiendo permanecer con una bota de yeso durante cuatro meses, ayudado por dos bastones ortopédicos y sometido a una rehabilitación dolorosa y lenta, proceso que

esto es, de su calzada y acera, con lo cual es claro que dicha entidad debía mantener adecuadamente la acera de dicha arteria entre las calles Rengo y Lincoyán, cuestión que importaba preservarla en estado de no significar peligro para el tránsito peatonal, sin que motivo alguno pudiese justificar el incumplimiento de esta obligación, pues, tal como ya se vio, la administración de los bienes nacionales de uso público recae esencialmente en el ente municipal.

9º.- Que, además, cabe acotar que según el texto del inciso quinto del artículo 174 de la ley 18.290, Ley de Tránsito, "la municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización".

Tal como ya se indicó en los considerandos séptimo y octavo de esta sentencia, la administración de los bienes nacionales de uso público es una de las atribuciones esenciales de la corporación municipal, y según se desprende de los artículos 100 y 195 de la ley 18.290, pesa igualmente sobre el municipio la obligación de inspeccionar el estado de aquellos bienes que administra, señalar todo desperfecto que note y comunicarlo a la repartición que corresponda para que sea subsanado.

En la especie, el ente municipal demandado cumplió con el deber que tenía de inspeccionar adecuadamente la calle Barros Arana, según aparece de la apreciación conjunta de la testimonial que rindiera a fs. 55 a 56 vta., consistente en la declaración de Luis Humberto Coronado Cea, y la documental de fs. 60 a 64, consistente en fotocopias de oficio dirigido al director del Serviu Octava Región solicitando se repare desperfectos de calles (fs. 60 a 62), de citación a Juzgado de Policía Local (fs. 63) y de publicación efectuada en el diario El Sur de esta ciudad informando el mal estado de aceras, documentos que también obran a fs. 91 a 94, acompañados al oficio de fs. 90 solicitado por la demandada.

No obstante, faltó a su obligación de mantener la acera en forma expedita para la circulación peatonal, y de señalar o hacer señalar su mal estado, advirtiendo el peligro para los usuarios, a que alude el artículo 174 de la ley 18.290, ya que la publicación que efectuó no la exonera de responsabilidad, pues el publicar el mal estado de las vías públicas no constituye advertencia suficiente del peligro que ello involucra para el tránsito, máxime que la citada norma es clara en requerir la instalación de señales en el lugar que por encontrarse en condiciones no adecuadas pudiere dar ocasión a accidentes.

Como nada de lo recién detallado ocurrió, sin duda se creó un riesgo y, por ende, la demandada está obligada a responder del daño producido al actor. Se

demoró tres meses, más un mes de reposo. Indica, que a la época del accidente tenía 67 años de edad, percibiendo una modesta pensión, la que suplementaba con pequeños fletes que hacía con su camioneta, actividad que no ha podido realizar, primero, por el yeso y la rehabilitación, y posteriormente, por haber quedado cojo y con secuelas en la zona lumbar y artrosis en la rodilla derecha. La Municipalidad de Concepción fue condenada por daño moral en la cantidad de \$ 10.000.000, en fallo confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción.

trata en este caso de la denominada responsabilidad objetiva, en que se prescinde del elemento culpabilidad, puesto que aquí basta que con una actividad o hecho se cause un daño a la persona o propiedad de otro, para que nazca el deber de responder de él" (sentencia del Juez de Letras del Primer Juzgado Civil de Concepción, don César Panés R., Rol 4.193-2000, de 3 de abril de 2001).

Confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción, en donde destaca el siguiente considerando:

"3º.- Que resulta poco seria la alegación del demandado en orden a no existir, en la normativa vigente, un tipo de señalización para advertir el mal estado de las aceras. En efecto, basta examinar las fotografías acompañadas por el actor a fojas 48, 48 vta. 49 y 49 vta. para constatar las señales de advertencia que la municipalidad colocó en el lugar del accidente para indicar que allí se ejecutaban trabajos de reparación. Son las mismas que debió colocar para indicar el mal estado de las veredas. La ley impuso a la municipalidad la obligación de advertir al público sobre desperfectos existentes en las veredas dejando a su arbitrio la forma en que debe cumplirla". (CA de Concepción, veinticinco de enero de dos mil dos, Rol Nº 1.399-01).

*Soto con Municipalidad de La Unión*³²

"Decimoctavo: Que atendido el mérito de los antecedentes analizados, este juez estima que la causa de la muerte de don José Ernesto Saldivia Silva la constituye la existencia de una obra que obstruía el tránsito vehicular, la cual no estaba señalizada ni contaba con elementos que permitieran eludirla.

Que, conforme lo analizado hasta ahora, no caben dudas a este sentenciador que la Ilustre Municipalidad de La Unión incurrió en responsabilidad al

³² José Ernesto Saldivia Silva fallece en las siguientes circunstancias. Se dirigía, como todas las mañanas, a su trabajo en su bicicleta. Lo hacía en compañía de su colega y compañero de trabajo en Colún Marcelo Idelfonso Pustela Garcés, bajando por calle Manuel Montt en dirección al este, hacia la planta de Colún; al enfrentar calle A. Prat, a esa hora de la madrugada, la calle se encontraba alumbrada por las luminarias públicas. Enfrentó el semáforo de calle Prat, que le daba la luz verde y cruzó confiado en que la calle Montt, que no tenía barreras ni señalización alguna, se encontraba expedita, como se presume de toda vía de uso público, pero la realidad era distinta, a no mediar el transcurso de algunos metros, casi frente a la Iglesia Luterana, Saldivia y Pustela se encontraron con una verdadera trampa mortal: era un tubo que cubierto con gruesos tabloncillos de más de veinte centímetros atravesaba toda la calzada, impactando su frágil vehículo contra esta tosca estructura. El golpe fue de tal violencia que expulsó por el aire el cuerpo de Saldivia, quien estrelló su cráneo contra el pavimento, en donde, producto de un tec abierto con pérdida de masa encefálica, falleció. Junto a él quedó gravemente herido su compañero y amigo Marcelo Pustela. La mujer del fallecido, doña Ivette Soto, demandó a la Municipalidad de la Unión por falta de servicio, demanda que fue acogida, concediéndosele una indemnización por el daño moral de \$ 45.000.000, que fue reducida a \$ 10.000.000, por la Corte de Apelaciones de Valdivia, al confirmar la sentencia. La Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto. (CS Casación civil Rol 4972-2000).

haber incumplido gravemente sus funciones legales, generando un riesgo previsible y evitable con mediana negligencia y cuidado.

Tales funciones incumplidas son aquellas contempladas en los artículos 22 de la Ley L.O.C. de Municipalidades y 100 y 102 de la ley N° 18.290, ya citadas. En efecto, la Municipalidad de La Unión no sólo no cumplió su función pública en materia de tránsito sino que tampoco cumplió su obligación como ejecutora de trabajos en las vías públicas.

La responsabilidad legal de la demandante se halla consagrada en los artículos 102, inciso segundo, y 174 inciso final, de la Ley del Tránsito, así como en el artículo 137 de la L.O.C. de Municipalidades, disposiciones todas ya citadas." (Sentencia de primera instancia 10 de agosto de 2000, pronunciada por el Juez Subrogante don Juan Eduardo Sáez SM, Rol 36.981).

La Corte de Apelaciones de Concepción, por su parte, ha afirmado en otra causa lo siguiente:

"8) Que la apelante sostuvo que, de acuerdo al art. 99 de la ley N° 18.290, la señalización del tránsito en las vías públicas es únicamente aquella determinada por el Ministerio de Transportes, por lo que no habiendo dicho Ministerio establecido señalización alguna para los desperfectos de las aceras que no provengan de trabajos que se estén realizando en la vía pública, no puede exigírseles a las Municipalidades que realicen señalización alguna por impedirlo el citado art. 99 y los arts. 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

Sin embargo, tal argumento resulta inaceptable porque significaría dejar sin aplicación, en lo que respecta al tránsito de peatones, el inciso 5° del art. 174 de la ley N° 18.290, que hace responsable a la Municipalidad, y al Fisco en su caso, de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización.

La citada norma no distingue, por una parte, respecto de quienes hacen uso de las vías públicas (peatones, vehículos, animales), y, por la otra, las vías públicas comprenden tanto las calzadas como las aceras (art. 2° de la ley N° 18.290), lo que obliga a la Municipalidad, en su calidad de ente administrador de los bienes urbanos, a la adopción de elementales medidas de precaución para evitar accidentes por el mal estado no sólo de las calzadas sino de las aceras.

Aquí la Municipalidad debe obrar en forma análoga a como lo señala el art. 102 de la ley N° 18.290 respecto de quienes ejecutan trabajos en las vías públicas, los que están obligados a colocar y mantener, de día y de noche, la señalización de peligro y tomar medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza de los trabajos, porque en uno y otro caso el impedimento es el mismo, prevenir accidentes por el mal estado de las vías públicas". (Sentencia de 25 de septiembre de 2000, Rol N° 1.142-2000).

*Villegas y otra con Municipalidad de Providencia*³³

Sostuvo la Corte Suprema, acogiendo un recurso de queja:

“Segundo: Que, a mayor abundamiento, debe considerarse que el artículo 137 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto definitivo se fijó por D.S. del Ministerio del Interior N° 622, publicado en el Diario Oficial correspondiente al día 22 de agosto de 1982, dispone que las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio, uno de los cuales corresponde precisamente a las municipalidades, cual es el que se refiere al tránsito público y al deber de señalar adecuadamente las vías públicas, según lo establecen los artículos 3° letra s) y 22 letra c) del mismo cuerpo legal, en cuyo cumplimiento debe estarse, además, de lo que dispongan los reglamentos sobre la materia a la Convención sobre Señalización Vial, suscrita por Chile en la Convención de Viena y que, aprobada por el Gobierno de Chile, se publica en el Diario Oficial correspondiente al día 24 de marzo de 1975, en la cual se contempla un signo especial como señal de advertencia (Corte Suprema Queja Civil N° 5.903-93, sentencia de 4 de noviembre de 1993.)”

*Rivera Aravena con Municipalidad de La Unión*³⁴

En este caso, el Tribunal de primera instancia mezcla las nociones, pues, por un lado desarrolla la idea de un deber de actuación a partir la posibilidad que tuvo el municipio demandado de prever el anegamiento, pero reconduce su reflexión a la imputación de negligencia del municipio.

“Undécimo: La constatación precedente no importa necesariamente un juicio de reproche a los diseñadores de la obra de pavimentación de calle Ramírez, ni mucho menos a sus constructores. Este Juez no posee antecedentes, emana-

³³ Se trata de la demanda de daños y perjuicios por falta de servicio, que intenta el matrimonio compuesto por don Carlos Villegas Lorca y su mujer doña Soledad Montes Herrera, para ser resarcido del accidente que protagonizaron al impactar su vehículo en una calle de Providencia con una barrera, que no estaba suficientemente advertida. El Tribunal de primera instancia acogió la demanda de indemnización —cuya determinación quedó para la etapa de cumplimiento—, pero la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazó la demanda, porque estimó que no podía existir obligación de la Municipalidad en este caso, al no haber una señalética normada para estos casos. La Corte Suprema enmendó este fallo.

³⁴ Doña María Angélica Rivera Araneda, demandó a la Municipalidad de La Unión por una obra de pavimentación mal ejecutada, por cuanto quedó más alta que la casa habitación de la demandante, por lo que las aguas lluvia escurrían hacia su propiedad y la inundaban tanto al exterior como al interior, ya que el nivel del piso era sobrepasado por las aguas que se acumulan. La Municipalidad fue condenada en primera instancia a pagar una indemnización de \$ 2.196.170 por daño material efectivamente causado, y \$ 9.000.000, por daño moral. La Corte de Apelaciones de Valdivia revocó la sentencia de primera instancia, en lo que se refiere a la condena por el daño moral. La Corte Suprema

nados del proceso, que permitan concluir que haya sido un error técnico el emplazamiento del pavimento en un nivel superior que el de las viviendas. En efecto, incluso podría, con un juicio técnico más acabado, concluirse precisamente que lo más aconsejable en la especie era construir el pavimento en ese nivel de altura, teniendo presente la necesidad de moderar la pendiente de calle Ramírez, y la existencia de un río, el Radimadi, prácticamente bordeando la calle en dicho sector.

Duodécimo: Sin perjuicio de lo razonado precedentemente, las pruebas y demás elementos de convicción señalados con anterioridad, apreciados legalmente, permiten tener por acreditado que la propiedad de la actora se ha inundado con ocasión de lluvias copiosas por causa de la pavimentación llevada a cabo en calle Ramírez, debido a que la calzada se ha construido en un nivel superior al sitio de la actora, provocando, por un lado, que las aguas que sobrepasen el nivel de la solera escurran hacia la propiedad y, por otro lado, impidiendo que las aguas que llegan al sitio sean evacuadas de él, toda vez que el pavimento genera una especie de dique que lo impide.

Decimotercero: Que, además de ser un hecho público y notorio, se encuentra acreditado en autos que la calle Ramírez, en el sector en que tiene su vivienda la actora, se ubica en uno de los puntos más bajos de la ciudad y, en estas circunstancias, recibe gran cantidad de los caudales de aguas lluvias que recogen las arterias de los sectores altos, de modo que, en caso de precipitaciones, la calle transporta un torrente de agua notable, más aún cuando éstas son copiosas, como ocurre frecuentemente en esta zona del país.

Decimocuarto: Que el plano perfil longitudinal, acompañado entre aquellos documentos guardados en custodia, muestra además que la calle Ramírez tiene una pendiente pronunciada, que se modera justo frente a la intersección de calle Chacabuco, lugar en que se encuentra emplazada la propiedad de la actora. De este modo, es natural que en el lugar en que cambia el pronunciamiento de la pendiente se produzca una elevación del nivel de las aguas lluvias que escurren y que, cuando las precipitaciones son abundantes, este nivel sobrepase el de las soleras.

Al quedar las casas del sector en un nivel inferior al de las soleras, las aguas necesariamente escurren hacia el interior de las viviendas.

Decimoquinto: Que el fenómeno anterior era perfectamente previsible. En efecto, cualquier técnico, con un mínimo de preparación, ha de comprender que el caudal de aguas lluvias que escurrirían por calle Ramírez sería mayor con posterioridad a su pavimentación, al aumentar la impermeabilidad del terreno y que, tratándose de terrenos que quedarían más bajos en relación a la calle, después de las obras señaladas, el riesgo de que las aguas que corrían por el pavimento se filtraran hacia las propiedades era inminente.

Decimosexto: Que, en consecuencia, no cabe sino concluir que ha sido la pavimentación de la calle la que ha ocasionado el anegamiento reiterado de la casa de la actora.

(...)

acogió un recurso de casación en el fono deducido por la demandante, y repuso una condena por daño moral de \$ 2.000.000. El texto completo de esta sentencia puede verse en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XCVIII, 2.5 (pp. 87-93).

Vigésimo: Que, según se ha dicho, en el fundamento undécimo de esta sentencia, no existen antecedentes para hacer un juicio de reproche por la ejecución de las obras mismas.

El reproche radica en que las consecuencias de la pavimentación de calle Ramírez, en relación al comportamiento de las aguas lluvias, teniendo presente los niveles de los terrenos, eran previsibles, tal como se ha concluido en el fundamento décimo quinto precedente.

Vigésimo primero: Que la cuestión a resolver consiste entonces en determinar si corresponde a la I. Municipalidad de La Unión prever las consecuencias de la pavimentación y si estaba en sus manos evitarlas o aminorarlas.

(...)

Vigésimo sexto: Que la finalidad de las Municipalidades es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas.

Estas Corporaciones tienen entre sus funciones privativas la planificación y regulación urbana de la comuna y la promoción del desarrollo comunitario.

Por su parte, pueden estas Corporaciones desarrollar directamente, o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con el transporte y tránsito públicos y la prevención de riesgos. Para cumplir su labor, las Municipalidades pueden ejecutar el plan comunal de desarrollo y los programas necesarios para su cumplimiento.

Cuentan con una unidad encargada de obras municipales a la que le corresponde dar aprobación a los proyectos de obras de urbanización y de construcción que se efectúan en las áreas urbanas y urbano-rurales; proponer y ejecutar medidas relacionadas con la vialidad urbana y rural, la prevención de riesgos y prestación de auxilio en situaciones de emergencia.

Vigésimo séptimo: Que, del análisis de las finalidades, funciones y atribuciones, contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, aparece especialmente relevante que la Corporación Municipal tiene tareas de enorme importancia en el desarrollo comunitario.

Por lo anterior, se explica que sea este organismo el que proponga los proyectos de pavimentación y les preste su acuerdo, que es lo que interesa en este caso, ya que son obras de enorme relevancia en el desarrollo económico y social de la comuna, tanto en cuanto otorgan trabajo durante su realización, como en cuanto a los beneficios que a los usuarios de las obras han de prestar.

Estas obras, naturalmente, han de estar en consonancia con el plan regulador de la comuna como con el plan de desarrollo comunal.

(...)

Trigésimo: Que los perjuicios eran evitables, advirtiendo a los vecinos de los riesgos, a fin de establecer programas para elevar el nivel de los terrenos, aun a costa de los propietarios de los mismos y sin que ello importara recursos municipales.

No se ha acreditado en autos que los vecinos hayan sido advertidos al respecto, y del testimonio de los testigos de autos, vecinos del sector, emerge como conclusión que ellos estiman que la calle debió ser construida más abajo, lo que demuestra la falta de conciencia respecto del nivel de los suelos en que se encuentran construidas sus viviendas.

Es evidente, en todo caso, que las casas estaban edificadas antes de la pavimentación, seguramente cumpliendo los permisos municipales respectivos, y que la nueva calzada modificó los niveles de los terrenos.

No es posible entonces adjudicar al nivel de los terrenos, bajo por cierto, los riesgos que la pavimentación ha traído consigo, sino a la falta de un programa o proyecto que abordara de un modo global el problema, subiendo el nivel de los terrenos del sector y luego pavimentando.

Trigésimo primero: Lo sugerido en el fundamento anterior no es ajeno a la labor de la Municipalidad, tal como se ha revisado.

Sí es una finalidad de la Municipalidad satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurarle su participación en el progreso de la comuna; sí es una función de la Corporación Municipal la promoción del desarrollo comunitario y la prevención de riesgos, cómo no se va a encuadrar dentro de su labor la de prever un problema como el que plantea esta litis; cómo no va a ser de su responsabilidad prevenir los riesgos de inundación de las propiedades de particulares en calle Ramírez, especialmente cuando éstos se producen a raíz de una obra que la propia Corporación edilicia ha promovido, proyectado y acordado.

Trigésimo segundo: Que, de lo razonado hasta ahora, surge como conclusión necesaria que la I. Municipalidad de La Unión ha obrado con negligencia en este caso, al proyectar una obra sin considerar los elevados riesgos que una vez terminada iba a generar, al no haber realizado acciones tendientes a modificar las condiciones de riesgo previas o coetáneamente a la realización de la obra.

Por lo anterior, la demandada es responsable de los perjuicios causados y ha de responder por ellos”.

(Sentencia de primera instancia de 31 de enero de 2000, dictada por el juez Subrogante don Juan Eduardo Sáez SM., Rol 36.573)

Sin embargo, la Corte Suprema reenfocó el asunto hacia la falta de servicio:

“De la circunstancia establecida en el proceso de haber quedado la casa de la demandante, a consecuencias de la pavimentación de la calle, en la situación de anegarse por el derrame de aguas lluvias se infiere que la municipalidad no cauteló que en esas obras se observaran los estándares mínimos requeridos para prevenir el daño provocado, pues, según las normas legales aplicables, debe entenderse que pertenece a la función pública de las municipalidades evitar que un defecto de pavimentación tan evidente llegue a provocar perjuicios de esa gravedad a alguno de los vecinos. En consecuencia, sólo cabe calificar de objetivamente defectuoso el servicio municipal, como lo han hecho los jueces del fondo, sin que éstos hayan incurrido en infracción alguna al artículo 141 de la ley N° 18.695”. (Parte del considerando 9°, Corte Suprema Casación Civil, sentencia de 3 de mayo de 2001 Rol 3.176-00).

*Werner Canales con Municipalidad de Concepción*³⁵

4º) Que, no obstante, también debe desecharse el recurso en cuanto invoca la infracción del artículo 174 inciso final de la Ley del Tránsito. La recurrente funda este capítulo del recurso en que la sentencia hace aplicable esa norma a todo tipo de accidentes, a pesar de que su correcta interpretación permitiría concluir que la disposición sólo se refiere a accidentes en que intervengan vehículos motorizados. La norma expresa que la Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su señalización (o de su falta o inadecuada señalización, conforme el texto actual).

Como se aprecia, la disposición legal hace responsables a los municipios por el hecho de encontrarse la vía en mal estado, resultando esta circunstancia la causa precisa del accidente. Este tribunal estima que esa norma debe ser indistintamente aplicada al desplazamiento de vehículos y peatones por vías de uso público, según resulta del uso general de las palabras y, además, de las definiciones extensivas que el artículo 2º de la referida Ley del Tránsito hace de los vocablos tránsito y vía. En consecuencia, tanto por aplicación de la regla hermenéutica del artículo 19 inciso primero, como del artículo 20 del Código Civil, ningún error de interpretación puede atribuirse a los jueces del fondo al hacer aplicable a la materia la norma del artículo 174 N° 5 de la ley N° 18.290;

5º) Que finalmente tampoco puede darse lugar a la infracción alegada del artículo 1689 del Código Civil en relación con los artículos 5º letra c), 22 y 137 (hoy 141) de la ley N° 18.695 sobre municipalidades. El recurrente señala que la municipalidad ha sido condenada en autos no obstante que ningún deber de servicio recae sobre ella en la mantención de las aceras, ni se probó por la demandante la supuesta falta de servicio invocada. Ante todo, este argumento no puede ser acogido, pues en lo que respecta al primer punto, es tarea de los municipios, según el artículo 5º de la ley N° 18.965, la administración de los bienes nacionales de uso público, lo que permite atribuirles una función general de cuidado que se extiende a las aceras de las calles de la comuna, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a otros órganos públicos o a empresas concesionarias de servicios públicos respecto de instalaciones específicas; y que, a mayor abundamiento, a una de esas unidades de los municipios, según el artículo 22 letra c) de la ley respectiva, corresponde señalar adecuadamente las vías públicas, de modo de precaver accidentes como el sufrido por la actora. Y en lo que respecta al segundo punto, establecido el deber del municipio de mantener las aceras en estado de

³⁵ La demandante demandó a la Municipalidad de Concepción, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de que en la Avenida Irarrázabal con Palermo, en Concepción, frente a la Capilla del Colegio Salesianos existía un hoyo profundo, contiguo a un colector de aguas lluvias, respecto del cual no había protección ni señalización que advirtiera el peligro que representaba para el tránsito peatonal. La Municipalidad fue condenada. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción, y la Corte Suprema desechó el recurso de casación en el fondo interpuesto.

transitar por ellas o, al menos señalar debidamente los peligros, no es necesaria prueba alguna de las razones que llevaron al municipio a incurrir en esa falta de servicio, pues es característico de este tipo de responsabilidad que baste que un accidente se haya producido a consecuencias de no haberse cumplido la función que la ley asigna al órgano público respectivo, para que la responsabilidad quede configurada”.

En este caso la reflexión es mucho más clara, porque describe el deber de conducta que tenía el municipio demandado y la omisión que se detecta.

3.2. Los daños causados por actividad lícita de la administración

Como se ha dicho, el art. 38 inciso 2 de la CPR y el art. 4° de la LOBGAE 18.575, permiten demandar una indemnización pecuniaria a los órganos del estado –y a las Municipalidades– incluso en el evento de que la administración haya actuado dentro del ámbito de sus funciones. En estos casos, el quicio en que se funda el derecho a la indemnización no es una indagación en torno a la debilidad del comportamiento del agente, sino respecto del daño causado.

En estos casos, se indemniza porque se concluye que en el afectado no existe deber de soportar el daño causado por la acción del Estado. Por ello, la cuestión central será aclarar, si hace falta otro factor de imputación distinto al de la causalidad, o bien se indemnizan los daños a todo evento.

Si nos despojamos de los factores o elementos de imputación fundados en actuación ilícita del órgano (dolo, culpa, falta de servicio, acción u omisión ilegal de la administración), debemos encontrar otro fundamento para el derecho a ser indemnizado, que no puede ser algo distinto a la propia Constitución, como lo destaca el profesor MARTÍNEZ ESTAY³⁶, básicamente recurriendo al principio de igualdad ante la ley, la interdicción de la arbitrariedad, y el derecho de propiedad. En otros términos, la razón por la cual la persona que demanda protección indemnizatoria tendría legitimidad para hacerlo, se encontraría en que el sujeto afectado no tiene el deber jurídico de soportar el daño que se le impone, ello a partir de los principios y valores constitucionales, haciendo así una aplicación integral y directa de la Constitución.

Existen sentencias que se basan en estos criterios:

³⁶ Martínez Estay, “La responsabilidad...”, cit., pp. 185-196.

*Quintana y Otros con SAG*³⁷

"Que en cuanto al primer capítulo de casación invocado, es de observar que constituye un hecho de la causa, sentado por el tribunal de primer grado, que durante las temporadas anteriores al 7 de enero de 1989, fecha de la publicación de la Ley N° 18.755, también se prohibió a la parte demandante hacer uso de su predio en razón de estimar el Servicio demandado que con tal medida se combatía de mejor modo una epidemia animal. Asimismo se encuentra determinado que tal prohibición generó a la actora un perjuicio derivado de la imposibilidad de usar del inmueble para su fin comercial único. Sin embargo, la sentencia de segundo grado, impugnada, estableció que la obligación de indemnizar los perjuicios causados sólo existía a contar de la fecha referida, pues ese día se publicó la Ley N° 18.755, cuyo artículo 7° letra j) autorizó el pago de los mismos, y lo estimó improcedente por períodos anteriores dada la ausencia de norma que lo permitiera.

Que tal criterio omite considerar que el inciso 2° del artículo 38 de la Constitución Política, al establecer que "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,", obliga al Estado a indemnizar cuando se ha producido una "lesión patrimonial", lo que implica un detrimento antijurídico sufrido en el patrimonio de una persona, ya que proviene de un acto ilícito de su autor, ya porque el que lo sufre no estaba en el deber de soportarlo, aún sin ser ilegal aquel acto;

Que si bien el artículo 44³⁸ de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, dispone que los órganos de esta administración

³⁷ Se trata de una demanda en juicio ordinario que intentaron los propietarios de un predio ubicado en el Cajón del Maipo en la Región Metropolitana, y que se dedica básicamente al pastoreo de animales, durante la época estival, es decir, entre octubre de un año y abril del año siguiente.

Como debe recordarse, aunque actualmente Chile está declarado libre de fiebre aftosa, han existido brotes de la misma, y hacia finales de la década de los años 80 debió combatirse severamente un brote que se detectó en la precordillera de la provincia de Linares, Región del Maule.

Como consecuencia de esta situación el SAG, durante varios años, decretó la prohibición o en su caso la limitación de pastoreo de animales, en los predios dedicados a ofrecer talaje en las veranadas, ubicados en la precordillera o cordillera de Los Andes, a fin de evitar contagios con animales provenientes de argentina.

Los demandantes, durante algunas temporadas, fueron indemnizados a partir de 1990, dado que el SAG por la ley 18.755, art. 7° letra j, fue facultado para indemnizar a los afectados por medidas de control sanitario, estimaron insuficiente la indemnización, y reclamaron indemnización por los períodos anteriores a la dictación de la ley, básicamente las temporadas 1987-1988 y 1988-1989.

El argumento básico para reclamar la indemnización fue que, por efecto de la decisión administrativa, se les prohibió ejercer el único acto de explotación del predio, como es pastoreo o el arriendo de talaje. El Tribunal de primera instancia acogió la demanda, la Corte de Apelaciones de Santiago modificó la sentencia, restringiendo la indemnización sólo a partir de la ley 18.755 que autorizó al SAG a otorgar indemnización y la Corte Suprema amplió la indemnización a fechas anteriores a la entrada en vigencia de esta ley.

³⁸ Actual art. 42, por DFL 1/19.653/2000.

-los comprendidos en el título II, entre los cuales está el demandado- "serán responsables del daño que causen por falta de servicio" y debe por eso entenderse que siempre lo serán si esta falta existe, ello no excluye la posibilidad de que si han causado una "lesión patrimonial" grave, especial, desigual o discriminatoria originen la reparación correspondiente, por no estar la víctima en el deber de soportar ese detrimento, ya que el artículo 19 N° 20, de la Constitución Política de la República asegura "la igual repartición de las cargas públicas".

Que, en consecuencia, el fundamento de indemnizar por las temporadas anteriores a la dictación de una norma específica para ello, que resulta de un hecho dañoso de un órgano de la Administración del Estado, radica en las normas constitucionales y legales citadas, las cuales han sido entonces dejadas indebidamente sin aplicación, pues se ha permitido que en definitiva la carga pública de alcanzar un objetivo de bien común cual es impedir la propagación de una enfermedad animal, sea soportada por algunos ciudadanos, alterando con ello el principio de la igualdad en la repartición de dichas cargas establecido en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política del Estado". (CS, sentencia de 23 de enero de 2.001, Rol 2213-2.000).

3.3. Responsabilidad por resolución u omisión ilegal: el reclamo de ilegalidad

Un tercer tipo de responsabilidad que se detecta está fundado en la responsabilidad que se le puede imputar a un municipio por resolución u omisión ilegal, y que queda nítida de la lectura del art. 140 de la LOM, en la parte que ya he transcrito.

En efecto, cualquier resolución u omisión ilegal de un municipio puede ser impugnada por la vía del reclamo de ilegalidad que, de acogerse, deja libre la vía para demandar los daños y perjuicios causados por la misma ilegalidad. Es importante destacar que esta ilegalidad, así determinada, no puede ser discutida en otro juicio y se convierte en el presupuesto básico de imputación en contra del municipio. Es decir, basta la ilegalidad de la actuación municipal y la conexión causal con los perjuicios demandados, para que sea procedente la indemnización, sin que sea necesario acreditar dolo o culpa en el Municipio.

Ahora, es obvio que no hace falta interponer previamente un reclamo de ilegalidad para poder demandar al Municipio por hecho u omisión ilegal, pues estimo que se puede demandar directamente este tipo de responsabilidad.

Por otra parte, entiendo que este supuesto de responsabilidad, por acto u omisión ilegal, puede plantearse incluso en sede contractual.

Un caso interesante al respecto es

*Silva Barrueto y Otro con Municipalidad de Los Ángeles*³⁹

En este caso, es claro que la fuente de la responsabilidad fue la paralización de una obra decretada por el Director de Obras Municipales, que se terminó por considerar ilegal. En este caso no hubo reclamo de ilegalidad previo, pero sí una denuncia de la municipalidad al Juzgado de Policía Local en contra de la sociedad presuntamente infractora, que terminó en la absolucón de la denunciada.

“De acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, la autoridad administrativa se encuentra obligada a invalidar un acto que se estima irregular o ilegal, con la sola restricci3n de que no hubiese producido aún todos sus efectos, lo que no acontece en el caso en estudio, donde el permiso de edificaci3n fue otorgado luego del análisis de todos los antecedentes acompañados, como lo ordena la disposici3n legal precitada, el que ingresó como un derecho adquirido al patrimonio del peticionario, amparado en el derecho de propiedad resguardado por la Constitución Política del Estado.

Para nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicci3n con su anterior conducta no siendo posible a la administraci3n y sus 3rganos invalidar sus resoluciones que han producido efectos para sus beneficiarios de buena fe, como ha actuado Casa Grande Ltda. Por ende, si se había otorgado un permiso municipal para obras menores no era dable a la Directora Subrogante retenerlo aduciendo que había sido extendido en forma ilegal; limitaci3n que se hace extensiva al Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, a quien se le ordena abstenerse de actuar respecto del permiso de obras menores concedido.

³⁹ Se trata de un juicio por responsabilidad civil que siguieron los demandantes a la Municipalidad de Los Ángeles, fundados en el hecho de que el Director de Obras de la Municipalidad había paralizado una obra sin fundamento alguno, causando perjuicios. La sentencia fue acogida en primera instancia, condenándose a la Municipalidad a una indemnizaci3n de \$ 2.000.000 por daño moral y \$ 3.350.000 por daño patrimonial. La Corte de Apelaciones de Concepci3n revocó el fallo, desechando la demanda (CA de Concepci3n, Rol 1.251-98). La Corte Suprema acogió un recurso de casaci3n en la forma por *ultra petita*, condenando a la Municipalidad en la cantidad de \$ 5.000.000, por daños morales (CS Casaci3n Civil, sentencia de 21 de junio de 2000, Rol 3205-99). Texto completo puede encontrarse en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XCVII, 2,5 (pp. 132-140). Existe un comentario a este fallo de Fernández Richards, José, “Responsabilidad extracontractual de una municipalidad, al paralizar faenas, sin previa resoluci3n”, *Gaceta Jurídica*, 243 (2000).

Dijo la Corte Suprema: “Quinto: Que así, la Corte de Apelaciones, al decidir que la demandada actuó lícitamente por cuanto el denuncia cursado al señalado tribunal municipal fue por no mantener una copia del permiso y de los antecedentes en la obra, ha incurrido en el vicio de *ultra petita*, pues se extendió a un punto no sometido a la decisi3n del tribunal, resolviendo el asunto controvertido por una causa de pedir distinta de las alegadas en los respectivos escritos de demanda y contestaci3n, vulnerando de ese modo el principio procesal establecido en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a que todo fallo debe conformarse con el mérito del proceso, y si ello no es cumplido por los sentenciadores del fondo, esta Corte, conociendo del recurso en estudio, debe anular la sentencia pronunciada en estas circunstancias”.

La responsabilidad objetiva o del riesgo atiende al resultado material que de la conducta de sus agentes se ha derivado, que el daño, perjuicio cuya existencia es fundamental para indemnizar. La obligación de indemnizar se funda en la idea de que toda persona que desarrolla una actividad crea un riesgo de daño a los demás, si ese riesgo se concreta perjudicando a otro resulta lógico que, quien lo creó, deba indemnizar a la persona dañada, sea o no culpable" (sentencia Juzgado de Letras de Los Angeles, de 31 de agosto de 1998, dictada por el Juez señor Erasmo Sepúlveda Vidal, Rol N° 37.227).

La Corte Suprema agregó otro considerando en este sentido:

"1°.-Que de acuerdo a los antecedentes que obran en autos, ninguna resolución se dictó por la Dirección de Obras Municipales de Los Ángeles ordenando la paralización de faenas en el inmueble de Avda. Alemania N° 558 de esa ciudad, quedando de este modo, aún más de manifiesto, la conducta ilícita de la demandada al actuar de facto, paralizando obras que contaban con una autorización concedida por la misma Municipalidad.

2°.-Que encontrándose demostrado en autos que los demandantes ejecutaban las obras de remodelación del inmueble ubicado en Avda. Alemania N° 558 de la ciudad de Los Ángeles, contando para ello con un permiso de obra menor concedido por la Dirección de Obras Municipales de dicha comuna, la misma repartición, de acuerdo a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 146 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, sólo pudo paralizar dichas obras mediante una resolución fundada" (CS Casación Civil, sentencia de 21 de junio de 2000, Rol 3205-99, sentencia de reemplazo).

4. RESPONSABILIDAD FUNDADA EN LAS REGLAS SOBRE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL CÓDIGO CIVIL

En muchos fallos se advierte que al no poderse atribuir al Municipio falta de servicio, recurren a las normas de imputación del Código Civil, artículos 2.314 y ss., volviendo así a la tradicional responsabilidad por culpa⁴⁰.

En estos casos, las sentencias reflexionan sobre los elementos clásicos, para dar por acreditada la responsabilidad y acoger una sentencia indemnizatoria.

Creo que es un error metodológico y dogmático, porque, como he dicho, en estos casos basta con acreditar la ilegalidad de la actuación Municipal, para dar por establecido el factor de imputación.

⁴⁰ Fernández Richard, José "Responsabilidad extracontractual de una municipalidad, al paralizar faenas, sin previa resolución", en *Gaceta Jurídica* N° 246 (pp. 7-10), p. 8, admite que sean aplicables las reglas del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual a las municipalidades.

De cualquier manera, queda en pie el problema de la relación causal.

Para efectos de análisis, y dado que estas sentencias reflexionan en clave Codicial, veremos el esquema de los elementos básicos que deben concurrir en un sistema de responsabilidad por daños tradicional, que es el que recoge nuestro Código civil, en los arts. 2.314 y ss.:

1. Acción u omisión del demandado
2. Daño
3. Imputación subjetiva: dolo o culpa en el demandado
4. Relación de causalidad

4.1. Acción u omisión

En relación con la acción u omisión, parece interesante analizar el siguiente fallo:

*Inmobiliaria Parque Reñaca S.A. con M. Viña del Mar*⁴¹

"Trigésimo: Que, en consecuencia, atendido lo razonado en el considerando precedente y como se señaló en el fundamento 20°, corresponde examinar si

⁴¹ Los hechos básicos son los siguientes. En el año 1985 la sociedad Inmobiliaria Parque Reñaca S.A. inició petición de subdivisión predial y cambio de uso de suelo de un predio rústico, con el objeto de crear un parque cementerio en la comuna de Viña del Mar; la Seremi de Vivienda y Urbanismo informó, favorablemente, la subdivisión predial y cambio de uso de suelo, la Municipalidad no formuló reparo, ni tampoco la Seremi de Agricultura; se obtuvieron los permisos de salud correspondientes; se otorgaron los permisos de obras por parte de la Municipalidad con fecha 14 de noviembre de 1991; la demandante solicitó permiso de obra, destinado a la construcción de un edificio de un piso para oficinas administrativas del cementerio. Al pedirse la recepción final, la Municipalidad ordenó la clausura inmediata de todas las instalaciones existentes y emplazadas en el Cementerio, fundada en que dichas instalaciones no contaban con los permisos y autorizaciones municipales para su funcionamiento; posteriormente la Dirección de Obras Municipales consulta al Servicio de Salud sobre la viabilidad del proyecto, y recibe una respuesta positiva de este organismo. La demandante deduce reclamo de ilegalidad ante el Alcalde de la Municipalidad demandada, en contra del Director de Obras Municipales, fundado en la demora injustificada en el pronunciamiento acerca de la recepción de la obra amparada por el permiso de obra nueva, la Corte dispuso que la Dirección recurrida debía pronunciarse, expresa y formalmente, dentro de tercero día de ejecutoriado su fallo, debiendo evaluar exclusivamente si la obra cumplía las observaciones o condiciones a que se hacía referencia en tal permiso; con fecha 11 de agosto de 1994, la Dirección de Obras Municipales resuelve no recibir las obras, por no haberse dado cumplimiento a la condición impuesta por el SEREMI de Vivienda y Urbanismo Quinta Región, en el punto 4.4 del ordinario N° 752-85, que autorizó el cambio de uso de suelo y subdivisión solicitada por Inmobiliaria Parque Reñaca S.A., en cuanto se determinó que los lotes resultantes de la subdivisión debían tener acceso a un espacio público; luego le impone una nueva exigencia, a objeto de recibir la construcción, pues debía ingresar al expediente de recepción el documento

el Alcalde de la municipalidad demandada o los funcionarios municipales dependientes de la Dirección de Obras, desempeñaron sus funciones o actuaron en forma dolosa o negligente, al ordenar la clausura total de las dependencias del cementerio de propiedad de la actora y en la recepción de la obra amparada por el permiso de obra nueva N° 282-92, dando margen a la responsabilidad extracontractual. Pues bien, en el caso *sub lite*, atendido lo expuesto por las partes y teniendo en consideración los hechos que se dieron por acreditados en el considerando 19°, no cabe duda que la resolución adoptada por el mencionado Alcalde, al disponer la clausura de todas las dependencias del Cementerio Parque Los Pensamientos, mediante decreto alcaldicio N° 4.045, con fecha 30 de diciembre de 1992, constituye un hecho ilegal y arbitrario, toda vez que, sin fundamento alguno y sin contar con facultades legales, procedió a extender la clausura a terrenos propios de las inhumaciones, mejor dicho a todo el camposanto, en circunstancias que su instalación y funcionamiento había sido autorizado por la autoridad competente, esto es, el Director del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota, mediante sendas resoluciones N°s. 1.443 y 2.798, de fechas 31 de julio de 1991 y 26 de agosto de 1992, conforme a lo dispuesto en los artículos 136 del Código Sanitario y 3° y 4° del decreto supremo N° 357 de 1970, que contiene el Reglamento General de Cementerios, habiéndose contado, incluso, con los informes favorables de los Alcaldes de la época, doña Eugenia Garrido y don Juan Luis Trejo, que constan en los ordinarios N°s. 721 de 3 de julio de 1985 y 571 de 26 de julio de 1991, respectivamente, situación que, además, se mantuvo hasta el día 9 de enero de 1993, fecha en que sin mayores explicaciones se procedió a levantar la clausura, en lo que a los terrenos de las sepultaciones se refiere, por el jefe de inspección municipal don Daniel Díaz Gaete, como se desprende, fehacientemente, del acta notarial que rola a fs. 85, circunstancia que tampoco ha sido controvertida por la demandante y que se encuentra, además, establecida con los testimonios de Perla Lange Walton, Amador Brieva Alvarado, Ximena Orriols Winter, Robinson Rivillo Huanchuu y Mónica Romero Díaz, de todo lo cual se infiere, a lo menos, una actuación imprudente y temeraria de la autoridad municipal.

Trigésimo cuarto: Que, además, con el evidente propósito de dilatar la recepción de la obra de la demandante, la municipalidad demandada instaló,

bancario de garantía, correspondiente al proyecto de pavimentación del tramo de calle Santa Anita, a fin de materializar el acceso a un bien nacional de uso público; se reclamó ante la SEREMI, que estimó razonable el reclamo del solicitante; la demandante garantizó los trabajos de pavimentación; finalmente, con fecha 17 de enero de 1995, la Dirección de Obras Municipales de la Ilustre Municipalidad de Viña del Mar, procedió a recibir, en forma definitiva, la obra amparada por el permiso de obra nueva N° 282-92 y las obras de urbanización correspondientes a la calle Santa Ana, efectuadas por la sociedad Inmobiliaria Parque Reñaca S.A. La Inmobiliaria demandó a la Municipalidad de Viña del Mar por los perjuicios sufridos por el retraso en otorgar la recepción, fundados en la ilegalidad cometida. La Municipalidad fue condenada en primera instancia a pagar la cantidad de UF 16.002,91 UF. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, al confirmar la sentencia, determinó la indemnización en \$ 241.605.053,92 (CA de Valparaíso, sentencia de 31 de enero de 2000, Rol 3.172-97). La Corte Suprema desechó el recurso de casación en el fondo interpuesto (CS, Casación Civil, sentencia de 23 de mayo de 2001, Rol 1.866-2000).

precisamente, en la mencionada calle Santa Ana, la misma cuya exigencia de pavimentación condicionó la recepción del permiso de obra nueva N° 282-92, por parte de la Dirección de Obras, juegos en la vía pública, circunstancia no controvertida por la demandada y que, además, se encuentra acreditada con las presunciones que emanan del contenido de la copia autorizada de la nota enviada por la actora al Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Viña del Mar, que rola a fs. 150, de fecha 9 de septiembre de 1994, reiterando la solicitud de retiro de los juegos y de lo resuelto en el ordinario N° 1.335 de 2 de septiembre de 1994, de la SEREMI de Vivienda y Urbanismo Quinta Región, que se agrega a fs. 147, que ordenó oficiar al nombrado Alcalde, a fin de que restituya el uso del suelo que corresponde a la calle Santa Ana, mediante el desalojo de los juegos infantiles o instalaciones allí ubicadas, que impidían la ejecución de la pavimentación y otras obras anexas, privando, además, a la ciudadanía del goce efectivo como bien nacional de uso público, a más tardar dentro de quince días, bajo apercibimiento de dar cuenta a la Intendencia Regional, para que haga uso de la facultad que le confiere el artículo 6° del D.F.L. N° 458 de 1975, a la Contraloría Regional de Valparaíso, a fin que se instruya el sumario administrativo respectivo y al Consejo de Defensa del Estado, para que inicie las acciones criminales que procedan, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 15 y 23 del citado D.F.L." (Sentencia de primera instancia de 27 de mayo de 1997, dictada por el juez de Viña del Mar, don Fernando Ramírez Infante).

*Almonacid y Otra con Municipalidad de Puerto Montt*⁴²

"Décimo: Que, como se ha razonado ha existido un hecho cuya causa ha sido la negligencia en la adopción de medidas de seguridad en torno a la fosa séptica abierta ubicada en la parte posterior del consultorio Techo para Todos, el cual ha ocasionado daños reales, esto es, ciertos y efectivos tanto presentes como futuros para la menor Almonacid Vera y sus padres, los cuales deberán ser debidamente resarcidos o indemnizados".

(...)

⁴² Don Jorge Almonacid y su mujer Isabel Vera demandan por daños y perjuicios a la Municipalidad de Puerto Montt, por la muerte de su hija menor. El día 6 de octubre de 1992 doña Isabel del Carmen Vera Hernández concurrió con su hija, Sandra Isabel Almonacid Vera hasta el consultorio Techo Para Todos, ubicado en calle San Antonio con Las Lumas, de la Población del mismo nombre ubicado en el sector alto de Puerto Montt, con el objeto de obtener un chequeo con la matrona de dicho centro. Previo a una espera junto a la menor, esta queda sola por espacio de 10 minutos mientras dura su atención, al salir se percata que su hija no se encontraba en el interior del recinto y salió a buscarla al patio trasero del inmueble, encontrando a la menor flotando en el agua servida de una cámara de alcantarillado de aproximadamente 2,8 metros de profundidad. La Municipalidad de Puerto Montt fue condenada en primera instancia a pagar una indemnización de \$ 4.000.000 por daño emergente y \$ 20.000.000 por daño moral. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt confirmó el fallo de primera instancia con una pequeña declaración (CA de Puerto Montt, 24 de marzo de 1999, Rol 8.332, y la Corte Suprema desechó los recursos de casación interpuestos CS, Casación civil, 2 de noviembre de 2000, Rol 1.386-99).

Decimocuarto: Que el Estado ha traspasado a las Corporaciones de Derecho Privado, denominadas Municipalidades, la función de la Salud Pública, conforme lo dispone la letra b) del artículo 4° de la ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades y en virtud de esta normativa les corresponde la ejecución de los planes de salud para los sectores beneficiarios de Servicio Médico Nacional y las personas de escasos recursos, que al aceptar la ejecución de estas prestaciones de salud con materiales del Servicio de Salud y al expensar fondos para el mantenimiento del Consultorio Techo Para Todos como ha quedado establecido en autos con los documentos corrientes de fs. 189 a fs. 219, la Municipalidad ha adquirido la calidad de usuario del inmueble e infraestructura del consultorio y ha reconocido en su libelo de contestación de fs. 57 que correspondía a esta entidad la conservación operativa de la infraestructura de los servicios de salud, por ende debió vigilar y cuidar las medidas de seguridad del recinto denominado Consultorio Techo Para Todos". (Sentencia de primera instancia de 27 de octubre de 1998, Rol 49.257, dictada por doña María Eugenia Concha).

*Jaime Clavijo con Municipalidad de Viña del Mar*⁴³

"Vigésimo: Que en cuanto al organismo administrador del Estado, la responsabilidad extracontractual de este ente encuentra su sustentación primordial en la Constitución Política del Estado, artículos 6°, 38 y 107.

En efecto, dichas normas establecen que los preceptos de la Constitución obligan a los titulares o integrantes de los órganos de la administración y a toda persona, institución o grupo, los que deben someter su acción a ella y a las normas dictadas en conformidad a la misma, generando la responsabilidad que determine la ley la infracción en que se incurra y otorgando, a cualquier persona que se vea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, a reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiese causado el daño.

En términos análogos se refiere a esta responsabilidad por los daños que causen los órganos de la Administración del Estado en el ejercicio de sus funciones, la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Dentro de dichos órganos se encuentran las Municipalidades, que son corporaciones autónomas de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, que ejercen sus funciones dentro de

⁴³ El señor Jaime Clavijo demandó de daños y perjuicios a la Municipalidad de Viña del Mar y a la Corporación Club Deportivo Everton, por no respetar los demandados su propiedad intelectual respecto de una Guía Turística de la ciudad de Viña del Mar, que había presentado el demandante a la Municipalidad. La Municipalidad de Viña del Mar, sin pagar por dicha obra, autorizó al Club Everton para difundirla, sin obtener previamente la autorización del autor de la guía. La Municipalidad de Viña del Mar fue condenada en primera instancia a pagar la cantidad de \$ 100.000.000 al demandante por concepto de daño moral. La Corte de Apelaciones de Valparaíso rebajó la condena a \$ 20.000.000 (CA de Valparaíso, sentencia de 8 de abril de 1999, Rol 387-97). La Corte Suprema desechó el recurso de casación interpuesto. (CS Casación Civil, sentencia de 2 de noviembre de 2000, Rol 1756-99).

cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley y que se encuentran regidas por la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Vigésimo primero: Que el artículo 137 de dicha ley establece que las Municipalidades son responsables por los daños que causen; disposición que se encuentra en armonía con lo que disponen los artículos 2317 y 2329 del Código Civil". (Viña del Mar, sentencia de primera instancia dictada por doña Mónica González A., Rol 377-96)

Angulo con Municipalidad de La Unión⁴⁴

"Noveno: Que de los testimonios precedentes, legalmente apreciados, es posible extraer indicios que permiten configurar presunciones judiciales con caracteres de gravedad, precisión y concordancia suficientes como para dar por acreditado que la construcción del muro de contención de calle Esmeralda era una obra riesgosa, especialmente por el peligro de derrumbe, que podía importar la destrucción de la vivienda construida en dicho terreno.

Que de lo anterior la I. Municipalidad estaba suficientemente enterada, según lo han afirmado su Director de Obras, su Director de emergencias y según consta del mérito del informe evacuado por el ingeniero Leonardo Fullenkamp.

Que tales riesgos exigían que en la realización de la obra se tomaran todas las providencias que la situación ameritaba no sólo para evitar riesgos en las propiedades sino también, y principalmente, para evitar riesgos a las personas, entendiendo por tales a los habitantes de la vivienda, a los transeúntes del lugar y también a los operarios que trabajaban en la construcción.

Que no aparece en autos que se hayan previsto las medidas suficientes para evitar daños, a lo menos, en los operarios de la faena.

Desde luego, el documento agregado a fs. 38 demuestra que don Miguel Massri Irigoyen se planteó la posibilidad de encontrar adversas condiciones climáticas durante la ejecución de la obra y la necesidad de esperar el tiempo de fraguado del hormigón exigido por el estudio de ingeniería (28 días), consultando la extensión del plazo a 90 días. La Dirección de Obras, sin

⁴⁴ Doña Ernestina del Carmen Angulo Soto, actuando por sí y en representación de su hija menor de edad Francisca Nicole Negrón Angulo, demandó a la Municipalidad de la Unión y a la empresa contratista, por la responsabilidad que cabría en la muerte de don Gabriel Hernán Negrón Acuña, causa de asfixia, en circunstancias que en su calidad de obrero realizaba labores de excavación en la construcción de la obra municipal denominada "Construcción muro de contención calle Esmeralda", de esta ciudad, al haberse producido un derrumbe en el lugar de la obra y quedara aplastado por toneladas de tierra y piedras. La sentencia de primera instancia condenó al Municipio demandado a pagar una indemnización de \$ 20.000.000, por daño moral, solidariamente con el contratista demandado. La Corte de Apelaciones de Valdivia, si bien confirmó la demanda, rebajó a \$ 10.000.000 la condena por daño moral y le agregó una condena por lucro cesante de \$ 7.000.000 (CA de Valdivia, sentencia de 8 de noviembre de 2000, Rol 10.416-99). La Corte Suprema, anuló el fallo, y rechazó la demanda en cuanto condenaba a la Municipalidad de la Unión. (CS Casación Civil, sentencia de 17 de abril de 2002, Rol 4.878-2000).

embargo, aun ante tales condiciones determinó que el plazo de ejecución debía ser de 75 días.

Por lo anterior, aunque realmente Luis Aguilera Vera haya advertido a la empresa ejecutora que debería evitar trabajos en la excavación, cosa que en verdad no puede tenerse por acreditada, la Municipalidad no pudo haber esperado un acatamiento voluntario de parte del contratista, teniendo presente que se encontraba apremiado por el cumplimiento del plazo fijado.

Si hubiese existido una verdadera preocupación de la Municipalidad por evitar una catástrofe ante el reblandecimiento del terreno, no debió sólo "advertir". En efecto, en su rol de supervigilancia de la obra debió ordenar el cese de las faenas riesgosas hasta que se retirara el agua acumulada, más aún, dependiendo exclusivamente de su voluntad y buen criterio, debió ofrecer la compensación de tiempo por el retardo que la paralización irrogara al contratista y, finalmente, debió constar el cumplimiento de su orden, por cuanto eso es lo que le correspondía en el desarrollo de su función.

Al respecto es preciso insistir en que la I. Municipalidad de La Unión no sólo era quien encargó la obra, sino que tenía participación directa en la misma en el ejercicio de su función de supervigilancia.

Décimo: Que al tenor de las conclusiones precedentes cabe colegir que la demandada I. Municipalidad de la Unión obró con grave negligencia, creando condiciones de riesgo tales que difícilmente no provocarían algún daño. Desde el momento en que fijó un plazo determinado o inalterable para la ejecución de la obra, que ni siquiera consideró la posibilidad del caso fortuito o fuerza mayor, hasta la forma en que supervigiló la obra, con indiferencia respecto de las condiciones de riesgo de quienes laboraban en ella" (sentencia de primera instancia por el Juez de Letras subrogante de la Unión, Rol 32.252, de fecha 26 de noviembre 1999, de Jorge Eduardo Sáez San Martín).

Sin embargo, la Excm. Corte Suprema tuvo un criterio diferente:

"10) Que, en el presente asunto, entonces, como ha quedado dicho, a la Municipalidad demandada se le ha atribuido responsabilidad extracontractual directa, de la forma que se consignó, por haber estimado los jueces del fondo que obró con grave negligencia.

No obstante, su participación podría ser estimada de cualquier otra naturaleza, pero nunca directa, como ha ocurrido, pues, en efecto, no fue ella quien creó, como lo entienden erradamente los jueces del fondo, condiciones de riesgo, ya que la situación de hecho que implicaba, indudablemente, riesgo, era preexistente y a ella se quiso poner término mediante, precisamente, las labores encomendadas, ya que de lo que se trataba era de construir un muro de contención que protegiera una vivienda que se podría ver afectada si el terreno que se debía contener se deslizara, como se consigna en el motivo quinto del fallo de primer grado, confirmado por el de segundo. Esto es, la condición de riesgo estaba implícita en el trabajo y no fue creada por el municipio demandado.

11) Que, aparte de la anterior, no existe ninguna posibilidad de sindicar al municipio recurrente de casación como responsable a cualquier título de los hechos que costaron la vida a don Gabriel Negrón Acuña, puesto que, por un

lado, la supervigilancia de las obras a que se obligó mediante el contrato cuya copia se lee a fs. 79 se pactó a título enteramente privado, esto es, actuando en el marco del derecho privado y no como ente público y dicho pacto no lo transforma en corresponsable, como han concluido los jueces del fondo y, por otro lado, no existe un nexo entre el actuar de la Municipalidad, por medio de alguno de sus personeros –dichos magistrados estimaron que de su parte existió un obrar negligente y no una omisión– y el hecho imputado. De este modo, si alguna responsabilidad pudo haber, ella debería recaer tan sólo en quienes tuvieron una directa participación en la ejecución de las obras, si hubieren obrado con dolo o culpa, cuestión esta última que no está en análisis en la presente etapa del juicio.

12) Que, por otro lado, no deja de ser llamativo el hecho de que la propia demanda se fundó en la existencia de responsabilidad extracontractual, por haber creado una situación de riesgo y también en la circunstancia de haber existido falta de servicio por parte del Municipio, para finalmente consignar que dicha responsabilidad se contrajo por negligencia o descuido en la aplicación o implementación de las medidas preventivas indicadas en un informe técnico, lo que revela que dicho demandante no tiene claro cuál es el tipo de responsabilidad que corresponde y se desvinculó a esta entidad de su calidad de contratante particular, al formularse una imputación que deriva de su calidad de ente fiscal, al tenor del artículo 141 de la Ley Orgánica de Municipalidades, el que prescribe que “Las Municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio”.

13) Que dicha falta de servicio existe y origina responsabilidad solamente cuando el ente municipal no preste un servicio al que, por cierto, esté obligado legalmente y que haya ocurrido por falta de algún funcionario, en contra del cual el municipio puede repetir, lo que en el presente caso el fallo no tuvo por establecido, de suerte tal que ella ha de quedar descartada.

14) Que, en tales condiciones, los jueces del fondo incurrieron en infracción de ley al hacer aplicable en el presente caso y respecto del municipio recurrente, la responsabilidad extracontractual que establecen los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, infringiéndose así y de manera especial el primero de dichos preceptos, produciendo una vulneración que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que el error indicado los llevó a concluir, erradamente, que dicha entidad debía responder solidariamente con el otro demandado del proceso, que corresponde al ejecutor directo de la obra ya mencionada.

Por lo tanto, el recurso interpuesto ha de ser acogido, debiéndose anular el fallo recurrido”. (Corte Suprema, Casación Civil, Rol 4878-2000).

La sentencia de casación que he transcrito me suscita diversos comentarios. Por un lado estimo interesante la reflexión que hace en orden a que la municipalidad demandada actuaba en procurar de evitar un riesgo, cual era el derrumbe existente que debía ser evitado. La obra encargada –construcción de un muro de contención– apunta precisamente a evitar el riesgo de un derrumbe mayor. En ese sentido no hay

falta de servicio. Sin embargo, desde otra perspectiva creo que sí la hay, puesto que es un hecho probado que un obrero de la obra perdió la vida, por el desplome del muro, y que ello se produjo por una mala organización de los trabajos. Debe tenerse en cuenta que el Municipio demandado era el mandante de la obra y, al mismo tiempo, este Municipio, por medio de su Dirección de Obras Municipales, era el ente encargado de dirigir las construcciones, conforme con el art. 24 letra g) de la LOM que le impone, entre otras funciones: "f) *Dirigir las construcciones que sean de responsabilidad municipal, sean ejecutadas directamente o a través de terceros*". Ello impide desligar la responsabilidad de la Municipalidad por falta de servicio, como lo hizo la sentencia de casación, cuando se prueba una mala organización del trabajo. No hay antecedentes que permitan exonerar de responsabilidad al Municipio, porque el hecho de que la obra hubiera sido ejecutada por terceros, no inhibe al Municipio de su función de "dirigir la construcción" y, por lo tanto, cualquier deficiencia recae directamente en él.

4.2. El nexos causal

Inmobiliaria Parque Reñaca con Municipalidad de Viña del Mar

Trigésimo noveno: Que, en relación a los daños reclamados por la demandante, esto es, el menoscabo de índole material o la pérdida del beneficio material que alega, derivado de la conducta arbitraria e ilegal de la municipalidad demandada y de su dependiente el Director de Obras Municipales, tanto al disponer la clausura de todas las instalaciones y de las obras referidas a las oficinas administrativas del Cementerio Parque Los Pensamientos, como en la demora de la recepción de las obras amparadas por el permiso de obra nueva N° 282-92, ellos resultan probados con los testimonios de Juan Peret Carvajal, quien señala que por ser empleado administrativo de la empresa Funeraria San Antonio, de propiedad de su familia, le consta que, debido a la publicidad que se le dio a la clausura del Cementerio Parque, influyó en la decisión de la empresa aludida para desistir de la adquisición de doscientas sepulturas que, había convenido con la sociedad demandante, toda vez que los pobladores del sector de Achupallas, que constituían su clientela para la venta de dichas sepulturas, se negaron a comprarlas, agregando que supo que otra empresa, también, se había desistido de un convenio para la adquisición de sepulturas; de Perla Lange Walton, quien sostuvo que a raíz de la clausura total del cementerio de propiedad de la demandante, la actividad comercial, relativa a la venta de sepulturas, fue mínima; de Julieta Schultzki Henry de Villeneuve, quien expresa que a raíz de la clausura del cementerio la empresa demandante sufrió perjuicios, porque a esa fecha mantenían doce vendedores, tanto en la oficina de Valparaíso como en la de Viña del Mar, los que se redujeron sólo a tres agentes de venta en total, por lo que las ventas bajaron en forma abrupta; que, además, los propietarios de sepulturas no pudieron

visitar a sus deudos, provocándose un problema enorme, debiendo dar explicaciones a sus clientes; que por otra parte, debido a la publicidad en todos los medios de comunicación, que se dio a la clausura del cementerio, no podían conseguir vendedores y clientes que habían adquirido sepulturas, decidieron resciliar el contrato; que la venta a futuro que se había proyectado quedó muy por debajo de lo programado; agrega que, además, debido a la clausura de las oficinas administrativas del cementerio, la actora debió arrendar una oficina en la calle Von Schroeders de Viña del Mar; que debieron enfrentar reclamos de los familiares de las personas sepultada que no podían visitarlos y que, incluso, uno de ellos pretendió demandarlos; que dos empresas funerarias desistieron de un convenio para adquirir sepulturas; expresa que debido a la clausura le correspondió negociar a fin de evitar la resciliación de los contratos de venta, debiendo acceder a modificar el precio que, originalmente, habían pactado con el adquirente, rebajando su monto y proceder a la venta sin intereses, ello debido a la desconfianza que provocó en sus clientes la mencionada clausura; precisa que cada vendedor tiene un costo de formación de \$ 1.500.000, porque se requieren unos ocho meses para ello; de Karen Kruger Núñez, quien refiere haberse desempeñado como subgerente comercial, asistente de gerencia general 'y, luego, como gerente comercial de la actora y que por ello sabe que a raíz de la demora ilegal en la recepción de la obra amparada por el permiso de obra nueva N° 282-92, se produjo una baja en la venta de sepulturas, lo que constituyó el efecto directo e inmediato; hubo personal que renunció; se debió incurrir en solventar el costo de pavimentación del camino exigido; agrega que, además, hubo dos empresas funerarias que desistieron de la adquisición de un gran número de sepulturas que habían convenido; que la demora ilegal y arbitraria en la recepción de la obra amparada por el permiso de obra nueva antes aludido, produjo un deterioro en la imagen corporativa de la sociedad demandante, lo que, reitera, se reflejó en una baja de ventas y en el desistimiento de algunos contratos ya realizados; de Róbinson Rivillo Huanchuu, quien expone que fue contador general de la actora y que la demora en la recepción de las obras amparadas por el permiso de obra nueva N° 282-92, provocó perjuicios derivados de los gastos reales que debió enfrentar la demandante debido a la clausura del cementerio y de las oficinas administrativas; de la menor venta de sepulturas y de los gastos que debió solventar para enfrentar la asesoría legal y los juicios; que, en efecto, la sociedad demandante debió incurrir en gastos de arrendamiento de oficinas alternativas de administración, pago de indemnizaciones y soportar la renuncia de agentes vendedores; que la menor venta de sepulturas se debió, precisamente, a la pérdida de imagen corporativa, debido a la publicidad que se dio en los diversos medios de prensa a la clausura del cementerio; que los gastos por asesorías legales se encuentran asentados en los libros de contabilidad, con el respaldo de las boletas de honorarios respectivas; agrega que, además, fue necesario renegociar con las personas que habían adquirido sepulturas antes de la clausura, siendo necesario vender a menor precio y sin intereses; y, de Mónica Romero Díaz, quien señaló que debido a la demora ilegal y arbitraria en la recepción de la obra amparada por el permiso de obra nueva N° 282-92, la sociedad demandante sufrió el desprestigio total y carencia de publicidad, lo que la llevó a perder la

participación de mercado proyectada para ese año y los siguientes, lo que le consta por haber trabajado para la Inmobiliaria Parque Reñaca, desde diciembre de 1991 a enero de 1995, en la implementación comercial del parque, asumiendo el cargo de gerente comercial; agrega que a raíz de la clausura de las instalaciones del cementerio y de las oficinas administrativas, la actora perdió vendedores que habían sido preparados o capacitados con cargo de la demandante y tuvo que arrendar un inmueble para oficinas administrativas; por tanto, se haya establecido que la actuación de la demandada y de su dependiente, esto es, el Director de Obras Municipales, en los hechos que se han dado por acreditados, provocó perjuicio a la imagen corporativa de la sociedad demandante, ocasionando su desprestigio comercial, atendida la cobertura publicitaria que produjo la clausura de las instalaciones del cementerio y de sus oficinas administrativas, y la demora en la recepción de las obras, que trajo como consecuencia una baja en sus ventas, la pérdida de la confianza de clientes, con quienes ya había contratado o de sus potenciales compradores de sepulturas y del personal de vendedores que habían sido capacitados por la propia actora y, además, un menoscabo patrimonial, al verse compelida, ante la imposibilidad de usar las oficinas administrativas construidas en el predio donde se ubicaba el Cementerio, a arrendar otras oficinas donde desarrollar las labores administrativas, como, asimismo, a contratar los servicios de profesionales que la asesoraron en las instancias administrativas y judiciales a que debió recurrir, para reclamar de la arbitraria dilación en la recepción de las obras por parte de la demandada y a solventar los costos de pavimentación de la calle Santa Ana, exigencia, arbitrariamente, impuesta por la Dirección de Obras Municipales, para obtener la recepción señalada”.

Jaime Clavijo con Municipalidad de Viña del Mar

“Vigésimo segundo: Que el daño que don Jaime Clavijo pudo haber sufrido, tanto de naturaleza patrimonial cuanto de naturaleza moral, ha derivado del hecho de haberse autorizado la publicación de la Guía Turística de Viña del Mar por el señor Alcalde de la I. Municipalidad de esta Comuna a solicitud de la Corporación Deportiva Everton, de la que su autor es el demandante sin que haya mediado la autorización expresa de este último.

Vigésimo tercero: Que no obstante lo aseverado por los testigos que ha presentado a declarar en la causa el demandante en cuanto a que habría dejado de percibir una cantidad determinada de dinero por concepto de utilidades que él habría devengado la publicación y distribución de la Guía Turística de Viña del Mar, de la cual es autor, sin embargo, a juicio de la juez sentenciadora no se encuentra fehacientemente justificado que haya tenido la posibilidad real de obtener una ganancia de la entidad por la cual demanda, u otra, ya que no se han allegado antecedentes que permitan colegir que dicha guía efectivamente iba a ser adquirida por entidades como Ladeco, hoteles y agencias de turismo, encontrándose sólo como antecedente concreto el que el señor Daniel Lillo, Director de Turismo y Relaciones Públicas de la Municipalidad de Viña del Mar, recomendaría la adquisición de ejemplares de la misma al municipio, pero no es posible precisar ni el número de ejemplares que serían adquiridos, ni su valor.

En razón de ello, no se acogerá la demanda en cuanto al daño material que solicita le sea resarcido.

Vigésimo cuarto: Que respecto del daño moral que consiste en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos, incluyéndose, consecuentemente, en esta especie el que experimenta una persona con el menosprecio por una obra producto de su intelecto, debe ser éste resarcido, lo que se desprende de lo dispuesto en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil que estipulan, el primero, que quien ha inferido daño a una persona es obligado a la indemnización y, el segundo, que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, no obstante de cuantificar, realmente, el daño producido. Concluir lo contrario, llevaría a una situación de injusticia ya que la indemnización no sólo debe reparar el mal causado sino que también puede estar destinada a compensarlo cuando, como en el caso *sub lite*, se ha utilizado el producto del intelecto de una persona, sin su consentimiento expreso, privándole no sólo de la eventual obtención de una utilidad material de él, sino del merecido reconocimiento que corresponde a la autoría de cualquier obra transformándose el actuar de la demandada en un atentado en contra de la propiedad intelectual y de los sentimientos de una persona que se ve vulnerada, por el actuar de un agente del ente administrador".

Silva Barrueto con Municipalidad de Los Ángeles

"1º) Que, encontrándose demostrado en autos que los demandantes ejecutaban las obras de remodelación del inmueble ubicado en Avda. Alemania N° 558 de la ciudad de Los Ángeles, contando para ello con un permiso de obra menor concedido por la Dirección de Obras Municipales de dicha comuna, la misma repartición, de acuerdo a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 146 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, sólo pudo paralizar dichas obras mediante una resolución fundada.

2º) Que, de acuerdo a los antecedentes que obran en autos, ninguna resolución se dictó por la Dirección de Obras Municipales de Los Ángeles ordenando la paralización de faenas en el inmueble de Avda. Alemania N° 558 de esa ciudad, quedando de este modo, aún más de manifiesta la conducta ilícita de la demandada al actuar de facto, paralizando obras que contaban con una autorización concedida por la misma Municipalidad".

4.3. La invocación del Código Civil

Creo que el Código Civil, por su carácter de derecho común, siempre podrá ser aplicado, pero cuidando de no alterar la especificidad de la responsabilidad de las municipalidades.

Como ya dije, me parece que en aquellos casos en que no aparece claramente comprometida alguna garantía Constitucional, y sin embargo exista daño causado por un hecho ilegal proveniente de la actividad Municipal, hay deber de reparar, pero sin que sea necesario

demostrar dolo o culpa del municipio imputado. En este sentido, no es aplicable el régimen del Código Civil de la culpa subjetiva, aunque dichas normas, en cuanto permiten moderar la responsabilidad por intervención de la víctima o de un tercero –la aplicación del caso fortuito en general– creo que podrían ser aplicadas.

En este caso, la imputación del hecho al municipio se fundará en la acción ilegal conectada causalmente con el daño. La diferencia con el tipo de responsabilidad que nace de un hecho municipal que se ha calificado como “lícito”, se encuentra precisamente en la ilegalidad de la actuación que, como he dicho, sirve de imputación suficiente, reemplazando la necesidad de acreditar dolo o culpa en el municipio imputado, y diferenciándolo del tipo de responsabilidad que revisaba en el acápite anterior, que se funda en hecho lícito.

Con todo, no veo problema alguno en aceptar el cúmulo de responsabilidad, es decir, que en estos casos las Municipalidades pueden quedar sujetas también en su actuación a las normas del Código Civil, por lo cual el hecho podría dar lugar a responsabilidad propia de las Municipalidades, en cuyo caso habrá de acreditarse, adicionalmente, la imputación subjetiva, dando derecho al afectado para optar por la norma por la que quiera ser protegido.

5. RESPONSABILIDAD MUNICIPAL FUNDADA EN NORMAS ESPECIALES

Existen leyes especiales de responsabilidad civil que vinculan directamente a las municipalidades. He transcrito un par de casos relevantes a modo ejemplar: el art. 174 inciso 5° de la Ley del Tránsito o el art. 54 inciso 2° de la ley N° 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente.

En estos casos estamos frente a lo que se ha denominado supuesto de ilicitud típica⁴⁵, es decir, un supuesto de ilicitud configurado por la ley, que permite imputar responsabilidad, en la medida de que se acrediten los supuesto fácticos que la norma contempla, sin necesidad de que concurra otro factor de imputación.

En el caso del art. 174 de la Ley del Tránsito, el hecho se configura cuando se produzca un daño a “*consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización*”. Es cierto que la calificación de “*mal estado de las vías*” o “*falta o inadecuada señalización*”, son supuestos que envuelven un tipo especial de “*falta de servicio*”, pero lo importante es que están tipificadas, es decir, no se

⁴⁵ Tomo esta denominación del profesor Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 455 a 466.

debe recurrir a la cláusula general⁴⁶, ni podría demandarse a la municipalidad por el solo hecho de tener un accidente en la vía pública: en estos casos basta acreditar el supuesto de hecho que exige la norma.

Veamos un caso

*Lindup con Municipalidad de Las Condes*⁴⁷

"Vigésimo primero: Que, conforme se desprende del Volumen Cuatro del Manual de Carreteras que se ha allegado a los autos, de las diligencias de inspección ocular realizada en los antecedentes, de las fotografías con su correspondiente certificado Notarial que acompañara la parte demandante, es posible concluir que el sumidero de aguas lluvias en que se trabó la rueda delantera de la bicicleta corresponde al que posee el tipo de rejilla 45-9-R, que tal como aparece en el Volumen IV del Manual de Carreteras, su empleo es para sumideros ubicados dentro de la calzada de carreteras en la que está excluido el tránsito de ciclistas y peatones.

Vigésimo segundo: Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 177 de la ley 18.290, la Municipalidad respectiva es responsable civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia de una inadecuada señalización. Evidente resultan los antecedentes que obran en autos para arribar a dicha convicción, toda vez que las rejillas que existían en Avda. Apoquindo, si bien, pueden ser utilizadas en calles como la Avda. mencionada, porque reúnen las características técnicas que así lo determinan, no es menos cierto que la autoridad municipal debió prohibir el tránsito de ciclistas por dicha arteria, toda vez que tenía conocimiento que las mencionadas

⁴⁶ Es lo que pretende Pierry Arrau, "Responsabilidad por los entes públicos por el mal estado de las vías públicas", en *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, 8 (1984) (pp. 143-159), p. 155.

⁴⁷ Demanda por daños y perjuicios interpuesta por la afectada, su marido y dos hijos, en contra de la Municipalidad de Las Condes. Se funda en que doña Anna Lindup transitaba en su bicicleta de paseo por Avda. Apoquindo, y al llegar a la intersección con calle Pehuén, introdujo la rueda delantera de su bicicleta entre las rejillas de una tapa de alcantarillado para aguas lluvias, lo que provocó su caída del vehículo que conducía, golpeándose contra el pavimento, resultando por ello con fractura multifragmentaria mandibular en el costado derecho de su mentón, pérdida de siete piezas dentales, amplia separación del maxilar inferior del superior, fractura de su paladar óseo, fractura de los huesos nasales con deformación de la pirámide nasal, fractura multifragmentaria del tabique nasal óseo, fractura de ambos senos maxilares, fractura de ambas apófisis pterigoides, lesiones todas gravísimas y deformantes, y que han involucrado un largo período de recuperación, con múltiples secuelas de orden psicológico y de disgregación familiar ante la imposibilidad de hablar y relacionarse normalmente con los miembros de su familia. La sentencia de primera instancia acogió la demanda concediendo por concepto de daño emergente la suma de \$ 6.000.000; y por concepto de daño moral, \$ 50.000.000 por la Sra. Lindup; \$ 30.000.000 por su cónyuge, y \$ 10.000.000 por cada uno de sus hijos. La Corte de Apelaciones de Santiago rebajó a \$ 25.000.000 la condena por daño moral a favor de la afectada y \$ 5.000.000 por cada uno de sus dos hijos (CA de Santiago, sentencia de 27 de junio de 2001, Rol 5919). La Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de casación en el fondo interpuesto (CS Casación Civil 4.1107-2001). Está pendiente el recurso de casación en la forma.

rejillas no pueden ser empleadas en calles en que transiten bicicletas o peatones. Si a esta circunstancia se une el hecho que en la Red Vial Básica, según la resolución exenta N° 347, clasifica a la Avda. Apoquindo como una vía Troncal, y que el Decreto N° 83 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones define lo que es una vía troncal, como aquella de elevada capacidad, pero de velocidad de operación inferior al de una autovía, que presenta menos restricciones de accesibilidad con respecto a otras vías y a las actividades del entorno, que atiende desplazamientos principalmente de larga distancia que ocurren en flujos elevados, predominantemente de locomoción colectiva o en flujos medios de automóvil, pero que en ningún caso prohíbe el tránsito de peatones o ciclistas, razones que permiten a este sentenciador adquirir la convicción que la demandada incurrió en falta de servicio, al no garantizar el tránsito seguro por las vías públicas de dicha comuna, al no advertir a los ciclistas que transitaban por sus calles el peligro de las rejillas de aguas lluvias que existían en sus vías, toda vez que las utilizadas no permiten el tránsito de dichos móviles o en caso de no haberlo advertido, haberlo prohibido derechamente, decisión esta última para la que tiene facultades según la normativa legal". (Sentencia de primera instancia del 15° Juzgado Civil de Santiago, de doña Ana María González Sh, 21 de agosto de 1998, el subrayado es nuestro).

Otros casos de responsabilidad por leyes especiales: La misma Ley del Tránsito respecto de la responsabilidad del propietario de vehículos (art. 174, Ley 18.290); la Ley de Seguridad Nuclear (Ley 18.302); la Ley de Navegación (D.L. 2222, de 1978) que trata la responsabilidad por derrame de hidrocarburos en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, el Código Aeronáutico que trata de la responsabilidad por daños causados en la aeronavegación, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (Ley 19.300) que regula la responsabilidad por daño medioambiental.

En estos casos, las Municipalidades responderán, en la medida de que se acredite, respecto de ellas, la conducta tipificada como ilícita y que sea dañosa. Y en los supuestos que el tipo legal exija acreditar, además, un factor de imputación de tipo subjetivo –dolo o culpa en el imputado– estimo que esta exigencia no será aplicable al municipio, por el carácter objetivo que se desprende de su responsabilidad conforme con las reglas generales, fundamentalmente por aplicación del art. 38, inciso 2° de la CPR y 4° de la LOBGAE.

No se entendió así en un caso de responsabilidad por accidentes del trabajo, en el que se aplicó el art. 69 de la ley 16.744⁴⁸.

⁴⁸ El artículo 69 de la Ley de Seguro Social contra Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales señala: "*Cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas:*

a) El organismo administrador tendrá derecho a repetir en contra del responsable del accidente, por las prestaciones que haya otorgado o deba otorgar."

*Valencia con Municipalidad de Santiago*⁴⁹

"4.- Que no resulta aplicable en la especie la disposición invocada por el actor en su demanda, contenida en el inciso primero del artículo 184 del Código del Trabajo, habida consideración a que, entre el actor y la Municipalidad demandada, no existe un contrato de trabajo regido por el Código del ramo, sino que existe entre ellos una contratación especial, sujeta a las normas del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, de la ley N° 18.883, en el cual no se contempla una disposición de similares alcances, de modo que el tribunal se atenderá únicamente a lo prevenido en el artículo 69 de la ley N° 16.744 también mencionado por el autor en apoyo de su pretensión."

"20.- Que, en resumen, en el proceso se encuentra establecido que el accidente de autos se produjo cuando el actor realizaba labores de limpieza de los vidrios de la ventana de la Dirección de la Unidad de Mantenimiento de la Municipalidad, los que se encontraban a una altura no superior de dos metros y medios, utilizando para alcanzar dicha altura una escalera de mano de una longitud aproximada de tres metros y medio, que sufrió un vértigo que le hizo perder el equilibrio, cayendo al suelo con las consecuencias señaladas, sin que los jefes inmediatos del actor hubiesen tenido conocimiento que el funcionario padeciera de alguna dolencia capaz de producir la pérdida de equilibrio que en definitiva provocó su caída."

21.- Que, a la luz de los hechos establecidos, se desprende, de modo fehaciente, que el accidente del trabajo de que se trata no se ha producido por la falta de implementos de seguridad que la Municipalidad debía haber facilitado al actor para la realización de la tarea encomendada, sino que a una momentánea pérdida de equilibrio de éste, durante el desempeño de sus funciones, de lo que se infiere que no ha cabido culpa o negligencia a la Municipalidad, en el accidente señalado, que origine la responsabilidad civil reclamada."

6. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LAS MUNICIPALIDADES

Las municipalidades también pueden incurrir en responsabilidad contractual, para indemnizar los daños en caso de infracciones a contratos o convenciones, legalmente celebradas.

Es natural que los Municipios puedan celebrar diferentes tipos de contratos o convenciones, algunos de ellos tomados del derecho común y otros referidos a tipos de actos propios del derecho administrativo municipal, como es el caso de permisos y concesiones, etc.

En estos casos, entiendo que las reglas del derecho común se aplican, en lo que correspondiere, pero en la medida que se entienda que

⁴⁹ Funcionario de la Municipalidad de Santiago, que reclama daños y perjuicios por la caída desde un andamio, la demanda fue rechazada por estimarse que la Corporación no tuvo responsabilidad.

la responsabilidad por daños contractuales que pueda imputarse a un Municipio tiene carácter objetivo, es decir, que basta con la infracción de la ley del contrato, sin necesidad de acreditar dolo o culpa en él.

Lo anterior emana del hecho de que el art. 38, inciso 2° CPR, el art. 4° de la LOBGAE, y el art. 141 de la LOM, no distinguen si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual.

Por otra parte, el art. 140 de LOM establece la responsabilidad por daños y perjuicios por resolución u omisión ilegal, que puede ser aplicable a todo tipo de daño, sin distinguir. Sólo exige la ilegalidad de la actuación. En consecuencia, si lo que se infringe es "la ley del contrato", aparte de la norma concreta que se ha incumplido, siempre se habrá infringido, por acción u omisión una "ley", en este caso los artículos 1545 y 1546 del Código Civil. No hace falta el dolo o la culpa de la Municipalidad.

El punto que puede quedar en duda es el alcance de los perjuicios de que se responde, porque sabemos que, conforme con el artículo 1558 del Código Civil, existe una diferente para el caso de la infracción dolosa y de la culposa⁵⁰.

Pienso que tampoco en estos casos podremos aplicar esta disposición, sino que habrá de responderse aplicando las reglas de la responsabilidad propia de la administración del Estado, sin distinguir, ni siquiera indagar, por el dolo o la culpa: basta la infracción de ley.

Veamos algunos casos:

*Koppmann Cortés con Municipalidad de Ñuñoa*⁵¹

"Quinto: Que la Municipalidad emplazada ha cuestionado la procedencia de este mecanismo tutelar, aduciendo que él ha sido instituido para la revisión de actos administrativos y no de contratos legalmente celebrados entre partes, cuyo es el objeto que se persigue por la empresa Koppmann S.A.; tesis de la que también participa el representante del Ministerio Público, según se dejó expresado en la parte enunciativa y que invocó para proponer la desestimación del reclamo;

Sexto: Que semejante argumentación debe ser desechada, pues por su intermedio se pretende introducir una exigencia no prevista por el legislador,

⁵⁰ La infracción contractual culposa hace responder al deudor sólo de los perjuicios directos que se previeron o pudieron prever al tiempo del contrato. En cambio en caso de dolo, se responde de todo tipo de perjuicios "que sean una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido con la obligación o de haberse demorado su cumplimiento" (cfr. Art. 1558 CC).

⁵¹ Reclamó de ilegalidad en contra de una resolución del Alcalde de Ñuñoa, que había hecho efectiva una serie de multas, en un contrato de concesión por servicio de barridos de calles. El Reclamo fue desechado.

el cual, en el precitado artículo 136 de la ley N° 18.695, autoriza el reclamo de ilegalidad en contra de "resoluciones" –u omisiones– del alcalde o de sus funcionarios, sin distinguir si ellas inciden en el ámbito extracontractual o si se producen con ocasión de los contratos que su normativa orgánica autoriza a las Municipalidades celebrar con particulares para cumplir el servicio público que le asigna entre sus funciones institucionales.

Semejante parecer se refuerza al considerarse que la decisión del alcalde o de sus funcionarios en orden a aplicar multas o poner unilateralmente término a un contrato de concesión de un servicio público, no pierde, en razón de haberse pronunciado en ese ámbito específico, su naturaleza de acto administrativo, susceptible, por ende, de incurrir en antijuridicidad, si no se ajusta a la normativa que sobre la materia rige la actuación esos órganos;

"Undécimo: Que, según se desprende de la documentación agregada a los autos, en especial, de la que acompañó la propia reclamante en el tercer otrosí de su libelo de fojas 95 y siguientes, en que constan los contratos que la vinculan con la Ilustre Municipalidad de Ñuñoa, tales convenciones tienen por objeto la concesión del servicio de barrido, recolección y transporte de residuos y basuras en determinadas áreas de la comuna, cuyo cometido se encomienda, mediante el pago de cierta cantidad de dinero a la empresa Koppmann S.A.

Trátase, pues, de contratos administrativos impregnados por el principio de interés público, que el ente municipal ha celebrado en el marco normativo de los artículos 3 letra d) y 6 de la ley N° 18.695, sin perjuicio de quedar sujetos también a la regulación general que para dicha especie de convenciones se establece en el artículo 1545 y siguientes del Código Civil.

Duodécimo: Que en los contratos mencionados aparecen las siguientes cláusulas relacionadas con la materia en análisis, a saber: la 12ª, que encomienda a la Inspección Técnica del Servicio, dependiente de la Dirección de Aseo y Ornato del Municipio, el control de la ejecución de los trabajos convenidos y la facultad en su parte final para "cursar las multas si se produjeron deficiencias que las ameriten", y cláusula 16ª, que autoriza a la Municipalidad para "aplicar multas por deficiencias en razón de la falta de cumplimiento por parte del contratista de cualquiera de las obligaciones asumidas por el presente contrato".

A lo anterior debe agregarse, en el mismo orden de ideas, el enunciado contenido en el último acápite de la cláusula 15ª, según el cual "el contratista, al suscribir el contrato deberá reconocer que se trata de la prestación de un servicio público y que su interrupción o suspensión puede originar serios perjuicios al interés general, afectando la salud e higiene de la población y, por lo tanto, acepta la aplicación de las multas estipuladas del contrato".

Decimotercero: Que de lo precedentemente relacionado se infiere que la Municipalidad de Ñuñoa y la empresa Koppmann S.A. optaron por regular convencionalmente y de manera anticipada, mediante la inserción en el pacto de cláusulas penales o multas, los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas por parte de esta última.

Siendo ello así no puede discutirse la facultad que le correspondía a los agentes municipales en orden a poner en ejercicio dicho mecanismo de indemnización compensatoria; y al hacerlo, no ha obrado el Municipio antijurídicamente, sino con sujeción a la legalidad del contrato.

En esta línea de razonamiento, no cabe sino incluir en la necesidad que pesa sobre la empresa concesionaria de respetar lo estipulado sobre la materia en los contratos, cuya obligatoriedad se impone con la fuerza vinculante que el citado artículo 1545 del Código Civil –recogiendo el principio acuñado en el aforismo *pacta sunt servanda*– asimila a la que proviene de la ley; no siéndole lícito, por ende, desconocer las atribuciones de que se encuentra premunida su contraparte en el aspecto sancionatorio de origen convencional que impugna por vía del reclamo (Reclamo de Ilegalidad, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 28 de septiembre de 2001, Rol 801-1999).

*Sociedad Testing con Alcalde de Calama*⁵² (doctrina contraria a la anterior)

“Quinto: Que los contratos de prestación de servicios que las partes celebraron, las deja ligadas al cumplimiento de cada una de sus disposiciones. Si bien se acordó el pago de la multa para el caso de incumplimiento, es preciso destacar, como lo hace la reclamante, que ellas se sometieron a la jurisdicción de los tribunales de la ciudad de Calama para todos los efectos derivados de la ejecución de los mismos, entre los cuales está, ciertamente, el determinar si la reclamante incurrió en un incumplimiento que amerite tal sanción en su contra.

La igualdad entre las partes surgida como consecuencia de la convención celebrada, no hace posible que una de ellas se atribuya el poder para resolver por sí misma la cuestión relativa al cumplimiento de lo pactado y luego ordenar el pago de una multa en beneficio propio. La mínima garantía de imparcialidad a que las partes tienen derecho para resolver sus controversias hace improcedente una decisión de esta índole.

No está de más considerar que, de conformidad con la cláusula sexta de los contratos, la reclamante otorgó una boleta bancaria de garantía, equivalente al 10% del valor en que se adjudicó la propuesta, la que se hizo efectiva por el Gobierno Regional de Antofagasta que era su beneficiario (así queda de manifiesto de lo dicho por las partes) lo que importaría, adicionalmente, una doble sanción por el hecho que se imputa a la reclamante y que, como se dijo, requiere de un pronunciamiento por persona distinta de los contratantes.

Sexto: Que las razones esgrimidas por la reclamada en orden a que pudo dictar un decreto como el que se impugna, pues está dentro de sus facultades, y que lo hizo ante la imposición de la Contraloría General de la República, carecen de relevancia *sunt a lo anteriormente dicho* y que hace imperioso

⁵² Se dedujo Reclamo de Ilegalidad en contra del decreto Alcaldicio N° 457 de fecha 18 de octubre del año 2001, dictado por el Alcalde Suplente de la I. Municipalidad de Calama, en virtud del cual se impuso a su representada una multa ascendente a la suma de \$ 14.052.769 por el supuesto incumplimiento de los contratos de prestación de servicios correspondiente a los estudios “Mejoramiento Avenida Balmaceda entre Huaytiquina y Circunvalación Sur” y “Mejoramiento y Conexión Avenida Granaderos entre Huaytiquina-O’Higgins, Calama”. La Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió el reclamo, dejando sin efecto los decretos Alcaldicios impugnados, con costas. La Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de apelación.

acoger la reclamación hecha, única manera de remediar el perjuicio causado con el acto que se impugna". (Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 13 de agosto de 2002, Rol 48).

*Juan Moreira con Municipalidad de La Granja*⁵³

"Decimoquinto: Que, apreciado el peso demostrativo de la pericia de acuerdo con las normas de la sana crítica, esta Corte concluye que la I. Municipalidad de La Granja, al hacer efectivas las boletas de garantía a que se refiere este expediente, actuó de acuerdo con la ley y, por lo que su decisión, contenida en el Ord. N° 665, de 9 de diciembre de 1991 no es ilegal y, por tanto, tampoco lo es el decreto N° 1.011, de 7 de mayo de 1992

Decimosexto: Que la boleta bancaria es sólo una caución, que persigue asegurar el cumplimiento de una obligación y, cumplida ésta, ella debe ser devuelta al tomador. Y, si ha sido cobrada, el beneficiario sólo puede retener la parte del monto de ella que corresponde al pago de lo que el tomador le adeuda, debiendo restituir el saldo, por lo que la I. Municipalidad de La Granja deberá efectuar una liquidación de las deudas, de la actora y restituir a ésta la parte del valor de las boletas de garantía que exceda de tales deudas."

(Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de agosto de 1993, que desecha el reclamo, con declaración, Rol 173-93).

7. LA RESPONSABILIDAD DE LAS CORPORACIONES MUNICIPALES

Estas corporaciones están afectas al derecho común, en su actuación propia; pero en la medida que desarrollen funciones que sean propias de las municipalidades, como por ejemplo los servicios traspa-sados de educación, salud y educación, es posible establecer responsabilidad directa para el municipio.

*Canto con Corporación Municipal de La Florida*⁵⁴

"13°) Que si bien es cierto que el actor ha invocado, en apoyo de su pretensión, disposiciones legales no atinentes específicamente a la materia debatida, tal situación no puede constituirse en determinante para resolver

⁵³ Reclama de ilegalidad en contra de la Municipalidad de La Granja por haber hecho efectiva una boleta de garantía por la ejecución de una obra, que en concepto del reclamante estaba perfectamente ejecutada, por lo que la Municipalidad habría vulnerado la ley del contrato. El reclamo fue desechado.

⁵⁴ Se demanda a la Corporación Municipal de la Florida, por los daños materiales y morales sufridos por la menor Rosa Katerina Canto Carreño como consecuencia del cumplimiento imperfecto del contrato de educación habido entre el demandante y el colegio Indira Gandhi perteneciente a la citada corporación; dicho cumplimiento imperfecto, según el actor, habría consistido en el hecho que la Directora de ese establecimiento educacional, el día 27 de octubre de 1988, no obstante ser día hábil y de normal actividad académica, sin su conocimiento ni consentimiento y estando expresa-

sobre su improcedencia, pues toda acción que se interpone jurisdiccionalmente no se califica por las disposiciones legales que se aducen sino por la causa de pedir, la que se basa siempre en un hecho jurídico o material cuya real calificación corresponde al sentenciador efectuar. Es por ello que la referencia que hace la parte demandante en su libelo de demanda al artículo 2320 del Código Civil carece de toda relevancia en estos autos.

En este orden de ideas, como se ha manifestado precedentemente, no existe controversia alguna en cuanto al hecho que el colegio Indira Gandhi pertenece a la Corporación Municipal de Educación, Salud, Cultura y Recreación de la Ilte. Municipalidad de La Florida, creada de conformidad con las disposiciones contenidas en el decreto ley N° 3.063 de 1980, y, de acuerdo a sus Estatutos (documento de fojas 15), le corresponde administrar y operar la labor educacional que realiza el mencionado colegio, por lo que, en el caso de autos, le es plenamente aplicable la disposición contenida en el artículo 1679 del Código Civil, debiendo asumir la consecuente responsabilidad por la conducta culpable exhibida por el establecimiento educacional en el cuidado de la integridad física de la menor Canto Carreño. (Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 3 de noviembre de 2000, Rol 3.783-98).

III. LOS PROBLEMAS DE LA CAUSALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD MUNICIPAL

1. SOBRE LA DOCTRINA DE LA CAUSALIDAD

Creo importante reiterar que cualquiera sea el tipo de responsabilidad que se esté invocando, la responsabilidad objetiva de fuente Constitucional, o bien la responsabilidad por falta de servicio, la responsabilidad por hecho u omisión ilegal que causa daño, etc., el factor que cobra relieve –pues aparece como esencial para vincular el hecho municipal y el daño– es el de la relación causal.

Nuestros Tribunales no han hecho un desarrollo dogmático de los problemas que suscita la cuestión de causalidad, lo que se explica fundamentalmente porque mientras los problemas de responsabilidad por daños y perjuicios –incluso en caso de responsabilidad del Estado– se resolvían bajo criterios culpabilísticos, la verdad es que la cuestión causal no parecía tener demasiada importancia, dado que el

mente prohibido por las normativas del Ministerio de Educación, su hija fue autorizada para abandonar el colegio a fin de efectuar en el vecindario una campaña a objeto de reunir fondos para financiar un viaje de estudios al término del año escolar, recolectando diarios y botellas vacías que le donaran los vecinos del entorno, oportunidad en la que fue víctima de un grave accidente de tránsito que causó a la menor muy severas lesiones. La sentencia de primera instancia condenó a la Corporación demandada; la Corte de Apelaciones de Santiago modificó el fallo, en cuanto negó la condena por lucro cesante, redujo la de daño emergente a \$ 1.734.886 y elevó la condena por el daño moral a \$ 25.000.000.

verdadero elemento de imputación era la culpa o dolo del agente, que absorbe al análisis de la causalidad, lo que ha permitido a los tribunales moderar soluciones que formal o materialmente aparecieran como exageradas. Esto explica la razón por la cual nuestra jurisprudencia en general ha sido reacia a considerar la cuestión causal como un elemento normativo o de Derecho, de cara a la procedencia de la casación en el fondo.

Pero lo que podría tener solución en áreas de responsabilidad por culpa, no lo tiene con la misma facilidad, cuando lo que discute son daños y perjuicios fundados en responsabilidad objetiva o estricta. En estos casos la cuestión causal pasa a cobrar un relieve determinante, tanto para establecer la imputación misma (el *an debeatur*), como el tipo y monto de los daños y perjuicios que se conceden (el *quantum debeatur*). No basta con afirmar que a este respecto debe existir una relación causal, si no se precisa u ofrece una aproximación dogmática a la cuestión de la causalidad, por debatida que ella sea.

Se sabe que se han formulado muchas doctrinas sobre la relación de causalidad, que van desde entremos de empirismo puro, como la de la *condictio sine qua non*, hasta aquellas que proponen la formulación de juicios normativos de imputación (la primera que se formuló en esta línea fue la doctrina de la causalidad adecuada)⁵⁵.

En materia de responsabilidad municipal, no existe una doctrina asentada, pero sigue siendo la de mayor apoyo la doctrina de la equivalencia de las condiciones.

Veamos dos casos

*Troncoso y Otros con Municipalidad de Coronel*⁵⁶

“En la especie no se ha discutido la obligación que pesa sobre la municipalidad demandada de administrar los bienes municipales, valer decir, del estadio municipal Federico Schwager y tampoco se discute el deber que sobre ella recaía de tener sus instalaciones en condiciones de completa seguridad para

⁵⁵ Cfr. Goldenberg, Isidoro, *La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 15-37.

⁵⁶ Los herederos de un espectador de un partido de fútbol de tercera división, asistente al estadio Federico Schwager, demandan a la municipalidad propietaria del recinto, Municipalidad de Coronel, por la muerte de espectador, al caer sobre un espacio vacío en las graderías, riesgo que no había sido suficientemente advertido por los organizadores, que habían recibido el Estadio en comodato, ni por la Municipalidad. Quedó acreditado en el proceso el estado de intemperancia del occiso. El tribunal de la instancia acogió la demanda concediendo una indemnización por daño moral a favor de cada actor de \$ 3.000.000. El fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción, y la Corte Suprema.

que pudieran ser usadas por el público sin peligro de su integridad física, y dentro de las medidas de seguridad, no bastaba con sacar los tablones de los primeros peldaños, como lo hizo, a fin de que los asistentes al recinto no pudieran acceder a la gradería superior, pues existía la posibilidad de que alguien con más osadía lo hiciera, como efectivamente aconteció con Pedro Troncoso Beltrán, situación que debió preverse por la municipalidad y, sobre esa base, no podía autorizar el uso del estadio y en evento de hacerlo, como efectivamente aconteció, debió clausurar físicamente los sectores de gradería en mal estado, cerrándolos, pero nada de ello se hizo, conformándose de este modo una falta de servicio que le hace incurrir en la responsabilidad contenida en el art. 137 de la ley 18.695 -141 de ahora- y la obliga a indemnizar el perjuicio causado con su conducta, pues, como se dijo, no están acreditadas las circunstancias excluyentes del caso fortuito o culpa de la víctima.

Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de no resultar probado que la víctima cayó al pisar un tablón que se levantó, como se dice en la demanda, ya que la responsabilidad de la Municipalidad se genera por su conducta de permitir el uso de un estadio con sus graderías en mal estado, limitándose a sacar los tablones de tres peldaños para impedir el acceso a las graderías superiores, al ser obvio que tal medida no era suficiente, pues se formó un espacio vacío con una altura aproximada de dos metros, al que podría caer cualquier persona, como realmente sucedió, siendo irrelevante si la caída fue por levantamiento de tablón, tropezón o pérdida de equilibrio, pues, de no existir el vacío, la caída no habría tenido el efecto que produjo.

Sin perjuicio de lo consignado, es claro que la víctima se expuso imprudentemente al daño con el hecho de intentar bajar las graderías superiores estando bajo la influencia del alcohol, prescindiendo del peligro que significaba el vacío formado por los dos tablones faltantes en las gradas inferiores, y que debe considerarse en la regulación del monto del perjuicio, pero, aún considerando esta circunstancia, se estima adecuado el valor fijado por el juez de primer grado, como cuantía de la indemnización para cada uno de los demandantes". (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 28 de noviembre de 2.001, Rol n° 1.548-2000, confirmada por la Corte Suprema, sentencia de 4 de abril de 2.002, Rol n° 319-02).

La Corte de Apelaciones formula considerandos que parecen fundarse en criterios objetivos de responsabilidad, al atribuir a la Municipalidad la creación de un riesgo que pudo prever y que no actuó en consecuencia para mitigarlo. Para dar por sentada la concurrencia de la relación causal recurre a la teoría de la *condictio sine qua non*.

*Pavez Jara, Juan con Municipalidad de La Florida*⁵⁷

La Corte de Apelaciones, revocó la sentencia de primera instancia, que había acogido la demanda. Aunque en una primera lectura, pare-

⁵⁷ En este otro caso, se trataba de determinar la responsabilidad que pudiera caberle a la Municipalidad de La Florida en las lesiones de un menor, ocurrida a consecuencia de

ce aplicar como criterio de causalidad el de la "causa adecuada", creo que está más bien pensando en la doctrina de la *condictio*.

"4°.- Que de lo expuesto por las partes, lo declarado por los testigos a fs. 58 a 62, y los informes médicos acompañados a los autos, no se desprende que la ausencia del salvavidas en las inmediaciones de la piscina donde ocurrieron los hechos pueda ser considerada como la *causa necesaria* de las lesiones sufridas por el menor, toda vez que éstas no son resultado de que el menor hubiese requerido la atención de un salvavidas y el recinto municipal no se lo hubiera proporcionado, circunstancia que sí constituiría una falta de servicio con responsabilidad para la municipalidad".

Del análisis del mismo considerando, y de otros del mismo fallo, se concluye que aplica un criterio más similar a la de la *condictio*, pues la idea de "causa necesaria", es similar a la de "sin la cual no".

"La verdad de los hechos, a la luz del proceso, es que el menor afectado en ningún momento observó una conducta que haga presumir que un salvavidas habría podido prevenirlo de algún peligro o llamarle la atención, ni menos presentó señales de estarse abogando. A este respecto son precisas las declaraciones de los testigos de autos en orden a que el menor se encontraba parado junto a la orilla de la pileta media y, de repente, resbaló y cayó al agua, por consiguiente, las lesiones que afectan al menor son producto del golpe que éste experimentó al resbalar y caer, golpeándose la espalda en el borde de la pileta, y la presencia del referido salvavidas en nada pudo cambiar la ocurrencia de tan lamentable acontecimiento".

La Corte concluye que la omisión de la Municipalidad no fue causa necesaria de la muerte del niño, es decir, es criterio que se usa en caso de omisiones, cuando se aplica la doctrina de la equivalencia de las condiciones.

Continúa la Corte:

5°.- Que ocurridos los hechos el menor recibió atención de emergencia en el servicio de enfermería de la piscina municipal, quienes lo examinaron y determinaron su derivación a un centro hospitalario llamando telefónicamente la ambulancia que trasladó al menor al hospital Josefina Martínez.

que cayó en una piscina dependiente de esa Municipalidad. La responsabilidad se imputaba a base de la mala actuación del salvavidas de la piscina municipal que no estaba en funciones, ya que podría haber impedido que la superficie alrededor de la piscina provocase el deslizamiento de su hijo y el consiguiente golpe en la espalda, como asimismo que el menor permaneciera dentro del agua por un período prolongado, acrecentando con ello el daño causado.

6°.- Que los testigos individualizados en el considerando séptimo de la sentencia en alzada estuvieron contestes en el hecho que el menor resbaló porque el borde de la piscina estaba mojado y resbaladizo, adjetivos que califican con regularidad este sector de las piscinas y que constituyen en su funcionamiento una situación de normal ocurrencia, particularmente si se tiene en cuenta la gran cantidad de personas que comúnmente ingresan y salen del agua en ellas.

En efecto, de las propias declaraciones de la testigo doña Sara del Rosario Leal Lolas, rolantes a fs. 58 de autos, se desprende que sólo ella en su calidad de monitora llevó a la piscina más de 50 niños, entre los cuales se encontraba el menor afectado.

7°.- Que no existe en autos antecedente probatorio alguno a partir del cual pueda presumirse que el estado en que se encontraba el borde de la piscina municipal el día del accidente no se enmarca dentro de un estado de normalidad en el funcionamiento de la misma sino que constituya una falta de servicio imputable a la municipalidad, por consiguiente, no existiendo en los autos descripción alguna, a favor ni en contra, de las obras de resguardo que rodean a las piscinas del Balneario Municipal de La Florida, no se ajusta al mérito del proceso concluir que dicha municipalidad haya incurrido en falta de servicio por no respetar las normas de seguridad y mantenimiento que para el funcionamiento de las piscinas públicas prescribe el decreto N° 327 del año 1997, del Ministerio de Salud (Apelación, CA de Santiago, sentencia de 1 de abril de 1999, Rol 6.744-98).

Por otra parte, en lo que se refiere al estado mismo de la piscina la sentencia hace aplicación del principio de la normalidad del servicio, apartándose así de los criterios de responsabilidad más estricta, que centran su atención en el daño creado.

Hay sentencias, por el contrario, que se han inclinado por criterios que apuntan más al concepto de riesgo creado y previsibilidad.

Soto con Municipalidad de La Unión

“Trigesimosegundo: Que, de lo razonado hasta ahora, surge como conclusión necesaria que la I. Municipalidad de La Unión ha obrado con negligencia en este caso, al proyectar una obra sin considerar los elevados riesgos que una vez terminada iba a generar, al no haber realizado acciones tendientes a modificar las condiciones de riesgo previas o coetáneamente a la realización de la obra.

Por lo anterior, la demandada es responsable de los perjuicios causados y ha de responder por ellos” (sentencia de primera instancia de 31 de enero de 2000, dictada por el juez Subrogante don Juan Eduardo Sáez SM., Rol 36.573)

Sin embargo, la Corte Suprema reenfocó el asunto hacia la falta de servicio:

“De la circunstancia establecida en el proceso de haber quedado la casa de la demandante, a consecuencias de la pavimentación de la calle, en la situación de anegarse por el derrame de aguas lluvias se infiere que la municipalidad no cauteló que en esas obras se observaran los estándares mínimos requeridos para prevenir el daño provocado, pues, según las normas legales aplicables, debe entenderse que pertenece a la función pública de las municipalidades evitar que un defecto de pavimentación tan evidente llegue a provocar perjuicios de esa gravedad a alguno de los vecinos. En consecuencia, sólo cabe calificar de objetivamente defectuoso el servicio municipal, como lo han hecho los jueces del fondo, sin que éstos hayan incurrido en infracción alguna al artículo 141 de la ley N° 18.695”. (Parte del considerando 9°, Corte Suprema Casación Civil, sentencia de 3 de mayo de 2001 Rol 3.176-00).

Rivera Aravena con Municipalidad de La Unión

“Decimotercero: Que, además de ser un hecho público y notorio, se encuentra acreditado en autos que la calle Ramírez, en el sector en que tiene su vivienda la actora, se ubica en uno de los puntos más bajos de la ciudad y, en estas circunstancias, recibe gran cantidad de los caudales de aguas lluvias que recogen las arterias de los sectores altos, de modo que, en caso de precipitaciones, la calle transporta un torrente de agua notable, más aun cuando éstas son copiosas, como ocurre frecuentemente en esta zona del país.

Decimosexto: Que, en consecuencia, no cabe sino concluir que ha sido la pavimentación de la calle la que ha ocasionado el anegamiento reiterado de la casa de la actora.”(Sentencia de primera instancia de 31 de enero de 2000, Rol 36.573).

Corte Suprema

“De la circunstancia establecida en el proceso de haber quedado la casa de la demandante, a consecuencias de la pavimentación de la calle, en la situación de anegarse por el derrame de aguas lluvias se infiere que la municipalidad no cauteló que en esas obras se observaran los estándares mínimos requeridos para prevenir el daño provocado, pues, según las normas legales aplicables, debe entenderse que pertenece a la función pública de las municipalidades evitar que un defecto de pavimentación tan evidente llegue a provocar perjuicios de esa gravedad a alguno de los vecinos. En consecuencia, sólo cabe calificar de objetivamente defectuoso el servicio municipal, como lo han hecho los jueces del fondo, sin que éstos hayan incurrido en infracción alguna al artículo 141 de la ley N° 18.695”. (Parte del considerando 9°, Corte Suprema Casación Civil, sentencia de 3 de mayo de 2001, Rol 3.176-00).

Contra Arredondo González

“6° Que, específicamente en el caso que se analiza, los factores de riesgo en el sector en que se produjo el atropello del menor eran innegables y de gran entidad. Por de pronto, el flujo vehicular alcanza un promedio de 6.000

vehículos por hora, en tanto que circulan, también en promedio, 540 peatones en ese mismo lapso, conforme lo establece el peritaje de fs. 245, emitido por el Sr. Edgardo Fagerstrom Bello. Esto aumenta considerablemente lo que el perito denomina el grado de conflicto entre peatones y vehículos y el riesgo de atropello para los primeros. En segundo término, se trata de un sector en donde no hay uno, sino nada menos que diez colegios o escuelas —según se aprecia del documento rolante en fs. 86—, hecho que no puede menos que obligar a admitir la existencia de un tipo de peatón que requiere de particular protección, como son los menores de edad. Muchas veces, simplemente la escasa estatura de los menores supone para ellos, especialmente frente a vehículos de gran tamaño, un riesgo adicional respecto de un adulto. Si a estos aspectos se agrega, aún, que la cultura nacional en materia de conducción no destaca precisamente por el respeto hacia el peatón, menos cuando los conductores pretenden virar —hecho que basta con observar en las calles de Santiago y de todas las principales ciudades de Chile, aunque existan algunos avances en provincias— es dable sostener que el paso peatonal era un elemento que en modo alguno podía considerarse prenda de seguridad suficiente para los peatones y, especialmente, para los niños del lugar;

7° Que, en este contexto, la existencia del semáforo en la intersección no ofrecía, tampoco, seguridad eficiente para los menores y peatones en general por cuanto, como se ha dicho, tal semáforo otorgaba luz verde para estos últimos y los vehículos al mismo tiempo, debiendo respetarse el derecho preferente de paso de quienes cruzaban la intersección sobre la base simplemente de paso peatonal demarcado antes mencionado;

8° Que, a todo lo anterior, debe agregarse el hecho de que la carta rolante a fs. 23 de autos, había dado cuenta, casi dos años antes, a la Municipalidad acerca de que la intersección de las calles Limache y Simón Bolívar era una zona riesgosa e insegura. Por triste coincidencia, la misiva fue enviada por la propia Directora del Colegio al que pertenecía el menor fallecido;

(...)

10° Que, conforme a lo dicho, resulta claro que un semáforo de cuatro tiempos, que podría parecer una medida exagerada en otras zonas, era una señalización sólo esperable y adecuada en el lugar que nos ocupa. Su presencia, ciertamente, no garantizaría por sí misma la ausencia de atropellos, pero sí la certeza de que la señalización colocó todas las trabas posibles y razonables para evitar su verificación y que ellos serían de responsabilidad exclusiva de los conductores imprudentes. Más aún, no es posible negar que en ciertas zonas fuesen, incluso, necesarias medidas adicionales de seguridad, como la instalación de los llamados lomos de toro antes del cruce u otras. La evaluación del grado de riesgo implícito en cada zona o sector de la ciudad, en especial en aquellos en que hay escuelas y menores circulando frecuentemente, jamás debe ser pospuesta u omitida; no debe prescindirse de ninguna medida que parezca razonable y necesaria para garantizar la seguridad de los peatones, menos aún cuando se trata de la vida de niños pequeños y de la destrucción de miles de familias chilenas cada año (...)"

Lindup con Municipalidad de Las Condes

"Vigésimo segundo: Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 177 de la ley 18.290, la Municipalidad respectiva es responsable civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia de una inadecuada señalización. Evidente resultan los antecedentes que obran en autos para arribar a dicha convicción, toda vez que las rejillas que existían en Avda. Apoquindo, si bien pueden ser utilizadas en calles como la Avda. mencionada, porque reúnen las características técnicas que así lo determinan, no es menos cierto que la autoridad municipal debió prohibir el tránsito de ciclistas por dicha arteria, toda vez que tenía conocimiento que las mencionadas rejillas no pueden ser empleadas en calles en que transiten bicicletas o peatones."

2. AUSENCIA DE UN ELEMENTO O FACTOR QUE EXONERE O ATENÚE LA RESPONSABILIDAD

Creo que el municipio puede exonerarse de la responsabilidad o al menos atenuarla, si se acredita que no ha concurrido "*falta de servicio*", o que ha habido concurrencia de un caso fortuito, o bien de "*culpa en la víctima*" o intervención de un tercero.

En este punto existe una cierta dificultad dogmática porque, como dije, no es clara la función que cumple la fuerza mayor o el caso fortuito, e incluso el hecho de la víctima o de un tercero.

Aja con Municipalidad de Talcahuano

La Municipalidad reclamó que la causa de la caída del mástil había sido un perno suelto, que habría sido soltado por terceros, e incluso por los mismos menores que jugaban ese día en el parque. Pero la sentencia de primera instancia rechazó esta defensa.

"DECIMOSEXTO: (...) resulta una circunstancia reconocida por las partes de este proceso que el elemento causante del fallecimiento, el mástil del Parque Las Araucarias de las Higueras de Talcahuano, se encontró en un momento no apto para sus funciones, constituyendo una fuente real y concreta de peligro para los usuarios del parque que, en definitiva, causó un grave daño a la vida de un menor....".

DECIMOSÉPTIMO: (...) Sin embargo, y aceptando hipotéticamente la tesis de que los estudiantes retiraron el perno del mástil, también dejaría a la demandada en la situación de imputársele falta de servicio, pues no es posible aceptar que se haya cumplido cabalmente la obligación de cuidado y mantención del mástil si bastaba que cualquier menor de los que concurrían al parque Las Araucarias hubiera podido retirar fácilmente el perno de dicho mástil o que cualquiera otra persona lo hubiera hecho, por cuanto no es

ajeno al conocimiento de los encargados de la mantención de dicho elemento que había un grave riesgo en la caída del mismo al mantenerlo en esas condiciones, lo cual se desprende del porte, material y peso de dicho elemento, y, en consecuencia, aún existiendo esas precarias condiciones de cuidado, de igual modo se habría producido la violación a lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley Orgánica de Municipalidades". (Sentencia del Segundo Juzgado de Letras de Talcahuano, pronunciada por el Juez Titular don Manuel Muñoz A., el día 18 de octubre de 1998).

Rojas con Municipalidad de Concepción

Parece que el tribunal de la instancia reflexiona en términos de una responsabilidad objetiva a todo evento.

"14) Que, en subsidio, la demandada sostiene que la acción de autos no puede prosperar dado que existe causal de justificación, cual es el hecho de la víctima, ya que habría sido la conducta negligente y descuidada de éste, la causa del accidente.

Que dicha petición debe rechazarse, puesto que la demanda se funda en la responsabilidad objetiva de la demandada, o sin culpa, ya que es suficiente para generarla que el daño haya sido la consecuencia directa e inmediata de una falta de servicio que tuvo su origen en el mal estado de la calle por la que se desplazaba el actor.

15) Que tampoco se dará lugar a la petición subsidiaria de rebajar prudencialmente el monto de la indemnización conforme a lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil formulada por la demandada, por cuanto no rindió prueba con tal fin, y el solo hecho de haber confesado el demandante en la absolución de posiciones, que a requerimiento de sus amigos agilizó su caminar y que vive cerca del lugar, no es suficiente para acreditar que se expuso imprudentemente al daño". (Sentencia del Tercer juzgado civil de Concepción, dictada por doña Vivian Toloza, Rol 4.101-1999)⁵⁸.

⁵⁸ Otro aspecto relevante de esta causa dice relación con una cuestión puramente procesal, porque si bien el chofer fue condenado en primera instancia, fue absuelto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y con ella desechó la demanda civil. La Corte Suprema, aunque confirmó la absolución del chofer, acogió la demanda civil. La Corte Suprema corrigió un error manifiesto del fallo de la segunda instancia, que entendió que la absolución del chofer acusado criminalmente debía llevar al rechazo de la sentencia civil, lo que es un absurdo. Porque bien puede existir responsabilidad civil municipal. En este caso por falta de servicio, y al mismo tiempo falta de responsabilidad criminal. Aunque no existe una consideración en este sentido, no hay duda que lo que se buscaba era esto, toda vez que el acusado fue absuelto, y tal vez esta absolución le hizo más patente a la Corte Suprema del error en el diseño del semáforo.

Palma con Municipalidad de Concepción

Dijo la Corte de Apelaciones

"4º.- Que el hecho de haber comunicado al Serviu y publicado en el diario El Sur de Concepción el mal estado de la vereda en calle O'Higgins entre Caupolicán y Rengo no exime al municipio de su responsabilidad, sino la agrava. En efecto, ello demuestra que incumplió su obligación de advertir al público, mediante letreros u otros dispositivos acerca de este desperfecto. No se trata aquí de dilucidar a quién corresponde la reparación, si al Serviu o a la municipalidad sino de determinar la responsabilidad que cabe a esta última por la falta de señalización en las calles que se encuentran en mal estado." (Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 25 de enero de 2002, Rol 1.399-01).

Soto con Municipalidad de La Unión

"Tercero: Que de los antecedentes referidos en el considerando precedente, debe concluirse que el occiso se expuso imprudentemente al riesgo que sufrió por cuanto llevaba un pasajero en el fierro de la horquilla de la bicicleta lo que está prohibido por el artículo 83 de la ley N° 18.290, además no llevaba luz delantera, infringía con ello el artículo 68 N° 3 letra a) de la misma ley y conducía en horas de la madrugada y con poca visibilidad por lo que de conformidad al artículo 2330 del Código Civil, la apreciación del daño sufrido y que se dio por acreditado en la sentencia de primer grado debe ser reducido. (Considerando agregado por la Corte de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 14 de noviembre de 2000, Rol 11.179-90)".

Almonacid y Otra con Municipalidad de Puerto Montt

"Octavo: Que, es un hecho de autos que el pozo séptico, denominado cámara de alcantarilla se encontraba sin tapa en un lugar de fácil acceso, desde que llegó hasta allí una menor de 4 años, a nivel del suelo, en medio de un espacio abierto cubierto con vegetación y sin señalización alguna que advirtiera su presencia sin importar la edad de la persona que la enfrentara. Que esta Juez estima que es un hecho público y notorio que las alcantarillas, pozos y todo sistema que importe la evacuación subterránea de desechos deben estar debidamente selladas, lo que no aconteció y producto de ello se produjo la caída de la menor. En efecto existe la razonable certeza para estimar que existe un nexo causal preciso entre esta circunstancia y la inmersión de la menor a la referida cámara, desde que si se elimina este evento, esto es, la abertura de este forado no estaríamos en presencia de este fallo."

Este fallo, por lo demás, está aplicando la teoría de la *csqn*.

"Noveno: Que, por lo anterior no se atenderán las alegaciones de la parte demandada en orden a que el hecho es imputable a la negligencia de doña

Isabel del Carmen Vera Hernández en el cuidado de la menor Sandra Isabel Almonacid Vera.” (Sentencia de primera instancia de 27 de octubre de 1998, Rol 49.257, dictada por doña María Eugenia Concha).

Silva Barrueto con Municipalidad de Los Ángeles

“Que la misma testimonial y documentos públicos referidos ya ponderados, acreditan la existencia de un daño moral sufrido por el actor Manuel Silva Barrueto, el que no requiere mayormente de prueba pues son sensaciones que sólo la persona afectada puede experimentar, daño que se representa por el hecho de haber sido demandado ante un Tribunal del cual resultó absuelto, lo que es demostrativo de la improcedencia de la denuncia, desprestigio como profesional que lo relacionan con lo sucedido en la Casa de Eventos, donde se procedió a paralizar las obras en un ambiente que trascendió a la ciudad por publicaciones radiales y escritas; perjuicio que se tasa en forma prudencial en \$ 2.000.000”. (Sentencia Juzgado de Letras de Los Ángeles, de 31 de agosto de 1998, dictada por el Juez señor Erasmo Sepúlveda Vidal, Rol N° 37.227).

3. LA CUESTIÓN CAUSAL: MI CRITERIO

Concluyo que el análisis del nexo causal no puede ser revisado como una pura cuestión material, que por lo demás se transforma en un espejismo cuando se trata de imputar omisiones (pues materialmente el hecho se produjo por otra concausa)⁵⁹. Hace falta formular un verdadero juicio de imputación, que asegure una proporción entre lo que se imputa al ente público y a lo que se pide como “condena”.

Por lo demás, creo que una fórmula como ésta ayuda a todos a poner el cuidado necesario en nuestra acción, que –no lo dudo– es una forma, y tal vez la principal de contribuir con nuestro comportamiento al bien común. Es decir, se convierte en la primera y principal carga pública.

Por lo mismo, creo que el caso fortuito y la fuerza mayor sí pueden –en ciertos casos– constituirse en límites a la responsabilidad Municipal, en cuanto son factores que, al concurrir, fracturan la relación causal.

No debe olvidarse que la configuración civil del caso fortuito, del art.45 del CC, lo define como “*imprevisto a que no es posible resistir*”, lo que ayuda a comprender que el elemento relevante es la calidad de hecho que escapa al control del ente imputado –su irresistibilidad–

⁵⁹ Cfr. Fierro, Guillermo Julio, *Causalidad e imputación*, Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 367 a 373.

dada precisamente por su carácter de imprevisto, que en estos casos más que todo aparece como un hecho imposible de detectar en cuanto a la oportunidad en que se va a desencadenar.

IV. LA LEY 19.880: EL NUEVO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS MUNICIPALIDADES

La Ley n° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, en vigor desde el 22 de mayo de 2003, aplicable a las Municipalidades (art. 2, inciso 1°), introduce una nueva alternativa para hacer efectiva la responsabilidad de la administración: el derecho de pedir que la misma autoridad la reconozca. En efecto, dentro de los derechos de las personas, en su artículo 17, se consagra el derecho a exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.

Aunque no queda claro a qué se refiere la norma con la frase *“poder exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente”*, en principio no parece excluida la posibilidad de impetrar la responsabilidad por daños y perjuicios, con todo, no parece nítida la forma en que el reconocimiento de dicha responsabilidad pudiera hacerse efectiva por parte de la misma Administración. Tal vez, un contrato de transacción puede ser el acto adecuado, aunque me parece poco probable que una autoridad vaya a reconocer su propia responsabilidad económica, y luego transija con un particular. Aunque, insisto, nada parece prohibirlo. Al contrario, esta norma que comentamos tiende más bien a autorizarlo.

Debe advertirse, que el artículo 54 de la misma ley establece que, una vez interpuesta una reclamación ante la Administración, no puede el reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada.

Aunque es una norma que está inserta dentro del Título “Revisión de los Actos Administrativos”, pudiera pensarse que se trata de una disposición sólo aplicable a este tipo de actos, es decir, que busquen la revisión o anulación de un acto administrativo, o pidan su invalidación; aunque la interpretación contraria también es admisible en el sentido de que es aplicable a cualquier “reclamación”, incluso la que permite el art. 17, ya comentado.

Sin embargo, creo que la imposibilidad de presentar alguna acción frente a los Tribunales de Justicia, dentro del período de resolución

administrativa o antes de que transcurra el plazo, podría más bien ser fuente de inutilidad de la norma, ya que los particulares probablemente elegirán reclamar en primer lugar ante los tribunales de justicia que ante la misma administración de cuyo acto están reclamando.

En todo caso, aún no existe jurisprudencia al respecto que avale una u otra postura.

V. EL PROBLEMA DE LA PRESCRIPCIÓN

Un tema que no he encontrado resuelto de modo directo, respecto a la responsabilidad de las municipalidades, es la prescriptibilidad de la acción misma.

Como se sabe, la postura más estricta planteada por el profesor SOTO KLOSS, afirma la imprescriptibilidad de la acción, dada su fuente dogmática, el art. 38, inciso 2° CPR, que no contempla esta posibilidad de extinción. Pienso que no es suficiente afirmar que la fuente de esta responsabilidad esté a nivel Constitucional, para concluir la imprescriptibilidad de la acción.

En este sentido creo que debe distinguirse el tipo de responsabilidad que se invoca. Así, la única acción efectivamente imprescriptible, es la que se funda en daño por hecho lícito de la administración, que encuentra un sustento de antijuridicidad en normas Constitucionales, en que el afectado no tiene el deber jurídico de soportar el daño que se le infiere, por aplicación de otras normas Constitucionales: derecho de propiedad, igualdad ante la ley, etc. En estos casos, estimo que no hay forma de aceptar la prescripción de la acción.

En los demás casos, estimo que debe aceptarse la prescriptibilidad de la acción, pero no la especial del art. 2332 del Código Civil —que regula la responsabilidad por culpa o dolo que se ha dicho no es el tipo que estudiamos— sino la de 5 años del art. 2.515 del Código Civil, que es derecho común para estos efectos.

VI. PRINCIPALES CONCLUSIONES

La responsabilidad del Estado, en Chile, tiene fuente constitucional y no debe asimilarse, sin más, a una responsabilidad por culpa de las que trata el Código Civil.

Conforme con el art. 38 inciso 2° de la Constitución Política, la responsabilidad del Estado —también de las municipalidades— tiene carácter objetivo, lo que no significa que el caso fortuito o la fuerza mayor no puedan ser factores de exoneración de responsabilidad.

Existen distintos tipos de responsabilidad para una municipalidad: por hecho "lícito", por "falta de servicio", por hecho ilegal, por hecho o culpa del Código Civil, por incumplimiento contractual, por leyes especiales, por hecho de sus corporaciones.

La falta de servicio, es una responsabilidad que tiene un carácter subjetivo, en cuanto exige de la municipalidad imputada la omisión de un servicio que debió prestarse. Pero esta responsabilidad por falta de servicio no debe asimilarse a la "culpa" del Código Civil.

El nexo causal, que aparece como un factor determinante para dar por establecida la responsabilidad de las municipalidades, debe establecerse con arreglo a criterios normativos y no meramente fácticos. Por ello, no es aconsejable, por extensivo, el criterio de la equivalencia de las condiciones.

La prescriptibilidad de las acciones para exigir la responsabilidad de las municipalidades sólo se justifica con arreglo a las reglas generales del Código Civil —cinco años— y en la medida de que no estén comprometidas garantías constitucionales. En este último caso, la imprescriptibilidad es un criterio que se impone, si se quiere ser coherente con los valores constitucionales.

LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN CHILE: ¿PRIVATIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA EMPRESA CONCESIONARIA?

MAURICIO VIÑUELA HOJAS

Doctor en Derecho

Universidad de Navarra

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

Analizar el régimen de responsabilidad establecido en el ordenamiento chileno en el marco regulatorio de las concesiones de obras públicas, dista mucho de ser un esfuerzo simple.

Si bien, a primera vista, un análisis superficial de la ley de concesiones¹ llevaría al lector a concluir que el legislador ha traspasado la responsabilidad frente a los usuarios de la obra a la empresa concesionaria, reservándose sólo supuestos excepcionalísimos de responsabilidad², existen razones en el mismo texto de la ley, y más allá de eso, en la Constitución Política de la República así como en la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, pero por último, razones de índole doctrinaria, que impiden aceptar, con tanta facilidad, que el Estado pueda haber logrado su propósito de desligarse de su responsabilidad frente a los usuarios, respecto de una obra que, con independencia del régimen de construcción que se haya usado para la misma, sigue siendo, conforme ha sostenido la propia Contraloría General de la República, una obra pública de pro-

¹ Decreto con Fuerza de Ley N° 164/1991, del Ministerio de Obras Públicas, cuyo texto refundido fijó el Decreto N° 900/1996, del mismo ministerio.

² El art. 35 del Decreto N° 900/1996, del MOP, establece que el concesionario no responderá, en cuanto se trate de daños exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas después de haber sido adjudicado el contrato.

piedad fiscal³, cuyo régimen de construcción y explotación será en todo de derecho público.

El tema tiene connotaciones jurídicas de indudable importancia si se apela a la plena protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos que propugna la doctrina administrativa, aspecto que va mucho más allá de la mayor o menor facilidad para poder determinar la identidad de la empresa concesionaria para dirigir en su contra las eventuales demandas de responsabilidad que se deban interponer, o de la suficiencia patrimonial del sujeto pasivo de una acción indemnizatoria, en caso de imponerse legalmente la obligación de accionar en contra de un ente privado.

Como se verá, hay cuestiones más relevantes que las referidas, para aceptar, con más o menos tranquilidad, la posibilidad de que la responsabilidad fiscal detrás de una obra dada en concesión haya sido reemplazada por la responsabilidad de la empresa concesionaria.

Cuestiones como el carácter objetivo o subjetivo de esta responsabilidad; la pertinencia de aplicar a la misma las normas del derecho público o las disposiciones del código civil acerca de la responsabilidad extracontractual; y, yendo aún más lejos, la posibilidad de aplicar a este ámbito la institución de la responsabilidad por falta de servicio que establece el artículo 42 de la ley 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado⁴. Todos estos, constituyen aspectos demasiado relevantes como para aceptar, sin mayor discusión, que el régimen de responsabilidad previsto por la ley de concesiones de obras públicas se baste a sí mismo y no requiera, como en efecto ocurre, un importante complemento desde disposiciones constitucionales y legales de orden superior, que no son sino el reflejo de instituciones categóricamente afianzadas en la doctrina.

Apelando al desarrollo que en Argentina ha realizado el profesor PÉREZ SÁNCHEZ, en su trabajo "Servicio Público. Técnica de protección al usuario"⁵, y continuando en igual línea el tratamiento de los derechos de los usuarios de los servicios públicos, surge en una perspectiva conceptual, y a la vez práctica, atendida la actual realidad legislativa

³ Sólo por referir algunos dictámenes emitidos por el ente Contralor respecto a esta materia, cabe señalar: N° 1293/2000; N° 23701/1999; N° 23617/1999; N° 17393/1999; N° 30194/1996.

⁴ Según el articulado de la ley contenido en el DFL N° 1/19.653 de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.575.

⁵ Luis Pérez Sánchez, *Servicio Público. Técnica de protección al usuario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

va y jurisprudencial chilena, el tema de la responsabilidad de los concesionarios de caminos y carreteras del Estado por los accidentes que ocurran con ocasión de defectos de diseño o construcción de los mismos, o por su mal estado de conservación y cuidado.

El régimen de concesiones de obras públicas vigente y aplicado en Chile a partir del año 1991⁶, ha dado pie a una notable mejoría en la cantidad y calidad de los caminos y obras de infraestructura de uso público en el país⁷.

No obstante lo anterior, suponer que la sola mejoría apuntada asegura cabalmente los derechos de los usuarios de tales servicios públicos al extremo de hacer prescindible e inútil la responsabilidad por falta de servicio que, sin duda alguna, hasta antes de operar la transferencia de explotación al sector privado que entraña el régimen de concesiones, era una de las garantías más eficaces que el ordenamiento confería a tales usuarios, resulta apresurado y ciertamente peligroso⁸.

Por otra parte, acudiendo a las explicaciones que la doctrina administrativa ha elaborado para explicar el cambio de régimen jurídico que caracteriza a los procesos de privatización⁹, el conflicto está servido, y todo indica que lo más posible es que la peor parte se la puedan llevar los usuarios, enfrentados al riesgo que significa la eventual desaparición de la responsabilidad legal del Estado por falta de

⁶ Si bien es cierto, ya desde la ley 18.060 del año 1981, que modificó la, en ese entonces, vigente ley sobre construcción y conservación de caminos, se autorizó que la ejecución, reparación y mantención de obras públicas fiscales pudiera ser objeto de contratos de concesión, es también cierto que esta modalidad de interacción entre el Estado y los particulares para el desarrollo de obras de infraestructura pública debió esperar todavía otros tantos años para llegar al actual estado de avance a que se aplica la regulación contenida en el DFL N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas.

⁷ Cfr. "Infraestructura Pública y Programa General de Concesiones", Ministerio de Obras Públicas - Coordinación General de Concesiones, Santiago de Chile, 1998.

⁸ Coincido sobre el particular, con la afirmación de don Jorge López S., quien ha dicho que: "La responsabilidad por falta de servicio, que impone a los órganos del Estado mayor vigilancia para prevenir accidentes y perjuicios relacionados con sus labores propias, es un mecanismo jurídico generador de progreso, y de una mejor calidad de vida de las personas... Tenemos el derecho a transitar por lugares seguros." Jorge López Santa María, "Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Santiago de Chile, t. 94, 1997, 1ª parte, pp. 45 y 46.

⁹ Cabe mencionar que, precisamente para caracterizar las consecuencias de estos modernos procesos de "privatización", se ha acuñado la expresión, ya bastante divulgada en España, de "huida del Derecho Administrativo". Respecto de la misma se dice: "Parece pues, algo más que un recelo, concluir que, so pretexto de flexibilizar la acción administrativa, se está articulando una acción deliberada de huida del Derecho Público usando la técnica de personas jurídicas instrumentales. Pero es obligado preguntar si ese resultado, claramente pretendido, es o no legítimo o, más simplemente, jurídicamente posible. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 7ª ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 391.

servicio, unida a la afirmación de una responsabilidad exclusiva de la empresa concesionaria pero construida sobre bases jurídicas privadas y, por tanto, de corte netamente subjetivo¹⁰.

El escenario anteriormente descrito no puede aceptarse bajo ningún punto de vista. Si el legislador ha dado su autorización al Estado para traspasar la gestión y explotación temporal de obras de infraestructura a empresas privadas, ello ha sido motivado, sino exclusiva, principalmente, por el propósito de ofrecer a la población una mejor y mayor cobertura de tales servicios, incremento que, por lo demás, exige de los usuarios una contribución económica significativa reflejada en el pago de sumas nada despreciables por el uso de las nuevas y también de las antiguas obras existentes.

De tal manera, suprimir o restringir el derecho de los usuarios a demandar la aludida responsabilidad por falta de servicio resultaría del todo contraria con el mayor beneficio de los usuarios que, según ha señalado la autoridad de gobierno, se pretende obtener por medio del régimen legal vigente. Como se verá, la respuesta a esta interrogante no admite un fácil despacho.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA CONCESIONARIA EN LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

Se ha dicho que el servicio público constituye una técnica instrumental que se proyecta mucho más allá de los principios ideológicos que históricamente le dieron origen, y que hace posible al Estado ceder la gestión o el ejercicio de la actividad sin renunciar a la titularidad de la misma¹¹.

En ese esquema se mueve, precisamente, el régimen de concesiones previsto inicialmente por la ley sobre construcción y conservación

¹⁰ Llegados a este punto, viene a cuenta señalar que, no sin un intenso debate previo de la doctrina nacional que dura hasta el presente, sin embargo la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema se ha decantado por afirmar el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado. Esta conclusión, qué duda cabe, constituye una auténtica garantía para el particular que ha sufrido un daño en su patrimonio a raíz de una actuación de la Administración, toda vez que lo releva de la obligación de probar dolo o negligencia en el funcionario o agente administrativo que incurrió en el acto causante del daño, esquema de responsabilidad absolutamente opuesto al del Código Civil, construido sobre una base absolutamente subjetiva. Vid. Eduardo Soto Kloss, "Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Santiago de Chile, t. 81, año 1984, 1ª parte, pp. 87-96. Vid. también más ampliamente y del mismo autor, *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 244-327.

¹¹ Cfr. Luis Pérez Sánchez, *Op. cit.*, p. 55.

de caminos desde el año 1981, e implementado posteriormente en el año 1991, por el DFL N°164 de Obras Públicas, toda vez que, como queda explícitamente reflejado en su texto, y según ya se ha dicho, una característica fundamental del sistema es, precisamente, la temporalidad de la concesión¹², lo que supone, entre otras consecuencias, que la obra pública fiscal concesionada jamás deja de estar bajo la titularidad del Estado, supuesto clave para sustentar que, en consecuencia, la responsabilidad frente a terceros, esto es, no ante la concesionaria, tampoco ha salido nunca de esa órbita estatal.

Si bien ya desde la ley 18.060 del año 1981 estaba autorizado en Chile el uso del mecanismo de concesiones de obras públicas, sin embargo su aplicación al sector de los caminos públicos ha sido bastante más tardía. En efecto, ha sido sólo a partir del DFL N° 164/1991, del MOP que se comienza en serio el desarrollo de las concesiones viales, y es a partir de entonces que cobra interés el tema que nos ocupa, precedido por la realidad normativa y judicial de aquellos países que llevan décadas aplicando el régimen concesional a este tipo de sectores de la actividad estatal.

El artículo 18 del DFL 850/1997 del MOP, junto con mencionar un conjunto de materias relativas a obras públicas que son de responsabilidad exclusiva del Estado, dispone que la conservación y reparación de las obras entregadas en concesión serán de cargo de los concesionarios.

Así también lo establecen, sin dudarlos, los artículos 21, 23, 24, y aún más literalmente, el artículo 35, todos del Decreto N° 900/1996, del MOP, en que se fijó el texto refundido de la ley de concesiones de obras públicas.

Es precisamente en la constatación de estas disposiciones positivas que se presenta uno de los problemas que se ha querido abordar con este trabajo, cual es, responder a la siguiente pregunta: ¿sustituye la responsabilidad legal del concesionario de la obra pública a la responsabilidad legal del Estado como titular del servicio público de gestión de carreteras y caminos del Estado, o esta última debe entenderse siempre subsistente?

De la mano de la pregunta anterior, surgen como cuestiones derivadas, aunque no menores, la pregunta acerca de si la responsabilidad del concesionario es de naturaleza subjetiva u objetiva y, finalmente, acerca de cuál es la prioridad o prelación de ambas responsabilidades, todas estas, preguntas que se intentará contestar aquí.

¹² Art. 25 del Decreto 900/1996, del MOP, que fijó el texto refundido de la ley de concesiones de obras públicas.

Centrando la atención, en primer lugar, en la pregunta que encabeza este apartado, corresponde dilucidar si la responsabilidad del concesionario de obras públicas sustituye o no a la del Estado.

Utilizando los argumentos de la ley positiva, es claro que la responsabilidad del Estado por el buen funcionamiento de sus servicios y que ha sido prevista por el artículo 42 de la ley 18.575, en unión al artículo 4º del mismo texto legal, no ha podido ser suprimida por la responsabilidad que la ley asigna al concesionario de las obras públicas. En efecto, la ley de concesiones no ha tenido el rango suficiente para derogar o modificar a una ley orgánica constitucional como es la ley 18.575, la misma que dispone la responsabilidad objetiva y directa del Estado por los daños que los órganos de la Administración causen por falta de servicio.

Frente a lo anterior, el hecho que el Decreto 956/97, Reglamento de la ley de concesiones, haya dispuesto en el artículo 2º que los contratos de concesión se registrarán por las disposiciones y actos ahí referidos¹³, sin aludir siquiera a la ley 18.575, no puede entenderse como una exclusión de la responsabilidad por falta de servicio que, como se dirá algo más adelante, es propia y plenamente aplicable al ámbito de los caminos públicos, entendidos estos, claro está, como una manifestación de la actividad de servicio público que despliega nuestra administración del Estado.

La respuesta con relación a los géneros de responsabilidades involucradas en el régimen de concesiones debe buscarse, precisamente, en la naturaleza mixta que, como institución jurídica, revisten las concesiones, sin perjuicio de que, en lo que al régimen jurídico se refiere, es innegable su sujeción a las normas de derecho público, conforme lo ha dictaminado expresamente la Contraloría General de la República¹⁴.

En efecto, si como ha dispuesto el artículo 87 del DFL 850/1997 del MOP, la ejecución, reparación y mantención de las obras públicas

¹³ El art. 2º del Decreto N° 956/1997, del MOP, reglamento de la ley de concesiones de obras públicas, dispone: *Del contrato y Normas que lo rigen*, sin aludir para nada a la ley 18.575 que, desde luego, se aplica.

¹⁴ La Contraloría General de la República ha sostenido en el dictamen N° 23.701/1999, precisamente fijando el sentido del art. 21 del Decreto 900/1996, del MOP, que establece las obligaciones del concesionario de obras públicas, que "un servicio concedido, nace siempre, y salvo disposición expresa de la ley, de la voluntad de la autoridad que opta por no ejecutar directamente uno de los cometidos que le conciernen, y que es de interés público, para entregar a un particular concesionario que acepta someterse a las normas del derecho público, el desarrollar la respectiva actividad. Consecuentemente, es la satisfacción de ese interés público lo que exige que el particular se someta a tales normas".

fiscales pueden realizarse mediante contrato adjudicado en licitación pública nacional o internacional, a cambio de la concesión temporal de su explotación o la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicio que se convengan, no es menos cierto que el mismo DFL 850/1997, entre otros, en su artículo 18, contiene funciones y obligaciones específicas de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas en relación con dichas obras públicas, y que generan un ámbito de responsabilidad propia e intransferible para el fisco, incluso en el caso de existir una concesión vigente.

No es del caso entrar a enumerar todas las posibles situaciones de responsabilidad fiscal en el contexto de una obra operada en régimen de concesión, pero ya que la jurisprudencia ha aportado un caso concreto sobre el particular, es útil señalar que si el mismo supuesto fáctico que ha motivado las demandas presentadas en contra del Fisco de Chile por la tragedia del Estero Minte, en la Región de Los Lagos¹⁵, se hubiera dado en el contexto de un camino entregado en concesión, la responsabilidad por falta de servicio que allí se ha constatado habría sido igualmente de cargo fiscal y no de la empresa concesionaria, toda vez que, conforme a la ley de caminos y a la ley de concesiones, aplicables a la materia, la falta de servicio apuntada en tal caso corresponde a infracciones a las obligaciones específicas y propias del Estado y de sus servicios y no a infracciones a las obligaciones que por la ley corresponden al concesionario. Pretender, frente a un caso como el descrito, que el Fisco ha de quedar liberado de toda responsabilidad, por la sola circunstancia de que la obra ha sido entregada en concesión supondría, muy probablemente, que si la empresa concesionaria se excepciona de responder invocando su falta de culpa, en consideración a que ella se limitó a ejecutar un proyecto de obra pública conforme a las especificaciones y diseño que preparó la propia autoridad del ministerio de obras públicas, el resultado final será que los usuarios quedarían en la más absoluta indefensión, conclusión que repele la más elemental noción de justicia y de mayor beneficio a los usuarios, razón esta que, como ha quedado dicho, ha sido la fundamentación última invocada para el desarrollo de este sistema de construcción de obras públicas.

En efecto, si el artículo 18 del DFL 850/1997 establece como obligaciones propias de la Dirección de Vialidad el estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y seña-

¹⁵ Cfr. sentencia del 11 de mayo de 1999, del 1^{er} Juzgado de letras de Puerto Montt, causa Rol N° 47.503.

lización de los caminos, puentes y obras complementarias, y dispone que, en cambio, la conservación y reparación de las obras entregadas en concesión serán de cargo de los concesionarios, no cabe duda que existen sectores de la responsabilidad fiscal que no pueden ser relegados a la responsabilidad del particular concesionario.

Evidencias de lo anterior existen a lo largo de toda la reglamentación específica aplicable a los contratos de concesión de obras públicas. Por señalar algunos temas puntuales, es bien patente que el Reglamento de la ley de concesiones de obras públicas establece que son las bases de la licitación, aprobadas por la Administración, las que describen la obra que se ha de entregar en concesión, así como las obras adicionales necesarias para la operatividad de la misma, y los requerimientos técnicos para su diseño, ejecución y conservación y para la explotación del servicio¹⁶.

Ratifica lo anterior, las funciones asignadas por el mismo Reglamento al Inspector Fiscal de la obra, principalmente, respecto de la aprobación de los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto¹⁷, y la norma conforme a la cual la infraestructura fiscal preexistente que se entregue al concesionario, por regla general, se entregará en el estado en que se encuentre, y sólo será responsabilidad del concesionario cumplir con las obligaciones específicas que respecto de las mismas determinen las bases de la licitación¹⁸.

Frente a lo anterior, disposiciones como los artículos 22, 23 y 24 del Decreto 900/1996, así como el artículo 35 del mismo decreto, apuntan a centrar la responsabilidad en las distintas fases de la concesión en la empresa concesionaria, lo que resulta tremendamente agravado por lo que se establece en el artículo 21 inciso 2º, cuando dispone que los derechos y obligaciones económicas de la sociedad concesionaria con terceros se regirán por las normas del derecho privado.

¿Significa lo anterior que las empresas concesionarias quedarán sujetas a las normas del código civil para determinar su responsabilidad con los usuarios, conforme a las reglas de responsabilidad extracontractual? ¿Significa en cambio que, siguiendo los afanes de ciertos autores comparados, habrá que desarrollar una teoría de responsabilidad de carácter contractual derivada de un contrato innominado de autopista, como hace ver SANTOS BRIZ¹⁹, con las dificultades añadidas

¹⁶ Decreto N° 956/1997, del MOP, art. 17 letras a) y k).

¹⁷ Cfr. arts. 39 y 40 del Decreto N° 956/1997, del MOP.

¹⁸ Cfr. art. 45 N° 1 del Decreto N° 956/1997, del MOP.

¹⁹ Cfr. Jaime Santos Briz, *Derecho de la circulación vial, contratos*, La Ley - Actualidad, Madrid, 1998, pp. 310-315.

que tiene configurar una relación contractual donde es casi imposible encontrar manifestaciones de voluntad por ninguna de las partes, y otra vez, siempre en el contexto de una responsabilidad subjetiva de derecho privado?

La respuesta a ambas preguntas es la misma, y es que no hay tal necesidad de apelar a ninguna de esas bases de responsabilidad de carácter privado, atendido que el régimen de responsabilidad que ha de regir la prestación de un servicio público, bien si el mismo es prestado directamente por la administración o, indirectamente, por ella a través de un concesionario, es siempre de derecho público, siempre objetivo y, en último término, siempre es una responsabilidad del Estado.

Por lo demás, así también lo establece el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 900/1996, al decir que el concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público; y lo ratifica la Contraloría General de la República, al sostener que un servicio concedido nace siempre de la voluntad de la autoridad que opta por no ejecutar directamente uno de los cometidos que le conciernen, y que es de interés público, para entregar a un particular concesionario, que acepta someterse a las normas de derecho público, el desarrollar la respectiva actividad. Y agrega, consecuentemente, es la satisfacción de ese interés público lo que exige que el particular se someta a tales normas²⁰.

No obstante lo anterior, la realidad que la jurisprudencia aporta de todos estos razonamientos pone en evidencia una situación de severo menoscabo a los derechos de los usuarios, reconducidos estos, la generalidad de las veces, a disposiciones del código civil y con exigencias de rendición de pruebas que superan las posibilidades de cualquier demandante²¹, aunque dicha situación, también es cierto, no es más que el resultado de una errada elección de los propios demandantes del camino procesal seguido para obtener la reparación de los daños, al optarse por un procedimiento de carácter infraccional en que es básico acreditar el supuesto subjetivo sobre el cual ha de construirse la imputación de los daños.

Precisamente, a la superación de dicha situación, contribuye el presente análisis de la ley, conforme al cual, como se dirá más adelante, la responsabilidad por los daños que ocasione una obra mal ejecu-

²⁰ Vid. Dictamen N° 23.701/1996.

²¹ Rol N° 74.808-2002 del Juzgado de Policía Local de Llayllay; Rol N° 75.116-2002 del mismo tribunal; Rol N° 1471-2002 del Juzgado de Policía Local de Los Vilos; Sentencia del 4 de septiembre de 2002, del Juzgado de Policía Local de Talagante; Rol N° 4591-2000 del Juzgado de Policía Local de Ovalle.

tada, o mal explotada, no debiera quedar jamás indemne, conforme al propósito prioritario de garantizar a los usuarios su seguridad e integridad en el uso de un servicio público, sin requerir para ello promover ninguna acción judicial que exija, para su éxito, acreditar el dolo o la culpa del que ha causado el daño, lo que se obtiene sólo por la vía de la demanda de responsabilidad objetiva por falta de servicio, conforme se dirá a continuación.

III. DE LA FALTA DE SERVICIO Y, EN PARTICULAR, DE LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO EN LAS OBRAS PÚBLICAS VIALES

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés acuñó la noción de responsabilidad por falta de servicio asociándola desde un comienzo, según hace ver SOTO KLOSS, a los diversos tipos o especies de actividades que realizan los servicios públicos del Estado, y concibiéndola como una verdadera responsabilidad orgánica del Estado de base más o menos subjetiva²².

Si bien es cierto el carácter subjetivo de la responsabilidad por falta de servicio ha quedado superado con el tiempo, junto a la afirmación del carácter objetivo que caracteriza a la totalidad de la responsabilidad estatal, conclusión que afirman en Chile, entre otros, el mismo SOTO KLOSS²³ y FIAMMA OLIVARES²⁴, y en España, sólo por citar algunos, GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ²⁵, no parece tan claro que el mismo avance pueda concluirse en lo que se refiere a la superación de su aplicación restrictiva sólo respecto de los órganos que integran la Administración del Estado.

Sostiene PIERRY, que: "la falta de servicio la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, ambas nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse a un servicio público moderno y a lo que debe ser su comportamiento normal. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la Administración deberá indemnizarlo."²⁶

²² Cfr. Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo... op. cit.*, t. II, p. 262.

²³ Cfr. Idem, p. 263-292.

²⁴ Cfr. Gustavo Fiamma Olivares, "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, Vol. 16 n° 2, 1989, pp. 429-440.

²⁵ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 370 y 371.

²⁶ Pedro Pierry Arrau, "Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, N° 8, 1984, p. 147.

Confirmando lo anterior, también en lo relativo al carácter objetivo de la responsabilidad, y aunque dicho con especial referencia a la responsabilidad municipal, HERNÁNDEZ señala que, si bien en muchos casos la falta de servicio, o el funcionamiento insuficiente o tardío de los mismos, no es ajeno a una conducta negligente o dolosa de los agentes estatales, tal circunstancia no reviste mayor importancia para calificar una responsabilidad que queda tipificada por la sola prueba de la falta o disfunción del servicio, vinculada causalmente con la producción del daño cuya reparación se demanda²⁷.

De lo anterior, si bien no surge una definición precisa y acotada de la falta de servicio, al menos sí surge una descripción clara del supuesto de hecho que la configura, el funcionamiento insuficiente o tardío de un servicio público, incluso sin dolo o culpa de parte del titular o prestador del mismo, y del que resulta un daño a un usuario que no estaba obligado a soportarlo.

Se trata, en buenas cuentas, de una responsabilidad estatal por omisión, cualificada ésta, por la circunstancia de tratarse de una omisión en el deber de prestar efectiva y oportunamente un servicio público, noción que poco o nada tiene que ver con aquella que elaboró la doctrina francesa²⁸ y de la que, más o menos felizmente, nuestro legislador pudo adoptar el nombre o la denominación aunque no su contenido, a riesgo, como se dirá más adelante, de haber contradicho el texto constitucional.

En esa línea argumenta en nuestro medio FIAMMA, quien, a la vista de la legislación orgánica constitucional de bases de la Administración del Estado en Chile, concluye que la regulación que la misma hace de la responsabilidad estatal por falta de servicio no puede ser entendida como un tipo de responsabilidad de base subjetiva que exija a la víctima, además de soportar el daño ocasionado, el gravamen a veces más severo de tener que probar judicialmente la falta de servicio, acreditando la "falta" cometida por la Administración²⁹.

Tal regulación de la falta de servicio contenida, básicamente, en el actual artículo 42 de la ley 18.575, debe, necesariamente, y a riesgo de su inconstitucionalidad, según FIAMMA, ser comprendida a la luz del sistema general de responsabilidad del Estado contenido en la Constitución de 1980, y conforme a ello señala: "La prueba no debería ser

²⁷ Cfr. Domingo Hernández Emparanza, "La responsabilidad del Estado por la actividad municipal", en *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, N° 24, 1978, p. 146.

²⁸ Sobre esta teoría de la falta de servicio en Francia, es posible consultar en Georges Vedel, *Derecho Administrativo*, Aguilar, 1980.

²⁹ Cfr. Gustavo Fiamma Olivares, *op. cit.*, pp. 438 y 439.

más gravosa para la víctima cuando el daño fuere producto de una falta de la Administración que cuando no. No sería proporcional que, además de soportar el mal funcionamiento o la desorganización (falta de servicio), la ley la sobrecargue con la prueba."³⁰

Y concluye: "De conformidad al sistema establecido en la Constitución, *la víctima no tiene obligación alguna de carácter probatorio relacionada con la conducta de la Administración.*"³¹

En esta misma línea argumental se comprende mejor por qué también LÓPEZ SANTA MARÍA sostiene que: "La responsabilidad por falta de servicio es una de las múltiples manifestaciones contemporáneas de la responsabilidad objetiva."³²

Y por eso también dice: "Discrepo de quienes postulan que la falta de servicio consiste en que el órgano administrativo se comportó mal. Esta fórmula de inocente apariencia (no actuó como habría debido actuar) desemboca en el regreso más o menos disimulado a la culpa, pues la culpa precisamente existe cuando el demandado, confrontando a un hombre medio (apreciación in abstracto), no actuó como habría debido actuar (...), es decir, que a la Administración sólo le sería exigible tal o cual conducta correcta, si hubiese dispuesto de los recursos financieros, técnicos y humanos para actuar oportuna y eficazmente ante las circunstancias del caso concreto. Empero, la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva."³³

A fin de cuentas, y como indica FIAMMA, no hay que perder de vista que el texto constitucional de 1980 privilegió los derechos fundamentales de la persona sobre las prerrogativas o potestades del Poder Público, pudiendo derivarse de ello el "*Principio de prevalencia de los derechos fundamentales*" que, traducido a lenguaje iusadministrativo, equivale al "*Principio proadministrado*"³⁴, principios que deben orientar todas las instituciones jurídicas vinculadas al funcionamiento de la Administración, entre otras, el sistema de responsabilidad aplicable a la misma.

De esto se concluye cuán inconsistente con dicho principio inspirador resultaría una norma de responsabilidad que exigiera a la víctima de los daños además de acreditar la efectividad de ellos, tener que demostrar una suerte de imputabilidad de los mismos al órgano que los ocasionó, resultando entonces que la responsabilidad por falta de

³⁰ *Idem*, p. 439.

³¹ *Idem*, p. 439.

³² Jorge López de Santa María, *op. cit.*, p. 44.

³³ *Idem*.

³⁴ Cfr. Gustavo Fiamma Olivares, *op. cit.*, pp. 435 y 436.

servicio que ha previsto nuestro legislador, según se ha dicho poco antes, no es sino una especie de la misma responsabilidad objetiva del Estado que establece la Constitución de 1980.

A los aportes de la doctrina antes señalados, deben sumarse las contribuciones de la, aunque escasa, sin duda acertada jurisprudencia que en nuestro país ha abordado la cuestión de la responsabilidad por la falta de servicio.

Si bien los casos más connotados se encuentran en el ámbito de la responsabilidad municipal por falta de servicio³⁵, también los hay en el terreno de la responsabilidad de los servicios de salud³⁶, y también se ha llevado a los tribunales, con bastante interés para los efectos precisos de este trabajo, la responsabilidad por los servicios de vías y caminos de uso público³⁷.

Precisamente en el marco de uno de estos hitos judiciales, se encuentra una descripción acertada de la falta de servicio asociada a las obligaciones legales del Estado y sus organismos en el ámbito de las obras viales. Considerando 34º: "... se acogerá la demanda deducida en lo principal a fojas 1, por haberse acreditado fehacientemente en autos que los órganos del Estado incumplieron sus obligaciones relativas al resguardo de la integridad física de las personas, por cuanto el derrumbe del terraplén (...) que ocasionó la muerte de 27 personas fue la consecuencia directa e inmediata de la existencia de una obra de arte deficiente e inorgánicamente estructurada para sus requerimientos, lo que importa naturalmente un mal estado de la vía pública, debiendo, en consecuencia, el demandado, Fisco de Chile, responder civilmente por los daños ocasionados."³⁸

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO

Si bien a primera vista parecería que la responsabilidad por falta de servicio es propia y exclusiva de ciertos órganos de la administración del Estado, no es menos cierto que, si de procurar la mayor garantía para los usuarios de un servicio público se trata, iguales motivos existen para exigir dicha responsabilidad cuando el servicio es prestado directamente por el Estado y sus organismos, que cuando dicha

³⁵ Vid. Tirado con Municipalidad de La Reina, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, t. 78, año 1981, 2ª parte secc. 5ª, pp. 35 - 44.

³⁶ Vid. Ortega Weason con Servicio de Salud Metropolitano Central, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, t. 81, año 1984, 2ª parte secc. 4ª, pp. 206 - 225.

³⁷ Vid. Sentencia del 11 de mayo de 1999, en causa caratulada "Yunge y otros con Fisco de Chile", Rol Nº 47.503, del 1er. Juzgado de Letras de Puerto Montt.

³⁸ *Idem*.

prestación ha sido entregada al sector privado por la vía concesional, no en vano dicha transferencia de gestión no suprime la *publicatio* del sector o actividad que justifica su titularidad estatal última³⁹, prueba fehaciente de lo cual, es que todas las concesiones son temporales, y una vez expirado el plazo de duración que haya fijado el decreto de adjudicación o, en su defecto, el plazo máximo fijado por la ley, las obras revertirán a la administración para ser nuevamente dadas en concesión o para quedar bajo la gestión directa del Estado⁴⁰.

SOTO KLOSS, apelando a la génesis del concepto "falta de servicio" acuñado por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, alude a cómo este género de responsabilidad va asociada a una idea de "culpa orgánica" del Estado, aplicada a los diferentes tipos o especies de actividades de los diversos servicios públicos⁴¹.

La afirmación anterior, unida a la realidad de la regulación legal positiva chilena, conforme a la cual esta clase de responsabilidad se encuentra circunscrita a ciertos órganos del Estado⁴², parecen limitar la aplicación de la falta de servicio únicamente al ámbito de las responsabilidades de los órganos del Estado.

Por lo demás, en ese sentido también se ha pronunciado el profesor CALDERA, según quien: "Entre los efectos prácticos que se derivan de la aplicación de la teoría del órgano se encuentra el de servir de fundamento jurídico para imputar al Estado o a las demás personas jurídicas de derecho público, la responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses legítimos de los administrados, a consecuencia de la actividad de los órganos integrantes de aquél. Dicha imputación es posible, sea que la causa del daño provenga de actuaciones materiales, intelectuales o técnicas, de actos administrativos, de omisiones, de retardos, del funcionamiento parcial o imperfecto y también si la causa del daño es la actividad irregular (ilegal) o la actividad regular y lícita de los órganos públicos."⁴³

Sin perjuicio de todo esto, y atendida la particular utilidad que reviste esta forma de responsabilidad para dar contenido al principio

³⁹ Cfr. Luis Pérez Sánchez, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁰ Art. 25 del Decreto N° 900/1996, del MOP.

⁴¹ Cfr. Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo... op. cit.*, p. 262.

⁴² En el ámbito del Estado de Chile, están afectos a esta especie de responsabilidad los servicios públicos, según dispone el art. 42 de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado conforme a un texto refundido contenido en el DFL 1/19.653 de Segpres, y también las municipalidades, conforme al art. 141 de la ley orgánica constitucional respectiva, ley 18.695, cuyo texto refundido actualizado está contenido en el DFL N° 2/19.602, de 1999, de Interior.

⁴³ Hugo Caldera Delgado, *Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 205.

de servicialidad de la Administración del Estado⁴⁴, es lícito preguntarse si cabe exigir su aplicación también respecto de aquellos particulares que, actuando por cuenta y encargo del Estado y de sus organismos, asumen la gestión concreta de ciertos servicios públicos. Dicho de otra manera, la cuestión es si la responsabilidad por falta de servicio debe aplicarse, con apego al texto de la ley, sólo respecto de aquellos servicios públicos explotados orgánicamente como tales, o bien si debe extenderse también, con un criterio funcional y una finalidad garantística, a toda la actividad de servicio público del Estado, incluso a aquella que este realiza a través de los particulares a quienes les ha entregado una concesión temporal de administración y explotación⁴⁵.

Desde un punto de vista netamente teórico, el planteamiento de la cuestión no puede ser más fundado. Si en principio la aceptación de una responsabilidad "sin culpa", como doctrinalmente se ha calificado a esta clase de responsabilidad estatal⁴⁶, se encuentra en la defensa de los derechos de los particulares usuarios de los servicios públicos a quienes esta acción administrativa del Estado debe favorecer, no existe ninguna razón de lógica ni de justicia que legitime privar a esos mismos usuarios de la cobertura de tal responsabilidad una vez que el Estado, autónomamente, esto es, sin la previa y voluntaria aceptación de los usuarios afectados, opta por traspasar la gestión de dicha actividad a los particulares.

No obstante lo anterior, y tratándose de buscar un fundamento normativo para mantener esta responsabilidad por falta de servicio una vez perfeccionada una concesión u otra forma de transferencia de un servicio público a la gestión privada, parece claro que ni el artículo 4 ni el artículo 42 de la ley 18.575 son suficientes. En efecto, tales normas sólo autorizan para invocar la responsabilidad en contra del Estado y de sus organismos, pero jamás respecto de los particulares. No en vano el artículo 42 citado sólo se aplica, según norma expresa,

⁴⁴ Este principio de servicialidad se desprende del art. 3 inc. 1º de la ley 18.575, que dispone: "La Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente."

Sin embargo, esta regla de la servicialidad del Estado tiene un reconocimiento aún más alto en el art. 1º inc. 4º de la Constitución Política chilena, al establecer que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común."

⁴⁵ García de Enterría acepta así la existencia de una auténtica actividad administrativa de los particulares, en cuanto estos actúan, por ejemplo, en los contratos de concesión administrativa, como cooperadores y delegatarios de la función administrativa. Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 7ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 41-43.

⁴⁶ Cfr. Domingo Hernández Emparanza, *op. cit.*, p. 146.

a los Ministerios, las Intendencias, Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa⁴⁷.

Ayudándonos a dilucidar dicho fundamento normativo para construir una responsabilidad por falta de servicio, también en contra del particular concesionario de un servicio público, PÉREZ SÁNCHEZ ha mostrado cuál es el camino, al acudir a la ley de protección al consumidor como primer sustrato legislativo, aplicable por igual a los consumidores en general, como a los usuarios de los servicios públicos, de los derechos que éstos pueden demandar, ya sea en contra del Estado y sus organismos autónomos, como en contra de cualquier particular que ostente la titularidad de la concesión administrativa correspondiente⁴⁸.

El punto, desde la perspectiva doctrinal de los servicios públicos, es de una actualidad y de una pertinencia fuera de toda duda. PÉREZ SÁNCHEZ explica que, con los cambios económicos operados desde la segunda mitad del siglo XIX y la transferencia al sector privado de vastos ámbitos antiguamente vinculados al quehacer de los servicios públicos, surge como concepto político la noción de *publicatio*. Dicha noción permite aplicar el ingrediente jurídico propio de los servicios públicos a ciertas actividades de contenido comercial o industrial que, no obstante estar regidas, en principio, por el derecho privado, están destinadas a satisfacer necesidades de interés público directo y, por lo tanto, requerirán de una regulación de derecho público⁴⁹.

Respecto de estas actividades o sectores, precisamente la noción de *publicatio* que subyace en ellas, y que justifica, entre otros efectos, la posibilidad de rescate anticipado de la concesión por parte del Estado, así como el regreso al Estado del sector o actividad entregado en concesión una vez cumplido el plazo de la misma, es la que demanda la extensión al concesionario de ciertas reglas y normas que, en rigor, el ordenamiento positivo sólo ha previsto para el Estado, como de hecho lo ha dispuesto la legislación chilena sobre concesiones viales con relación a parte, que no a toda, la responsabilidad por falta de servicio.

La ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas, cuyo texto refundido se contiene en el DFL 850/1997, del MOP, dispone en su artículo 1° que es el Ministerio de Obras Públicas el encargado del planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación, conservación y explotación de las obras públicas fiscales.

⁴⁷ Cfr. art. 21 de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁴⁸ Cfr. Luis Pérez Sánchez, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁹ Cfr. *Idem*, p. 15.

Ahora bien, uniendo las disposiciones de ese cuerpo normativo con las de la ley 18.575, orgánica constitucional de Bases de la Administración del Estado, ya citada, no cabe duda de que, tanto el Ministerio de Obras Públicas como sus servicios dependientes, conforme a la estructura orgánica que ha previsto el mismo DFL 850/97⁵⁰, quedan sujetos a la responsabilidad orgánica por falta de servicio que señala el artículo 42 de la ley 18.575.

Conforme al DFL 850, de 1997, hay un trazado de competencias diversas que, con relación a las obras públicas, corresponden privativamente a los servicios dependientes del Ministerio de Obras Públicas, mismo trazado que, a su vez, y según el caso, servirá para deslindar la responsabilidad fiscal de la responsabilidad del titular de la concesión sobre la obra con relación a los diversos supuestos de falta de servicio que puedan presentarse.

En efecto, dispone dicho artículo 18 del mismo texto legal señalado, que es a la Dirección de Vialidad, como servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas, a quien le corresponde la realización del estudio, proyección, construcción, mejoramiento, defensa, reparación, conservación y señalización de los caminos, puentes rurales y sus obras complementarias que se ejecuten con fondos fiscales o con aporte del Estado, mientras no sean de aquellos que correspondan a otros servicios de la Dirección General de Obras Públicas.

Asociado a dicha responsabilidad, el mencionado artículo 18 en su inciso penúltimo impone a la misma Dirección de Vialidad el deber de aplicar el título III de la ley, que consagra, entre otras materias, las normas de policía y seguridad de los caminos, deberes cuyo incumplimiento que se traduzca en daños a los usuarios, también se concretan en la correspondiente imputación de responsabilidad estatal.

Frente a esta amplísima responsabilidad del Estado, encarnada orgánicamente en la Dirección de Vialidad, el artículo 18 ya citado sólo excluye la responsabilidad por la conservación y reparación de las obras entregadas en concesión, rubros que serán de cargo de los concesionarios.

Además, el artículo 22 letra k) del mismo DFL 850, impone como deber de cada Director, dentro de la materia que corresponda al Servicio a su cargo, fiscalizar la ejecución de los estudios, proyectos y obras, disposición que comprende la responsabilidad fiscal incluso por la

⁵⁰ El art. 13 del DFL 850/97, MOP, establece que la Dirección General de Obras Públicas, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, está formada, entre otros servicios, por la Dirección de Vialidad.

deficiente fiscalización de las funciones que corresponde realizar a los concesionarios, conforme a lo dicho antes.

El análisis de las disposiciones citadas permite constatar un amplio ámbito de responsabilidad fiscal, incluso tratándose de las obras dadas en concesión, en cuanto al estudio de las obras, a la proyección e incluso a la construcción de las mismas, así como a la fiscalización de los deberes del concesionario, especificándose que este último sólo está obligado a la conservación y reparación de las obras. Esta conclusión preliminar, sin embargo, necesita contrastarse con la regulación específica aplicable a las concesiones de obras viales, como se hará en los apartados siguientes.

Sin perjuicio de la necesidad de dicho contraste, es evidente que estas solas disposiciones legales ya dicen mucho con relación a la concurrencia de responsabilidades fiscales y empresariales ante un eventual supuesto de falta de servicio asociado a la explotación de una concesión de obra vial, y descartan, al menos como conclusión general, que la sola entrega de una obra en concesión bastaría para excluir absolutamente la responsabilidad fiscal por falta de servicio con respecto a la misma⁵¹.

2. LOS CAMINOS PÚBLICOS COMO SERVICIO PÚBLICO

Si bien, en nuestros días, el servicio público puede entenderse, primordialmente, como una técnica, mediante la cual el Estado, y en particular la administración, cumplen parte de sus fines relacionados con la satisfacción de necesidades vitales de interés público o colectivo, desarrollada fundamentalmente a partir del reconocimiento del usuario como titular de esas necesidades⁵², también es cierto que los servicios públicos no se explican sólo desde dicha perspectiva técnica, sino que requieren un igualmente importante enfoque orgánico, cuyos efectos se extienden, entre otras materias, sin duda, al régimen de responsabilidad legal que se les aplica⁵³.

⁵¹ La exclusión general de la responsabilidad fiscal, siempre que se esté ante una concesión, es una conclusión perfectamente posible de darse si se remite la regulación de las relaciones entre los usuarios y el concesionario al derecho privado. Cfr. Jaime Santos Briz, *op. cit.*, p. 320.

⁵² "Para nosotros el servicio público es una técnica mediante la cual la administración realiza ciertas actividades para satisfacer determinadas necesidades colectivas, previamente reservadas a su titularidad para que las regule, controle y gestione, por sí misma o por delegación, en forma obligatoria, regular, igualitaria y continua." Luis Pérez Sánchez, *op. cit.*, p. 56.

⁵³ Los debates de la doctrina administrativa respecto de la naturaleza de los servicios públicos, desde una visión meramente orgánica o formal de los mismos hasta su

Si, conforme a la doctrina, la noción de servicio público está integrada, entre otros elementos esenciales, por un régimen jurídico especial, de derecho público, en procura de la mejor satisfacción de las necesidades colectivas⁵⁴, tal régimen jurídico especial, entre otras consecuencias, debe reflejarse, y así es de hecho, en un sistema de responsabilidad propio de los servicios públicos, que nuestra legislación ha concebido como una responsabilidad de carácter objetivo, calificada por la falta de servicio.

En suma, el servicio público es considerado como un procedimiento técnico que tiene por objeto dar satisfacción regular y continua a necesidades de interés general, procedimiento que se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general. De tal modo, si bien es importante, no es sólo el factor orgánico el principal para establecer lo que es un auténtico servicio público, sino que la noción está más vinculada a la actividad que, en razón de dicho interés colectivo, ha sido legalmente reservada a la titularidad estatal y sometida, en su funcionamiento, a un régimen de derecho público.

Aunque el enfoque del usuario ha tendido a convertirse en el hito central del régimen actual de los servicios públicos, no hay que desconocer que, históricamente, y como antecedente indispensable para la existencia de cualquier servicio público, siempre se ha requerido la previa y necesaria publicación⁵⁵ de una determinada actividad o servicio.

La *publicatio* de los caminos públicos, en nuestro medio, está fuera de toda duda posible. El artículo 24 del DFL N° 850/97, del MOP, declara como bienes nacionales de uso público las fajas sobre las cuales se emplazan todos los caminos públicos del país. Esa *publicatio* es, precisamente, el fundamento de la existencia de un servicio público a cargo de la construcción, conservación y explotación de los caminos en Chile⁵⁶.

Por lo demás, aún en forma más explícita, el carácter de servicio público de los caminos y vías de uso público, ha sido expresamente

concepción técnica, funcional o material, han caracterizado la evolución misma del Derecho Administrativo. Sobre el particular, Vid. Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995. pp. 27-30.

⁵⁴ Cfr. Jorge Sarmiento García, *Concesión de servicios públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 17-19.

⁵⁵ Se entiende por *publicatio*: "El acto de declaración de una actividad o de un sector como público, la *publicatio* significa, ni más ni menos, que esa actividad queda excluida de la esfera de actuación libre de los particulares, salvo que medie concesión." Luis Pérez Sánchez, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁶ Servicio público centralizado de la Administración del Estado, denominado Dirección de Vialidad. Vid. DFL N° 850/1997 de Obras Públicas, arts. 13 y 18.

reconocido en el artículo 61 N° 1 del Reglamento de la ley de concesiones de obras públicas⁵⁷, conclusión en que coinciden los autores al indicar que si bien una concesión de obra pública no es lo mismo que una concesión de un servicio público⁵⁸, sin embargo, “en la fase de explotación de la obra la concesión de obras públicas podría ser considerada como una modalidad especial de prestación de un servicio público.”⁵⁹

Finalmente, y como consecuencia de la *publicatio* que se viene afirmando, no cabe duda que aun considerando la transferencia de gestión de los caminos públicos que conlleva el régimen de concesiones viales, sin embargo la subsistencia del servicio público de carreteras y caminos en Chile está asegurado, porque en último término, un elemento fundamental del sistema de concesiones es la temporalidad de las mismas, hasta por un máximo de 50 años⁶⁰, revirtiéndose al cabo de ese plazo la explotación de las carreteras al mismo Estado.

De todo lo anterior se colige el acierto de considerar a los caminos públicos como un auténtico servicio público, si bien no siempre desde la perspectiva orgánica, al menos sí desde la perspectiva material o funcional en cuanto actividad publicitada, esto es, reservada a la titularidad del Estado.

Si se considera que esta reserva de titularidad estatal, entre otras razones, se justifica por el carácter monopólico de la prestación, por la protección de los derechos de los usuarios, el estímulo a las inversiones, la confiabilidad, accesibilidad y eficiencia del servicio, la regularidad, continuidad, igualdad, generalidad de las prestaciones, la protección de la salud pública y el medio ambiente, la justicia de las tarifas, la seguridad de los usuarios, etc., no cabe duda que, aún operando la transferencia de la gestión operativa y de la explotación que conlleva el régimen de concesiones, el Estado no puede quedar liberado plenamente de la responsabilidad legal que, en cuanto titular último del servicio de obras viales, le impone la ley específica del rubro, así como la legislación genérica aplicable a todos los servicios públicos.

⁵⁷ Reglamento contenido en el Decreto N° 956/1997, del MOP, publicado en el Diario Oficial del 20 de marzo de 1999. El art. 61 n°1 dice: “La obra entregada en concesión es un servicio público, por lo cual el concesionario está obligado a prestarlo ininterrumpidamente...”.

⁵⁸ En esta línea, claramente se manifiesta Sarmiento, al señalar que no pueden confundirse el servicio público concedido con la construcción de una obra pública por el sistema de la concesión, distinción que, si bien es correcta en términos formales, puede traer graves consecuencias desde el punto de vista de la responsabilidad estatal. Cfr. Jorge Sarmiento García, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

⁵⁹ José Fernando Vargas Fritz, *La concesión de obras públicas*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, 1997, p. 129.

⁶⁰ Cfr. art. 25 del Decreto N° 900/1996 del MOP, que fijó el texto refundido del DFL 164/1991 del MOP, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

IV. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL USUARIO Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GENERAL POR FALTA DE SERVICIO EN LAS CONCESIONES DE OBRAS VIALES

Si no existe ninguna duda que la eventual responsabilidad fiscal que puede darse en el marco del régimen de las concesiones de obras viales vigente en Chile es, siguiendo el esquema general de la responsabilidad del Estado, una responsabilidad objetiva, singularizada por su vinculación a la insuficiencia o deficiencia del servicio público que se encuentra legalmente obligada a garantizar a los usuarios, veremos que la ley ha previsto una situación nada disímil con relación a los particulares titulares de las concesiones de las obras viales.

Con independencia del régimen legal que regule la responsabilidad de los prestadores de los servicios públicos, es indesmentible que un sistema de responsabilidad objetiva es el que más favorece los intereses de los usuarios, por cuanto asegura la efectividad y la calidad de las prestaciones que ellos tienen derecho a obtener, ya sea directamente del Estado, o bien del particular a quien éste ha transferido la gestión y explotación de un servicio dado.

Como ha quedado dicho más arriba, en Chile la responsabilidad por falta de servicio sólo tiene un reconocimiento legal asociado al estatuto normativo de dos tipos de organismos administrativos, las municipalidades y los servicios públicos. Respecto de ambos sectores existen pronunciamientos judiciales que han traducido, en su aplicación práctica, las exigencias y postulados de este género de responsabilidad, fundamentalmente, en lo que se refiere a su carácter orgánico, esto es, no personal, y a su carácter objetivo, que lo separa, irreversiblemente de la responsabilidad regida por el Código Civil⁶¹.

Según expone SOTO KLOSS, al desarrollar su concepción de la responsabilidad del Estado, detrás de esta responsabilidad, de cualquier especie o género que ella sea, está siempre la idea de reparar a una víctima por el daño sufrido con ocasión de realizar el Estado sus funciones de bien común, funciones que pueden haberse llevado a cabo sin que se produjese malicia o negligencia por parte de alguno de sus agentes, víctima que no tiene por qué sufrir el daño si ella se encuentra en una situación adecuada a Derecho⁶².

⁶¹ Numerosas referencias a sentencias en esta línea han sido citadas tanto en Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo...*, op. cit., t. II, pp. 328-384 y en Jorge López Santa María, op. cit.

⁶² Cfr. Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo...*, op. cit., t. II, p. 274.

Si como se ha visto hasta aquí la figura central, en todo el planteamiento de la responsabilidad del Estado, es la de la víctima que no está obligada a soportar los daños, no se ve entonces cómo podría mantenerse la prioridad de esa víctima, al producirse un traspaso de los servicios, otrora gestionados por el Estado, a la gestión privada, y pretendiéndose que, como resultado de dicha transferencia, el usuario sólo estará habilitado para reclamar la responsabilidad directa del concesionario privado y bajo esquemas de responsabilidad que le exigen comprobar la malicia o negligencia de aquel.

1. DERECHOS SUBJETIVOS DE LOS USUARIOS DE LOS CAMINOS Y OBRAS VIALES DADOS EN CONCESIÓN

Si el usuario es el elemento matriz para construir una noción moderna y común de servicio público, entendiendo por tal el titular del interés público o colectivo que provocó y justificó el sometimiento de una determinada actividad al régimen de los servicios públicos⁶³, los derechos subjetivos que a aquél le corresponden son el contenido principal de la regulación que al derecho le corresponde realizar.

Según hace ver Pérez Sánchez, quien fuere admitido como usuario de un servicio público dado, tiene un derecho subjetivo, tanto a ser mantenido en el régimen como a que este se preste conforme a los caracteres de continuidad, regularidad, igualdad y obligatoriedad⁶⁴, y, en lo concerniente al servicio de carreteras y autopistas, derecho a que el servicio sea prestado en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios de las vías⁶⁵.

Si la actividad del particular concesionario del servicio queda sometida al régimen de derecho público⁶⁶, con plena vigencia de los carac-

⁶³ Cfr. Luis Pérez Sánchez, *op. cit.*, p. 90.

⁶⁴ Coincide esta caracterización de los servicios públicos con la definición que de los mismos da el art. 25 de la ley 18.575, exponiendo que son aquellos organismos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua. En tales términos, puede decirse además que estos organismos son quienes encarnan el principio de servicialidad de la Administración del Estado a que se refiere el art. 3 inc. 1º de la misma ley antes citada.

⁶⁵ Cfr. Jaime Santos Briz, *op. cit.*, p. 319. Expresión notablemente coincidente con el art. 23 del Decreto N° 900/1996 del MOP.

⁶⁶ Nos releva de prueba sobre el particular, el texto expreso del art. 21 del texto refundido de la ley de concesiones, fijado por el Decreto N° 900/1996, del MOP, que dispone: "El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el

teres del mismo, es decir, con importantes limitaciones al principio de libertad de comercio y bajo un severo control de la administración concedente, la consecuencia lógica es que la relación entre el concesionario y el usuario se rija también por el derecho público⁶⁷.

Hay en este razonamiento un buen punto de apoyo para extender, siempre por la vía legal, la aplicación de la responsabilidad por falta de servicio prevista en principio sólo para los organismos del Estado⁶⁸, también a los particulares concesionarios de dichos servicios estatales⁶⁹, invocando la asunción contractual de tal responsabilidad, en cuanto ella constituye un elemento indisolublemente asociado a la *publicatio* del sector o actividad que se ofrece en concesión.

Contestando entonces a la pregunta de cuáles son las normas aplicables a la responsabilidad del concesionario de caminos y carreteras en Chile derivada de falta de servicio o servicio deficiente, surge como cuestión básica que en esa materia no estamos en el ámbito de la responsabilidad civil, regida entonces por el código civil, toda vez que, conforme dispone el art. 21 del Decreto N° 900/1996, que fijó el texto refundido de la ley de concesiones de obras públicas, no queda ninguna duda que la responsabilidad del concesionario es una responsabilidad regida por las normas del derecho público y, por lo tanto, es de carácter objetivo y no subjetivo.

En consecuencia, hay que concluir que el régimen de concesiones de obras públicas vigente en Chile contempla una responsabilidad objetiva tanto para el concesionario como para el Estado, distinguiendo, caso a caso, según se trate de materias que, según la ley, caen dentro de la esfera exclusiva de responsabilidades de uno u otro.

En España la jurisprudencia ha entendido que el concesionario de caminos asume, frente a los usuarios, una responsabilidad equivalente a la responsabilidad del Estado, que podría llamarse cuasiobjetiva, y que supone considerar que la responsabilidad contractual derivada de la relación entre la empresa concesionaria y los usuarios de autopistas no excluye a la responsabilidad aquiliana, sino que puede darse la

Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión.

En cambio, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros, la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado."

⁶⁷ Cfr. Luis Pérez Sánchez, *op. cit.* p. 97.

⁶⁸ Art. 42 de la ley 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, según el articulado de la ley contenido en el DFL N° 1/19.653 de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de esa ley.

⁶⁹ Art. 21 de la ley de concesiones de obras públicas, Decreto N° 900/1996, del MOP.

conurrencia de ambas clases de responsabilidades, construyendo esta última sobre la base del deber general de no dañar a nadie⁷⁰.

La afirmación del derecho subjetivo del usuario que siempre está presente y caracteriza a todo servicio público frente a otras manifestaciones de la función pública, sustenta, desde el punto de vista teórico, por qué en el marco legal de las concesiones viales, hoy vigente en Chile, los usuarios gozan del mismo derecho subjetivo a la permanencia, seguridad, accesibilidad de los caminos que les corresponde atendida la naturaleza pública de los mismos, y por qué ese derecho subjetivo, tratándose de un servicio público, da origen a la misma responsabilidad pública especial, calificada, llamada falta de servicio, tanto respecto del Estado como respecto de la concesionaria.

Si, como ya se dijo, el concepto actual de servicio público ya no reside exclusivamente en un factor orgánico, sino más bien en un factor material o funcional caracterizado por la reserva para el Estado de un sector determinado, del mismo modo entonces la responsabilidad por falta de servicio debe asociarse más que al funcionamiento de un organismo estatal determinado, al desenvolvimiento de la actividad publicada aunque ella esté entregada en concesión a particulares.

Si, conforme a la doctrina, el particular que por vía de una concesión asume el papel del Estado en la prestación de un servicio público debe responder, al menos, con los mismos estándares de calidad que se haría responder al Estado, precisamente en consideración a los derechos subjetivos de los usuarios, hay que concluir que la responsabilidad del concesionario de caminos no puede quedar sujeta a un régimen de responsabilidad menor que el que se aplicaba al Estado, menos aún si dicho régimen se ha concebido como una garantía de la calidad del servicio público que se tiene derecho a recibir.

Vale decir, bajo esta perspectiva, es plenamente comprensible por qué la responsabilidad del concesionario frente a los usuarios ha de seguir el mismo esquema de responsabilidad del Estado, de modo que una y otra no han de ser entendidas como responsabilidades de base subjetiva, asociadas a una actuación dolosa o negligente por parte del que causa el daño, sino que ambas se insertan en un mismo esquema de responsabilidad directa y de base objetiva.

⁷⁰ Sentencias del Tribunal Supremo Español de 9 de marzo de 1983, Aranzadi 1463; de 19 de junio de 1984, Aranzadi 3.250; y de 9 de enero de 1985, Aranzadi 16.

V. CONCLUSIÓN: HACIA UNA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA POR LA FALTA DE SERVICIO

Una última pregunta para contestar: ¿cuál es la prioridad o la prelación entre la responsabilidad fiscal y la del concesionario?

A estas alturas del análisis efectuado, se entenderá por qué realmente la contestación a esta pregunta no cabe darla asumiendo que se trate de un problema de prioridad de responsabilidades, sino más bien de dos ámbitos de responsabilidades diversas, y en último término, de una responsabilidad general, directa e irrenunciable por parte del Estado, en cuanto titular último de los servicios que son objeto de concesión, que se traduce en un papel de garante general frente a los usuarios, del correcto, continuo, oportuno y eficiente funcionamiento de los servicios públicos.

Si bien es cierto, conforme ha quedado dicho en el cuerpo de este trabajo, la responsabilidad por falta de servicio ha sido prevista por el legislador en el ámbito normativo de ciertos organismos de la Administración del Estado, concretamente, de los servicios públicos y las municipalidades, no es menos cierto que dicha especie de responsabilidad constituye una garantía básica para los usuarios de los servicios públicos⁷¹ que, por ley, corresponde proporcionar al Estado y a sus organismos, resultando una consecuencia peligrosa e indeseable que por la sola decisión del Estado de transferir la gestión de uno de tales servicios al sector privado acudiendo a la técnica concesional, se ocasione a los usuarios un menoscabo tal a su esfera subjetiva como podría ser la pérdida del derecho a demandar la responsabilidad estatal por falta de servicio.

Es entendible entonces que, en mi parecer, la responsabilidad del Estado no cesa ni desaparece por la sola circunstancia de que él haya decidido unilateralmente desprenderse de la gestión —que no de la titularidad— de un servicio público.

Frente a los usuarios, el Estado debe seguir siendo el garante último de la calidad de los servicios que se prestan por cuenta suya y, en cuanto tal, también debe ser el responsable final por los daños que se ocasionen a los usuarios de sus servicios públicos, no obstante, nuestro constituyente dispuso expresamente en el artículo 1º inciso 3º, que el Estado está al servicio de la persona humana y, más adelante, que su actuación está limitada por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5º inciso 2º).

⁷¹ Jorge López de Santa María, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

La responsabilidad del concesionario, por su parte, tampoco puede concebirse sobre una base que origine una peor calidad del servicio que, antes que él, ofrecía el propio Estado. Si fuera así, el sistema de concesiones de obras públicas sería siempre un menoscabo para los usuarios e incluso también para el interés general del Estado, lo que repugna el más elemental sentido lógico.

Ambas consideraciones llevan a la conclusión de que el sistema de concesiones de obras públicas, precisamente porque se encuentra inspirado en el afán de dar un servicio de mejor calidad y de mayor extensión para todos los usuarios, jamás puede entenderse como una vía para reducir, o más aún, suprimir, los supuestos de responsabilidad previamente dispuestos por el ordenamiento jurídico.

Con esta consideración de fondo, se comprende entonces que la respuesta a la última pregunta planteada, más que en afirmar prioridades de responsabilidades, se traduce en buscar los deslindes entre dos ámbitos de responsabilidades propias y específicas, que afectan al Estado concedente y al particular concesionario, y pensando que nunca dicha separación puede traducirse en una disminución del ámbito de protección que, antes de la concesión de la obra pública, el ordenamiento jurídico ya aseguraba a los usuarios⁷².

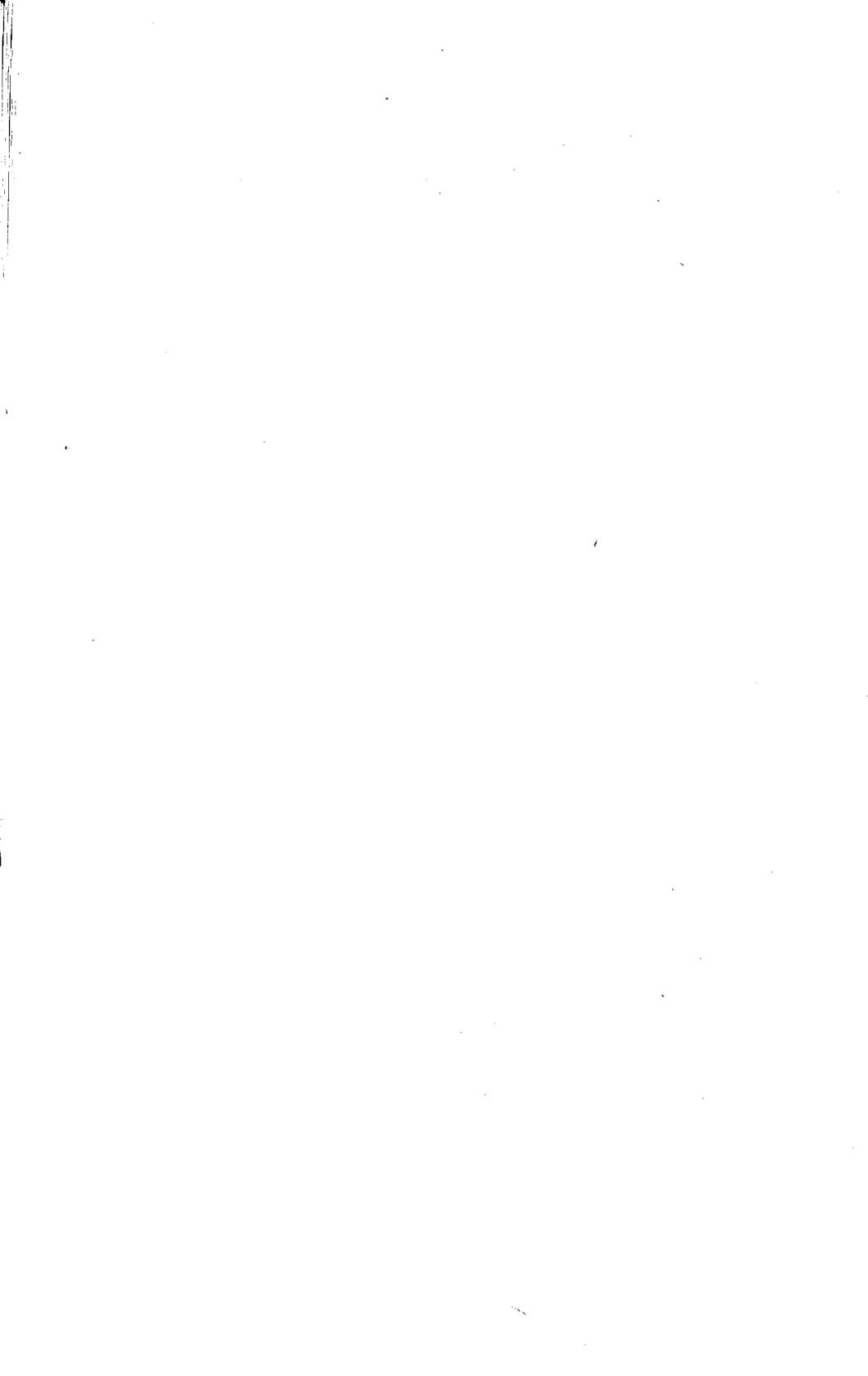
Sólo una vez consignado dicho postulado básico, podrá establecerse el deslinde entre las responsabilidades propias y específicas que, dentro del régimen de la concesión, corresponden al Estado, y las que propiamente corresponden al concesionario.

Por otra parte, y apuntando con ello que la cuestión de deslindar las esferas de responsabilidad entre el Estado y la empresa concesionaria debiera ser siempre una materia del solo interés de esas partes, mas no del usuario que demande la responsabilidad por los daños sufridos, debe señalarse desde ya que la concesión jamás debería poder ser invocada por el Estado como una cláusula de exención de su propia responsabilidad frente a los usuarios, prohibición que a la larga es la única y efectiva garantía que poseen estos de una genuina reparación de los daños ocasionados por el deficiente funcionamiento de un servicio que, no obstante las transferencias de administración de que pueda haber sido objeto, siempre sigue estando bajo la titularidad estatal.

⁷² El servicio público concedido continúa siendo en todo instante servicio público, lo que determina que, en todo momento le sean de aplicación los principios esenciales de tal servicio. Cfr. Jorge Sarmiento García, *op. cit.*, p. 43. Uno de estos principios esenciales cuya aplicación permanente ha de procurarse celosamente en beneficio de los usuarios, es el de la responsabilidad por falta de servicio, con todas las connotaciones que en este trabajo han sido expuestas.

En otras palabras, basta que el usuario dirija su acción de responsabilidad en contra del Fisco, atendida su titularidad última y efectiva de la obra concesionada, sin perjuicio que después, en aplicación de la regulación legal que rige las relaciones contractuales entre ambos, el Fisco exija que la empresa concesionaria le resarza por las sumas que haya debido pagar en cumplimiento de las sentencias condenatorias que se dicten en su contra, y siempre, en cuanto se trate de elementos de la relación contractual que sean efectivamente de cargo de la empresa concesionaria, conforme ha quedado dicho anteriormente.

Sólo un esquema de responsabilidad entendido bajo estos postulados cumple las exigencias para asegurar una debida garantía de los derechos de los usuarios de las obras públicas dadas en concesión y, a la vez, satisface las disposiciones legales que rigen la actuación administrativa del Estado.



LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SERVICIOS DE SALUD

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY

Doctor en Derecho

Universidad de Santiago de Compostela

Profesor de Derecho Constitucional

Universidad de los Andes

I. LOS SERVICIOS DE SALUD

1. QUÉ SON

A. Su regulación jurídica

a) *El D.L. N° 2.763*

Los Servicios de Salud fueron creados por el D.L. N° 2.763 (Diario Oficial de 3 de agosto de 1979), norma mediante la cual se reorganizó el Ministerio de Salud. Según se lee en los considerandos de dicho D.L., esta reorganización apuntaba a dos objetivos. Por una parte, *"establecer las bases orgánicas de un Sistema Nacional de Servicios de Salud, que posibilite el efectivo acceso de la población a las acciones de salud, en la forma prevista por la Constitución Política del Estado, y permita el fiel y eficiente cumplimiento de las políticas de salud, como también ejercer la responsabilidad del Estado de redistribuir la asignación de recursos de acuerdo a las necesidades reales de cada Región, en beneficio de un desarrollo homogéneo"* (considerando 1°). Por otra, ajustar las estructuras del Estado *"a las políticas de regionalización"* (considerando 2°). Para la consecución de dichos objetivos, el D.L. 2.763 creó los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Salud.

b) *La Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda que además del D.L. N° 2.763, a los Servicios de Salud les resultan aplicables las normas de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Ello por cuanto de conformidad al art. 1 de esta ley, la Administración del Estado está compuesta, entre otros organismos, por "los Ministerios..., los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa...". Y como de acuerdo al art. 15 del D.L. 2.763, los Servicios de Salud son órganos dependientes del Ministerio de Salud, es indudable que a su respecto resultan aplicables los preceptos de la referida Ley.

c) *La Constitución*

Los Servicios de Salud son órganos de la Administración del Estado, es decir, son parte del Poder Ejecutivo, y en tal carácter están sujetos antes que a cualquiera otra norma a la Constitución, en virtud del principio de supremacía constitucional. Ello no sólo porque así se desprende de manera expresa de los artículos 6 y 7 de nuestra Carta Fundamental, sino porque además el fin de toda Constitución es limitar y regular el poder, mediante la creación de sus órganos y la atribución y delimitación de sus competencias. A ello se suma el hecho de que el art. 38 inciso 2° de la Constitución de 1980, contempla de manera expresa el principio que regula las relaciones entre la Administración y las personas: el de la responsabilidad de aquélla por los daños que le causare a éstas.

B. Su lugar en la estructura de la Administración del Estado

a) *Los Servicios de Salud son parte de la Administración descentralizada del Estado*

La Administración del Estado está compuesta por diversos organismos, unos que actúan a través de la personalidad jurídica del Estado, el Fisco, y otros con personalidad jurídica y patrimonio propios. Los primeros conforman la Administración centralizada¹, en tanto que los

¹ La que puede ser concentrada o desconcentrada, conforme a lo preceptuado por el art. 3 de la Constitución.

segundos configuran la Administración descentralizada. Desde este punto de vista, los Servicios de Salud se ubican dentro de esta última categoría. Ello porque como lo señala de forma expresa el art. 16 del D.L. 2.763, "los Servicios serán organismos estatales, funcionalmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio...".

b) *Los Servicios de Salud son organismos descentralizados funcional y territorialmente*

Si bien de acuerdo a este precepto estos organismos son entes descentralizados funcionalmente, lo cierto es que, de acuerdo a la forma en que han sido concebidos y creados por ese mismo artículo, se trata además de entidades descentralizadas territorialmente. Y es que no puede perderse de vista que el referido precepto crea a los Servicios de Salud como órganos territoriales, y de hecho su jurisdicción se circunscribe precisamente al territorio que le corresponde a cada uno de ellos². En resumen, se trata de organismos descentralizados funcional y territorialmente.

c) *Su vinculación con el Ministerio de Salud*

No obstante todo lo anterior, el propio art. 16 señala expresamente que los Servicios de Salud dependen "del Ministerio de Salud, para los efectos de someterse a la supervigilancia de éste en su funcionamiento, y a cuyas políticas, normas y planes generales deberán sujetarse en el ejercicio de sus actividades, en la forma y condiciones que determine la presente ley"³. Como se comprenderá, ello no es un contrasentido, pues jamás puede pasarse por alto que, al fin y al cabo, estas entidades forman parte de la Administración del Estado, a

² De hecho el inciso 1º del art. 17 del D.L. 2.763 dice expresamente que los Servicios de Salud ejercen sus funciones "en sus respectivos territorios".

³ En palabras de Andrés Vásquez Rogat, los "Servicios de Salud fueron dotados de personalidad jurídica, lo cual importa que poseen autonomía en el ejercicio de sus funciones, relacionándose con el Presidente de la República a través del Ministerio de Salud, quien tiene la labor de dirigir y orientar todas sus actividades de acuerdo con las políticas fijadas por el gobierno"; en *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, Santiago, Conosur, 1999, 16. Cabe hacer presente que el antecedente de los Servicios de Salud, el Servicio Nacional de Salud, había sido creado precisamente con similares características jurídicas a las de éstos. De hecho el art. 67 de la Ley N° 10.383, señalaba que "el Servicio Nacional de Salud será persona jurídica, de administración autónoma, dependerá del Ministerio de Salubridad, actual Ministerio de Salud Pública, y se regirá por las disposiciones de la presente ley y por los reglamentos que se dicten en conformidad a ella y estará sometido al control administrativo y técnico, en lo que no se refiera a funciones derivadas

cuya cabeza está el Presidente de la República y sus Ministros (arts. 24 y 33 de la Constitución). En otros términos, el carácter descentralizado de estos órganos supone una autonomía que en ningún caso los transforma en entes ajenos a dicha Administración, pues la descentralización no es más que una forma de organización y funcionamiento de ésta.

2. SUS FUNCIONES

A. Funciones de los órganos creados por el D.L. 2.763

De acuerdo al art. 1 de dicho cuerpo normativo, a los Servicios de Salud, al Fondo Nacional de Salud, al Instituto de Salud Pública de Chile y a la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Salud, les *"compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, y recuperación de la salud y rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones"* (art. 1). Ello se condice con lo que dispone el art. 19 N° 9 de la Constitución, que junto con reconocer a todas las personas el derecho a la protección de la salud, encomienda al Estado:

- a) Proteger *"el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo"* (inciso 2°);
- b) coordinar y controlar *"las acciones relacionadas con la salud"* (inciso 3°), y,
- c) *"garantizar la ejecución de las acciones de salud"* (inciso 4°).

B. Funciones de los Servicios de Salud

a) *Funciones propias de todos los Servicios de Salud*

i. Las de D.L. N° 2.763

En términos generales, y según el inciso 1° del art. 16 del D.L. 2.763 los Servicios de Salud tienen *"a su cargo la ejecución de las acciones*

del Código Sanitario, de la Dirección General de Previsión Social, actual Superintendencia de Seguridad Social, la que conservará sus actuales facultades".

integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas". Pero además, y por expresa disposición del art. 17 inciso 1° del D.L. 2.763, los Servicios de Salud ejercen también "en sus respectivos territorios, las funciones que la ley N° 10.383⁴, el decreto con fuerza de ley N° 286, de 1960⁵, y las demás normas legales y reglamentarias vigentes asignan al Servicio Nacional de Salud y al Servicio Médico Nacional de Empleados, exceptuando las que la presente ley radique en el Ministerio de Salud, en el Fondo Nacional de Salud, en el Instituto de Salud Pública de Chile y en la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud".

⁴ La Ley 10.383, sobre Seguro Obligatorio, señalaba que *"del cumplimiento de los seguros y demás fines de esta ley estarán encargados la actual Caja de Seguro Obligatorio, institución con personalidad jurídica que, en adelante, se llamará Servicio de Seguro Social y el Servicio Nacional de Salud, que se crea por la presente ley"* (art. 1 inciso 2°). Conforme al art. 63 del mismo cuerpo legal, al Servicio Nacional de Salud le correspondían las funciones, atribuciones y obligaciones que las leyes le asignaban *"a los siguientes organismos:*

- a) Al Servicio Nacional de Salubridad, por Decreto con Fuerza de Ley N° 226, de 15 de mayo de 1931, del Ministerio de Bienestar Social, publicado el 29 de mayo de 1931, y demás leyes y reglamentos vigentes;
- b) A la Junta Central de Beneficencia y Asistencia Social, por la Ley N° 5.115, de 30 de abril de 1932, publicada el 11 de mayo de 1932, y demás leyes y reglamentos vigentes referentes a la misma;
- c) Al Servicio de Seguro Social, por los artículos 9, 23, 25, 26, 27, 28, 30, 31 y 32 de la presente ley;
- d) A la Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia, por los decretos con fuerza de ley N° 6/4.817, de 26 de agosto de 1942, del Ministerio del Interior, publicado el 9 de septiembre de 1942, y N° 20/1.412, de 7 de octubre de 1942, del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, publicado el 31 de octubre de 1942;
- e) A la Dirección General del Trabajo, actual Dirección del Trabajo, al Director General del Trabajo, actual Director del Trabajo, y a los funcionarios de su dependencia, a excepción de los tribunales del trabajo, de acuerdo con el Código del Trabajo y demás leyes y reglamentos que lo complementan, en materia de higiene y seguridad industrial;
- f) Al Instituto Bacteriológico, de acuerdo con las Leyes N° 4.557, de 29 de enero de 1929, publicada el 31 de enero de 1929; N° 5.078, de 4 de marzo de 1932, publicada el 15 de marzo de 1932, y N° 5.894, de 25 de agosto de 1936, publicada el 5 de septiembre de 1936, y
- g) *A los servicios médicos y sanitarios de las municipalidades, salvo las funciones que el reglamento determine que continúen correspondiendo a las municipalidades, de acuerdo con el artículo 26 del Código Sanitario."*

⁵ El artículo 4° del D.F.L. N° 286 de 1960, sobre Servicio Médico Nacional de Empleados, señalaba que a este organismo le correspondía *"el desempeño de las funciones que le encomienden las leyes, y especialmente:*

- a) Otorgar las prestaciones médicas preventivas en conformidad a la ley número 6.174 y demás que la complementen;
- b) Pagar los subsidios de reposo y demás prestaciones económicas que la ley número 6.174 impone a las Cajas y Organismos de Previsión que se mencionan en el presente decreto con fuerza de ley;
- c) Conceder los beneficios complementarios, derivados de la aplicación de la ley N° 6.174 que determine el Servicio de acuerdo a los reglamentos;

ii. Las de la ley N° 18.469, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud

A las funciones anteriores deben agregarse otras de enorme importancia, directamente relacionadas con el ejercicio de un derecho constitucional: el derecho a la protección de la salud. Ello porque la Ley N° 18.469 encomienda el amparo de este derecho a los Servicios de Salud. Así, según su art. 2 "los establecimientos asistenciales del Siste-

-
- d) Otorgar a los imponentes de la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas las prestaciones médicas curativas tarifadas, derivadas del decreto con fuerza de ley N° 1.340 bis, de 6 de agosto de 1930, y las demás establecidas en leyes complementarias, o que se establezcan en el reglamento;
 - e) Proporcionar atención médica curativa a los imponentes de la Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional, con cargo al aporte del dos por ciento de dicha Caja, de acuerdo con las leyes;
 - f) Conceder atención médica curativa tarifada a los familiares de los imponentes activos y pasivos, de la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, que constituyen cargas familiares;
 - g) Conceder atención médica curativa conforme a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, a los familiares de los imponentes, activos y pasivos, de la Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional y de la Sub-Sección Imprentas Particulares de Obras del Departamento de Periodistas de la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas;
 - h) Otorgar atención médica curativa tarifada a los imponentes y sus familiares que constituyan cargas de familia reconocidas, de aquellas Cajas u Organismos de Previsión que no la tengan establecida, cuando se pongan a disposición del Servicio los fondos necesarios, sea mediante convenios o leyes especiales;
 - i) Dar atención dental tarifada a los imponentes y familiares afiliados al Servicio, en las condiciones que determine el Reglamento;
 - j) Cumplir las disposiciones de la ley N° 6.935;
 - k) Otorgar préstamos médicos y dentales a los imponentes activos y pasivos, de acuerdo con el Reglamento;
 - l) Otorgar a los empleados particulares, imponentes activos de la Caja de Previsión de Empleados Particulares, las ayudas económicas establecidas en el artículo 4 del decreto con fuerza de ley N° 2.096, de 31 de Diciembre de 1927, en los casos de urgencia calificados por el Vicepresidente Ejecutivo o el Consejo Asesor, de acuerdo con el Reglamento;
 - m) Otorgar a los imponentes activos de la Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional y de la Sub-Sección Imprentas de Obras del Departamento de Periodistas de la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, los subsidios de enfermedad, de acuerdo a las leyes y reglamentos;
 - n) Conceder las prestaciones médicas y económicas que señala la ley N° 11.462, de 29 de diciembre de 1953, y su reglamento, en lo que afecta al Servicio;
 - ñ) Otorgar las prestaciones médicas a que se refiere el Estatuto para los Empleados de la Administración Civil del Estado, en lo que concierne al Servicio Médico Nacional;
 - o) Acreditar la invalidez de los empleados particulares, afiliados al Servicio Médico Nacional, conforme a la ley N° 10.475;
 - p) Construir, adquirir o arrendar establecimientos adecuados para la atención clínica u hospitalaria de los beneficiarios del Servicio, en el aspecto preventivo o curativo, de acuerdo con el Reglamento; y
 - q) *Realizar las demás funciones que le encomienden las leyes".*

ma Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a quienes la requieran, ni condicionarla al pago previo de las tarifas o aranceles fijados a este efecto, sin perjuicio de lo prescrito en los artículos 16 y 28". A su vez su art. 3 dispone que "los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud son responsables de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud de los habitantes de la República", en tanto que el art. 4 establece "un Régimen de Prestaciones de Salud, denominado en adelante el Régimen⁶, sujeto a las disposiciones de esta ley" (inciso 1°), y dispone que "sus beneficiarios tendrán derecho a las acciones de salud previstas en esta ley en las condiciones que ella establece".

b) *Funciones especiales del Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana*

De acuerdo al art. 17 del D.L. 2.763, las funciones de este Servicio "consistirán sólo en la ejecución en el territorio de dicha Región, de las acciones necesarias para la protección de la población de los riesgos producidos por el medio ambiente, y para la conservación, mejoría y

⁶ De acuerdo al art. 5 de la Ley 18.469, tienen el carácter de afiliados al Régimen:

"a) Los trabajadores dependientes de los sectores público y privado. Tratándose de personas que hayan efectuado cotizaciones, al menos, durante cuatro meses en los últimos doce meses calendario en virtud de contratos por obra o faena determinada, mantendrán la calidad de afiliados por un período de doce meses a contar del mes al que corresponde la última cotización. En todo caso, los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas, que registren, al menos, sesenta días de cotizaciones en los doce meses calendario anteriores, mantendrán la calidad de afiliados durante los doce meses siguientes a aquel correspondiente a la última cotización;

b) Los trabajadores independientes que coticen en cualquier régimen legal de previsión;

c) Las personas que coticen en cualquier régimen legal de previsión en calidad de imponentes voluntarios, y

d) Las personas que gocen de pensión previsional de cualquier naturaleza o de subsidio por incapacidad laboral o por cesantía".

A su vez el art. 6 de la misma ley dispone que son beneficiarios del Régimen:

"a) Los afiliados señalados en el artículo anterior;

b) Los causantes por los cuales las personas señaladas en las letras a) y d) del artículo anterior perciban asignación familiar;

c) Las personas que respecto de los afiliados señalados en las letras b) y c) del artículo anterior cumplan con las mismas calidades y requisitos que exige la ley para ser causante de asignación familiar de un trabajador dependiente;

d) La mujer embarazada aun cuando no sea afiliada ni beneficiaria, y el niño hasta los seis años de edad, para los efectos del otorgamiento de las prestaciones a que alude el artículo 9°;

e) Las personas carentes de recursos o indigentes y las que gocen de las pensiones asistenciales a que se refiere el Decreto Ley N° 869, de 1975, y

f) Los causantes del subsidio familiar establecido en la Ley N° 18.020.

recuperación de la calidad de los elementos básicos del ambiente" (inciso 2°). Por otra parte, *"para el ejercicio de sus funciones, el Servicio de Salud del Ambiente de la Región Metropolitana tendrá las atribuciones y facultades que, para la protección a que se refiere el inciso anterior, confieren a los Servicios de Salud el Código Sanitario y las demás disposiciones sobre la materia"*. (inciso 3°).

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CHILE

1. LA SITUACIÓN ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

A. De la irresponsabilidad a la responsabilidad del Estado

Desde el nacimiento del Estado moderno hasta nuestros días, la lucha en contra de las inmunidades del poder ha sido una dura labor, que afortunadamente ha dado frutos. Si bien aún subsisten algunos ámbitos en los que el Estado todavía pretende contar con privilegios especiales, conceptos como "responsabilidad objetiva del Estado", "responsabilidad por falta de servicio", o "responsabilidad por riesgo", se han ido abriendo paso en la mayor parte de los sistemas jurídicos occidentales, y Chile no ha sido la excepción. Así, después de siglos de estatismo, por fin se ha asumido que "la responsabilidad extracontractual del Estado constituye un principio fundamental dentro de la teoría del Estado de Derecho"⁷.

Probablemente esta frase despliega toda su fuerza si se considera que "la admisión de la responsabilidad extracontractual por las actuaciones perjudiciales o dañosas del Poder Público, alcanza su verdadera dimensión al considerar que la inmensa mayoría de los actos públicos tienen el carácter de unilaterales, de imperativos, de ejecutorios y de insuspendibles"⁸. De ahí que si no se admite "la responsabilidad extracontractual del Poder Público no podrá existir un verdadero Estado de Derecho. En efecto, la consagración del instituto de la responsabilidad constituye un factor esencial con el cual se culmina la estructura del edificio de la juridicidad del Estado"⁹.

⁷ Caldera Delgado, Hugo: "Interpretación que la Corte Suprema ha dado a la norma constitucional sobre indemnización del error judicial", *Revista de Derecho Público* 37-38 (1985), 336.

⁸ Caldera Delgado, Hugo: *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Santiago, Edit. Jurídica, 1982, 7.

⁹ *Ibid.*, 8.

B. La situación en Chile hasta 1976

A pesar de lo anterior, y como ha ocurrido en casi todo occidente, en Chile la tarea no ha sido fácil. Hasta hace no mucho tiempo en nuestra jurisprudencia la responsabilidad del Estado se rigió por la vieja doctrina francesa que distinguía entre actos de autoridad y actos de gestión. Como se sabe, esta distinción encuentra su fundamento en la idea de que "en algunos campos de actividades del Estado-Administración no difiere en su actuar (en cuanto al modo, que no a los fines) de aquel de los particulares en sus relaciones entre sí, lo que llevará en tales casos -si se produce un daño a los particulares- a aplicar a la Administración el mismo Derecho que el de estos particulares, es decir el Código Civil"¹⁰. Bajo esta premisa dichas actuaciones constituirían "actos de gestión", "en contraposición a los 'actos de autoridad' en que el Estado/Poder se reviste de soberanía nacional conservando su inmunidad"¹¹. De más está decir que esta especie de doble personalidad del Estado sentó las bases de la irresponsabilidad estatal, y fue la tesis en boga durante muchos años en nuestro sistema jurídico.

En tal sentido, el profesor SOTO KLOSS destaca que hasta 1976 la jurisprudencia acudió recurrentemente a dicha distinción¹². Es más, hasta ese año sólo excepcionalmente se contemplaban normas legales que estableciesen "una regulación formal de la responsabilidad del Estado"¹³. Pero a partir de esa fecha las cosas comienzan a cambiar desde el punto de vista normativo, ello a pesar de que en la década del 80 aún es posible encontrar algunos casos en que nuestros tribunales continuaban aplicando aquellos añejos criterios. Buena muestra de aquello es la sentencia de la Corte Suprema en los autos por cuasidelito de lesiones graves seguidos en contra de Raúl Ortega Weason de 4 de octubre de 1984, en la que señaló que "el Fisco, aunque persona jurídica de Derecho Público, puede estar sujeto a responsabilidad extracontractual cuando se trata de meros actos de gestión, por lo cual responde de actos ejecutados por un dependiente suyo, con imprudencia temeraria, con culpa, pues en tal caso el dependiente no actúa como autoridad pública, sino en acto de gestión privada. Por el contrario, cuando el Fisco actúa como poder público no tiene responsabilidad alguna por daños causados por funcionarios que realizan actos de autoridad, ejerciendo funciones que correspon-

¹⁰ Soto Kloss, Eduardo: *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica, 1996, Tomo II, 261.

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*, 281.

¹³ *Ibíd.*

den sólo a los poderes públicos, salvo las que establezcan leyes especiales para determinados servicios públicos”¹⁴.

C. Las Actas Constitucionales y el D.L. 1.289

En 1976 la Junta Militar de Gobierno, en ejercicio del Poder Constituyente, dictó el Acta Constitucional número 2, sobre “Bases Esenciales de la Institucionalidad Chilena”. Sus artículos 3, 6 y 7 contenían los elementos esenciales en base a los cuales se construye la responsabilidad del Estado desde el punto de vista constitucional¹⁵. Pero, además, ese mismo año se aprobó el D.L. 1.289, sobre Municipalidades, cuyo artículo 62.3 reconoció de manera amplia la responsabilidad extracontractual de las municipalidades, muy especialmente tratándose de los daños causados por falta de servicio. En concreto, el precepto en cuestión decía que *“la responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios públicos municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente”*.

2. LA SITUACIÓN A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Nuestro país ha estructurado su sistema jurídico conforme a los principios de la tradición europea-continental, por lo que las constituciones fueron entendidas tradicionalmente como documentos políticos más que jurídicos¹⁶. Por ello hasta hace no mucho a nadie se le habría ocurrido invocar la Constitución ante un juez para fundar una acción, pues, salvo el caso del recurso de inaplicabilidad, los jueces poco o nada tenían que decir respecto de la Constitución. En fin, muy en la

¹⁴ En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXI, N° 3, 1984, Sección IV, p. 206.

¹⁵ El art. 3° del Acta n° 2, dispuso que *“las potestades estatales y las autoridades públicas someten su acción a las Actas Constitucionales, a la Constitución y a las leyes”*. A su vez, su artículo 7° señalaba que

“los preceptos de las Actas Constitucionales y de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los distintos órganos de autoridad, como a toda persona, institución o grupo”. Y el art. 6° de la misma Acta, decía que *“los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma y con los requisitos que prescribe la ley”*.

Ninguna Magistratura, ninguna persona, ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

¹⁶ De hecho no deja de ser llamativo que incluso hasta el día de hoy se hable de “Constitución Política”.

línea de la cultura jurídica de la que formamos parte, en Chile, hasta la Constitución de 1980, el Derecho Constitucional parecía mucho más próximo a la Ciencia Política que al Derecho. Por ello resultaba lógico que se tratase de una disciplina muy alejada de los estrados judiciales.

Pero como ya se dijo, con la actual Carta Fundamental se produjo un salto cualitativo y cuantitativo. Ello a raíz de la incorporación de una serie de normas que no arrojan dudas acerca del carácter jurídico, y por ende de la justiciabilidad de la Constitución. Los arts. 5, 6, 7, 19, 20, 21 y 80 de nuestra Magna Carta, son una clara muestra de que la Constitución no es sólo un instrumento político, sino que también jurídico, invocable ante cualquier juez, como cualquier otra norma jurídica. Ello puede conseguirse a través de alguno de los mecanismos especiales contemplados por el constituyente de 1980 (recursos de protección, de amparo y de inaplicabilidad, arts. 20, 21 y 80), o simplemente a través del ejercicio de cualquiera de las acciones y recursos propios de nuestro ordenamiento jurídico.

Así se desprende con meridiana claridad de los artículos 5, 6 y 7 de la Carta Fundamental, y de la propia naturaleza de toda Constitución, que no es más que la de ser un límite al poder por medio del Derecho, a fin de garantizar los derechos y libertades inherentes al ser humano. En tal carácter la Constitución es una norma habilitadora de facultades y competencias para los poderes públicos, directamente vinculante para los mismos¹⁷, y una garantía para los derechos y libertades fundamentales. De ahí que cuando aquéllos se exceden en sus atribuciones y ámbitos competenciales, o cuando transgredan un derecho o libertad, incluso actuando dentro de dichos límites, nada impide que pueda acudir a los tribunales para que, parafraseando a nuestro constituyente, se restablezca el Imperio del Derecho.

Y como el Derecho apunta en último término a la justicia, de lo que se trata es, entre otras cosas, de lograr que la actuación de los poderes públicos sea justa. Y evidentemente nadie puede pretender que sea justo que el Estado no responda de los daños que cause dentro o fuera del ejercicio de sus competencias. Ello porque el Estado no está facultado para dañar a nadie, y porque es principio general del Derecho el que todo daño debe ser reparado. Por tal razón, si a consecuencia de una actuación del Estado o de sus órganos se sigue un daño para una persona, ésta tiene el derecho a que se le

¹⁷ En sentencia rol N° 19, de 27 de octubre de 1983, nuestro Tribunal Constitucional señaló que el art. 6 de la Constitución consagra el principio de "vinculación directa de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos..." (considerando 10°).

repare por los perjuicios que aquello le irroga. Pero a diferencia de lo que ocurre en las relaciones entre particulares, regidas por el Derecho Privado, las relaciones entre éstos y el Estado son de Derecho Público, y es en él en donde debe encontrarse la fuente de la responsabilidad de éste. La razón de ello ya se ha dicho: el Estado y sus órganos existen y sus actuaciones sólo tienen sentido y fundamentación a partir de la Constitución, norma que habilita su accionar, mediante la atribución de competencias y facultades. Y esto se hace con un preciso fin, que no es otro que la garantía y respeto de los derechos y libertades fundamentales.

En resumen, la fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado es, en último término, la Constitución, y más concretamente, las normas que fijan sus atribuciones y competencias, y las que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales. Ello no significa que no puedan existir regulaciones especiales sobre responsabilidad del Estado a nivel infraconstitucional. De hecho, y como se dijo antes, en Chile fue una norma preconstitucional de rango legal la que introdujo la idea de responsabilidad extracontractual de las municipalidades, y junto con ello una forma especial de responsabilidad, la por falta de servicio (D.L. 1.289, de 1976). Pero a partir de esto no puede pretenderse reducir la responsabilidad del Estado sólo a la ley. En otros términos, nada impide que el legislador pueda regular la responsabilidad del Estado, pero de hacerlo, obviamente sólo puede hacerlo conforme a la Constitución. Y de no haber ley no puede concluirse que no haya responsabilidad. Ello porque jamás debe perderse de vista que la fuente última de la responsabilidad del Estado es aquella norma jurídica llamada Constitución, que es la que da vida y fija las competencias y atribuciones de los diversos órganos del Estado.

Más concretamente, el fundamento positivo de la responsabilidad del Estado se encuentra en la Constitución, en concreto en los art. 5 inciso 2º, 6, 7, 19 N° 2, 20 inciso 1º parte final, 24, y el 38 inciso 2º. Estos preceptos conforman el marco regulatorio básico del Estado de Derecho en Chile, y son la demostración más clara y precisa de que, respecto del Estado y sus órganos, la Constitución es una norma habilitadora de competencias y facultades. Asimismo, dichos preceptos revelan que los derechos fundamentales constituyen un límite al accionar del Estado y sus órganos. Por tal razón el ejercicio de las potestades públicas no sólo debe efectuarse formalmente conforme a la Constitución y a las leyes, sino que además debe respetar dichos derechos. Y como se comprenderá, esta es una cuestión que no tiene relación directa con la culpa o dolo con que pueda haber actuado algún órgano público. De ahí que si a consecuencia de un acto de un

órgano del Estado se produce un daño a alguien, éste tiene el derecho a exigir que le sea reparado por aquél.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN EL DERECHO PÚBLICO CHILENO

Si nos ceñimos a lo dicho hasta aquí, a la opinión doctrinaria más aceptada¹⁸, y a la jurisprudencia más relevante sobre responsabilidad de los órganos del Estado denominados Servicios de Salud, debe concluirse que ésta tiene las siguientes características:

1. ES DE DERECHO PÚBLICO, Y EN CONCRETO CONSTITUCIONAL

A. Significado y fundamento

Se trata de una responsabilidad que encuentra su primera y principal fuente en la Constitución. En tal sentido, los art. 6 y 7 inciso tercero establecen el principio general de responsabilidad de todos los órganos del Estado, en tanto que el art. 38 inciso 2° de nuestra magna carta, concreta aquel principio en la Administración del Estado, sus organismos y las municipalidades¹⁹. Esto último es recogido por el art. 4 de la ley 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, que reitera el mismo criterio fijado por el art. 38 inciso 2° de la Carta Fundamental²⁰.

No obstante, el sentido común indica que ello no significa que el Derecho Público agote toda la regulación de la responsabilidad patrimonial de los entes públicos. Ello sería ilógico, pues supondría aden-

¹⁸ De autoría del profesor Soto Kloss.

¹⁹ Al respecto el profesor Osvaldo Oelckers sostiene que la responsabilidad extracontractual de los entes públicos se encuentra reconocida expresamente en diversas disposiciones de nuestra Constitución Política entre las que él destaca precisamente a los art. 6 y 7, además del 5. Y agrega que "la responsabilidad de la Administración Pública por la lesión a los derechos de los administrados en razón de actos administrativos es a nuestro entender una hipótesis en el art. 38 inc. 2° de la Constitución Política considerada plenamente efectiva, al señalar en su texto sólo el resultado de una actuación, "la lesión a los derechos", sin distinguir si ella proviene de actos, hechos u omisiones, con lo cual este artículo reconoce en términos esenciales la vigencia constitucional de este tipo de responsabilidad". Oelckers Camus, Osvaldo: "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", en *Revista Chilena de Derecho*, número especial (1998), 345-346.

²⁰ Como señala Oelckers, el art. 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado "consagra la plena responsabilidad del Estado-Administrador, ya sea si el daño que causa es consecuencia de un hecho o de un acto jurídico o que dicho daño sea causado en forma legal o ilegal"; *op. cit.*, 346.

trarse en materias que sin lugar a dudas son de la competencia de disciplinas que componen el Derecho Privado, en especial el Derecho Civil. Así, y como señala el profesor LÓPEZ SANTA MARÍA, aspectos "como las categorías y cuantificaciones de los perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño corporal, corrección monetaria, intereses, valor presente, rebaja del quantum de la indemnización por el hecho de la víctima, etc.)", son materias que indudablemente deben ser resueltas acudiendo al Derecho Civil²¹. Lo que pasa es que los supuestos básicos sobre los que descansa la responsabilidad patrimonial del Estado y sus órganos es otra. Ello porque, en último término, se trata ni más ni menos que de hacer efectiva la responsabilidad del poder y de las entidades a través de las cuales éste actúa.

En otros términos, los daños causados a particulares por actividades de organismos estatales no son problemas derivados de relaciones entre iguales, sino todo lo contrario, pues aquellos son ni más ni menos que el mismo poder. Y es precisamente por esto que debe entenderse que la responsabilidad patrimonial del Estado es de Derecho Público, pues es éste el que, partiendo de aquella premisa, formula los principios básicos que la regulan. Pero ello no significa que en el Derecho Público se agote toda la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues, como dije antes, ello sería ilógico. Se trata sólo de reconocer que los principios básicos de ésta emanan del hecho de que los daños causados por la actividad de un poder público suponen una relación entre desiguales: por una parte el poder (el Estado o cualquiera de sus órganos) y por otra los particulares. Y la principal fuente de regulación de estas relaciones no es el Código Civil, sino que la Constitución, cuya finalidad primordial es precisamente proteger a las personas frente al poder.

B. Jurisprudencia

Sobre la naturaleza constitucional y no civil de la responsabilidad extracontractual de los Servicios de Salud, nuestra jurisprudencia ha dicho²²:

²¹ López Santa María, Jorge: "Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIV, N° 1, Sección Primera, 32.

²² Si bien en esta parte centraré la atención en la jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual de los Servicios de Salud, no puedo dejar de destacar que las bases esenciales de la responsabilidad patrimonial del Estado han sido recogidas por nuestra Corte Suprema en dos fallos, que han pasado a constituir verdaderos hitos históricos: Comunidad Galletué con Fisco de Chile, considerando 12°, sentencia de 7 de agosto de 1984; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXI, 1984, 2ª parte, sección 5ª, 181 y ss. Hexagon Limitada con Fisco de Chile, considerando 10° de la sentencia de 28 de

a) "Que por entonces la responsabilidad del Estado, en cualquiera de las actividades que asume, es una responsabilidad "constitucional", lo que aplica, como lo señala el autor especializado EDUARDO SOTO KLOSS que es un corolario de la supremacía constitucional (artículo 6° inciso 3° y 7° inciso 3°) y por ende no tiende al castigo de un culpable como la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, sino que el ejercicio de la función estatal, que tiene al bien común, respete la Constitución en su integridad y en plenitud y, por tanto se resarza, compensa y restituye al tercero víctima del daño cometido por el Estado en su actividad, tercero que no se encuentra obligado jurídicamente a soportarlo, y que ha visto "lo suyo" menoscabado o lesionado de una manera que la Constitución ni lo ha previsto ni lo consciente o admite" (Osorio González con Servicio de Salud San Felipe-Los Andes, sentencia del Tribunal de Letras de San Felipe de 24 de enero de 1998, considerando 15°; confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 4 de agosto de 2000, y por la Corte Suprema, el 17 de septiembre de 2001).

b) "Que, por tanto, los Servicios de Salud "poseen un régimen jurídico totalmente diferente al de las personas jurídicas de derecho privado...", pues, "por el solo hecho de ser órganos descentralizados de la Administración del Estado, reciben su condicionamiento jurídico de la Constitución y de las leyes dictadas en su conformidad. Requieren de una ley que los cree, los dote de atribuciones, regule su actuación y funcionamiento y, en general, rijan todos y cada uno de sus actos. Entonces, dado que las normas y principios de derecho que rigen la responsabilidad de los Servicios de Salud se encuentran en el derecho público, es inaplicable en este caso cualquiera de las disposiciones de los Títulos XXXV... del Código Civil" (Andrés VÁSQUEZ R. "Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud", págs. 79-80).

"Que la razón de ser o basamento jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado debe encontrarse en la norma del inciso 4° del art. 1° de la Constitución Política de la República, que establece que *"El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"*. (Oviedo Pérez con Servicio de Salud de Talcahuano, Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 10 de agosto de 2000, rol N° 1977-99, recurso de apelación, considerandos 12 y 20; confirmada por la Corte Suprema por sentencia de 24 de enero de 2002, rol N° 3665-2000, *Gaceta Jurídica* 259).

c) A la responsabilidad de los órganos del Estado no resultan aplicables "los artículos 2314 y siguientes del Código Civil", sino que los "artículos 1° inciso cuarto, 5° inciso 2°, sexto y séptimo del Capítulo 'I', 'Bases de la Institucionalidad', y artículo 38 inciso segundo del Capítulo IV, 'Gobierno', párrafo 'Bases Generales de la Administración del Estado', de la Constitución Política de la República, y 4° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado" (Baeza Rojas con Servicio de Salud de Antofagasta, Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta, sentencia de 22 de mayo de 2001, rol N° 42.152, considerando 18; *Ius Publicum* 10, 210. La causa terminó por avenimiento suscrito en segunda instancia).

2. ES RESPONSABILIDAD OBJETIVA (INCLUIDA LA FALTA DE SERVICIO)

A. Significado y fundamento

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Derecho Privado, en que la teoría de la responsabilidad se fundamenta en el elemento subjetivo dolo o culpa, la responsabilidad constitucional del Estado se basa sólo en la existencia de una relación de causalidad entre una actuación del Estado y un daño antijurídico²³. Así se desprende con claridad del art. 38 inciso 2° de la Constitución, cuya redacción no deja lugar a ningún tipo de dudas. Ello sin perjuicio de que, por lo demás, por tratarse de la responsabilidad de una persona jurídica, no podría jamás ser subjetiva, "la que únicamente es predicable de las personas naturales (sea penal, disciplinaria, o patrimonial)"²⁴.

No obstante, algunos destacan que las normas de los art. 38 inciso 2° de la Constitución, y 4 de la Ley 18.575, estarían modulados y precisados por lo que dispone el inciso 1° del art. 42 de este mismo cuerpo legal. Según éste "los órganos de la Administración serán res-

julio de 1987; en *Fallos del Mes* 344, 355 y ss. A ellos pueden agregarse algunos fallos más recientes que reiteran la misma línea doctrinal. Entre éstos puede destacarse a los siguientes: Quintana Olivares y otros con Servicio Agrícola y Ganadero, Corte Suprema, sentencia de 23 de enero de 2001, recurso de casación en el fondo, considerandos 7 al 10); Figueroa Gallardo y otra con Fisco, Corte Suprema, sentencia de 8 de mayo de 2002, recurso de casación en el fondo, considerando 16; Gómez Segovia y otra contra Marcelo Eduardo Fica Bustamante y Fisco de Chile, Corte Suprema, sentencia de 27 de abril de 1999, recurso de casación en el fondo, considerando 8.

²³ Soto Kloss, *Derecho Administrativo...*, 309-310.

²⁴ Soto Kloss, Eduardo: Comentario a la sentencia, Baeza Rojas con Servicio de Salud de Antofagasta, Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta, sentencia de 22 de mayo de 2001, rol N° 42.152, considerando 18; *Ius Publicum* 10, 215.

ponsables del daño que causen por falta de servicio" (el destacado es mío). En tal sentido, el profesor Pedro PIERRY sostiene que este régimen de responsabilidad tiene su origen en Francia, y no es de carácter objetivo, sino que, por el contrario, exige culpa imputable al órgano respectivo²⁵. De hecho en francés la expresión *faute (faute du service)* significa culpa, no falta.

Sin embargo, y como destaca el profesor SOTO KLOSS, la expresión "falta de servicio" de nuestra legislación no significa "culpa del servicio", sino que "omisión, o sea debiendo actuar el servicio no ha actuado y producido daño con esa actividad a una víctima"²⁶. Y es que de no ser así, y por ende de ser efectivo lo sostenido por PIERRY, resultaría que el legislador estaría introduciendo al régimen de responsabilidad extracontractual del Estado un requisito no contemplado por la Constitución. Pero como se comprenderá ello no sólo es ilógico, sino que además imposible, pues sería inconstitucional. De ahí que el sentido que debe dársele al art. 42 de la Ley 18.575 es el de hacer expresamente responsables a los órganos de la Administración del Estado no sólo por sus acciones, sino también por sus omisiones, o sea, por faltar servicio. Parafraseando a OELCKERS CAMUS, esta norma viene "a complementar y a regular en términos específicos y parciales, la responsabilidad general consagrada en el art. 4º"²⁷.

Pero en cualquier caso la responsabilidad por falta de servicio es también responsabilidad objetiva, en el sentido de que no exige culpa

²⁵ Pierry Arrau, Pedro: "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en *Revista de Derecho Público* 59 (1996), 287-309.

²⁶ Soto Kloss, Comentario..., 217, nota 3.

²⁷ Oelckers, 347. En todo caso, en opinión de Oelckers la responsabilidad del art. 42 no resulta aplicable a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las FF.AA., a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a las municipalidades y a las empresas públicas creadas por ley, las que se rigen por sus propios estatutos. Ello porque el artículo 21 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (antiguo artículo 18), dispone expresamente que las normas del Título II de la Ley, en el que se encuentra el art. 42, no les resultan aplicables a esas entidades. *Ibid.* Pero desde luego ello no significa que esas entidades estén exentas del régimen general de responsabilidad emanado del art. 4 de la misma Ley, y del 38 inciso 2º de la Constitución. Lo que pasa es que, como señala Oelckers "al no establecerse en el art. 4º L.O.C.B.A.E. el tipo de responsabilidad de que se trata —que puede ir desde la que es producto de falta personal, o de falta de servicio, o de responsabilidad por riesgo— y sólo referirse al principio general de responsabilidad del Estado, nos vemos en la dificultad de establecer los fundamentos de imputabilidad para hacer efectiva esa responsabilidad" *Ibid.* Es por ello que, a mi juicio, acertadamente, el propio profesor Oelckers propone que sea la "jurisprudencia que frente a cada situación en concreto decidiera sobre el asunto que se le presenta, aplicando los nuevos principios de derecho público referidos a la falta personal, a la falta de servicio, al cúmulo de responsabilidades, a la responsabilidad con falta o a la responsabilidad por riesgo, según cada caso y situación específica..." *Ibid.*

o dolo²⁸. Ello porque la falta de servicio supone que la Administración responde "por el daño que terceros sufran como consecuencia del funcionamiento anormal del servicio público, abarcando esta noción todo el hacer y actuar de la Administración, esto es, de toda gestión administrativa en general, sean actuaciones u omisiones jurídicas —acto administrativo ilegal, representado por un mal funcionamiento del organismo, pues el mandato constitucional, arts. 6° y 7°, imponen una actuación legal—. O actuaciones u omisiones materiales o de hecho, al margen de la voluntad del funcionario público o su previsión"²⁹. En resumen, su carácter objetivo deriva del hecho de que para que concurra no se precisa ni culpa ni dolo, sino que "una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración"³⁰, que la lleva bien a no actuar, debiendo hacerlo, o a actuar deficientemente³¹.

B. Jurisprudencia

La jurisprudencia ha ratificado que³²:

a) "... la responsabilidad extracontractual de los Servicios de Salud y de los demás órganos públicos es de carácter objetivo pues se encuentran necesariamente en la obligación de indemnizar los daños que causen con su actividad, cualquiera que haya sido el comportamiento de los funcionarios públicos que actuaron en ejercicio de esa actividad, pues su conducta no condiciona en modo alguno a aquélla. La norma constitucional antes citada (art. 38 de la Carta Fundamental) no deja lugar a dudas acerca de esta conclusión" (Oviedo Pérez con

²⁸ Osvaldo Oelckers prefiere decir que con la responsabilidad por falta de servicio la responsabilidad se "objetiviza", "lo que no significa que ésta sea responsabilidad objetiva, pues en estos casos necesariamente debe probarse la circunstancia que se alega derivada del funcionamiento anormal del organismo público"; *Ibid.*

²⁹ Oelckers, 349.

³⁰ *Ibid.*

³¹ No obstante el profesor López Santa María discrepa "de quienes postulan que la falta de servicio consiste en que el órgano administrativo se comportó mal: 'No actuó como habría debido actuar'... Esta fórmula de inocente apariencia (no actuó como habría debido actuar), desemboca en el regreso más o menos disimulado a la culpa, pues la culpa precisamente existe cuando el demandado, confrontando a un hombre medio (apreciación in abstracto), 'no actuó como habría debido actuar'". *Op. cit.*, 44.

³² Si bien en esta parte centraremos nuestra atención en fallos judiciales recaídos en acciones seguidas en contra de Servicios de Salud, lo cierto es que el carácter objetivo de esta responsabilidad fue declarado por la Corte Suprema en dos fallos emblemáticos: Comunidad Galletué con Fisco de Chile (sentencia de 7 de agosto de 1984; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXI, 1984, 2ª parte, sección 5ª, 181 y ss.), y en Hexagon Limitada con Fisco de Chile (sentencia de 28 de julio de 1987; en *Fallos del Mes* 344, 355 y ss.).

Servicio de Salud de Talcahuano, Corte de Apelaciones de Concepción, recurso de apelación, considerando 16)³³.

b) La responsabilidad del Estado es “una responsabilidad objetiva fundada sobre la base de la casualidad material, es decir, la relación de causa entre el daño a un particular producido por un órgano del Estado. Por otra parte es una responsabilidad directa, por el hecho de la persona jurídica estatal y no de un tercero, por lo que se encuentre regida por el derecho público y en este sentido debe ser integral en cuanto reparadora de todo el daño causado” (Osorio González con Servicio de Salud San Felipe-Los Andes, considerando 15°).

c) “Que no es elemento de la falta de servicio la negligencia o culpa ya que el artículo 4° la ley N° 18.575 no consigna tal requisito dentro de su responsabilidad administrativa, por ser ésta de carácter objetivo” (Pastén Miranda con Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, Tercer Juzgado Civil de Valparaíso, Rol N° 2.641-96, considerando 18; confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso por sentencia de 25 de mayo de 2000, y por la Corte Suprema por sentencia de 20 de marzo de 2001).

d) La responsabilidad del Estado y de sus organismos “es de carácter especial y objetiva, a la cual no puede aplicarse los preceptos de

³³ No obstante, en el considerando 7 de la sentencia recaída en el recurso de casación en la forma interpuesto en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, la Corte Suprema sostuvo que 7° su juicio “la acción ha sido entablada y la causa ha sido fallada con fundamento en las normas sobre responsabilidad extracontractual por culpa del servicio hospitalario, según las normas de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, y no se ha fundado en las normas que establecen la responsabilidad de un servicio público, en cuanto órgano del Estado”. Más aún, y según se lee en el considerando 10 de este mismo fallo, la Corte Suprema entiende que “debe entenderse que las apreciaciones de los considerandos décimo y siguientes, que se refieren a la responsabilidad de los órganos del Estado, *que este tribunal no necesariamente comparte*, son a mero abundamiento y bajo el supuesto hipotético, que la propia sentencia contradice, de que estuviera acreditada la debida diligencia y cuidado de la demandada, de modo que esas apreciaciones no han podido influir en lo dispositivo de la sentencia” (el destacado es mío). Sin embargo, si se lee con detención el fallo del tribunal de alzada, se verá con meridiana claridad que, al contrario de lo señalado por la Corte Suprema, para la Corte de Apelaciones la responsabilidad del Servicio de Salud es de carácter objetivo, y encuentra su fundamento en disposiciones Constitucionales y de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Por ello la responsabilidad del Servicio mal podría fundarse en su culpa, y por ende en el Código Civil. Sin perjuicio de ello, llama la atención que la Corte Suprema haga presente que no necesariamente comparte el razonamiento de la Corte de Concepción respecto de las características de la responsabilidad de estos Servicios, cuando en otros fallos ha sido precisamente esto lo que ella misma ha sostenido, como lo demuestran los demás fallos citados en esta parte.

responsabilidad extracontractual contenida en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, puesto que tal tipo de responsabilidad descansa en los conceptos de dolo y culpa, lo que no es posible atribuir al Estado en su actividad, debiendo entenderse que la responsabilidad que nos ocupa nace respecto del Estado, al producirse el resultado dañoso por el actuar positivo o negativo de los agentes de la Administración, sin que las normas generales de las cuales ésta fluye, artículos 1° inciso cuarto, 5° inciso segundo, sexto y séptimo del Capítulo 'I', 'Bases de la Institucionalidad', y artículo 38 inciso segundo del Capítulo IV, 'Gobierno', párrafo 'Bases Generales de la Administración del Estado', de la Constitución Política de la República, y 4° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado" (Baeza Rojas con Servicio de Salud de Antofagasta, Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta, sentencia de 22 de mayo de 2001, rol N° 42.152, considerando 18; *Ius Publicum* 10, 210).

C. Daños por infecciones intrahospitalarias y falta de servicio

No obstante la claridad de estos pronunciamientos, hay que hacerse cargo de una situación en la que, de buenas a primeras, la estricta aplicación de esta doctrina puede parecer poco acertada, y hasta injusta. Me refiero a aquellos casos en que el daño del que estamos hablando ha provenido de una infección intrahospitalaria. Ya sabemos que la responsabilidad de los Servicios de Salud es objetiva, y por ende resulta indiferente que haya habido imprudencia o negligencia. Pero como se comprenderá, en este caso no estamos hablando de una acción u omisión imprudente o negligente de un médico en el marco de un procedimiento quirúrgico o de un diagnóstico. En concreto, se trata de una situación dañosa originada en bacterias o gérmenes que están presentes en los hospitales (por ende quedan fuera aquellos casos de infecciones desarrolladas por razones distintas a las condiciones propias de cada establecimiento). A este respecto conviene tener presente que, según datos oficiales del Ministerio de Salud, en Chile la tasa promedio de infección intrahospitalaria varía entre un 3% y un 6%, en circunstancias que los estándares mundiales que maneja la Organización Mundial de la Salud sitúan dicha tasa entre el 7% y el 9%³⁴.

³⁴ *El Mercurio*, 20 de abril de 2003, páginas C1 y C6. Ello significa que el promedio nacional es superior a los estándares mundiales. Según esa misma información, en Chile la letalidad global de dichas infecciones es de aproximadamente un 3%, cifra que en las unidades de cuidados intensivos aumenta al 20%.

Pero ya se dijo, el problema es que los Servicio de Salud están afectos a responsabilidad objetiva, es decir, sin culpa ni dolo. Por ello sólo importa la existencia de un daño proveniente de una actividad, o, en este caso, de una inactividad u omisión de uno de dichos órganos. La inactividad u omisión consistiría en no haber eliminado las infecciones, o no haberlas detectado a tiempo para evitar su contagio por los pacientes. De ahí que si hay relación de causalidad entre dicha inactividad y el daño, surge la responsabilidad de aquél órgano precisamente porque es objetiva. Más específicamente casos como éste no son de responsabilidad objetiva en sentido amplio, sino que de una forma específica de ella: la responsabilidad por falta de servicio. Es decir, el supuesto no sería el de los art. 38 de la Constitución y 4 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado, sino que el específico del art. 42 inciso 1° de ésta.

De hecho así ha sido entendido por nuestra jurisprudencia al señalar que "si las infecciones intrahospitalarias existen, es deber del servicio erradicarlas, y, si ello no es completamente posible, debe contar con el personal, equipamiento y los procedimientos adecuados para detectarlas cuando ocurren, a fin de impedir su nefasta acción, y cuando de todas maneras debido a una infección de esa naturaleza el paciente fallece, quiere decir, entonces, que ha habido una falla estructural del servicio, que no fue capaz de enfrentar cumplidamente la emergencia" (Oviedo Pérez con Servicio de Salud Talcahuano, considerando 23).

Algunos pensarán que este criterio resulta exagerado, y que exige ir mucho más allá de lo previsible y posible. Sin embargo, según datos del Ministerio de Salud, en los últimos veinte años las tasas de infecciones intrahospitalarias han bajado en un sesenta por ciento, y ello ha repercutido positivamente en el erario nacional, por los "enormes ahorros por el menor uso de días cama y en atenciones prolongadas con procedimientos caros"³⁵. De hecho la unidad de infecciones intrahospitalarias de dicho Ministerio ha reconocido que ello ha sido posible gracias a la implementación del programa que da nombre a esa repartición ministerial³⁶. En otros términos, la experiencia y los datos oficiales indican que en estas materias parece siempre posible seguir avanzando. Y si bien a lo mejor es imposible la eliminación total de los gérmenes y bacterias que están presentes en un establecimiento hospitalario, sí se puede detectarlas "a fin de impedir

³⁵ *Ibid.*, C6.

³⁶ *Ibid.*

su nefasta acción”, tal y como ha sido dicho en Oviedo Pérez con Servicio de Salud de Talcahuano (considerando 23).

En tal sentido estos antecedentes parecieran dar la razón al profesor LÓPEZ SANTA MARÍA cuando afirma que “la responsabilidad por falta de servicio, que impone a los órganos del Estado mayor vigilancia para prevenir accidentes y perjuicios relacionados con sus labores propias, es un mecanismo jurídico generador de progreso, y de una mejor calidad de vida de las personas. Tenemos el derecho a transitar por lugares seguros. Tenemos el derecho a que no nos inoculen el sida, si nos conducen a un hospital para una transfusión de sangre. El ciudadano que es detenido no debe ser torturado, etc.”³⁷

D. El derecho constitucional a la protección de la salud y la responsabilidad por falta de servicio

Si bien el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado parece bastante claro si se considera la normativa constitucional y legal y la jurisprudencia sobre la materia, no puede pasarse por alto que ello no significa que el Estado pueda eximirse de responsabilidad en determinados supuestos. Así, por ejemplo, es evidente que un Servicio de Salud no responderá si prueba que el daño es producto de un hecho de la propia víctima o de un tercero ajeno a él³⁸. Pero ¿qué sucede en aquellos casos en que el daño es producto de la falta de insumos, medicamentos o aparatos médicos en un establecimiento hospitalario? Como se comprenderá, la pregunta es de enorme relevancia, no sólo porque Chile es un país pobre, y porque los recursos económicos son siempre limitados, sino además porque, en último término, ello nos lleva a considerar la especial situación de los denominados derechos sociales³⁹.

³⁷ López, 45-46. Al respecto, y como señala el propio profesor López Santa María, si bien la responsabilidad por falta de servicio puede derivar en un aumento de litigios en contra del Estado, con el consiguiente gasto que ello involucra, no puede perderse de vista “que el correlato que justifica dicho gasto son también los impuestos directos, con tasas hasta del 45% de las rentas, e indirectos, con tasas hasta del 70% sobre los precios de venta al consumidor, que los chilenos proseguimos pagando al Fisco de Chile, sin que el Servicio de Impuestos Internos ni nadie tengan consideraciones especiales con los contribuyentes. Por lo demás, tal como los ciudadanos precavidos, y como la inmensa mayoría de los empresarios, se ponen a cubierto de las calamidades a través de contratos de seguros de daños, no diviso razones válidas para que los órganos de la Administración prescindan de este mecanismo, que casi siempre forma pareja con la responsabilidad objetiva”; *ibíd.*

³⁸ Vásquez, 114 - 115.

³⁹ Sobre la naturaleza, sentido y alcances de los derechos sociales ver Martínez Estay, José Ignacio: *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Barcelona, Cedecs, 1997.

Los derechos sociales son aquellos cuyo objetivo es hacer efectiva la igualdad formal del constitucionalismo clásico, y, en general, mejorar las condiciones materiales de vida de la sociedad. La mayor parte de ellos son de naturaleza prestacional, consisten en prestaciones que se imponen al Estado, y como se sabe, muchos de ellos han sido incorporados a las declaraciones de derechos de varias constituciones modernas, entre ellas la de Chile⁴⁰. Buena muestra de ello son el derecho a la protección de la salud (art. 19 N° 9), el derecho a la educación (art. 19 N° 10) y el derecho a la seguridad social (art. 19 N° 18)⁴¹. Su carácter prestacional deriva del hecho de que su satisfacción pasa necesariamente por el otorgamiento de prestaciones en cada uno de los ámbitos propios de cada derecho.

El problema está en que los derechos sociales que consisten en prestaciones están sujetos a una serie de limitaciones, que llevan a poner en duda su carácter de derechos en sentido jurídico del término, o sea, de facultades justiciables. La primera, y quizá la más importante, dice relación con los recursos económicos del Estado. Puesto que gran parte de los derechos sociales se materializan en prestaciones, el principal obligado a ellas, o sea el Estado, necesita contar con los recursos económicos indispensables para llevarlas a cabo. Pero el Estado, como cualquier agente económico, no puede sustraerse al problema básico sobre el que se estructura la ciencia económica: la escasez de los recursos. Esta regla de oro de la economía constituye una gran limitante para la plena realización de los derechos sociales. Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el denominado "Caso Airey", de 9 de octubre de 1979. En él, el Tribunal señaló que "la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica".

La misma línea jurisprudencial, aunque formulada quizá más contundentemente, ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 77/1985, de 27 de junio. En ésta señaló que "el legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar, no sólo diversos valores y mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles" (fundamento jurídico 11). La misma idea fue reiterada en

⁴⁰ Entre otras, cuentan con amplios catálogos de derechos sociales la Constitución portuguesa de 1976 y la española de 1978.

⁴¹ También son de naturaleza social, aunque con características especiales, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8), el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga (art. 19 N° 16 incisos 4 y 5), y el derecho de sindicación (art. 19 N° 19). Sobre las especiales características de estos derechos ver Martínez, *Jurisprudencia...*

la sentencia 134/1987, de 21 de julio, al señalar que el Estado debe "administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales". Podría decirse que esta jurisprudencia es una especie de ratificación del viejo aforismo que señala que "al imposible nadie está obligado". Y a propósito de los derechos sociales, menos obligado puede estar el Estado a satisfacerlos cuando la economía está en crisis o cuando, como ocurre en los países subdesarrollados, los recursos económicos son más limitados que los del primer mundo. En definitiva, la aceptación, y sobre todo el cumplimiento de los derechos sociales, dependen del grado de desarrollo de un país y de su situación económica particular⁴².

Pero, además, existe otra limitante intrínseca al concepto derechos sociales. Ya sabemos que estos derechos se caracterizan por el objetivo que persiguen: mejorar las condiciones materiales de vida y lograr una igualdad material entre los hombres, que es a su vez la fuente inspiradora de todo el constitucionalismo social. Dichas metas son antes que nada objetivos políticos, a los que el Derecho a lo más puede servir de instrumento para alcanzarlos. Y si bien los ideales que representan los derechos sociales pueden cumplir un papel importante como incentivo, no debe perderse de vista que, por ser ideales, no garantizan el éxito. Sus propias limitaciones impiden atribuirle un contenido cierto a su formulación constitucional. Ello porque la determinación del contenido concreto de los derechos sociales prestacionales corresponde al legislador, de acuerdo con los recursos disponibles. De ahí que los jueces puedan hacer poco o nada respecto de un derecho social prestacional no desarrollado por aquél. La pura enunciación constitucional no hace posible su protección jurisdiccional. De hecho por ello no fueron considerados por el constituyente dentro de los derechos garantizados jurisdiccionalmente por la vía del recurso de protección⁴³.

⁴² El factor económico determina que incluso el significado de cada uno de estos derechos sea diferente en los países subdesarrollados que en los desarrollados. Y aun entre éstos su situación también variará en relación a la situación económica de cada Estado, al respecto ver Mayorga Lorca, Roberto: *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, Santiago, Editorial Jurídica, 1990, segunda edición, 24. Incluso la capacidad financiera de un mismo país "puede sufrir oscilaciones importantes en plazos relativamente cortos", en Contreras Peláez, Francisco J.: *Derechos sociales. Teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, 112.

⁴³ Recuérdese que, según el art. 20 de la Constitución, sólo tiene la garantía jurisdiccional del recurso de protección el derecho a elegir entre el sistema público y el privado de salud, reconocido en el inciso final del art.19 N° 9. Y ello es lógico, porque se trata ni más ni menos que de un derecho a optar, o sea, de una manifestación de libertad que, por su propia naturaleza, es justiciable, como ocurre en general con todos los derechos y libertades clásicos.

En resumen, la inclusión de derechos sociales prestacionales en la Constitución garantiza jurídicamente bien poco, y políticamente a lo más puede garantizar que los poderes políticos no deroguen tales derechos. Pero su realización está sujeta a las condiciones económicas de cada momento. Por eso, su constitucionalización más que ser una garantía de la democracia puede incluso tornarse en contra de ésta, cuando la precariedad económica impida hacerlos efectivos en algún momento. Ello puede conducir a que los ciudadanos se sientan defraudados por la Constitución y pierdan confianza en ella, y probablemente también en el régimen democrático. De ahí entonces que, desde el punto de vista jurídico, los derechos sociales prestacionales no son derechos, pues no son justiciables. LOEWENSTEIN ya había advertido esto al señalar que los derechos sociales no "son derechos en sentido jurídico ya que no pueden ser exigidos judicialmente del Estado, antes de que no hayan sido institucionalizados por una acción estatal"⁴⁴.

⁴⁴ Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, segunda edición (primera edición castellana: 1965; traducción de Alfredo Gallego Anabitarte de la edición alemana *Verfassungslehre*, Tübingen, 1959; título original *Political Power and the governmental Process*, Chicago, 1957), 401. Y es que, como se vio antes, la consagración de derechos sociales prestacionales en una Constitución sólo genera un deber político: implementarlos y darle contenido. Este deber se relaciona con la manera en que el poder político administra el Estado, ámbito en el cual los tribunales poco tienen que hacer. De hecho la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la competencia de los tribunales para determinar cómo se debe administrar económicamente el país. Tal pronunciamiento se presentó a propósito de la discusión sobre agregar o no a los derechos tradicionales nuevos derechos de carácter prestacional. Se concluyó que no debía agregarse esta clase de derechos, ya que sería contrario al principio de soberanía parlamentaria en la ordenación del gasto público: el eventual reconocimiento de tales derechos conllevaría un aumento de tal gasto. El alto tribunal norteamericano ha declarado al respecto que, por su propia naturaleza, el reconocimiento y administración de prestaciones sociales no es una función judicial, sino que legislativa o administrativa. Al respecto ver dos aclaratorios trabajos de Alonso García, Enrique: "Los 'welfare rights' y la libertad parlamentaria de ordenación del gasto público: la lucha entre dos principios constitucionales de política socio-económica (comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano)", *Revista Española de Derecho Constitucional* 4 (1982), 155-168, y "Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del 'welfare state' en Norteamérica", *Revista Española de Derecho Constitucional* 4 (1984), 139-194. Por su parte el Tribunal Constitucional español ha emitido un pronunciamiento similar en la sentencia 90/1989, de 11 de mayo. La sentencia resolvió un recurso de amparo interpuesto por un campesino contra la resolución administrativa que le negó lugar a una solicitud de subsidio de desempleo. Dicha resolución se fundaba en que el subsidio solicitado estaba establecido sólo en favor de campesinos desempleados de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, y el solicitante no vivía en ninguna de éstas, sino en Murcia. El Tribunal sostuvo que es competencia del gobierno establecer el alcance y ámbito de aplicación de subsidios de desempleo, en función de los fondos disponibles y la magnitud del problema del paro, "y no puede el Tribunal Constitucional sustituir a ese órgano del Estado en tal función".

De hecho ello es lo que ocurre en el caso del derecho a la protección de la salud, consagrado en el art. 19 N° 9 de nuestra Constitución, cuyo contenido no está determinado por la Constitución, sino que por la ley 18.469, que "*Regula del ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud*" (Diario Oficial de 23 de noviembre de 1985). Es precisamente esta ley la que determina el contenido y alcances de este derecho, cuya naturaleza prestacional, y por ende su sujeción a los recursos económicos y materiales disponibles, salta a la vista en un par de casos fallados por nuestra Corte Suprema⁴⁵.

El primero fue resuelto en su sentencia de 29 de enero de 1988 (Gallardo Soto con Servicio de Salud Metropolitano Oriente; rol N° 11.820), en la que debió pronunciarse sobre estas materias a través de un recurso de apelación interpuesto durante la tramitación de un recurso de protección. En este caso la recurrente, enferma de insuficiencia renal crónica, acudió de protección con el fin de obtener atención de diálisis por parte del Servicio de Salud recurrido, el que se la había negado por no contar con los aparatos suficientes. La recurrente invocó entre otras disposiciones las de la Ley N° 18.469, en especial su artículo 2, que prohíbe a los establecimientos asistenciales del Sistema Nacional del Servicio de Salud negar atención a quienes requieran sus prestaciones, entre las cuales se incluye la insuficiencia renal crónica, que es la que solicita y se le niega (art. 8 letra a)⁴⁶.

Al respecto la Corte Suprema sostuvo que "si se atiende a lo dispuesto en los artículos 4 y 11 de la Ley N° 18.469 y a lo expresado

⁴⁵ En palabras de Enrique Evans de la Cuadra, "lo que la Constitución asegura a todas las personas es que la institucionalidad pone a su disposición la implementación hospitalaria y profesional existente para brindar atención de salud". Y agrega que "este derecho, por sí sólo, no es suficiente, sin la participación estatal que mencionaremos más adelante"; en *Los derechos constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999 (2ª ed.), vol. II, 327.

⁴⁶ Las prestaciones contempladas en la Ley 18.469, están contenidas en su art. 8, según el cual los beneficiarios tienen "*derecho a recibir del Régimen las siguientes prestaciones:*

- a) El examen de medicina preventiva para pesquisar, oportunamente, la tuberculosis, las enfermedades de transmisión sexual, el glaucoma, el cáncer, la diabetes, cardiopatías, la hipertensión, la insuficiencia renal crónica y las demás enfermedades que determine el Ministerio de Salud, cuyo diagnóstico y terapéutica precoz prevengan una evolución irreversible;
- b) Asistencia médica curativa que incluye consulta, exámenes y procedimientos diagnósticos y quirúrgicos, hospitalización, atención obstétrica, tratamiento, incluidos los medicamentos contenidos en el Formulario Nacional, y demás atenciones y acciones de salud que se establezcan, y
- c) Atención odontológica, en la forma que determine el reglamento".

A su vez el art. 17 de la Ley señala que "*las personas carentes de recursos o indigentes, tendrán derecho a recibir gratuitamente todas las prestaciones que contempla este párrafo*".

en el informe del Servicio recurrido, de fojas 22, no puede calificarse de arbitraria la negativa que se reclama, dado que ella se funda en que ese Servicio no dispone de los medios que la ley prevé para la atención que se solicita, y este hecho priva a la negación de la condición de abusiva o carente de justificación" (considerando 10). Y agrega que "tampoco puede estimarse ilegal o contraria a derecho esa negativa, toda vez que la propia ley es la que condiciona el otorgamiento de las prestaciones que otorga al disponer que los beneficiarios tendrán derecho a las acciones de salud previstas en ella en las condiciones que esa misma ley establece y que las prestaciones se concederán con los recursos profesionales, técnicos y administrativos de que dispongan los establecimientos" (considerando 10).

Algo similar ocurrió en un segundo caso resuelto por nuestra Corte Suprema por sentencia de 9 de octubre de 2001 (Rojas Vera y otros con Servicios de Salud Metropolitano Sur Oriente y del Ministerio de Salud; rol N° 3.599-2001), en la que por vía de apelación conoció de un recurso de protección interpuesto por unos enfermos de Sida en contra de los Servicios de Salud Metropolitano Sur Oriente y del Ministerio de Salud. El recurso se fundó en que los recurrentes entendían amenazado su derecho a la vida, y perturbado el derecho de igualdad ante la ley, por cuanto en su condición de portadores del virus de inmunodeficiencia humana y con el objeto de controlar y tratar el desarrollo de esta enfermedad, solicitaron infructuosamente que se les entregasen los medicamentos indispensables para su sobrevivencia, lo que estimaron ilegal y arbitrario.

Al entrar al fondo del asunto, la Corte Suprema sostuvo que "de conformidad con el artículo 11 de la Ley 18.469 que 'Regula el ejercicio del Derecho Constitucional a la protección de la salud y crea un Régimen de Prestación de Salud', según reza su título, tales prestaciones se deben otorgar por los Servicios e Instituciones que dependen del Ministerio de Salud, de acuerdo con el Decreto Ley 2.763 y ellas se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que disponen. El inciso 3° establece que el Ministerio de Salud fijará las normas de acceso, calidad y oportunidad de las prestaciones a los beneficiarios. De lo anterior, resulta que el planteado corresponde a un problema de Salud Pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que, como en el caso de autos, se pretenden, habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se dispongan para ello" (considerando 3°).

Por lo anterior, a juicio de la Corte "en los tres casos planteados en autos no ha habido ilegalidad en el proceder de los recurridos, puesto que existe una ley que regla con precisión el otorgamiento de las prestaciones requeridas, como se ha expresado, por lo que está dentro de sus facultades el decidir sobre el otorgamiento de lo que se pide y tampoco ha sido arbitrario el mismo proceder, habida cuenta de lo informado por los recurridos, puesto que la aplicación de un determinado procedimiento en el presente caso, lleva precisamente a evitar la arbitrariedad que se podría producir al preferirse, eventualmente, a otros pacientes o enfermos, en mejores condiciones de salud y en desmedro de los que estén en peor estado" (considerando 4º)⁴⁷.

Me parece que ambos pronunciamientos de la Corte Suprema no sólo son claros, sino que además sensatos. Ello porque lamentablemente el derecho a la protección de la salud es de naturaleza eminentemente prestacional, y por ende depende de los recursos económicos y materiales con que cuente el Estado, más concretamente los Servicios de Salud. De hecho ello es lo que dice expresamente la Ley 18.469 en su artículo 11, al señalar que "*las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el Fondo Nacional de Salud con otros organismos públicos o privados*" (inciso 1º; el destacado es mío).

Más aún, es competencia del Ministerio de Salud fijar "las normas de acceso, calidad y oportunidad de las prestaciones a los beneficiarios..." (inciso 2º; el destacado es mío), lo que, en último término, significa que el derecho a la protección de la salud no sólo es de configuración legal, sino que además reglamentaria. Y sin duda todo ello se debe a una sola razón: los recursos económicos del Estado son limitados, y los poderes políticos deben decidir la forma de invertirlos y gastarlos. Ello se ve claramente ratificado por el art. 8 letra a) de la Ley 18.469, al disponer que formarán parte de las prestaciones del régimen "*las demás enfermedades que determine el Ministerio de Salud, cuyo diagnóstico y terapéutica precoz prevengan una evolución irreversible*". (El destacado es mío).

Pero desde luego ello no puede conducir a una absoluta falta de control del Estado con relación a sus prestaciones de salud. Ello

⁴⁷ No obstante, para Vásquez Rogat "de acuerdo a nuestro derecho positivo el hecho de que los Servicios de Salud no cuenten con los recursos profesionales, técnicos y administrativos suficientes para proporcionar las prestaciones médicas que se requieren en cada caso, no es admisible como causal para eximirse el Servicio de la obligación de indemnizar al paciente agraviado"; Vásquez Rogat. 67.

porque, si bien parece comprensible y razonable que no pueda dar medicamentos para tratar el Sida a todos quienes padecen esta lamentable enfermedad, hay supuestos en que la falta de implementos e insumos puede resultar simplemente inexcusable. Tal sería el caso de un hospital que careciera de los aparatos que permitan la esterilización de material quirúrgico, o de un servicio de urgencias que no contase con los medicamentos e implementos mínimos necesarios para dar atención de emergencia.

De hecho algo de esto hay en las disposiciones del Decreto Supremo N° 161, de 1982, del Ministerio de Salud, publicado en el diario oficial de 19 de noviembre de 1982, que establece el Reglamento sobre Hospitales y Clínicas Privadas. Si bien esta norma fija estándares y requisitos de funcionamiento sólo para entidades privadas, no cabe duda que ellos pueden servir perfectamente como parámetros aplicables a los establecimientos públicos. Ello es de enorme importancia pues, por ejemplo, el referido decreto establece los requisitos con que deben contar las salas quirúrgicas (art. 30), las salas postoperatorias (art. 32), así como otros requisitos de funcionamiento, como contar con equipos electrógenos, sistemas de esterilización, etc. (art. 31).

De hecho nuestra jurisprudencia pareciera acoger esta posición en un caso de enorme interés para estos efectos. Se trata de la sentencia dictada por el Segundo Juzgado de Letras de La Serena, en la causa Morales Aguirre y otros con Servicio de Salud de Coquimbo, de 31 de marzo de 1989 (confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena el 22 de noviembre de 1989, y por la Corte Suprema el 27 de marzo de 1990)⁴⁸.

En este caso, la demanda se interpuso con el objeto de que el Servicio demandado respondiese del daño cerebral que sufrió una paciente durante una intervención quirúrgica, derivado de que éste no contaba con un equipo de monitoreo electrocardiográfico y de desfibrilación eléctrica. Debido a esto último el equipo quirúrgico no podía detectar las eventuales arritmias que presentase ésta u otra paciente, lo que impidió que tomase las medidas destinadas a impedir que se produjese el daño cerebral. A juicio del tribunal el daño de la paciente se debió a que "al sufrir la emergencia de su fibrilación ventricular en el curso de su operación practicada en el Hospital de Coquimbo, no se usó de inmediato el monitor electrocardiográfico, por hallarse en otra dependencia del hospital, ni se empleó un desfibrilador eléctrico, implementos indicados en el tratamiento de la afección...." (considerando 8°).

⁴⁸ El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en Vásquez, 209 y ss.

Para el tribunal la responsabilidad del Servicio de Salud de Coquimbo aparecía de manifiesto no sólo por así desprenderse con claridad del art. 38 inciso 2° de la Constitución, y demás normas legales aplicables (D.L. 2.763; Ley N° 18.575, y Ley N° 18.469), sino que además por el hecho de que “el decreto supremo del Ministerio de Salud N° 161 de 6 de agosto de 1982, publicado en el Diario Oficial de 19 del mismo mes, que reglamenta los hospitales y clínicas privadas, exige a éstos, en sus artículos 30 y 32, que los establecimientos de ese carácter que desarrollan especialidades quirúrgicas deben contar a lo menos en sus salas quirúrgicas y en sus salas de recuperación postoperatorias, entre otros equipos, de un equipo de reanimación cardiocirculatoria de lo que se concluye que por parte del hospital de Coquimbo hubo falta del debido servicio en la atención de la paciente...” (considerando 10°, c).

Por ello, cuando el juez se enfrente a un pleito en que se debate sobre los perjuicios derivados de una conducta omisiva por parte de un Servicio de Salud, deberá resolverlo acudiendo no sólo a la normativa constitucional y legal, sino que además efectuando un examen de razonabilidad. Como se comprenderá, de lo anterior se colige que sobre los tribunales recae una obligación de enorme importancia en estas materias. Esta consiste en que a partir de los casos concretos de que conocen, deben ser capaces de generar una jurisprudencia que permita fijar dichos estándares de razonabilidad, y por ende cuándo hay falta de servicio, y la consecuente responsabilidad por una conducta omisiva por parte de los Servicios de Salud⁴⁹.

3. ES UNA RESPONSABILIDAD DIRECTA U ORGÁNICA

Surge por “el hecho de una persona jurídica, y no por la actividad de un tercero (responsabilidad llamada indirecta o por el hecho de

⁴⁹ Como señala Oelckers, es necesario tratar de objetivizar la anomalía en que consiste falta de servicio, “entendiendo que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado, cuya determinación en la especie le corresponde al juez. Pero en esa determinación es necesario remitirse a los supuestos de rendimiento medio del servicio u organización de que se trate, estamos aquí frente al grado de exigibilidad en las conductas que se le puede pedir a un servicio u organización pública moderna en un momento preciso y determinado. En esta estimación deben considerarse factores variables de cada época según la demanda social y el propio desarrollo efectivo de los servicios públicos. Hay, pues, aquí un campo enorme para jurisprudencia en orden al reconocimiento por esta vía de las demandas sociales de resguardo a la integridad patrimonial de los administrados, ejerciendo un control prudencial sobre el funcionamiento de la Administración al imponerle una carga de diligencia funcional bajo sanción de responsabilidad patrimonial”, *op. cit.*, 350. Oelckers incluso propone algunos parámetros a considerar, tales como la complejidad o dificultad de la actividad administrativa de la que se trate, las circunstancias de tiempo y lugar de éstas, la previsibilidad del daño, etc. *Ibid.* 351.

otro) como sería de sus empleados o dependientes"⁵⁰. Así surge de la propia normativa constitucional (art. 38 inc. 2º, frase final), y de los artículos 4 frase final, y 42 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Ello es de vital importancia en el tema materia de este trabajo, pues, en último término, si bien la responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud surge como consecuencia de una actuación dañosa de sus funcionarios, la imputación del daño recae directamente en el Servicio respectivo. Esto se traduce entre otras cosas en que la víctima puede demandar directamente a dicha entidad, o, si lo prefiere, conjuntamente a ésta y al autor material del acto. Pero nótese que no es necesario que demande conjuntamente.

Como ha dicho la jurisprudencia:

a) "Que los tribunales han manifestado que la responsabilidad extracontractual de los hospitales es directa y no subsidiaria. Por tanto, la víctima no tiene necesidad de demandar primero, o conjuntamente al menos, al agente directo del daño para obtener una sentencia favorable, sino que puede demandar sólo y directamente al establecimiento por el monto total del daño sufrido, lo que, por lo demás, guarda concordancia con lo preceptuado por los arts. 2320 y 2322 del Código Civil (PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY, Revista citada, pág. 72)" (Oviedo Pérez con Servicio de Salud de Talcahuano, considerando 7º).

b) "Que, ahora bien, sólo es posible estructurar y hacer efectiva la responsabilidad pública sobre la base de la teoría del órgano, que viene a ser el fundamento jurídico para imputarle directamente a los Servicios de Salud y a las demás personas jurídicas de derecho público la responsabilidad por los perjuicios ocasionados a los derechos legítimos de los administrados, pues evidentemente la existencia de tales personas jurídicas no es natural sino normativa, de modo que toda actuación material de éstas requiere ineludiblemente de la participación de personas naturales, porque en el fondo son ellas mismas quienes desarrollan la función pública encomendada (Vid. ANDRÉS VÁSQUEZ R., obra citada, pág. 20)...

"Que, como se puede apreciar, todo el sistema de normas constitucionales y legales está estructurado de manera que todos los órganos del Estado, y de modo específico los órganos administrativos, deban responder por los daños que causen, aun cuando actúen realizando acciones de bien común, esto es, incluso en el caso de que las funciones públicas de servicio hubiesen sido ejercidas sin malicia ni

⁵⁰ Soto Kloss, *Derecho Administrativo...*, 310.

negligencia de sus funcionarios, porque la víctima no tiene porqué soportar el perjuicio si ella se encuentra en una posición ajustada a derecho y, en consecuencia, en una situación jurídica que la habilita para ejercer el derecho a no ser lesionada..."

"Que es necesario reiterar que en este sistema de responsabilidad extracontractual del Estado y de sus organismos personificados, no tiene mayor relevancia el comportamiento de sus funcionarios, porque hayan actuado o no con dolo o culpa, aquéllos siempre se encuentran en la necesidad de responder por los perjuicios que ocasionen con su actividad" (Oviedo Pérez con Servicio de Salud de Talcahuano, considerando 15, 18 y 19).

c) A "este sentenciador le cabe la convicción que nuestro ordenamiento jurídico vigente se encuentra sustentada la teoría del órgano en cuanto a la responsabilidad extracontractual del ente administrador, principalmente con la aplicación de los artículos 6º, 7º, 24, 33 N° 8 y 38 de la Constitución Política de la República" (Osorio González con Servicio de Salud San Felipe-Los Andes, considerando 14º).

d) Pero además, según se desprende de nuestra jurisprudencia, los Servicios de Salud deben responder incluso de los daños causados por personal sanitario que presta servicios a un paciente bajo la modalidad libre elección. Ello porque "el aludido sistema no libera de obligaciones a dicho Servicio, desde el momento que el artículo 43 del decreto N° 987 del 8 de noviembre de 1968 dispone que las prestaciones de atención cerrada y de especialidades que requieran de equipos complejos o de alto costo que se otorguen por el sistema de libre elección deberán realizarse en los establecimientos del Servicio Nacional de Salud y en los establecimientos de las instituciones fiscales, etc., como ocurrió en la especie. Además, conforme al artículo 59 del mismo decreto, el Servicio de Salud percibe una remuneración conforme a una tarifa por cada prestación, aporte local, instalaciones y equipos, debe facilitar a los profesionales todos los medios necesarios y es obligación estipular claramente los resguardos que deberá adoptar el Servicio para impedir que los convenios que celebre puedan significar un deterioro de la atención que le corresponda otorgar. En consecuencia, del análisis de esta normativa se infiere nítidamente que el mencionado sistema no exime a la demandada de la responsabilidad por los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros a raíz de las atenciones o intervenciones quirúrgicas que se efectúen en sus pabellones de operación u otras instalaciones, ordenamiento jurídico que guarda relación y armonía con lo estipulado en el artículo 4º de la ley 18.575, que a la letra dispone: 'El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funcio-

nes, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”; (Cancino Rojas con Servicio de Salud del Maule, Corte de Apelaciones de Talca, recurso de apelación, considerando 5° de la sentencia de 25 de septiembre de 1990. Fallo confirmado por la Corte Suprema por sentencia de 9 de mayo de 1991, al rechazar el recurso de queja interpuesto en contra de la referida sentencia, *Gaceta Jurídica* 131, pp. 78 y ss.).

e) Una vez “constatado el daño y su origen y causalidad, éste se ha de imputar al organismo de administración del Estado directamente, siendo indiferente que el daño hubiese tenido su origen en una actuación negligente o en una falta o culpa personal del funcionario del Servicio Público...” (Baeza Rojas con Servicio de Salud de Antofagasta, considerando 18).

4. ES INTEGRAL

El daño antijurídico causado por la actividad del Estado debe serle totalmente reparado a la víctima, lo que incluye por tanto el daño moral⁵¹. En tal sentido, y a propósito del art. 38 inciso 2° de la Constitución, la jurisprudencia ha dicho que una de las consecuencias de dicho precepto “es la que consiste en la obligación de indemnizar la totalidad del daño causado” (Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 2° de la sentencia de 27 de diciembre de 1993; en *Gaceta Jurídica* 162, 58 y ss.). No obstante lo anterior, en esta misma sentencia se precisó que “ello no incluye a los perjuicios indirectos, sino sólo a los directos, es decir, cuando el daño reúne las siguientes condiciones: “a) que haya habido una acción u omisión causada por un agente; b) que dicha acción u omisión haya ocasionado un daño, y c) que el referido perjuicio resulta como consecuencia necesaria de la señalada acción u omisión” (considerando 7°)⁵².

⁵¹ *Ibid.*, 310-311.

⁵² De un modo similar se ha pronunciado con posterioridad nuestra jurisprudencia, cuando, al interpretar el sentido y alcance del art. 4 de la Ley 18.575, ha señalado que “conforme al artículo 4 de la ley N° 18.575, “sólo es indemnizable el daño directo, cuyos elementos son: a) Una acción u omisión causada por el agente de la Administración en el ejercicio de sus funciones; b) que dicha acción u omisión haya ocasionado un daño; y c) que el referido perjuicio resulte como una consecuencia necesaria de la señalada acción y omisión” (Méndez Hernández y otros con Fisco, Primer Juzgado Civil de Temuco, Rol N° 77.555, sentencia de 24 de junio de 1999, considerando 12; confirmada por la Corte de Apelaciones de Temuco por sentencia de 11 de abril de 2001, y por la Corte Suprema en sentencia de 6 de junio de 2001, recurso de casación en el fondo).

IV. EL PROBLEMA DE LA INEMBARGABILIDAD DE BIENES DE LOS SERVICIOS DE SALUD

Una vez clarificada las características y forma en que opera la responsabilidad de los Servicios de Salud, es importante hacerse cargo de un problema de enorme relevancia a la hora de obtener el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar. Me refiero a los límites derivados de la inembargabilidad de ciertos bienes de estos organismos. Como se sabe, conforme al art. 2465 del Código Civil, "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618⁵³". Entre los bienes exceptuados por esta última norma desde luego no se hallan los bienes de los entes públicos.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico contempla una serie de normas especiales que sí declaran la inembargabilidad de bienes de organismos estatales⁵⁴. Tal es el caso de la Ley 18.482 (Diario Oficial de 28 de diciembre de 1985), cuyo artículo 86 señala expresamente lo

⁵³ Según el art. 1618 del Código Civil no son embargables:

- 1.º Las dos terceras partes del salario de los empleados en servicio público, siempre que ellas no excedan de noventa centésimos de escudo; si exceden, no serán embargables los dos tercios de esta suma, ni la mitad del exceso. La misma regla se aplica a los montepíos, a todas las pensiones remuneratorias del Estado, y a las pensiones alimenticias forzosas;
- 2.º El lecho del deudor, el de su cónyuge, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas;
- 3.º Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de veinte centésimos de escudo y a elección del mismo deudor;
- 4.º Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte hasta dicho valor y sujetos a la misma elección;
- 5.º Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado;
- 6.º Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual;
- 7.º Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes;
- 8.º La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;
- 9.º Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación;
- 10.º *Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquirieren.*

⁵⁴ Entre las normas que declaran la inembargabilidad de bienes de órganos públicos están las siguientes: 1. Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, cuyo artículo 70 dispone que: "El régimen de bienes de los gobiernos regionales estará sujeto a las siguientes disposiciones: a) Los bienes destinados a su funcionamiento y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente a su nombre, serán inembargables;..." 2. Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, la que en su artículo 32 dispone que: "Los bienes municipales destinados al funcionamiento de sus servicios y los dineros depositados a plazo o en cuenta corriente, serán inembargables."

siguiente: *"Declárase, interpretando el artículo 16 del decreto ley N° 2.763, de 1979, que los bienes destinados al funcionamiento de los Servicios de Salud creados por dicha disposición, en su calidad de continuadores legales del ex Servicio Nacional de Salud, gozan de la inembargabilidad que establecía el artículo 77 de la ley N° 10.383". Según esta última norma tenían carácter de inembargables "los bienes del Servicio de Seguro Social y del Servicio Nacional de Salud destinados al funcionamiento de sus servicios administrativos y médicos⁵⁵".*

En principio parece de sentido común que no pueda embargarse cualquier bien de un Servicio de Salud. Su labor y funciones hacen aconsejable que precisamente aquéllos *"destinados a su funcionamiento"* no puedan ser embargados. Sin embargo, de los términos de los artículos 86 de la Ley N° 18.482 y 77 de la Ley N° 10.383, se desprende con meridiana claridad que el legislador hace prácticamente inembargables a todos los bienes de los Servicios de Salud. Esto porque no debe olvidarse que como ocurre en todas las reparticiones públicas, la destinación la efectúan estos propios organismos. De ahí que por la vía de meras resoluciones administrativas los Servicios de Salud pueden destinar al *"funcionamiento de los servicios administrativos y médicos"* a cualquier bien, incluso aquellos que nada tuvieran que ver con esas funciones. Ello hace prácticamente no embargables todos los bienes de estos organismos, lo que al menos resulta dudoso desde el punto de vista constitucional. Esto debido a que una medida de esta naturaleza no parece muy compatible con el principio de igualdad reconocido por el art. 19 N° 2 de nuestra Constitución.

Y es que, si bien el principio de igualdad no impide diferenciar, sino que lo que proscribe es la diferenciación arbitraria o carente de razonabilidad, la total inembargabilidad de los bienes de los Servicios de Salud pareciera no ajustarse precisamente a este parámetro. Ello porque si bien parece comprensible y prudente que no puedan embargarse los implementos e insumos médicos que permiten brindar atención de salud, o los edificios que albergan hospitales o consultorios, no podría decirse lo mismo de un vehículo de carga, o de un automóvil, o incluso de un inmueble no destinado a fines específicamente médicos y de salud. Pero lamentablemente nuestra Corte Supre-

⁵⁵ Esta norma se complementaba con lo señalado por el art 16 del D.F.L. N° 286, de 1960, que declaraba *"inembargables los bienes del Servicio Médico Nacional de Empleados, destinados al funcionamiento de sus servicios administrativos, médicos y dentales (inciso 1°)*. Y agregaba que *"el Servicio gozará de privilegio de pobreza en los juicios en que sea parte y en las actuaciones que realice ante cualquier Tribunal de la República"*.

ma no sólo no ha compartido este razonamiento, sino que, por el contrario, ha sostenido exactamente lo contrario, y lo que es peor, fundada en un razonamiento a todas luces inexplicable.

En su sentencia de 24 de octubre de 2001 recaída en el recurso de inaplicabilidad, Ochsenuis Vargas, Jorge (rol N°4.865-00), sostuvo que “analizados los preceptos legales que se impugnan por la presente vía, se debe concluir que no conculcan el principio de igualdad ante la ley, sino que, por el contrario, éste se encuentra plenamente garantizado. En efecto, por los textos legales transcritos no se ha creado entre semejantes –Servicios de Salud creados por el decreto ley N° 2763, de 1978– diferencia alguna; razón por la que lo prescrito en dichas normas les son aplicables a todos ellos, precisamente, para que puedan cumplir con la finalidad perseguida por el legislador al crearlos; esto es, llevar a cabo la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas;...” (considerando 5°). Pero además sostuvo que el privilegio de inembargabilidad a favor de los Servicios de Salud, fue establecido por el “legislador presente para ello tanto la función social que desarrollan, como el hecho de que constituyen el medio por el cual el Estado cumple con el mandato contenido en el número 9 del artículo 19 de la Carta Fundamental” (considerando 7°).

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE
HOSPITALES Y CLINICAS PRIVADAS:
HACIA UNA PAULATINA RESPONSABILIDAD
ESTRICTA POR RIESGO DE EMPRESA**

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY

*Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile
Universidad de los Andes*

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que con el transcurso del tiempo –y particularmente en la última década– se ha ido produciendo una verdadera “explosión” de la responsabilidad civil en general y, en especial, de aquélla que surge o puede surgir a raíz de los daños causados a la vida, a la salud, a la integridad física o síquica de un paciente con ocasión de una determinada prestación médico-sanitaria.

En particular, son cada día más numerosas las acciones legales iniciadas por los pacientes que se sienten víctimas de una negligencia médica, contra los profesionales de la medicina que intervinieron y, también hoy, contra los propios Centros Asistenciales o Instituciones de Salud donde éstos prestan sus servicios.

Además, cada día son más altas las indemnizaciones que los jueces están dispuestos a otorgar en favor de las víctimas demandantes.

**II. CAUSAS DEL EXPLOSIVO AUMENTO DE LAS ACCIONES LEGALES INTENTADAS
POR LOS PACIENTES QUE HAN SIDO VÍCTIMAS DE DAÑOS MÉDICOS**

¿Por qué se ha producido un incremento tan marcado de las acciones legales y –como tendremos ocasión de mostrar en este trabajo– una paulatina transformación de la responsabilidad civil médico-hospitalaria?

a) En primer lugar, porque ha existido un cambio en la composición social y cultural de la sociedad moderna.

Actualmente, muchos de los pacientes que acuden a un hospital público o a una clínica privada son sujetos más o menos pudientes que no se resignan frente al dolor y al sufrimiento, sobre todo si éstos provienen de un daño a su salud o a la integridad física o síquica. Muchos quieren una reparación integral del daño sufrido.

Además, el paciente moderno y su familia están hoy —o creen estarlo— cada vez más informados sobre los temas relacionados con la salud y son más conscientes de sus propios derechos.

Así, el paciente moderno y su familia siente tener un derecho a la íntegra y oportuna información, esto es, quiere saber qué enfermedad tiene (cuál es el diagnóstico), cuáles son los posibles remedios (tratamiento); cuáles son los riesgos propios de cada tratamiento (probabilidad de curación, desmejoramiento o muerte), cuánto tiempo durará el tratamiento, su costo, la recuperación, etc. Por ello, si luego de efectuada la intervención médica los resultados no satisfacen sus expectativas, se siente defraudado, quizá engañado y exige una responsabilidad.

b) Por otro lado se ha producido una transformación en la finalidad perseguida por la responsabilidad civil, sobre todo desde la perspectiva de los jueces.

Tradicionalmente se entendía que la responsabilidad civil —y el pago de la indemnización— era una forma de castigar al personalmente culpable de un delito o cuasidelito civil (daño causado con dolo o culpa).

Sin embargo hoy se entiende que la responsabilidad civil es el mecanismo para reparar los perjuicios causados a la víctima inocente, de manera que los jueces se sienten cada día más inclinados a hacer civilmente responsable a el o a los demandados, incluso si los daños no fueron claramente causados por un acto u omisión culpable sino por un accidente más o menos fortuito¹.

c) En tercer lugar, se percibe un profundo y paulatino cambio en la forma como se ejerce hoy la medicina.

¹ En relación con la finalidad que cumple hoy la responsabilidad civil pueden consultarse los siguientes trabajos que constituyen, a nuestro juicio, piezas claves para entender el moderno desarrollo de la responsabilidad civil (sobre todo, de la responsabilidad extracontractual). Ver Alpa, G. y Bessone, M., *La responsabilità civile*, 2ª ed., vol 1., Giuffrè, Milano, 1980; De Ángel Yaguez, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la*

En efecto, del ejercicio individual y liberal de la medicina por parte del "médico de familia" o "doctor de cabecera" se ha ido avanzando hacia un ejercicio colectivo de la misma, al interior de un gran hospital y al servicio de un establecimiento de salud, que actúa como un prestador de servicios médicos masivos y en gran escala.

Con la creciente aparición de la Institución Hospitalaria o Asistencial que presta servicios médicos en forma masiva y en gran escala, existe una mayor probabilidad de que —en el mediano y largo plazo— se cometan faltas, errores u omisiones estadísticamente inevitables y que causan daños a los pacientes.

d) Vinculado a lo anterior, se aprecia una progresiva masificación y despersonalización de la atención médico sanitaria.

Al surgir el gran hospital contemporáneo, al interior del cual trabaja un sinnúmero de profesionales y una gran cantidad de personal de apoyo, se ha producido una cada día más perceptible despersonalización de la atención médico sanitaria.

Frente a ello el paciente que ha sido víctima de una negligencia médica o asistencial no siente ya el respeto —y la casi ciega veneración y afecto— que antes solía existir frente al médico de cabecera sino, y por el contrario, la indignación por el servicio anónimo defectuoso, no dudando demandar la efectiva reparación del daño causado.

e) Por último, la posible existencia de seguros que cubren la responsabilidad civil de las clínicas y hospitales, o de sus médicos y agentes sanitarios, actúa como un poderoso estímulo en la interposición de demandas indemnizatorias.

Sin duda que la combinación de todos estos factores, y otros más, ha conducido a que —frente a los casos de daños causados al paciente— las víctimas busquen un responsable civil que pague los perjuicios.

responsabilidad (con especial atención a la reparación del daño), Cuadernos Civitas, Madrid, 1995; Viney, G., *La responsabilité: conditions*, en *Traité de Droit Civil*, dir. par G. Ghestin, tomo IV, L.G.D.J., Paris, 1982; Cavanillas Mugica, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1987; Markesinis, B.S. & Deakin, S.F., *Tort Law*, 3ª edition, Clarendon, Oxford, 1994.

III. UN CASO REAL: MUERTE DE UNA MENOR POR ERROR DE DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO

Como introducción a la materia, nada mejor que un ejemplo real, que sirva, además, de "cable a tierra" en las explicaciones dogmáticas que se darán en el desarrollo de este trabajo.

Se trata de lo siguiente:

Una menor de pocos meses de vida comenzó a presentar durante la noche los siguientes síntomas: obstrucción bronquial, respiración agitada, fuerte dolencia en el sector pulmonar, fiebre y malestar generalizado.

Sus padres la llevaron durante la noche a un Hospital Clínico Privado, ingresando por "Urgencias" al Departamento de Pediatría.

Allí fue atendida por una joven doctora (becada en la especialidad de pediatría, con sólo dos años de experiencia), quien ordenó de inmediato que se le tomara una radiografía de tórax. La radiografía fue tomada pero no se pudo informar esa noche al no existir un radiólogo de turno en el referido hospital.

La joven doctora revisó la radiografía y —previa consulta con el médico jefe de turno (que no era pediatra)—, diagnosticó que se trataba de un resfriado común, prescribiendo o recetando *paracetamol* y *naprogesic*. Además autorizó a los padres para que se llevaran a la menor a su casa, sin recomendar reposo dentro del Hospital. Asimismo señaló a los padres que debían retirar al día siguiente la radiografía con su examen o informe anexo.

Confiados los padres de que no se trataba de algo grave —pues, de lo contrario, se lo habrían advertido y viendo además que algunos de los síntomas disminuyeron durante las horas siguientes—, no fueron a buscar la radiografía con el informe anexo.

Sin embargo, al ver que luego de cuatro días la menor no mejoraba y, por el contrario, los síntomas reaparecieron todavía con más fuerza, la llevaron nuevamente al mismo Hospital Clínico, siendo internada de inmediato en la Unidad de Cuidados Intensivos.

En este momento los padres buscaron y obtuvieron la entrega de la radiografía ya informada por el radiólogo respectivo, informe que había sido elaborado al día siguiente de haber sido tomada. La radiografía presentaba una sombra en el pulmón derecho, indicaría de —según señalaba el informe de radiólogo anexo a la radiografía— una "Neumonía aguda del lóbulo superior derecho".

La menor falleció un mes después dentro del Hospital Clínico, a consecuencias de una insuficiencia respiratoria.

Frente a este caso real cabe formular algunas preguntas que nos servirán para encuadrar de inmediato el ámbito de esta exposición.

¿Debe responder alguien por este hecho? ¿Debe responder la joven pediatra, el médico jefe de turno, los padres de la menor, el Hospital Clínico? ¿O bien se trata de un triste y lamentable error de diagnóstico respecto del cual hay que resignarse?

Para intentar responder a las preguntas formuladas en el párrafo precedente –y aunque entiendo estar frente a un público compuesto, en su mayoría, por abogados y especialistas–, me parece didáctico recordar una distinción básica y necesaria en materias de responsabilidad médico sanitaria: a) la responsabilidad individual del personal médico y sanitario que participó directa y materialmente en los hechos que dieron origen al daño; y b) la responsabilidad puramente civil (o patrimonial) de la Entidad Corporativa titular del Centro Asistencial donde se prestó el servicio causante de los daños cuya reparación se reclama.

IV. UNA DISTINCIÓN BÁSICA Y NECESARIA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANTARIA

1. LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL QUE PUEDE AFECTAR AL PERSONAL SANITARIO QUE PARTICIPÓ DIRECTA Y MATERIALMENTE EN LOS HECHOS QUE DIERON ORIGEN AL DAÑO

En materia de responsabilidad por daños al paciente, siempre hay que preguntarse respecto de la posible responsabilidad del médico, de la enfermera o del personal paramédico que intervino material y directamente en los hechos que causaron los daños cuya reparación se demanda.

Y aquí cabe recordar que el agente sanitario –sin perjuicio de otras clases de responsabilidad legal que procedan– puede incurrir en una doble responsabilidad jurídica, distinta y autónoma de la responsabilidad civil que puede afectar a la Institución o Empresa donde él trabaja o presta servicios: a) la responsabilidad penal y b) la responsabilidad civil.

1.1. La Responsabilidad Penal del personal médico y sanitario

La responsabilidad penal tiene por objeto castigar al personalmente responsable de un delito o cuasidelito penal. A este respecto se deben recordar dos viejos principios en materia penal y procesal penal: “*Nullum crimen sine culpa*” y “*Nullum crimen et nulla poena sine lege previa, scripta et stricta*” (art. 19 N°3 incs. último y penúltimo de la CPE).

Sin embargo debemos recordar que nuestro Código Penal tipificó como "*hecho punible*" y, particularmente, como cuasidelito penal, la negligencia culpable incurrida por un médico, cirujano, farmacéutico o matrona que causare mal a las personas (art. 491 CP).

Esto significa que, en la práctica, los médicos están sujetos en Chile a un estatuto de responsabilidad mucho más estricto que otros profesionales, pues cualquier daño causado con negligencia culpable al paciente puede llegar a constituir un cuasidelito penal y, particularmente, de aquél tipificado en los arts. 491 y 492 CP, y ser acreedor de las penas que señala el Código.

1.2. La Responsabilidad Civil del personal médico y sanitario

A diferencia de la anterior, la responsabilidad civil no tiene por objeto principal castigar al personalmente responsable de una falta sino sólo reparar los daños causados a la víctima inocente.

Por ello la responsabilidad civil es esencialmente patrimonial, no es personalísima y puede afectar no sólo al personal sanitario partícipe en los hechos sino a la Institución o Entidad donde éste prestaba servicios al momento de causar los daños.

Sin embargo es común, en la práctica, que un mismo hecho, acción u omisión del médico que causa daños al paciente, constituya, al mismo tiempo, un hecho punible, es decir, un ilícito penal (por ejemplo, un cuasidelito de lesiones graves) y un simple ilícito civil (por ejemplo, cuasidelito civil), de forma que el profesional de la salud puede verse enfrentado al mismo tiempo a dos clases de responsabilidad: una penal y otra civil.

Ambas formas de responsabilidad jurídica están regidas por estatutos sustantivos y procesales diferentes. Sin embargo, no son completamente autónomas pues existen claras interconexiones entre ellas, pudiéndose destacar las siguientes:

a) Toda sentencia penal condenatoria produce plena prueba y efectos de cosa juzgada en materia civil respecto (i) de la existencia de los hechos y (ii) de la culpabilidad del inculpado, de forma que toda culpa penal legalmente establecida por sentencia condenatoria ejecutoriada es, a la vez, culpa civil (arts. 178 y 180 CPC y art. 13 CPP).

b) Por el contrario, la sentencia penal absolutoria o el sobreseimiento definitivo no producen dicho efecto salvo si se fundan en (i) la no existencia de los hechos constitutivos del delito o cuasidelito y (ii) la no participación del inculpado en tales hechos (no existir relación

alguna entre el hecho que se persigue y la persona acusada) y (iii) no existir indicio alguno contra el acusado (art. 179 CPC). Sin embargo, hoy en día cabe tener presente que el nuevo Código Procesal Penal señala, en su art. 67, que "*La circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal no impedirá que se dé lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente.*" De esta forma, la sentencia penal absolutoria o el sobreseimiento definitivo firme o ejecutoriado no impedirán que se pueda discutir en sede civil y, eventualmente, declarar la responsabilidad civil del agente sanitario absuelto o sobreseído definitivamente.

c) Por último, cabe tener presente que el Nuevo Código Procesal Penal (arts. 59.2 y 3) establece una regla muy importante respecto de la eventual responsabilidad civil de la clínica u hospital: por regla general, la víctima sólo podrá ejercer la acción civil en el proceso penal contra el personal o directamente imputado y nunca contra los terceros civilmente responsables. De esta forma, la acción civil contra los hospitales y clínicas —que nunca son imputados sino terceros civilmente responsables— sólo podrá ser conocida y fallada por los Tribunales Civiles.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA INSTITUCIÓN O EMPRESA (ENTE CORPORATIVO) TITULAR DEL CENTRO ASISTENCIAL EN LA CUAL TRABAJA O PRESTA SERVICIOS EL AGENTE SANITARIO QUE PARTICIPÓ EN LOS HECHOS QUE DIERON ORIGEN AL DAÑO

Esta responsabilidad es de naturaleza estrictamente civil, puramente patrimonial y sólo afecta a la persona jurídica (pública o privada) titular o propietaria del hospital o clínica donde se causaron los daños cuya reparación se demanda.

A este respecto, surge también una doble distinción:

a) La responsabilidad civil de la Administración del Estado —y, concretamente, del Servicio de Salud titular del respectivo establecimiento— se aplica a todos por los daños causados en hospitales públicos por funcionarios públicos o agentes médico-sanitarios privados².

² En nuestro país —y siguiendo la doctrina extranjera— nuestro ordenamiento jurídico reconoce la figura de la responsabilidad civil del Estado y de sus órganos por "falta de servicio". Tan claro es ello que los hospitales públicos responden hoy en Chile directamente con base a lo señalado en los arts. 38.2 CPE y 4 y 42 de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado y los establecimientos asistenciales municipi-

b) La responsabilidad civil de la Empresa o Ente Corporativo por los daños causados en las clínicas privadas.

Ambas clases de responsabilidad civil están sujetas a distintos criterios de atribución o de imputación del deber de reparar.

En efecto, los Servicios de Salud son personas jurídicas de Derecho Público, que integran la Administración Descentralizada del Estado y responden de acuerdo a lo prescrito en la Constitución Política del Estado (arts. 6, 7, 38.2) y en la Ley N° 18.575, Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado (arts. 4 y 44), es decir, por falta de servicio³.

En cambio, las entidades titulares de las clínicas privadas responden de acuerdo a lo señalado en el Código Civil y, por tanto, en base a la culpa subjetiva y probada (arts. 2314, 2320.4 y 2322 CC).

V. DOCTRINAS QUE INTENTAN EXPLICAR LA NATURALEZA Y EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ENTE CORPORATIVO TITULAR DEL CENTRO ASISTENCIAL

Creemos importante referirnos brevemente a las tres doctrinas que intentan explicar la naturaleza jurídica de esta responsabilidad civil pues constituyen las tres formas de estructurar, concebir y fundamentar la responsabilidad patrimonial del Ente Corporativo titular de la clínica u hospital.

pales responden de la misma forma pero con fundamento en lo indicado por el art. 141 del LOC de Municipalidades, normativas que han introducido en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de "falta de servicio", como nuevo criterio de imputación de responsabilidad civil. Cfr. C. de Valparaíso de 22 de diciembre de 1994, que confirmó la sentencia del Tercer Juzgado Civil de Valparaíso de 30 de agosto de 1994, por la cual se condenó al Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota, por el descuido y la negligencia de dos auxiliares paramédicos del hospital "Doctor Gustavo Fricke" (olvido de dos compresas al interior del cuerpo del paciente), y en aplicación conjunta de los arts. 4° y 42 de la Ley 18.575 y también del art. 2314 del Código civil. El Considerando Décimo Quinto de esta sentencia señala claramente que *"ha existido una falta de servicio por parte del Hospital Gustavo Fricke, entendiéndose por falta de servicio, toda deficiencia o mal funcionamiento de un servicio público que ocasiona un daño, como lo han definido algunos autores en la doctrina"*, señalando a continuación que esta falta de servicio está constituida —en ese caso concreto— por 6 hechos específicos, el último de los cuales es el siguiente: *"f) En general, la ausencia de cuidado o negligencia en la atención profesional prestada al paciente Juan López Pérez."*

³ Para un estudio más detenido de la responsabilidad civil por los daños causados al interior de los hospitales públicos puede consultarse: Soto Kloss, E., "Responsabilidad del Estado", comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 9 de mayo de 1991 en autos caratulados "Cancino Rojas, Luis con Servicio de Salud del Maule, queja rol n° 3359, en Informe Constitucional N°144, Santiago, 21 de agosto de 1981; Vásquez Rogat, A., *Responsabilidad del Estado por sus servicios de salud*, Editorial Conosur Ltda., Santiago, 1999; López Santa María, J., "Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 94, N°1 (enero-abril), 1997, pp. 31 a 46.

Además, estas tres doctrinas tienen gran importancia teórica y práctica pues ayudan a entender tanto a la responsabilidad civil de la Administración del Estado como de las clínicas privadas⁴.

1. LA RESPONSABILIDAD POR LA CULPA EN LA ELECCIÓN Y EN LA VIGILANCIA⁵

Esta fue la primera y la más antigua forma de explicar y fundamentar la responsabilidad civil de las clínicas y hospitales. Es, además, la doctrina consagrada en nuestro propio Código Civil respecto de la responsabilidad civil del empresario privado.

1.1. Requisitos y características propias

Para esta doctrina, la entidad dueña o titular del hospital o clínica sólo responde civilmente cuando se logra acreditar que sus órganos directivos u órganos de administración incurrieron en una culpa al elegir o vigilar a los médicos o al personal sanitario que trabaja bajo una relación de subordinación y dependencia.

Bajo este régimen, y en estricta teoría, el hospital o la clínica demandada puede siempre eximirse de la responsabilidad civil que se le imputa probando que fue diligente en la selección o en la vigilancia de sus médicos o del personal sanitario que trabaja para él⁶.

1.2. Causas de la progresiva inadecuación y paulatina insuficiencia de la doctrina de la culpa en la elección y vigilancia

Con el transcurrir del tiempo, esta doctrina se ha vuelto cada vez más insuficiente para que las víctimas puedan hacer frente con éxito a

⁴ Para una explicación más detallada de estas tres doctrinas puede consultarse Zelaya Etchegaray, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Editorial Aranzadi, Pamplona (España), 1995, pp. 34-136.

⁵ Para un análisis más detallado de la denominada "*Master fault theory*" puede consultarse Zelaya Etchegaray, P., *La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 90, N° 3, I, 1993, pp. 119 y ss. y, más ampliamente, en *idem*, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Editorial Aranzadi, Pamplona (España), 1995, pp. 34-75.

⁶ Así, por ejemplo, el hospital demandado podría probar que no incurrió en culpa *in eligendo* pues eligió bien a sus empleados (incluso, a través de una Agencia de Empleo externa) o seleccionó a un profesional universitario altamente calificado. También podría probar que no incurrió en culpa *in vigilando* pues puso todos los medios a su alcance para vigilar y controlar la actividad médica dañina o bien no tenía los conocimientos ni los medios para dirigir, controlar o supervisar la actividad altamente calificada y específica del profesional de la medicina.

la moderna realidad hospitalaria y asistencial, y ello por las siguientes razones:

a) En primer término, porque muchas clínicas y hospitales han dejado de pertenecer a instituciones de beneficencia y comienzan a organizarse como sociedades comerciales (personas jurídicas con fines de lucro) las que suelen acudir a la división *ad intra* (creando gerencias, subgerencias, departamentos, secciones, etc.) y *ad extra* (por ejemplo, subcontratando servicios especializados) del trabajo para producir el servicio propio del giro. De esta forma se han ido creando verdaderas empresas de servicios médico-sanitarios, en las cuales comenzaron a participar una gran cantidad de profesionales y personal sanitario calificado, equipos e instrumental altamente tecnificado, siendo muchas veces muy difícil precisar si hubo o no culpa y, en caso positivo, quién fue el o los culpables del daño causado.

b) Además, la selección del personal médico y sanitario que ingresa a prestar sus servicios en las clínicas modernas ha comenzado a ser realizada, no ya por los altos directivos del hospital, sino por empresas externas, autónomas y altamente calificadas, de forma que la Clínica siempre podría acreditar que no se ha incurrido en culpa en la elección del profesional pues éste habría sido elegido luego de una rigurosa selección entre los mejores candidatos.

c) Por otro lado, ni la empresa dueña de la clínica, ni sus directores o gerentes (órganos de alta dirección o administración) suelen tener los conocimientos técnicos suficientes o necesarios como para implementar una real y efectiva dirección o control sobre la forma como los médicos ejercen su actividad profesional, de forma que es fácil, para la Institución de Salud demandada, probar que es inocente respecto de las pretendidas culpas incurridas por sus propios profesionales de la salud, quienes son especialistas y expertos en su ciencia o arte⁷.

⁷ En el *common law* inglés la responsabilidad civil de los hospitales por la culpa de sus profesionales dependientes fue, durante mucho tiempo, incierta por cuanto existía una postura jurisprudencial restrictiva que tuvo su origen en el famoso fallo *Hilger v. Bartholomew's Hospital* (1909). Esta decisión judicial —que constituyó durante mucho tiempo un claro precedente— estableció que un hospital no era civilmente responsable por la negligencia de sus profesionales dependientes en materias o actividades que significaban un cuidado o destreza puramente técnica/profesional. El hospital sólo podía ser civilmente responsable de los daños causados por sus profesionales y personal administrativo en el ejercicio de actividades o funciones puramente organizacionales o administrativas pero no técnico/profesionales pues, respecto de estas últimas, no existía —ni podía existir— un control, dirección o vigilancia por parte de la institución

De esta forma, y bajo este esquema culpabilístico, la responsabilidad civil del hospital demandado es prácticamente residual y queda circunscrita a las culpas o negligencias del personal auxiliar o paramédico por actos puramente materiales o administrativos, actos de simple control y gestión sanitaria que no requieren especiales conocimientos de una ciencia o *lex artis ad hoc*⁸.

d) Por último, múltiples daños al paciente comenzaron a ser la triste consecuencia de lamentables errores humanos; de pequeñas faltas involuntarias cometidas por algún profesional de la medicina (no constitutivos siquiera de culpa levísima) o de simples deficiencias fortuitas de los aparatos e instrumental altamente sofisticado que se comenzó a utilizar en dichos Centros Asistenciales.

Por ello, bajo esta perspectiva de la culpa en la elección y en la vigilancia, dirección o cuidado, los Tribunales pueden sentirse inclinados a eximir de toda responsabilidad civil al hospital o clínica demandada por culpas médicas o atentados específicos contra la *lex artis ad hoc*, siendo el profesional médico-sanitario el único responsable y recayendo sobre él todo el rigor de la ley.

2. LA RESPONSABILIDAD VICARIA, INDIRECTA O SUSTITUTA⁹

2.1. Concepto, naturaleza y características

Bajo esta perspectiva la Clínica o, más bien, el Ente Corporativo titular del Centro Asistencial comenzó a ser objetivamente responsable —responsabilidad objetiva o sin culpa— de los hechos u omisiones imputables a culpa o negligencia de sus médicos y de su personal dependiente o auxiliar.

Se trataba de una clara responsabilidad objetiva del hospital demandado, pues éste no podía eximirse de la responsabilidad civil

hospitalaria. El profesional de la medicina —en el ejercicio de su ciencia o arte (*lex artis*)— era un trabajador independiente que no podía ni debía recibir órdenes o instrucciones por parte de su empleador o principal. Cfr. ZEPOS, P. J. and Christodoulou, P., *Professional Liability*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, chapter 6, vol. XI (*Torts*), Tübingen, 1970, p. 37.

⁸ Por ejemplo, (i) no cumplir por olvido o negligencia con las indicaciones del médico tratante; (ii) no controlar adecuadamente una transfusión sanguínea; (iii) no anotar bien la temperatura u otros signos vitales del enfermo hospitalizado; (iv) no mantener en buen estado los recipientes con drogas o errar en su etiquetado o rotulación, (v) equivocarse en la instalación o uso de suero, etc.

⁹ Para un detallado análisis del origen y fundamento de la responsabilidad vicaria, ver Zelaya Etcheagaray, P., *La responsabilidad civil* ..., cit., pp. 80-107.

intentando probar que fue diligente en la selección o en la vigilancia de sus médicos o de su personal sanitario. El Centro Sanitario no respondía por culpa propia sino en garantía de las culpa ajenas, al modo de un fiador solidario.

Esta forma de concebir la responsabilidad civil de los hospitales y clínicas nació en Francia y en el antiguo derecho del *Common Law* y actualmente está vigente en muchos países de Europa Continental y en todos aquellos regidos por el *Common Law*, incluido los Estados Unidos de América.

2.2. Requisitos

Tradicionalmente se ha entendido que se necesitan los siguientes 3 requisitos para dar lugar a la responsabilidad vicaria de la Entidad Corporativa titular de la clínica u hospital:

a) Que el médico o el personal auxiliar, como agente material y directo de los daños, haya actuado con culpa o negligencia al atender al paciente: si no hay culpa en el médico dependiente no hay responsabilidad civil de la Clínica; y al revés: si hay culpa en éste, la Clínica no puede eximirse de la obligación de pagar la indemnización de perjuicios, salvo que pruebe otras eximentes de responsabilidad (por ejemplo, extralimitación de funciones, etc.). Bajo este esquema, la responsabilidad civil de la Clínica es objetiva o sin culpa, respondiendo como garante frente a la víctima.

b) Que el médico o profesional culpable trabaje bajo la subordinación y dependencia de la Entidad demandada y no como un profesional externo e independiente, autónomo en su organización y riesgos.

c) Que el médico actúe dentro del ámbito de las funciones encargadas por el hospital y no fuera o en abierta extralimitación a las mismas.

Como se explicará más adelante, este sistema de concebir o estructurar la responsabilidad civil tiene cierta importancia práctica en Chile toda vez que ha tenido gran influencia en la interpretación y aplicación que nuestros Tribunales han hecho de la normativa contenida en el Código Civil respecto de la responsabilidad civil del empresario¹⁰.

¹⁰ Cfr. Zelaya Etchegaray, P., "Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales)", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 94, número 2 (mayo-agosto), 1997, p. 73, nota 49.

3. LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO DE EMPRESA¹¹

Esta es la tercera y la más moderna forma de explicar la naturaleza y el fundamento de la responsabilidad civil de los Entes Corporativos titulares de hospitales o clínicas que prestan servicios médicos integrales y en gran escala.

Para esta doctrina, el titular del hospital o la clínica debe responder civilmente –incluso de los daños accidentales o estadísticamente inevitables– toda vez que el Ente Corporativo:

a) Es el titular de actividades y bienes que –en el mediano y largo plazo– se consideran peligrosos para la vida, la salud o la integridad física de las personas (que causan daños estadísticamente inevitables).

b) Es el sujeto que, en un mercado perfecto, está en las mejores condiciones para pagar el daño, internalizar dicho pago como un costo más de la producción de los servicios ofrecidos y, luego, distribuirlo o socializarlo entre el mayor número de personas a través de un alza en el precio del servicio (consumidores) y mediante la contratación de un seguro de responsabilidad civil (entre todos los asegurados o tomadores de la misma póliza).

Esta doctrina comienza a desarrollarse en Estados Unidos a partir de la década de los cincuenta, cuando se constata el surgimiento de los siguientes fenómenos:

i) Una paulatina mercantilización de la forma como se organiza y se prestan los servicios médico-sanitarios.

ii) Una creciente sustitución del ejercicio individual de la medicina –a cargo del médico de cabecera– por el ejercicio colectivo y empresarialmente organizado al interior de un gran Centro Asistencial.

iii) Una progresiva ampliación de los servicios médicos ofrecidos al público, generando en el paciente la confianza de una cobertura médica íntegra y total (desde los exámenes preparatorios y primer diagnóstico hasta los cuidados postoperatorios y de recuperación).

¹¹ Para un desarrollo más acabado de esta doctrina puede consultarse Zelaya Etchegaray, P., *La responsabilidad civil* ... cit., pp. 107 y ss.

iv) Una evidente masificación en el número de profesionales médico-sanitarios y una completa diversificación de las distintas especialidades del personal que trabaja en el hospital.

v) La creciente presencia de errores fortuitos, de faltas involuntarias, de lamentables olvidos o de simples distracciones que causan daños al paciente internado en el hospital, pero que no constituyen una culpa en el sentido clásico o tradicional.

En conclusión, esta moderna doctrina parte del supuesto de que muchas entidades dueñas de clínicas y hospitales son hoy titulares de verdaderas empresas de servicios, que ofrecen prestaciones médicas y de salud al público, en forma empresarialmente organizada y lucrativa, de manera que, quien crea se lucra y es titular de una actividad riesgosa, debe responder de los daños que éste cause con independencia de si hubo o no culpa.

Bajo este moderno esquema de concebir la responsabilidad civil de la entidad titular de una clínica u hospital, el médico o agente sanitario que —como dependiente culpable— causa directa y materialmente el daño, pasa a ser jurídicamente irrelevante pues se atribuye el deber de reparar directamente a la respectiva Entidad Corporativa.

VI. TENDENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE HOSPITALES Y CLÍNICAS EN CHILE

1. USO Y ABUSO DE LA VÍA PENAL

En nuestro medio forense es un hecho evidente que muchos abogados, al diseñar la estrategia para enfrentar los daños causados al paciente al interior de un hospital, prefieren iniciar sus acciones legales a través de la vía penal.

En efecto, es muy común que se prefiera, antes que todo, intentar hacer efectiva la posible responsabilidad penal de los dependientes del hospital —facultativos o agentes sanitarios— que participaron en los hechos que dieron origen a los daños y, sólo luego, ver si existe responsabilidad civil en ellos y/o en la clínica u hospital donde aquéllos prestan servicios.

Ello se debe, creemos, a tres razones fundamentales:

(i) Porque la vía penal es más rápida y eficaz, en la práctica, que la vía civil para obtener antecedentes, información y pruebas de cómo

ocurrieron verdaderamente los hechos pues el Juez del Crimen –y todo el proceso penal– se rige por el principio inquisitivo, pudiendo ordenar diligencias y obtener una serie de pruebas que, por la vía civil, se tardaría mucho en obtener o, quizá, sería imposible de obtener (por ejemplo, copia de la ficha médica, declaración personal de los que participaron o presenciaron los hechos, informe del Instituto Médico Legal, etc.);

(ii) Porque el proceso penal constituye una fuerte presión y un “perverso incentivo” para que el dependiente inculcado –e incluso el hospital o clínica donde trabaja el agente sanitario encausado– llegue a un arreglo reparatorio con la víctima, frente al temor de verse expuesto –o ver expuesto a uno de los miembros de su “*staff*”– a las medidas coercitivas propias de todo proceso penal.

(iii) Por último, porque de esta forma el actor legitima clara y abiertamente el uso de la vía extracontractual, pudiendo el abogado de la víctima aprovecharse de todas sus ventajas o beneficios.

No obstante, a este respecto quiero hacer los siguientes comentarios:

a) Las acciones penales contra los médicos –y su rápida y eficaz defensa legal– no debería ser un tema ajeno al Ente Corporativo titular de la clínica donde aquellos trabajan ni a la Compañía de Seguros con la cual esta última ha contratado su Póliza de RC pues –como ya tuvimos ocasión de adelantar– toda sentencia penal condenatoria hace plena prueba y produce efecto de cosa juzgada en materia civil respecto de la existencia del hecho y la culpabilidad del condenado (arts. 13 CPP y 178 CPC) sin que se pueda discutir nuevamente la inocencia del inculcado. En este sentido, y como tendremos ocasión de explicar más adelante, hay que tener en cuenta que, para nuestros tribunales, una vez acreditada la culpa civil del dependiente se “presume de derecho” la responsabilidad civil de la empresa en la cual éste trabaja.

b) Por otro lado, exigir de inmediato, y como primera estrategia, una responsabilidad penal respecto del médico o profesional de la salud que participó en los hechos puede ser –además de una gran injusticia porque muchas veces no se tiene la convicción de que el personal sanitario merezca una sanción penal–, la causa de múltiples y graves trastornos en la relación médico paciente y en el desarrollo mismo de la medicina como ciencia curativa.

c) Asimismo, cabe tener presente que, bajo la normativa del nuevo Código Procesal Penal, la acción civil contra el patrimonio de la Clínica –como tercero civilmente responsable– no se podrá intentar ni hacer valer ante el Tribunal del Crimen, sino sólo frente al Tribunal Civil, de forma que la culpa penal del inculpado –y los hechos que dieron lugar a su calificación en sede criminal– no serán tan “decisivos” ante el Tribunal Civil a la hora de hacer responder civilmente a la clínica demandada. En otras palabras, con la reforma procesal penal se ha separado más nítidamente la acción penal de la acción civil, clarificando la finalidad perseguida por una y otra. Por ello creemos que, de aquí en adelante, se irá produciendo un paulatino “desincentivo” de la vía penal que operará a favor de los médicos, en el sentido de que si la víctima sólo desea que se le pague una justa indemnización, su abogado iniciará una acción civil directamente contra el Ente Corporativo titular de la clínica (generalmente más solvente que el médico) ante el Tribunal Civil, sin necesidad de iniciar, ante otro Tribunal, las acciones penales contra el o los facultativos que participaron en los hechos.

d) Por último, pensamos que la vía penal sólo debería reservarse para hechos o negligencias graves o evidentes, donde el atentado contra los mandatos de la *lex artis ad hoc* es grosero y palmario, siendo justo aplicar al profesional negligente una pena privativa o restrictiva de libertad. Lo contrario podría llegar a significar un abuso del proceso penal en aras a buscar –a través del mismo– ciertas ventajas probatorias y presiones indebidas que causan un daño evidente al recto ejercicio de la medicina y, en el fondo, a todos los pacientes necesitados de servicios médicos.

2. EXCESIVA Y CRECIENTE “CONTRACTUALIZACIÓN” DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA Y HOSPITALARIA

Por otro lado, es un hecho evidente que los abogados de las víctimas han utilizado la normativa contractual –y la figura del incumplimiento de contrato– para demandar la indemnización de los perjuicios causados por negligencias médicas, sobre todo si se trata de daños causados al interior de clínicas y hospitales privados.

Para ello han querido ver la necesaria existencia de un contrato entre el demandante y el médico u hospital donde ocurrieron los hechos causantes del daño (“contrato de hospitalización” o de “asistencia sanitaria”). Por otro lado, se ha intentado encontrar o descubrir en dicho contrato un conjunto de obligaciones de cuidado y de seguri-

dad a favor del paciente. Asimismo, cuando el daño ha sido causado por un médico dependiente del hospital con el cual el demandante no ha contratado, han "recreado" el viejo principio de la estipulación en favor de terceros, contenida en el art. 1449 CC, para contractualizar la demanda indemnizatoria¹².

La creciente utilización de la vía contractual obedece, creemos, a dos grandes causas o motivos:

(i) En primer lugar, porque tradicionalmente se ha sostenido que la responsabilidad contractual constituye la regla general en nuestro Derecho de Daños y la responsabilidad extracontractual sólo la excepción¹³.

(ii) Por otro lado, porque la doctrina tradicional en Chile ha defendido que la responsabilidad contractual es mucho más favorable para

¹² De la Maza Rivadeneira, L. "El contrato de atención médica", en *Revista Chilena de Derecho*, v. N° 16, N° 1, 1989, pp. 7 y 8 sostiene que "hay que convenir que no en todos los casos la relación inicial (entre demandante y demandado) tiene por fuente un contrato, ya que existen algunos en que dicha relación inicial es una estipulación por otro (art. 1449) o el otorgamiento de un mandato (arts. 2116 y 2123), o un cuasicontrato de agencia oficiosa (arts. 2284 y 2286). Esto no excluye que, en definitiva, la relación sea de carácter contractual, siendo igualmente contractual la responsabilidad civil que impone la violación de ella. Por ejemplo, si se contrata a un médico para la realización de una intervención quirúrgica, sin indicarle quiénes deben ser el anestesta, sus médicos ayudantes, las arsenaleras y enfermeras, la relación entre el enfermo y todas esas personas que no conoce, siempre es contractual, porque puede estimarse que el cirujano recibió un mandato de su cliente para la contratación de todas ellas o que, a lo menos, actuó como agente oficioso del enfermo en cuanto a su contratación o que estipuló en su favor." Para apreciar el grado de forzada "elucubración bizantina" a la que se puede llegar, cfr. C. de Concepción, de 20 de mayo de 2002, en *Gaceta Jurídica* N° 268, octubre 2002, pp. 93 y ss. en la cual se condenó a la Mutual Chilena de Seguridad como civilmente responsable de los daños sufridos por el demandante (un trabajador de una empresa afiliada a la Mutual) por la amputación de una de sus piernas debida a una infección intrahospitalaria. La víctima demandó a la Mutual—titular del hospital dentro del cual se focalizó la infección— por responsabilidad contractual, entendiendo que entre la Mutual y la empresa empleadora de la víctima había existido una estipulación a favor de terceros, donde la Mutual era "la promitente", la empresa empleadora la "estipulante" y el trabajador el "beneficiario".

¹³ Cfr. Claro Solar, L., *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, tomo XI, Editorial Jurídica de Chile (tomo V, de las obligaciones), Santiago, 1979, N° 1067, pp. 521 y ss; Alessandri Rodríguez, A., ob. cit., pp. 54 y ss; De la Maza Rivadeneira, L., "La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15, 1988, p. 23, nota 1 y p. 28. Asimismo, debemos destacar que la doctrina argentina ha sido fiel partidaria de la "contractualización" de la responsabilidad médica y hospitalaria, llegando a sostener que esta última es una clara manifestación de la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de sus auxiliares. Cfr. Bueres, A. J., *Responsabilidad civil de los médicos*, vol. I, 2ª edición, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1992, p. 274; Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad civil del médico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, pp. 115 y 117; Vázquez Ferreyra, R., La responsabilidad civil de los hospitales y clínicas por la negligencia médico sanitaria, en A.A.V.V., *Responsabilidad civil del empresario*, Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho, U. de Los Andes, Santiago, 1996, pp. 167-184.

la víctima que la extracontractual, ya que el art. 1547.3 CC. establece una presunción de culpa a favor del acreedor, debiendo el médico u hospital demandado probar que actuó con plena diligencia y cuidado, o bien, que el daño se debió al caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero, culpa exclusiva del demandante, etc.¹⁴.

Con esta tendencia de progresiva contractualización se han ido creando tácitas obligaciones de cuidado y de seguridad en los médicos y/o en los hospitales demandados¹⁵, las que se entienden incorporadas implícitamente en los llamados "contratos de hospitalización" y "contratos de asistencia médico-sanitaria"¹⁶.

¹⁴ La regla del art. 1547 inc. 3º CC —conforme a la cual *"la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"*— no existe en el *Code* francés de 1804, lo que ha originado en Francia ciertas dificultades respecto de la prueba de la culpa en la responsabilidad contractual. A partir de la obra de DEMOGE (*Traité des Obligations*), la doctrina y la jurisprudencia francesas distinguen entre las obligaciones de medio (de prudencia y diligencia) y las obligaciones de resultado. En las primeras, la prueba de la culpa del deudor (que éste faltó a la diligencia debida) corresponde al acreedor/demandante. En cambio, respecto de las segundas, se presume la culpa del deudor, bastando al acreedor probar el daño, es decir, que no obtuvo el resultado comprometido. Esta distinción francesa no es necesaria ni tiene sentido en nuestro ordenamiento jurídico pues el art. 1547.3 CC otorga al acreedor demandante una presunción de culpa que no está presente en el *Code* francés y que, para favorecer a la víctima, llevó a la doctrina francesa a crear esta ingeniosa distinción entre obligaciones de medio y de resultado.

¹⁵ Huet, J., *Considérations générales sur la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1986, p. 325 ha señalado para el derecho francés que *"la responsabilidad contractual ha debido ampliamente su extensión al hecho de que el mecanismo de la obligación de seguridad se ha evidenciado como más fácil de manejar y mucho más protectora de las víctimas, aunque sólo sea desde el punto de vista de la prueba a aportar (...) Es claro que a medida que las reglas específicas tomen a su cargo la reparación de los daños en ciertos sectores de la actividad, resultará cada vez menos útil recurrir a la hipertrofia de las obligaciones contractuales o, incluso, a simulacros de convención, para justificar así la indemnización de ciertas víctimas"* (el subrayado es nuestro) También cfr. Cavanillas Mugica, S. y Tapia Fernández, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (tratamiento sustantivo y procesal)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1992, p. 65.

¹⁶ Para cierto sector de la doctrina extranjera el objeto del contrato de hospitalización o de servicios hospitalarios puede estar constituido básicamente por dos tipos de prestaciones: a) las prestaciones médico/quirúrgicas propiamente tales (el tratamiento médico específico) y b) las prestaciones de alojamiento (servicios de hotelería) y otras accesorias al tratamiento médico (asistencia sanitaria básica y general). En este sentido, cuando el paciente ingresa al hospital sin contratar con médico alguno, la institución hospitalaria asume, por regla general, las obligaciones propias del tratamiento médico requerido (obligación de ejecutar los actos médicos del caso), del alojamiento y de la asistencia general, que realizará por medio de sus propios médicos, según las diversas modalidades contractuales que pueden darse entre éstos y el hospital respectivo. Por el contrario, cuando el paciente ha elegido al médico tratante y ha celebrado con él un contrato de asistencia sanitaria —llamado "contrato médico"— en forma previa a la hospitalización, es claro que el hospital sólo asume los deberes de cuidado propios del

Incluso más, alguna jurisprudencia extranjera, en aras a intentar "objetivar" aún más la responsabilidad contractual del médico, ha querido distinguir dos tipos de contratos de asistencia médico-sanitaria: (i) aquel que tiene por objeto intentar curar al enfermo y (ii) aquellos que sólo tienen por objeto mejorar un aspecto físico o estético de un sujeto no enfermo o, simplemente, la transformación de una actividad biológica del sujeto demandante. Respecto de los primeros, el médico respondería en base a la culpa probada (falta de la diligencia debida); en cambio, respecto de los segundos, el médico respondería en forma más estricta, objetiva o sin culpa para el caso que no se consiga el resultado esperado¹⁷.

simple alojamiento y de la asistencia sanitaria general, no siendo responsable de las negligencias propias del acto médico ejecutado por el profesional médico y/o por su equipo. De esta manera, el contenido del contrato de hospitalización es muy diverso y las extensión de las obligaciones para el hospital dependerá de la forma como se haya generado el ingreso del paciente al recinto hospitalario. De todas formas, y como lo veremos más adelante, la existencia del contrato de hospitalización —y su mayor o menor contenido prestacional— no impide el ejercicio de la acción aquiliana contra el agente directo del daño y también contra el hospital.

- ¹⁷ Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo Español (Sala 1ª) de fecha 25 de abril de 1994, condenó a un médico por la omisión del deber de información respecto de un paciente al que había practicado una vasectomía. Esta sentencia distinguió entre (i) los contratos que tienen por objeto intentar la curación de una enfermedad (medicina curativa o patológica) y (ii) aquéllos que tienen por objeto mejorar un aspecto estético o físico o para la transformación de una actividad biológica. (i) Respecto de los primeros señaló en su considerando Segundo lo siguiente: "Que, no obstante, parece ya llegado el momento de intentar una aproximación al contenido de la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en el que se produce el tratamiento, de manera que (...) la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho califica como propias de las obligaciones del mayor esfuerzo; B) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, de hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y D) en los supuestos —no infrecuentes— de enfermedades y dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al

Sin embargo debemos reconocer que estas obligaciones "contractuales" tienen un contenido bastante vago, cambiante e impreciso, quedando sujetas al criterio del propio Tribunal en la sentencia definitiva.

El problema que ofrece esta solución es lo artificial y forzado que resulta, muchas veces, crear un vínculo contractual, llenándolo de un contenido no pactado ni previsto por las partes¹⁸.

3. LA OPCIÓN EXTRA CONTRACTUAL ESTÁ SIENDO PAULATINAMENTE ADMITIDA EN MATERIA MÉDICA Y HOSPITALARIA.

Aunque durante años, y por influencia de la doctrina francesa de la época, se intentó negar la opción extracontractual, hoy existe una tendencia que acepta la opción extracontractual en ciertos casos o supuestos, siendo uno de ellos los daños causados al paciente por negligencia médica. Es decir, no obstante que se alegue y se intente acreditar la existencia de un contrato entre el paciente y el hospital —o entre el paciente y el agente sanitario culpable—, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que la víctima demandante puede prescindir de la normativa contractual y fundar su demanda en las normas de la responsabilidad extracontractual¹⁹.

paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia." (ii) Respecto de los segundos, el Considerando Tercero señaló que "el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al arrendamiento de obra, que propicia una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada."

¹⁸ Claro ejemplo de esta extensión indebida del concepto de contrato se puede apreciar hoy en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas. Así por ejemplo, y frente a los problemas y disfunciones que ha suscitado en la práctica el parágrafo 831 BGB (responsabilidad extracontractual del empresario por el hecho del dependiente), es notable apreciar cómo la jurisprudencia germana ha procedido a la contractualización de la responsabilidad médica y hospitalaria mediante la aplicación del parágrafo 278 del BGB alemán, el que establece claramente una responsabilidad directa y objetiva del deudor por el hecho de sus auxiliares. La doctrina y la jurisprudencia alemanas intentan buscar en la relación obligacional —de origen contractual— surgida entre el hospital y el paciente, el fundamento de todos los deberes de cuidado y, por tanto, de las indemnizaciones que procedan. Para estudiar con más detalle este desarrollo doctrinal y jurisprudencial ver Zelaya Etchegaray, P., La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente en el Código Civil alemán, en *Revista de Ciencias Sociales* N° 40, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U. de Valparaíso, Edeval, Valparaíso, 1995, pp. 109-162, en especial, punto 4.4 ("la extensión del 'paraguas protector del contrato'").

¹⁹ Para estudiar el cúmulo u opción de responsabilidades en materia hospitalaria puede consultarse Zelaya Etchegaray, P., Responsabilidad civil de hospitales y clínicas: modernas tendencias jurisprudenciales, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 94, número 2 (mayo-agosto), 1997, pp. 58 a 64.

A nuestro juicio, el régimen aquiliano en nuestro Código Civil presenta las siguientes ventajas respecto de la normativa que regula la responsabilidad contractual:

i) El demandado no sólo responde de culpa leve sino de toda clase de culpa, incluso de la levísima. Como veremos más adelante, esta característica, entre otras, ha posibilitado una paulatina objetivación jurisprudencial de la responsabilidad civil médica y hospitalaria.

ii) Por otro lado, si hay dos o más sujetos que participaron en el hecho dañoso —cuestión de común ocurrencia en los tratamientos médicos largos y complejos— todos ellos pueden llegar a responder en forma solidaria frente a la víctima, teniendo ésta una acción directa contra todos y uno cualquiera de los partícipes para exigir la indemnización de todos los perjuicios.

iii) En la responsabilidad extracontractual, el o los demandados responden de toda clase de daños, incluido el daño moral o extrapatrimonial, sin que existan dudas o limitaciones de ninguna especie²⁰.

iv) Asimismo, en la responsabilidad extracontractual es difícil, en la práctica, que el hospital demandado oponga cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad civil o, incluso, la excepción de contrato no cumplido (la mora punga la mora).

v) Además, en materia extracontractual existen dos normas de derecho común (consagradas en el Código Civil) que expresa y claramente hacen civilmente responsable a la Entidad Corporativa por el hecho culpable de sus empleados o dependientes (arts. 2320.4 y 2322 CC), cuestión que no ocurre en materia contractual²¹.

²⁰ Nuestra doctrina tradicional ha negado la posibilidad de exigir y obtener la reparación del daño moral en caso de infracción o incumplimiento de un contrato. Cfr. Alessandri Rodríguez, A., ob. cit., p. 48; Gatica Pacheco, S., *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, pp. 114 y ss.; Abeliuk, R., *Las Obligaciones*, 3ª edición, Editorial Ediar, Santiago, 1993, n° 892. Para un acertado y actual análisis del *statu quo* en que se encuentra el daño moral en la responsabilidad contractual puede verse Domínguez Aguila, R., Comentario de Jurisprudencia (a la sentencia de la C. de Santiago de 8 de septiembre de 1992), en *Revista de Derecho* N° 193, año LXI, U. de Concepción, Concepción, 1993, pp. 159 y ss.

²¹ No existe, en nuestro Código Civil, disposición legal que, por regla general, señale que el deudor es civilmente responsable por el hecho o acto culpable de sus dependientes o auxiliares, de manera que cuando el incumplimiento del deudor es imputable a dolo o culpa de su auxiliar, se debe acudir a la normativa general de los arts. 1547 y siguientes CC (responsabilidad directa del deudor por incumplimiento).

No obstante ello, la jurisprudencia reciente enseña que la responsabilidad contractual todavía sigue siendo la regla general en materia de responsabilidad civil de clínicas privadas, extendiendo artificialmente y forzando en demasía el concepto y contenido del contrato, privando a la víctima de todas las ventajas que ofrece el régimen extracontractual²².

4. TENDENCIAS QUE SE APRECIAN EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS CLÍNICAS U HOSPITALES PRIVADOS

Todas estas tendencias jurisprudenciales obedecen a ingeniosas interpretaciones realizadas por los Tribunales de Justicia en favor de la víctima inocente y que se traducen en una paulatina objetivación de la responsabilidad civil de los hospitales y clínicas, es decir, cada día se hace más difícil a las clínicas eximirse de la responsabilidad que se le demanda.

4.1. Hacia una tácita responsabilidad vicaria

Aunque nuestro Código civil recogió el sistema de la responsabilidad por culpa en la elección o vigilancia —que, en teoría, permite al

²² Cfr. C.S. de 5 de noviembre de 2001, en la cual se condenó a una Clínica privada por incumplimiento de contrato a indemnizar el daño moral causado al actor por un error de diagnóstico (se le diagnosticó erradamente que tenía SIDA). Existe voto disidente del Ministro Sr. Jorge Rodríguez, quien estuvo por revocar la sentencia de alzada pues, a su juicio, no corresponde indemnizar el daño moral en casos de incumplimiento de contrato o responsabilidad contractual. Así también, cfr. C. de Santiago de 28 de abril de 2000, en *Gaceta Jurídica* N° 238, abril, 2000, pp. 79 y siguientes, en la cual se revocó la sentencia de primera instancia que sólo había declarado la responsabilidad civil de la Clínica, eximiendo de toda obligación indemnizatoria a la sociedad dueña del Laboratorio donde se practicaron los exámenes de sangre. La Corte de Santiago entendió que —aunque la víctima no había contratado con la sociedad dueña del Laboratorio—, ésta debía responder por incumplimiento contractual en virtud de la estipulación a favor de terceros. Señaló el Considerando 1°): “Que necesario resulta concluir que entre la Clínica Portales y la Sociedad Kohan Hermanos Limitada, en lo que atañe a la prestación efectuada por ésta a la actora, se ha configurado una verdadera estipulación a favor de un tercero, en cuya virtud la referida sociedad (promitente) se encontraba obligada para con la Clínica Portales (estipulante) a proveer a la señora Avendaño Godoy (beneficiaria) de una determinada cantidad de cantidad y calidad de sangre, para ser usada en la intervención médica de que ella sería objeto. Por lo demás, en lo específico, dicha estipulación aparece aceptada por el Laboratorio, desde el momento que efectivamente proporcionó a la paciente el humor sanguíneo que requería, practicando previamente los exámenes correspondientes sobre las muestras que le envió la Clínica y, además, aceptó el pago que, mediante el bono FONASA tomado a nombre de Sociedad Kohan Hermanos Limitada, le hizo la actora; hecho que, a su vez, en lo que a ésta concierne, constituye aceptación de la estipulación habida en su favor.”

hospital demandado eximirse probando la diligencia y cuidado en la selección o vigilancia de sus médicos— nuestros Tribunales han interpretado y aplicado los arts. 2320 y 2322 CC bajo una óptica de responsabilidad vicaria, todo ello bajo la clara influencia del profesor Alessandri Rodríguez²³, de forma que, una vez probada o acreditada la culpa del médico o del personal sanitario involucrado en los hechos que dieron origen al daño, no se permite al hospital demandado liberarse o eximirse de responsabilidad probando que con la autoridad y cuidado que su calidad le confiere y prescribe no ha podido impedir el hecho.

En otras palabras, una vez probada la culpa del agente sanitario que participó directa e inmediatamente en los hechos que dieron origen al daño, nuestros Tribunales hacen responder *ipso iure* al hospital o clínica demandada, sin otorgar eficacia liberatoria a la prueba rendida por éste en orden a acreditar su diligencia en la elección o vigilancia del empleado²⁴.

²³ En efecto, Alessandri Rodríguez, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, 1946, pp. 317 a 320, interpretó y aplicó los arts. 2320 inc. 4° y 2322 CC (que contienen supuestos de responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes) bajo una óptica de responsabilidad vicaria pues estuvo clara, directa y abiertamente influenciado por la doctrina francesa de la época, la cual comentaba el régimen de responsabilidad civil consagrado en el *Code civil* francés, claramente diferente al nuestro en esta precisa materia. Esto significó, por ejemplo, que Alessandri Rodríguez, ob. cit., pp. 318 y 319, exigiera, como requisito para dar por establecida la responsabilidad del empresario demandado, que se probara la capacidad (delictual o cuasidelictual civil) y la culpa del dependiente, de forma que si no existe culpa en éste no surge la responsabilidad de aquél. Este planteamiento del decano Alessandri es claramente deudor del esquema de responsabilidad vicaria vigente en Francia hasta el día de hoy pero se aleja de las exigencias propias del sistema de responsabilidad del empresario consagrado en nuestro Código Civil (responsabilidad por culpa en la elección y/o vigilancia). En este sentido Alessandri, ob. cit., p. 319, cita jurisprudencia chilena —a nuestro juicio errada— que ha señalado que la responsabilidad por el hecho ajeno desaparece si en el proceso criminal se absuelve o se sobresee definitivamente al dependiente por no existir el delito (penal) que se investiga (la inexistencia del delito penal —que no puede ponerse en duda en el proceso civil— demuestra que no hubo falta de vigilancia de parte del civilmente responsable, que es la fuente de su responsabilidad).

²⁴ Cfr. C. de Santiago de 28 de enero de 1993, en *Gaceta Jurídica* N° 151 (materia civil), 1993, pp. 54 y ss. Esta sentencia establece que, una vez acreditado el error culpable de la pabellonera (omitir verificar el contenido de los frascos que, debidamente roturados, habían sido puestos a su disposición), la Clínica demandada es civilmente responsable por los daños irreparables experimentados por el paciente, sin permitirle a ésta probar su diligencia. En particular señaló que “así las cosas, establecido en este proceso que, por culpa de la pabellonera de la Clínica, que intervino en la operación del actor, se irrigó durante la intervención del paciente, su vejiga con una solución de cloruro de sodio (...), preciso es concluir que en la especie se encuentran acreditados todos los presupuestos que hacen procedente la responsabilidad civil por el hecho ajeno atribuida a la clínica demandada, puesto que se ha demostrado que la dependiente de la clínica obró en el ámbito de la relación o vínculo laboral que la ligaba con la clínica,

De esta forma, las Clínicas y su Compañía de Seguros deben saber que la culpa y la responsabilidad del profesional que trabaja en o para el hospital, se "propaga" y se atribuye automáticamente hacia la empresa demandada, cuya prueba exculpatoria no suele tener mayor relevancia jurídica.

Lo anterior es importante a la hora de enfrentar la defensa penal del personal sanitario inculgado por negligencia médica, pues —como ya tuvimos ocasión de explicar— toda culpa penal hace plena prueba y produce el efecto de cosa juzgada en materia civil, de forma que, condenado un médico o auxiliar de la medicina en materia penal, ya no se podrá discutir su inocencia en el juicio civil y dicha culpa o personal responsabilidad puede que se "propague" o "atribuya objetivamente" a la clínica inocente.

4.2. El dependiente anónimo o culpa ignota

Asimismo, existe jurisprudencia asentada que señala que no es necesario que la víctima individualice al médico, enfermera o agente sanitario concreto que con culpa causó el daño cuya reparación se demanda.

Basta, por tanto, que la víctima acredite que algún empleado ("alguien"), dentro de la organización hospitalaria, cometió un error culpable o una omisión inexcusable y que éste fue el origen del daño, para hacer responder civilmente al hospital demandado²⁵.

Este criterio jurisprudencial adquiere especial relevancia en algunos supuestos de negligencia médica, a saber, por ejemplo: (i) cuando se trata de daños causados con ocasión de intervenciones quirúrgicas practicadas por equipos médicos al interior del cual no se puede probar, por ejemplo, quién fue el concreto autor del oblitio quirúrgico; (ii) cuando el daño fue causado por un conjunto más o menos nume-

que ha existido un daño en la persona ofendida, el cual es imputable a la culpa de la dependiente de la clínica y que se ha establecido la existencia de una relación de causalidad entre el obrar de la hechora y el daño producido."

²⁵ Cfr. C.S. de 30 de noviembre de 1923, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 22, secc. 1ª, p. 681. En este mismo sentido: C.S. de 11 de diciembre de 1958, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 55, secc. 4ª, p. 209, que señaló: "(...) no puede admitirse que la acción establecida en el inciso 5º del art. 2320 del Código civil esté sujeta a la condición de que se designen, de un modo preciso, por sus nombres, a los empleados o dependientes que hayan sido causantes del daño". Alessandri Rodríguez, A., ob. cit., p. 373 fue partidario de esta postura al señalar que "a la víctima le incumbe probar que el daño lo causó un dependiente del empresario, contra quien dirige su acción, (...) pero no es menester que pruebe cuál o cuáles de los dependientes individualmente determinados han sido sus autores, ni siquiera que indique sus nombres; la ley no lo exige."

roso pero difuso de hechos u omisiones ocurridas al interior del hospital, sin que se haya podido individualizar con precisión la causa eficiente del daño (por ejemplo, parálisis por presencia de material detergente no biodegradable en la aguja utilizada para la anestesia raquídea; muerte por presencia de un virus intrahospitalario, etc.)

En estos casos bastaría que la víctima pruebe que alguien, dentro de la organización hospitalaria, incurrió en culpa, para que los tribunales hagan civilmente responsable al hospital demandado, sin que sea necesario acreditar o individualizar quién o quiénes incurrieron en la culpa o negligencia.

4.3. La solidaridad pasiva entre el hospital demandado y el agente directo del daño

Otro mecanismo aplicado por nuestros Tribunales para proteger a la víctima inocente del daño médico consiste en aceptar la existencia de una solidaridad pasiva entre el hospital demandado y el o los agentes sanitarios que material y directamente causaron el daño respectivo aunque, en la práctica, no exista la coparticipación culpable exigida por el art. 2317 CC²⁶.

En otras palabras, aunque en teoría es muy difícil que exista coparticipación culpable entre la Entidad Corporativa –dueña o titular del hospital o clínica– y el o los agente sanitarios que causaron el daño a la víctima demandante, nuestros Tribunales sí han aceptado y aplicado el art. 2317 CC y la solidaridad pasiva entre los demandados.

Esto ha significado, en la práctica, que la responsabilidad civil del hospital es directa y el paciente/víctima no está obligado a demandar también (antes o conjuntamente) al profesional o empleado que con culpa causó el daño.

Sin embargo, la Clínica que paga la indemnización tiene derecho a repetir contra el agente sanitario culpable todo o parte de lo pagado a la víctima.

²⁶ El art. 2317 del Código Civil señala: "*Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.*" Aunque este supuesto legal fue concebido para casos de coparticipación culpable en la producción de un mismo daño, la jurisprudencia lo ha utilizado para condenar como civilmente responsable a un hospital por los daños causados por sus dependientes. Es claro que se trata de una interpretación extensiva de la norma codificada pues el hospital y el dependiente no son copartícipes en la acción dañina pues, por regla general, el dependiente es quien directa y materialmente causa el daño cuya indemnización se reclama.

Esta responsabilidad solidaria se hace especialmente relevante en situaciones donde han participado muchos sujetos en la atención del paciente, víctima de un error médico o paramédico, incluyéndose a los directivos o gerentes del Centro Asistencial.

4.4. La creciente dificultad de probar con éxito la prueba liberatoria del hospital demandado

También cabe tener presente que nuestra jurisprudencia, frente al daño causado por el personal médico al interior de un Centro Asistencial –y ante la prueba rendida por los demandados en orden a probar su plena diligencia–, ha establecido que la clínica demandada debe responder por cuanto la “prueba rendida fue insuficiente” o, bien, “porque no se agotó la diligencia debida”.

La “insuficiencia de la prueba rendida por el demandado” y el “no agotamiento de la diligencia debida” han sido dos raciocinios a través de los cuales nuestros Tribunales han hecho cada vez más estricta la responsabilidad civil o patrimonial de las clínicas privadas.

4.5. La paulatina extensión del vínculo de subordinación y dependencia: la responsabilidad civil del Centro Asistencial por el hecho de profesionales independientes

Es un hecho evidente que –al menos en el derecho extranjero– se ha ido extendiendo paulatinamente el vínculo de subordinación y dependencia civil propio de la responsabilidad por el hecho ajeno, de forma que los Centros Asistenciales han comenzado a ser civilmente responsables por la culpa o negligencia de profesionales y agentes sanitarios que, en estricto sentido, no son empleados o dependientes laborales de la Clínica.

Así, por ejemplo, se ha considerado como parte de los empleados o *staff* del hospital, a profesionales que trabajan media jornada²⁷, por

²⁷ En *Niles v. City of San Rafael*, 42 Cal. App. 3d 260, 116 Cal. Rptr. 801 (1974), cit. por Southwick, A. F., *Hospital Liability: Two Theories Have been Merged*, en A.A.V.V., *Hospital Liability Law and Practice* (ed. by Goldsmith and Bartolet), 5ª ed., Practising Law Institute, New York, 1987, p. 257, el director del Departamento Pediátrico de un prestigiado hospital –contratado con remuneración de media jornada– fue negligente cuando llevó a cabo un superficial examen a una joven que había sufrido daños en la cabeza durante un altercado, enviándola a su casa sin darle a su padre completas instrucciones respecto de la necesidad de continuar con la observación de la paciente. La negligencia del doctor resultó en un tardío diagnóstico de una hemorragia intracranial de la paciente, lo que causó un daño cerebral irreparable. Notable es el hecho que, a la época de su negligencia, el referido médico estaba en la sala de emergencias

hora o sin sujeción a jornada; a profesionales sujetos a contratos de servicios u honorarios; también a profesionales que, sin tener contrato de trabajo ni de honorarios, tienen un acuerdo con el hospital en virtud del cual deben acudir periódicamente a las dependencias del mismo para atender a los pacientes que les deriva el hospital y también a los suyos propios²⁸.

En este sentido, se han ido estableciendo algunos elementos o criterios para dar por establecido el vínculo de subordinación y dependencia civil para los efectos de hacer responder al Ente Corporativo por las negligencias de los médicos y demás profesionales de la salud:

a) El grado de dirección o control que tenga o se reserve la clínica (a través de sus órgano de administración) sobre la actividad del médico o agente sanitario que material y directamente causó el daño (por ejemplo, sobre la forma específica de realizar la actividad, conformación del equipo médico, horarios, número de pacientes que puede atender, etc.). En este sentido, mientras mayor control o poder de dirección tenga o se reserve la clínica demandada sobre diversos aspectos de la actividad o servicio desplegado por el profesional causante del daño, mayor es la posibilidad de dar por acreditado el vínculo de dependencia civil.

del hospital viendo a un paciente particular y fue requerido por un médico residente del hospital para examinar al paciente. Por consiguiente, en ese momento, el doctor culpable no estaba actuando en su cargo o empleo de Director del Departamento Pediátrico sino que en forma particular. Aunque no fue enteramente discutido, una base aparente para fundamentar la responsabilidad civil del hospital fue el hecho de que el médico era un empleado de medio tiempo. De la misma manera fue decidido el caso *James v. Holder* 34 A.D. 2d 632. 309 N.Y.S. 2d 385 (1970), donde un médico particular era también un empleado de media jornada y había examinado a un paciente en su rol de empleado. El hospital fue considerado vicariamente responsable por la negligencia del doctor. Ver también *Gistrap v. Osteopathic Sanatorium Co.*, 224 Mo. App. 798, 24 S.W.2d 249 (1929), y *Newton County v. Nicholson*, 132 Ga. App. 164, 207 S.E. 2d 659 (1974), cit. por Southwick, A. F., ob. cit. p. 259.

²⁸ Cfr. C de Santiago de 11 de agosto de 1997, en *Gaceta Jurídica* N° 206, agosto 1997, en la cual se condenó a un hospital clínico por el cuasidelito de homicidio cometido por uno de sus médicos no obstante que el hospital demandado se defendió alegando, al parecer, que dicho profesional no era dependiente laboral. Para la condena civil, la Corte tuvo en consideración lo señalado por el propio hospital clínico al contestar la demanda, en el sentido de que "todos los profesionales médicos del hospital clínico forman parte del equipo médico de su Facultad de Medicina. La infraestructura puesta a disposición de los pacientes comprende equipo y maquinaria de avanzada tecnología, lo cual, sumado al más alto nivel en recursos humanos, permiten al hospital clínico ... entregar una excelente cobertura en todas las especialidades médicas ... A mayor abundamiento, nuestro hospital clínico dispone de un personal altamente capacitado y de los equipos más sofisticados para ofrecer la mejor atención, tratamiento y recuperación del paciente."

b) La propiedad y gratuidad en el uso de los aparatos, materiales e instrumental utilizados por el médico o paramédico no dependiente al interior del hospital: mientras más equipos, materiales, utensilios o instrumental de propiedad de la clínica utilice gratuitamente el médico culpable, mayor es la probabilidad de dar por establecido el vínculo.

c) La antigüedad, habitualidad y exclusividad de la relación de servicio entre el hospital demandado y el personal no dependiente: mientras mayor antigüedad, permanencia y exclusividad reconozca la actividad o servicios prestados por el profesional al interior de la referida clínica, mayor es la probabilidad de dar por acreditado el vínculo.

d) La mayor o menor gratuidad de los servicios prestados por el facultativo o profesional de la salud, tanto respecto del hospital cuanto respecto del paciente: mientras mayor gratuidad exista en la intervención del profesional (tanto respecto de la víctima pues, por ejemplo, el médico no le cobra nada sino que todo cobro y pago lo hace la propia clínica, cuanto respecto del hospital pues, por ejemplo, el médico no debe pagar nada a éste por ocupar sus instalaciones y utilizar su instrumental), mayor es la posibilidad de dar por establecido el vínculo de subordinación y dependencia respecto del hospital demandado.

e) La apariencia, distintivos externos o imagen corporativa: si el profesional se presenta externamente como parte del *staff* de la clínica o ésta presenta al profesional frente al paciente demandante como miembro del equipo de la Clínica, existe mayor probabilidad de dar por acreditado el vínculo²⁹.

Curioso es observar que, en materia de responsabilidad civil de los Servicios de Salud —hoy regida por un estatuto de responsabilidad estricta o por falta de servicio—, nuestra jurisprudencia ha considerado

²⁹ Southwick, A.F., ob. cit., p. 247, cita el caso *Capan v. Divine Providence Hospital*, 410 A 2^a ed., p. 649 donde la Corte de Apelaciones de Pennsylvania sostuvo lo siguiente: "First, the changing role of the hospital in society creates a likelihood that patients will look to the institution rather than the individual physician for care. (...) Thus, a patient today frequently enters the hospital seeking a wide range of hospital services rather than personal treatment by a particular physician. It would be absurd to require such a patient to be familiar with the law of respondeat superior, and so, inquire of each person who treated (plaintiff) whether he is an employee of the hospital or an independent contractor. (...) Similarly, it would be unfair to allow the "secret limitation" on liability contained in a doctor's contract with the hospital to bind unknowing patient."

como tercero civilmente responsable a la Entidad Pública titular del hospital respectivo por negligencias de médicos que no son funcionarios públicos ni pertenecen a la planta del referido hospital sino que, simplemente, ocupan la infraestructura (pabellón, equipos sofisticados, material quirúrgico, etc.) y al personal paramédico (pabellonera, arsenalera, ayudante de anestesia, camillero, auxiliar del servicio, etc.) del propio Centro Asistencial³⁰.

De esta forma, pareciera que a medida que se objetiva y se hace más estricta la responsabilidad civil del ente titular del centro asistencial, mayor es la posibilidad que se haga responder a éste por los hechos culpables cometidos por agentes médico-sanitarios que no gozan de una estricta subordinación y dependencia laboral o estatutaria sino de una mayor independencia y autonomía, pero que utilizan la infraestructura y el personal auxiliar del propio hospital.

4.6. La "culpa en la organización" o "falta del servicio clínico"³¹

Por último, me gustaría referirme a una de las tendencias más importantes de la jurisprudencia en esta materia.

Constituye, a mi juicio, una clara manifestación de la gran elasticidad que tiene el concepto jurídico de la "culpa civil" y de como, en manos de los Tribunales, puede llegar a servir de instrumento de objetivación jurisprudencial en aras a una eficaz protección de la víctima inocente.

Ya no se trata de imputar culpa o falta individual al médico o al personal sanitario que participó directa e inmediatamente en el acto o prestación sanitaria que causó el daño —para luego atribuirla artificial-

³⁰ Cfr. C. de Concepción de 10 de agosto de 2000, en *Gaceta Jurídica* N°259, enero, 2002, pp. 50 (considerando 7° del fallo de casación); también C. de Talca de 26 de mayo de 1989, en *Gaceta Jurídica* N° 131, mayo, 1991, pp. 78 y ss.; CS de 4 de octubre de 1997, en *Fallos del Mes* N° 311, pp. 559 y ss.

³¹ La doctrina inglesa habla de "direct liability" (cfr. Jones, M., *Medical Negligence*, Swett & Maxwell, London, 1996, p. 399) y la norteamericana se refiere a la "corporate negligence" (cfr. Southwick, A. F., *Hospital Liability: Two Theories Have been Merged*, en A.A.V.V., *Hospital Liability Law and Practice* (ed. by Goldsmith and Bartolet), 5ª ed., Practising Law Institute, New York, 1987, p. 251). Según JONES, ob. cit., p. 399, esta doctrina no es nueva en el derecho inglés. En el pasado, cuando los hospitales no eran civilmente responsables por los actos de su personal médico (y demás profesionales altamente calificados), las víctimas solían acudir a la fórmula de la culpa en la organización para intentar imputar directamente una responsabilidad civil al respectivo hospital. Cfr. Fleming, J. G., *The Law of Torts*, 7ª edition, The Law Book Co. Ltd., Sydney, 1987; Harper, F. V., James, F. and Grey, O., *The Law of torts*, vol 5º, Little Brown and Co., Boston and Toronto, 1986.

mente al hospital inocente, identificando al empleador con el empleado-, sino que se trata de buscar una culpa o falta propia en el modo de organizar y prestar el respectivo servicio clínico.

Como la "culpa" en la organización o falta del servicio clínico constituye un concepto difícil de precisar, hemos preferido dar algunos ejemplos o casos prácticos, reales y concretos, en los cuales podría existir responsabilidad civil del hospital demandado si el Tribunal aplica esta moderna doctrina.

Así, hemos querido destacar los siguientes supuestos:

a) La insuficiente dotación o el inadecuado sistema de coordinación de la labor desplegada por el personal sanitario respecto de una específica atención o servicio médico³².

b) La falta de una adecuada vigilancia, cuidado y asistencia a los enfermos de alto riesgo, delegando funciones propias del servicio médico u hospitalario en los familiares de la víctima³³.

³² Así, por ejemplo, un hospital podría llegar a ser civilmente responsable si el sistema de turnos para la atención de emergencias es inapropiado por la excesiva duración (falta tiempo para el oportuno descanso) o, bien, por el escaso número de personas que integra cada turno (falta personal para estar en todas las necesidades de los pacientes). A su vez, los simples errores y omisiones en materia de organización y administración del personal sanitario pueden ser múltiples, por ejemplo: (i) tener poco personal para la atención de los pacientes de alto riesgo (sala de postoperatorio o en la sala de recuperación de partos), (ii) tener mucho personal sin experiencia o sin preparación suficiente (muchos becarios en atención de urgencias o de complicaciones cardio respiratorias) o bien, (iii) permitir que un médico sin experiencia esté a cargo de la unidad de emergencias o administre anestesia sin la vigilancia adecuada. Aunque se trata de una sentencia que se refiere y afecta a un Servicio Público de Salud, puede consultarse C.S. de 4 de octubre de 1997, en *Fallos del Mes* N° 311, pp. 559 y ss., en la cual se indica que revela la más absoluta falta de previsión, de cuidado y de autoridad, el que en un box de la sala de partos de la maternidad de un recinto hospitalario pueda abandonarse a su suerte a una enferma sometida a los efectos de la anestesia epidural, sin que un sistema de control impida que los dependientes incumplan sus deberes. Además, añade expresamente el Considerando N° 10, letra D: "la ausencia de cuidado ordinario por parte del Servicio se refleja también palmariamente en el hecho indubitado de encomendar a un estudiante de quinto de Medicina la atención exclusiva de procesos anestésicos múltiples, asumiendo con ello un evidente riesgo (...)"

³³ Así, por ejemplo, en STS (1ª) de 30 de julio de 1991, el Tribunal Supremo Español condenó a una clínica privada por el suicidio de un paciente y declaró que "(...) entre las obligaciones del personal de un centro se encuentra la de prestar (cada uno dentro del ámbito de sus respectivas competencias profesionales) la adecuada vigilancia, cuidado y asistencia a los enfermos internados en el mismo, según requiera el estado de cada uno, sin poder, en principio, hacer recaer el cumplimiento de alguna de dichas obligaciones en los familiares del enfermo, siendo ésta la conducta observada por los demandados, aquí recurrentes, al exigir la permanencia de un familiar en la habitación del paciente, para vigilarlo ante las imprevisibles y anómalas reacciones o actitudes de aquél -por la enfermedad síquica que padecía, pudiera adoptar al quedarse solo en la habitación-, por lo que ha de calificarse de culposa o negligente la conducta de los

c) Las fallas o la insuficiencia de las medidas de cuidado, protección y seguridad adoptadas respecto la atención de los pacientes de alto riesgo (sala de post operatorio o en la sala de recuperación partos).

d) La falta de adecuados procedimientos internos para evitar que el paciente adquiera determinadas infecciones hospitalarias o los sistemas previstos para ello son insuficientes³⁴.

e) Las falencias en los sistemas implementados para evitar que se cometan errores en la administración de drogas o de medicamentos altamente peligrosos³⁵.

demandados, al hacer dejación en un extraño de sus deberes profesionales y al consistir la culpa o negligencia en la omisión de la diligencia exigible, cuyo empleo podría haber evitado el resultado dañoso (...)" cit. por Diez Picazo Giménez, G., La responsabilidad civil por los daños derivados del suicidio (a propósito de la STS de 11 de marzo de 1995), en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIX, fasc. 1 (enero/mayo), 1996, pp. 123 y 124.

³⁴ Así, por ejemplo, en *Vancouver General Hospital v. McDaniel* (152, L.T. 56, 1934), cit. por Jones, M., ob. cit. p. 400, el paciente/demandante ingresó al hospital para ser tratado de una enfermedad infecciosa (la difteria) y contrajo la viruela. La víctima demandó al hospital alegando que éste había sido negligente respecto del sistema de control de los enfermos contagiosos pues lo habían puesto en contacto con enfermos que padecían de viruela y fue atendido por enfermeras que simultáneamente atendían enfermos contagiados por dicha enfermedad. Lord Alness señaló que la demandante no alegaba culpa en ningún empleado concreto ni que el hospital hubiera omitido o fallado en la aplicación del sistema de control de enfermos infecciosos sino que la precisa técnica de control de enfermos aplicada por dicho hospital había sido deficiente. También puede consultarse la sentencia de la C. de Concepción de 10 de agosto de 2000 (confirmada por C. Suprema de 24 de enero de 2002), en *Gaceta Jurídica* 259, enero, 2002, p. 45, la cual, en su considerando 13º) señala: "Que el concepto de infección intrahospitalaria, y en ello están de acuerdo las partes, está referida al hecho de que fue adquirida por la paciente durante su permanencia en el hospital, y no tiene relación con la intervención quirúrgica misma de la vesícula, ya que, según lo aceptado por la demandada al contestar la demanda, 'en el postoperatorio inmediato se pesquisa complicación, por lo que se lleva a pabellón, comprobándose una peritonitis postoperatoria; no existe lesión de la vía biliar operada, tratándose, por tanto, de una peritonitis de causa infecciosa."

³⁵ Cfr. C. de Santiago de 28 de enero de 1993, en *Gaceta Jurídica* N°151 (enero), 1993, p. 57 donde se indica: "7º) Que la clínica demandada ha pretendido eximirse de responsabilidad argumentando que, por su parte, no ha habido omisión, descuido o negligencia que hiciera posible el hecho dañoso y, al efecto, ha acompañado abundante documentación que define las funciones de sus dependientes y las instrucciones y cursos impartidos a éstos para que cumplan cabalmente con sus deberes, que se tienen a la vista. 8º) Que las alegaciones formuladas por la clínica demandada serán desestimadas toda vez que la gravedad de los hechos ocurridos revelan, de su parte, falta del debido control en el cumplimiento de los deberes de sus dependientes, especialmente en lo relativo a la perfecta identificación y localización de todas las sustancias o medicamentos que se deben usar en una intervención quirúrgica."

f) Las falencias o insuficiencias en los sistemas de control implementados para evitar (i) los olvidos quirúrgicos en las operaciones largas realizadas por equipos médicos o (ii) el error en la operación de órganos o miembros bilaterales.

g) Las fallas o errores en el uso, o en el lavado o en la mantención del instrumental quirúrgico o de los equipos apropiados o, bien, si se ha sido negligente en la selección de personal idóneo para la utilización de dichos equipos o instrumental³⁶.

h) Las fallas o errores en el sistema de comunicación para llamar al médico o al equipo médico de urgencia para atender a un paciente moribundo (estaba mal diseñado, mal conservado o fue mal utilizado por algún miembro del personal del hospital)³⁷.

i) Mal estado de funcionamiento (por falta de mantención o reparación oportuna) de los servicios generales del hospital (energía eléctrica, servicio de camillas, gas, calefacción, de suero, transfusión de sangre, etc.).

³⁶ Cfr. C.S. de 9 de mayo de 1991, en *Informe Constitucional* N°144, Santiago, 21 de agosto de 1991 (con comentario de Soto Kloss, E.), en el cual se condenó al Servicio de Salud del Maule por los daños causados a la paciente (invalidez perpetua de las extremidades y pérdida de la audición) en el Hospital Regional de Talca por la presencia de sustancias tóxicas en la anestesia (raquídea). En este caso la Corte estimó que no existió culpa (penal) en el anestesista respectivo –y agente material del proceso anestésico– pues la causa eficiente y final de las lesiones habría sido un deficiente lavado de jeringas en las que habrían quedado restos de detergentes no biodegradables, los que, al ser introducidos al líquido encefálo raquídeo, habrían desatado el cuadro clínico parapléjico indicado. Cfr. Arrabal de Mata, P., *Reclamaciones de daños y perjuicios*, Editorial Paraninfo, Madrid, 1995, p. 115, con cita de abundante jurisprudencia española emanada del Tribunal Supremo Español.

³⁷ Aunque se trata de una sentencia que condena a un Servicio Público de Salud, es interesante destacar la sentencia de la C. Suprema de 15 de febrero de 2002 (materia penal) en la cual, aplicando el art. 2322 del Código civil, se condenó como civilmente responsable al Servicio de Salud de Atacama por la imprudencia temeraria –con resultado de muerte del paciente– con que actuó un enfermero del hospital de Vallenar, quien –sin mayor reflexión y sin prescripción médica–, procedió a administrar por sí y ante sí, un sedante a un paciente que se encontraba con ingesta alcohólica y que había ingresado al recinto hospitalario por urgencia, con herida penetrante abdominal. En el Considerando 14, mantenido por la C. Suprema, la C. de Copiapó había señalado: “Que al respecto, por otra parte, cabe tener presente que en la pericia de fojas 118 se ha estimado que el sistema hospitalario mostró pocos recursos humanos en calidad y cantidad, junto con sistemas tecnológicos de llamadas muy mediocres, refiriéndose al hecho de que familiares tengan que ayudar en la sala de posoperados y que el sistema de comunicación para los médicos de urgencia se base en un teléfono “semidescompuesto” durante los últimos 20 días, sin existir beeper, celular, etc. (fojas 77 y otras) que retarda el apoyo médico en la sala de recuperación.”

VII. CONCLUSIONES

1. No parece razonable que la responsabilidad penal de los médicos –y demás profesionales de la medicina– se haga cada día más estricta y omnicomprensiva.

La responsabilidad penal del médico –que persigue castigarlo con la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad– debería seguir fundada en las graves transgresiones a las reglas de su *lex artis ad hoc* con resultados de muerte o lesiones, de forma que no debería perseguirse ni declararse en caso de culpas leves o descuidos ligeros. El médico no se obliga a un resultado sino sólo a poner sus mejores esfuerzos para lograr la curación del enfermo.

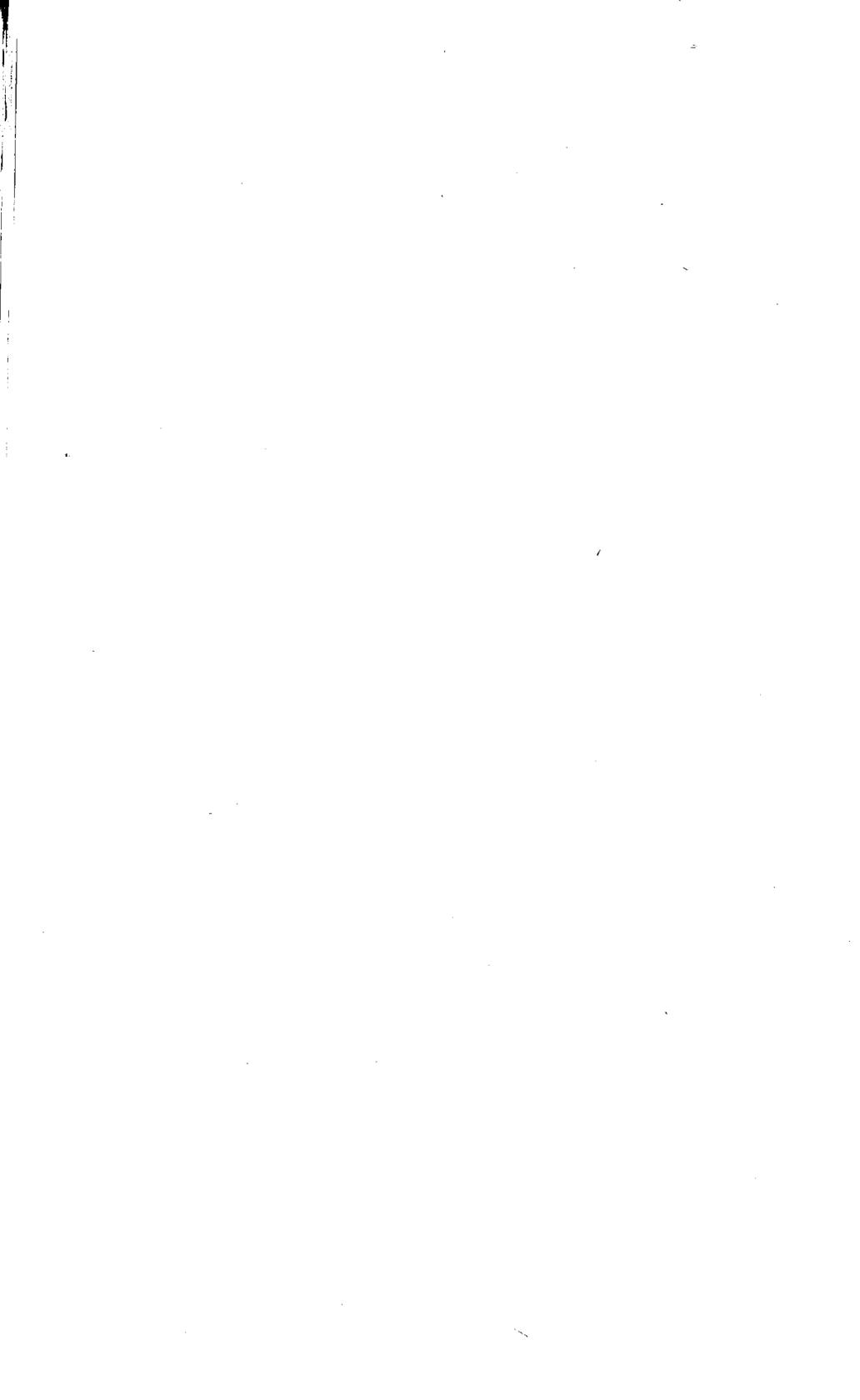
Además, los abogados deberíamos entender que la culpa penal –y la responsabilidad penal– no son requisitos para obtener una indemnización civil de la Entidad Corporativa dueña o titular de la clínica u hospital dentro del cual se causó el daño. Ésta se configura como una responsabilidad exclusivamente patrimonial y directa, que no pasa por la sanción penal del médico o facultativo.

2. Por otro lado, tampoco parece justificado que la responsabilidad civil del agente sanitario experimente una creciente objetivación jurisprudencial pues ella debería seguir fundada en la culpa ordinaria o atentado a los deberes ordinarios de cuidado, sin hacer responsable al profesional de simples errores involuntarios, riesgos no previstos por él o que escapan a su control ordinario.

La culpa civil y la responsabilidad civil del médico o profesional de la salud no son requisitos –como sí lo es en los países, como USA, donde rige un sistema de responsabilidad vicaria– para obtener una reparación por parte de la clínica u hospital demandado.

3. Por último, una paulatina objetivación de la responsabilidad civil de la Entidad Corporativa titular de la clínica u hospital –sobre todo cuando ésta se organiza como una empresa de servicios médico-hospitalarias– no se aleja mucho de las actuales tendencias del moderno Derecho de Daños que hace responder al titular de las utilidades y riesgos.

En este sentido, la responsabilidad civil hospitalaria ya no busca tanto sancionar a un culpable sino reparar o compensar, de alguna forma, los daños producidos a la víctima inocente. Es la propia clínica –o su Compañía de Seguros– la que podrá hacerse cargo de pagar las indemnizaciones debidas, internalizar dicho pago como un costo más de su actividad, y luego traspasar dicho costo a todos los usuarios (el mercado).



RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD Y RESPONSABILIDAD DE ÉSTA POR LOS ACTOS DE AQUÉL

ALBERTO LYON PUELMA

Licenciado en Derecho

Universidad de Chile

Profesor de Derecho Civil

Pontificia Universidad Católica de Chile

I. LAS OBLIGACIONES DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR

1. APROXIMACIÓN GENERAL

En términos generales, al órgano de gobierno de las personas jurídicas le corresponden dos funciones básicas: la de administrar la persona jurídica y la de representarla frente a terceros, pero, como constituye también el órgano ejecutivo de las decisiones de la junta, le corresponde también la obligación de cumplir con los acuerdos y órdenes de la asamblea. Digamos, entonces, que las obligaciones del órgano administrador de las personas jurídicas, son tres: administrar, representar y cumplir los acuerdos de la junta. En ocasiones, es difícil separar estas tres obligaciones, pues normalmente van todas ellas juntas. Sin embargo, es conveniente separarlas desde un punto de vista teórico, a fin de estudiar la naturaleza de cada una de ellas. Respecto a las obligaciones derivadas del concepto de administración, significa realizar todos los actos necesarios o conducentes, directa o indirectamente, a la consecución de los fines de la persona jurídica. En lo que se refiere a sus aspectos administrativos internos, los deberes del órgano administrador se pueden conocer o se derivan de sus facultades. En este sentido, debe hacer todo lo que no le corresponde expresamente a la junta o asamblea de socios o accionistas. Luego debe organizar la estructura de personal de la sociedad, la estructura de control, representada fundamentalmente por la comisión revisora

de cuentas, el sistema de contabilidad, el sistema de registro de socios o accionistas, debe proponer el monto de las utilidades a repartir o repartir las utilidades con cargo a las definitivas que se obtengan, debe informar a los accionistas o socios de la marcha de los negocios sociales y guardar reserva de la misma cuando sea necesario. Se trata principalmente de obligaciones de hacer, aunque en algunos casos, de no hacer, como sucede cuando propone una distribución de las utilidades sociales de un modo que resulten insatisfechos los intereses de la sociedad o de los socios o accionistas. Respecto a las obligaciones derivadas del concepto de representación, digamos que significa concertar con terceros los negocios objeto del giro de la sociedad. En este sentido, el órgano administrador de las personas jurídicas debe hacer todo lo necesario para llevar a cabo el giro de los negocios de la compañía y, por su naturaleza, no cabe una individualización de las mismas, pues comprende todo lo necesario, excluyéndose solamente todo aquello que sea contrario al acto constitutivo y que está representado principalmente por el objeto social.

Los fines de la persona jurídica están señalados fundamentalmente en el objeto de la misma, pero también en la naturaleza de la persona jurídica de que se trate. Así, una corporación debe cumplir su objeto, entregando la ayuda a los miembros que se describe en sus estatutos, pero, como se trata de una persona jurídica sin fines de lucro, no tiene por fin la distribución entre sus socios de las ganancias que haya obtenido en su gestión. Así también, una sociedad debe dar cumplimiento a su finalidad, esto es, a la realización del negocio que corresponde, en virtud de los estatutos, a la explotación social; pero, como se trata de una persona jurídica con fines de lucro, debe también repartir las utilidades que de dichos negocios provengan. De manera entonces que, dependiendo de la naturaleza de la persona jurídica, el órgano administrador puede tener obligaciones de hacer o de no hacer. Finalmente, el órgano administrador de las personas jurídicas debe cumplir y hacer cumplir los acuerdos de la asamblea. Esta última, como se ha dicho, no es un órgano ejecutivo. Mal podría ella misma cumplir sus acuerdos. Estos acuerdos deben ser cumplidos por el órgano ejecutivo de la sociedad, a saber, el directorio. Sin embargo, el directorio puede y debe oponerse a los acuerdos de la asamblea contrarios a la ley y al contrato social. En este sentido, es cierto que la asamblea es, jerárquicamente hablando, el órgano superior de la sociedad, desde el momento que representa a los socios o accionistas de la misma. Sin embargo, por sobre la asamblea y los socios se encuentra la ley y el contrato social. El órgano ejecutivo incurriría en responsabilidad si cumple un acuerdo que los infringe.

2. FUENTE DE LAS OBLIGACIONES DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR

Habría que distinguir, por una parte, a la sociedad anónima y, por otra parte, las demás sociedades. En lo que se refiere a estas últimas, nos parece inconcuso que la fuente de las obligaciones del órgano de gobierno de estas personas jurídicas es el contrato, dado que la relación que existe entre las personas portadoras de la calidad de órgano de gobierno y la sociedad o los demás socios, es contractual, ya sea un contrato de prestación de servicios, ya sea el mismo contrato de sociedad. Será de prestación de servicios en la medida que el administrador no sea socio. Será de sociedad, si el administrador es socio. Sin embargo, para determinar la fuente de las obligaciones del órgano de gobierno de las sociedades anónimas, la respuesta no es clara, pues las circunstancias que hacen que en las demás sociedades no exista una relación contractual, no se presentan en el caso de las primeras o, si lo hacen, concurren de diferente manera. Lo más conveniente es obrar por descarte. Así, si ninguna fuente de las obligaciones resulta la apropiada, será entonces la ley.

Si la fuente de las obligaciones fuere el contrato, debería existir un acuerdo de voluntades entre la sociedad y los directores o entre la junta y los directores. Pero si, en principio, se requiere la voluntad de ambos, porque la junta o los socios lo deben nombrar y el director debe aceptar, eso no significa necesariamente que esas voluntades se encuentran en términos de formar un acuerdo de voluntades. Es cierto que la junta expresa su voluntad y que el director acepta un cargo cuyo marco de actuación se encuentra en parte importante descrito en el contrato de sociedad; pero, para que exista un contrato, la voluntad de la junta debe ir dirigida al director elegido como un ofrecimiento, esto es, como una oferta de contrato y la aceptación del cargo por parte del director debe estar concebida en términos de aceptar esa oferta. Pero ocurre que ni la voluntad de la junta fue la de hacer un ofrecimiento ni la voluntad del director fue la de aceptar la celebración de un contrato. La voluntad de la junta fue la de elegir un miembro del directorio de la sociedad y la voluntad del director fue la de aceptar ser director de la misma. Por otra parte, si fuera un contrato el que se celebró, debería tener por lo menos una causa y un objeto y la voluntad debe haber recaído sobre el contenido de ambas. En este orden de ideas, podría sostenerse que la causa de la voluntad de la junta fue la de contar con los servicios del director y la de éste fue el precio de esos servicios. Pero en lo que toca a la causa del contrato para este último, el precio de los servicios no habría estado determinado al momento de

la aceptación, por lo que la oferta no habría sido completa y, por ende, la aceptación no habría formado consentimiento alguno. Es más, el precio de los servicios del director no lo determina la junta sino el propio directorio. Claro, la junta puede revocar el nombramiento por no estar conforme con los honorarios del directorio, pero la sociedad tendría que pagar los servicios prestados según el monto fijado por el propio directorio, lo que excluye que, por lo menos, frente a este pago, haya habido acuerdo de voluntades, pues simplemente no lo hubo y, no obstante, existió la obligación. La teoría según la cual habría un contrato de prestación de servicios entre el director y la sociedad o la junta o la asamblea es, por consiguiente, equivocada. No se dan los presupuestos de un contrato. Tampoco se dan los presupuestos de un contrato en la relación jurídica que existe entre el guardador y su pupilo, o entre el presidente de la república y el estado, o entre uno de sus senadores y diputados y el estado de Chile. No existe una relación contractual, pero existe una relación jurídica. Tampoco es válido sostener que existe una relación contractual entre los directores o "el directorio" y la sociedad, pues no puede haber relación contractual entre una parte de la entidad jurídica y la entidad jurídica propiamente tal¹. Lo que sí existe es una relación "orgánica". Es obvio, entonces, que dichas obligaciones no provienen del contrato de sociedad, así como de ningún otro contrato. Sostener que existe una relación contractual entre la sociedad y los directores trae aparejada consecuencias que no pueden ser aceptadas ni desde un punto de vista teórico ni desde un punto de vista práctico. Si hay, como se sostiene, un contrato de prestación de servicios, el prestador debe cumplir las instrucciones del que los encarga, que en este caso sería la sociedad. Si, en esta materia, la voluntad de la sociedad está representada por la junta de accionistas, ésta podría darle órdenes al directorio, quien las debería cumplir en virtud del contrato respectivo, lo que es falso, porque un órgano de la sociedad no puede darle órdenes al otro. Por otra parte, como la voluntad de la junta funciona conforme al principio mayoritario, los

¹ Concha Gutiérrez, Carlos, "Responsabilidad Civil del Empresario", en AA.VV., *Cuadernos de Extensión Facultad de Derecho Universidad de los Andes* N° 2 (Federico McKay editor), Santiago, 1996, p. 49, sostiene que "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 sigue 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 este acepta, se configura un vínculo jurídico entre la sociedad y el director, similar al del mandato, cuya infracción produce responsabilidad contractual".

verdaderos mandantes o principales de los directores no serían otros que los controladores, todo lo cual se opone al principio de que la sociedad es administrada por un directorio. Conforme a lo dispuesto en el artículo 2284 del Código Civil, *"las obligaciones que nacen sin convención, nacen o de la ley o de un hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato"*. De esto se sigue que las obligaciones del directorio nacen de un cuasicontrato o de la ley. Se descarta de antemano el delito y el cuasidelito, porque ambos nacen de un hecho ilícito, de suerte que no es el caso. Podría sostenerse válidamente la existencia de un cuasicontrato, porque las obligaciones de los directores no nacen de una convención, pero nacen de un hecho que, en cualquier caso, es lícito. Se reúnen, por consiguiente, todos los requisitos de los cuasicontratos, incluso, más de alguna similitud podríamos encontrar con la agencia oficiosa. Sin embargo, forzoso es reconocer que esta categoría jurídica no existe² y que la verdadera causa de las obligaciones es la propia ley.

3. SUJETO PASIVO DE LAS OBLIGACIONES DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR: EL ÓRGANO O LAS PERSONAS QUE LO INTEGRAN

Desde luego, las obligaciones que recaen sobre el órgano administrador recaen, en verdad, sobre sus miembros. Cualquier órgano de la sociedad que no se encuentre integrado por personas es de por sí un concepto vacío. Cabe advertir que el cumplimiento de los deberes impuestos a los administradores por las normas específicas que regulan a un determinado tipo de personas jurídicas, recaen necesariamente sobre todos los administradores individualmente considerados, de suerte que ninguno de ellos puede intentar impugnar la acción de responsabilidad aduciendo de que ella le correspondía a otro administrador o director, salvo que los estatutos o la ley hayan entregado a alguno de éstos el cumplimiento del determinado deber infringido. Es por ello que el penúltimo inciso del artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que *"el director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar en el acta su oposición, debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas por el que la presida"*. Una disposición parecida contempla el último inciso del artículo 2392 del Código Civil Italiano que establece: *"la responsabilidad por los actos o las omisiones*

² Mazeaud Henri y otros, *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 455 número 649.

de los administradores no se extiende a aquel de ellos que, estando inmune de culpa, haya hecho notar sin retardo su disentimiento en el libro de sesiones y de deliberaciones del consejo, dando inmediata noticia de ello por escrito al presidente del Colegio de Síndicos”.

Sin embargo, esta norma del artículo 48 de la ley de sociedades anónimas funciona bien siempre que se trate de cuestiones que el directorio haga, pero obviamente resulta del todo insuficiente cuando se trata de cuestiones que el directorio no haga y deba hacer.

Es por ello que, cuando se trate de un órgano administrador pluripersonal o de un directorio, es preciso resolver la cuestión de si la responsabilidad de los administradores es simplemente conjunta, solidaria o indivisible.

La obligación de administrar con el grado de diligencia o cuidado adecuado es, desde luego, una obligación de hacer. En este sentido, la obligación es indivisible. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1533 del Código Civil, *“es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible: ninguno de los acreedores puede intentarla y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que le quepa. Si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, ese sólo será responsable de todos los perjuicios”.* Asimismo, el artículo 1534 establece *“si de dos codeudores de un hecho que debe efectuarse en común, el uno está pronto a cumplirlo, y el otro lo rebúsa o lo tarda, este sólo será responsable de los perjuicios que de la no ejecución o retardo del hecho resultaren al acreedor”.*

De esta suerte, queda claro, entonces, que la obligación de reparar los perjuicios producidos por la administración errónea y culpable es divisible dentro de los distintos administradores, quedando sólo por resolver si ésta es simplemente conjunta o solidaria. En este sentido, si no hubiere disposición legal o contractual, la responsabilidad de los administradores o directores será simplemente conjunta, puesto que la fuente de la solidaridad es la ley, el testamento o el contrato. En materia de sociedades anónimas esa solidaridad se encuentra expresamente establecida por el artículo 41 inciso primero de la ley de sociedades anónimas.

4. GRADO DE DILIGENCIA QUE DEBE EMPLEAR EL ÓRGANO ADMINISTRADOR Y EL RIESGO QUE DEBE ASUMIR

“Los administradores son responsables de la exacta observancia de las normas legislativas y estatutarias fijadas en materia de administra-

ción, así como de la ejecución de los acuerdos de la asamblea³; y, en ausencia de norma expresa, deben emplear, en el desempeño de su labor, el grado de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, esto es, responden hasta de culpa leve, salvo que, siendo permitido por la ley, los estatutos dispongan otra cosa. Se llega a esta conclusión, pues parece correcto aplicar por analogía las normas del mandato. El órgano administrador no puede negarse a desarrollar el objeto de la sociedad o un negocio en particular bajo el pretexto de que se corre un riesgo para los negocios de la sociedad, pues el riesgo es un elemento esencial de todos los negocios y no puede limitar la actividad de la compañía. Un grado de riesgo alto no se opone de por sí a la diligencia mediana así como, tampoco, un grado de riesgo bajo asegura que se haya actuado como un buen padre de familia. Se puede ser un mal administrador tanto porque se ha tomado poco riesgo como porque se ha tomado mucho. El grado de riesgo aceptable es una variable que resulta de la interacción entre las pérdidas proyectadas de un negocio, las ganancias esperadas del mismo, el patrimonio de la sociedad y el objeto de la misma. El grado de riesgo aceptable, para que se encuentre dentro de la ley del contrato, es uno cuya pérdida no comprometa completamente la continuación del giro de los negocios sociales y cuyas ganancias sean inversamente proporcionales a la posibilidad de obtenerlas. Y aun así, puede que ello no sea efectivo, pues si el objeto de la sociedad consiste en la realización de negocios de por sí riesgosos, se le puede exigir al órgano administrador que incurra en riesgos aun mayores a los mencionados.

El grado de riesgo es una de las tantas variables que debe tomar en cuenta un buen padre de familia. Por eso la ley no ha dictado pautas generales cuando ha pretendido definir la culpa.

5. LA RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR FRENTE AL DAÑO SOCIAL CAUSADO POR ESTE; LOS SUJETOS ACTIVOS DE LAS OBLIGACIONES DEL MISMO Y LA LLAMADA ACCIÓN SOCIAL

Los sujetos activos de las obligaciones de las personas portadores de la calidad de órgano son la propia persona jurídica y los socios o accionistas de la misma. Por su parte, el perjuicio causado a consecuencia de la infracción a estas obligaciones puede ser social, esto es, el perjuicio que experimenta el patrimonio social e individual, esto es,

³ Ascarelli, Tulio, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, Ediar S.A, Buenos Aires, 1947 p. 354.

el perjuicio que experimenta el patrimonio de los miembros o socios de la persona jurídica.

Entre daño social y daño individual existe una diferencia sustancial, pues no se trata de un mismo daño sino de dos daños diferentes causados a la vez por una misma culpa. El ejemplo dado por MAZEAUD-TUNC es didáctico: "los administradores de una sociedad anónima proceden a una distribución de dividendos ficticios y a un aumento de capital. La sociedad cuyo activo se encuentra disminuido irregularmente por culpa de sus mandatarios, tiene contra ellos una acción social (contractual para algunos) para reparación del perjuicio social experimentado. Los suscriptores que, engañados por la distribución de los dividendos, han creído suscribir las acciones de una sociedad próspera, disponen contra los administradores de una acción individual (delictual para algunos) para reparación del perjuicio personal que les haya causado la suscripción. Pero en el caso concreto expuesto, no es un mismo perjuicio el que origina a la vez la acción social y la acción individual. El perjuicio social no permite sino el ejercicio de una acción social; y no a la par, el de una acción social y el de una acción individual"⁴. Es por ello precisamente que el Código Civil Italiano establece que la acción de responsabilidad contra los administradores se promueve en virtud de deliberación de la asamblea, aun cuando la sociedad esté en liquidación; pero advierte que la disposición anterior no perjudica el derecho al resarcimiento del daño correspondiente al socio singular o al tercero que ha sido directamente perjudicado por actos culposos o dolosos de los administradores (Art. 2395 y 2393 del Código Civil Italiano).

Existe a este respecto una postura mayoritariamente aceptada, según la cual las personas portadoras de la calidad de órgano son solamente responsables ante la persona jurídica y no ante sus socios o accionistas. Es la persona jurídica —se dice— la que precisamente juzga la responsabilidad de los administradores por medio de la asamblea, y es, por tanto, la mayoría de ésta la que determinará el ejercicio de la acción de responsabilidad confiando después su ejercicio a quien crea más oportuno. Queda así excluido categóricamente —se concluye— que la acción de responsabilidad contra los administradores pueda ser hecha valer por el socio singular o por una minoría de ellos. Conviene tener presente la opinión de Henri y León MAZEAUD y André TUNC en orden a que "ese daño que sufren los socios es el mismo daño sufrido por la agrupación. No alcanza al socio sino como parte de la agrupa-

⁴ *Ibid.*

ción y en proporción a su parte. El socio no padece como individuo, sino como fracción del grupo. El perjuicio social no afecta, pues, individualmente a los socios; no alcanza sino a través de la agrupación, como miembros de esa colectividad. Teóricamente, no cabe ya darles una acción... La persona moral se interpone entre los socios y el autor de la culpa; aquella constituye un obstáculo infranqueable para las acciones individuales de los socios"⁵.

Los argumentos dados por Henri y León y Jean MAZEAUD resultan, a nuestro juicio, equivocados en su última parte. Esto de que la persona moral se interponga entre los socios y el autor de la culpa; y que aquella constituya un obstáculo infranqueable para las acciones individuales de los socios, no nos parece un argumento en contra de la posibilidad de permitirle a los socios o accionistas que demanden a los administradores sino, por el contrario, uno a favor: precisamente porque se interpone la forma de la persona jurídica de una manera que impide a sus socios o miembros ejercer los derechos que el orden jurídico les franquea, es que hay suficiente argumento para desplazar la forma de la persona jurídica.

Nosotros pensamos que no es la forma de la persona jurídica la que se interpone en contra de la posibilidad que los accionistas o socios de una persona jurídica puedan interponer acciones en contra de las personas portadoras de la calidad de órgano de gobierno de la misma o administradores sino que es simplemente el principio mayoritario, en otras palabras, el contrato social. El principio mayoritario consiste en que la voluntad de la persona jurídica es la voluntad de la mayoría de los miembros de la asamblea con derecho a voto. Los socios o accionistas de la misma se obligaron a respetarlo, esto es, a respetar que la voluntad de la persona jurídica sea la voluntad de la mayoría.

Es por esto que los socios o accionistas de la persona jurídica no pueden demandar por sí mismos a la administración, puesto que la que determina si proceden o no proceden las acciones en contra de ellos es la propia persona que ha sufrido el daño y no aquellos que lo han sufrido a consecuencia de que sufrió el daño la persona jurídica. En esto, concordamos con las palabras de Henri y León y Jean MAZEAUD en orden a que "ciertamente, los socios sufren necesariamente un daño por el hecho de que la agrupación soporte un perjuicio. Es evidente que se trata de un perjuicio material causado a una sociedad; cada socio ve que con ello disminuye su derecho en

⁵ Mazeaud, Henri y León y Tunc, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, Tomo II, Vol.2, p. 470.

el patrimonio social. También es verdad si se trata de un perjuicio moral causado a una persona moral cualquiera; el socio es afectado siempre, tanto moral como materialmente, en proporción a su participación en el grupo. Pero ese daño que sufren los socios es el mismo daño sufrido por la agrupación. No alcanza al socio sino como parte de la agrupación y en proporción a su parte. El socio no padece como individuo, sino como fracción del grupo. El perjuicio social no afecta, pues, individualmente a los socios; no los alcanza sino a través de la agrupación como miembro de esa colectividad⁶. Y, por ende, es la colectividad la que decide conforme a las estipulaciones que se han dado los socios en los estatutos, es decir, sobre la base del principio mayoritario.

Sin embargo, el socio o accionista controlador no puede ejercer el principio mayoritario habiendo conflicto entre sus intereses y los de los accionistas minoritarios o los de la sociedad, de modo que se perjudique el derecho de aquellos o de ésta. El artículo 30 de la ley 18.046, dice expresamente que "*los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas*". Este principio, recogido especialmente en la ley de sociedades anónimas, no es más que la aplicación práctica de aquel contenido en el artículo 1546 del Código Civil, que obliga a cumplir los contratos de buena fe, de forma que no sólo obligan a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación. Esto significa que, habiendo conflicto de intereses, el accionista controlador no puede ejercer el principio mayoritario de modo de que se perjudique el derecho de los demás accionistas y el de la sociedad, porque, al hacerlo, infringe el contrato de sociedad, fundamentalmente porque no actúa de buena fe si privilegia sus intereses a los de los accionistas minoritarios o los de la sociedad.

Si no existiere ese conflicto, el controlador podría ejercer sus derechos de modo que, incluso, se perjudiquen los de la sociedad o el de los minoritarios, pues en cualquier caso se perjudicarían también los suyos; y si permitiese esto último, sería porque, de alguna forma, pretendería obtener una retribución para los derechos de la sociedad y también para los propios que, en tal caso, se identificarían con los de los minoritarios, o, por último, dicho perjuicio debería tener alguna causa que lo justificara. El conflicto de intereses es, por consiguiente esencial para inhibir la libertad del controlador en el ejercicio del principio mayoritario, pues nadie en su sano juicio ejercería el derecho a voto de modo de perjudicar sus propios derechos, a menos que

⁶ Mazeaud, Henri y León y Tunc André, *Tratado teórico...* cit., p. 474.

pretendiere obtener una ventaja para sí. Y si la obtuviere al margen de la sociedad y de los minoritarios, habría un conflicto de intereses, pero si la obtuviese a través de los de la sociedad o de los derechos de los accionistas, no habría perjuicio para ninguno de ellos.

De esta forma, por regla general, los miembros de una persona jurídica no tienen acción en contra de los portadores de la calidad de órgano de gobierno de la persona jurídica, a menos que se haya decidido por la asamblea de miembros no ejercer las acciones en contra de la administración, en virtud de una votación, esto es, ejerciéndose el principio mayoritario, y los que hayan votado por no ejercer las acciones lo hayan hecho existiendo un conflicto entre sus derechos y los de la sociedad y el de los demás accionistas y de dicha decisión se haya causado un perjuicio a los intereses de éstos o de aquélla, pues, en tal caso, se estaría cumpliendo de mala fe el contrato de sociedad, en cuyo caso existiría un incumplimiento de las obligaciones de dicho contrato, por parte de los socios mayoritarios, que por lo mismo estarían usando sus disposiciones y concretamente el principio mayoritario con el objeto de dejar en la impunidad la conducta indebida de los administradores de la sociedad, satisfaciendo sus propios intereses en perjuicio de los de aquéllos.

6. LA RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR FRENTE AL DAÑO INDIVIDUAL CAUSADO A LOS MIEMBROS O SOCIOS DE LA PERSONA JURÍDICA. LA LLAMADA ACCIÓN INDIVIDUAL

Como puede observarse, la acción de que dispone la sociedad contra sus administradores no ampara el derecho de los socios o accionistas. En efecto, el interés de estos últimos es, también, que se les indemnicen los perjuicios que ellos sufrieron a consecuencia del acto celebrado, y que pueden ser muy distintos a los que padeció la sociedad. Piénsese, por ejemplo, el caso de un accionista que tenía prendada sus acciones en favor de un banco que, al conocer la disminución de valor que experimentaron las acciones con motivo de la operación celebrada con infracción a lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 18.046 declara, por tal motivo, la caducidad del plazo de la deuda y exige de inmediato el pago total de la misma.

Los accionistas gozan de lo que en doctrina se conoce como "acción individual", en contraposición a la "acción social" que corresponde a la sociedad y en nuestra opinión también a los accionistas, y que se dirige en contra de los administradores y los demás autores cómplices o encubridores del hecho ilícito, a fin de que respondan por el hecho de haber disminuido irregularmente los activos de la

misma. Esta acción individual, por el contrario, pretende o persigue la reparación del daño personal que se haya causado al accionista con la operación.

Sobre este daño individual o personal que sufren los accionistas, se señala por la doctrina que "no es el mismo perjuicio el que origina, a la vez, la acción social y la acción individual. Las dos acciones no coexisten más que si se han causado dos perjuicios distintos, el uno social y el otro individual. Se concluye que "el perjuicio social no permite sino el ejercicio de una acción social; y no, a la par, el de una acción social y el de una acción individual⁷.

Nadie ha discutido nunca la procedencia de la acción para indemnizar el daño individual sufrido por los accionistas. En nuestra opinión, la acción es procedente, siempre que los perjuicios no sean indirectos, esto es, el vínculo de causalidad se encuentre plenamente acreditado.

7. LA RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR FRENTE A LOS TERCEROS Y LAS OBLIGACIONES DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR PARA CON ÉSTOS

La verdad es que las obligaciones del órgano administrador para con terceros surgen de la aplicación de las normas generales contenidas en el derecho común y aquellas especiales que prevengan las leyes que rijan a una determinada especie de persona jurídica. Fuera de dichas normas, los administradores no tienen más obligaciones con terceros que las que tiene cualquier persona.

Digamos en general que los daños causados a terceros por la persona jurídica pueden ser precontractuales, contractuales o extracontractuales. De todos estos daños responde la persona jurídica, pero también responden los administradores si han intervenido en el hecho ilícito como autores, cómplices o encubridores.

Si los administradores cometen un delito o cuasidelito civil, en el desempeño de sus funciones, que cause daño a un tercero, responde la persona jurídica, pero responden también los administradores como autores, cómplices o encubridores de un hecho ilícito.

Si el ilícito estuviere constituido por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, responderá la persona jurídica, pero responderán también los administradores como autores cómplices o encubridores de un hecho ilícito constituido por incumplir las obligaciones derivadas del contrato celebrado por la sociedad.

⁷ Mazeaud, Henri y León y Tunc André, *Tratado teórico...*cit., p. 474.

En ambos casos, la responsabilidad de los administradores será extracontractual, porque entre los administradores y los terceros que sufrieron el daño no existe relación contractual alguna.

Pero, por lo mismo que se responde conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual, a los administradores se les deberá probar que obraron con culpa o dolo y que existe relación de causalidad entre el daño y dicha conducta dolosa o culposa.

El dolo o la culpa de los administradores podrá aparecer ya del cumplimiento de sus obligaciones legales en el desempeño de sus funciones, como, por ejemplo, cuando proporcionan informaciones falsas relativas a los negocios de la sociedad u ocultan información respecto a ella; ya de su participación en calidad de representante de la persona jurídica misma, por ejemplo, cuando cometen fuerza o dolo en la celebración del contrato o en su cumplimiento o cuando ordenan la destrucción de bienes ajenos o establecen una política negligente respecto al manejo de los desechos industriales.

En tales circunstancias los administradores responderán de los daños causados a los terceros, sin perjuicio de la responsabilidad penal que les corresponda.

Pensar que los administradores deben tener una responsabilidad adicional a la expresada constituye una equivocación, pues no existen razones para establecerla. Podrán configurarse presunciones de responsabilidad, podrá establecerse solidaridad entre ellos, lo que se ha hecho en la ley de sociedades anónimas, pero extender su responsabilidad pareciera un desacierto.

II. RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA POR LOS ACTOS DE SU ÓRGANO ADMINISTRADOR

Von Thur fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica por los actos de sus órganos basado en el hecho de que el órgano social "entra en relaciones con terceros en virtud de su calidad y puede perjudicarlos por medio de los recursos sociales que tiene a su disposición. Corresponde al concepto actual de la equidad que responda un patrimonio cada vez que en su administración se ocasionaren daños a terceros. Así como el individuo soporta las consecuencias de sus actos, la asociación debe soportar la de sus órganos, aun cuando cometan actos ilícitos en perjuicio de terceros, ya que por medio de éstos realiza su objeto". Es más, este autor señala que "la responsabilidad de la asociación es absoluta por cuanto "no puede eliminarse probando la *"diligentia in eligendo"*. Esta responsabilidad no es igual a la del

individuo que se sirve de un empleado y que se funda en una presunción de culpa; considera que no puede hablarse de culpa en una persona jurídica; no es la asociación misma quien nombra los directores y los demás representantes, sino el órgano a quien corresponde esta función (en particular, la asamblea). Si resulta elegida una persona que no tiene los requisitos oportunos, culpables pueden ser sólo los asociados que votaron por ella. Igualmente, no puede la asociación tener culpa "*in custodiando*", cuando también la vigilancia no le compete a ella misma sino al órgano determinado. Por lo tanto, y con razón, si se quisiera hacer que la asociación responda por los delitos de sus órganos, no se podría fundamentar tal responsabilidad en su culpa y, en consecuencia, tampoco excusarla a falta de la misma⁸. Ferrara fundamenta la responsabilidad en la persona jurídica por los actos de sus órganos administrativos de la siguiente manera. Dice: "Si la ley atribuye a entes ideales la posibilidad de querer y de obrar por medio de personas físicas, considerando como propia voluntad del ente la voluntad de estos últimos, debe esta atribución de efecto ser reconocida no sólo en el campo de lo lícito, sino de lo ilícito, y por esto, del mismo modo y en el mismo sentido en que las personas jurídicas tienen capacidad de querer, tienen también capacidad de delinquir. Puede surgir una responsabilidad exclusiva e inmediata de la persona jurídica, sin que más allá o fuera de ella surja otra obligación de resarcimiento en diversa persona. Y, además, puede concurrir una doble responsabilidad del ente para con los terceros, y el representante para con la persona jurídica. La persona jurídica se sirve, para realizar su vida, de representantes y agentes; los unos obran en nombre de la persona jurídica, desarrollan su voluntad al servicio de un fin preordenado por el ente, desempeñan un cargo; los otros son instrumentos materiales de ejecución destinados a realizar la voluntad de aquellos. Sólo un prejuicio ha podido hacer creer que los actos ilícitos de los representantes no sean imputables al representado, porque contienen siempre una transgresión de poder en cuanto la persona jurídica no ha dado un mandato para delinquir. Ciertamente, la persona jurídica no ha dado este mandato, pero ha llamado a ciertas personas a obrar en nombre suyo, ha constituido para estas una esfera general de poder en un campo de relaciones dentro del cual puede moverse para realizar el fin. Pero el cumplimiento de tal fin lleva consigo la posibilidad de una aberración en los medios para conseguirlo, una desviación de poderes, porque es indudable que el

⁸ Von Tuhr, Andreas, *Derecho Civil. Teoría del Derecho Civil Alemán* (Personas), Editorial Depalma, 1946, pp. 210 s.

que obra puede errar y servirse de medios ilícitos, que quien tiene en sus manos el poder puede abusar de éste. Todo lo que se hace en la esfera del cargo entra en la vida del ente y recae sobre el ente. Cierto que la realización de actos ilícitos no corresponderá al fin y a las previsiones de la persona jurídica, pero no se podrá llamar extraño o exorbitante a su actividad.⁹ En todo caso, cualquiera que sean los mayores o menores fundamentos de la posición precedente, el hecho es que hoy día la gran mayoría de la doctrina piensa de la manera descrita. La persona jurídica responde definitivamente por los perjuicios causados por su órgano administrador y no cabe, a estas alturas, intentar cambiar el criterio elegido.

Hay que agregar a lo anterior que la asociación responde no sólo por los daños causados por el directorio como órgano colegiado sino también por algún miembro del mismo; y ello aun cuando los estatutos o la ley dispongan expresamente que el directorio actúa en sala legalmente constituida, es decir, colegiadamente. La disposición legal o estatutaria referida únicamente tiene por objeto limitar la validez de la actividad negocial y no la posibilidad de que se realicen delitos¹⁰. Lo mismo debe decirse de la mala fe, el dolo o cualquier violación del principio de la buena fe en materia contractual. Basta con que a lo menos uno de los miembros del directorio haya actuado con mala fe o dolo o no haya cumplido debidamente el principio de la buena fe en materia contractual, para que se entienda que la persona jurídica cometió tal infracción. El principio mayoritario sólo tiene por objeto limitar la validez de la actividad negocial y no la posibilidad de que se ejecuten actos contrarios a derecho.

Sin embargo, es opinión de la doctrina y de la legislación comparada que la responsabilidad de la persona jurídica se refiere a los actos de los órganos de la persona jurídica y no así de la de sus mandatarios o apoderados cuyo nombramiento se basa en actos del propio órgano administrativo o de la asamblea. Los actos ilícitos cometidos por aquellos no pueden comprometer la responsabilidad de la persona jurídica sino de la misma manera como un mandatario puede comprometer la de su mandante¹¹.

⁹ Ferrara Francisco, *Teoría de la Persona Jurídica*, Editorial Bosch, Barcelona, 1943, p. 823; Ascarelli Tulio, *Sociedades y Asociaciones*, cit., p. 328.

¹⁰ Von Tuhr, Andreas, cit., p. 211.

¹¹ Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil*, Parte General, Editorial Bosch, Buenos Aires, 1948, tomo I, pp. 283 y 284.

III. LOS ADMINISTRADORES RESPONDEN CONFORME AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL TANTO FRENTE A LA PERSONA JURÍDICA COMO FRENTE A SUS MIEMBROS Y TERCEROS

Como hemos dicho precedentemente, las obligaciones que surgen para el órgano administrador de una persona jurídica tienen su fuente en la ley y sólo por una equivocada interpretación puede pensarse que ellas puedan ser calificadas de "contractuales".

Con respecto a la responsabilidad que tiene el órgano administrador frente a terceros, es obvio que ella es de carácter extracontractual, pues entre dichos terceros y los administradores no existe relación contractual alguna.

Respecto a la responsabilidad frente a la sociedad y a los accionistas, algunos han sostenido que ella es contractual, pues existiría una suerte de contrato de prestación de servicios entre la sociedad o la asamblea de accionistas y los administradores. Nosotros consideramos que no existe ninguna relación contractual entre ellos y que la fuente de las obligaciones de los administradores debe encontrarse en la ley.

Tratándose de obligaciones legales, el régimen jurídico al que debe someterse su infracción y la obligación de reparar los perjuicios que de ella se deriven, debe quedar sometido a las normas contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil. Ello es así, por los siguientes motivos:

a) Porque no es racional aplicar las reglas establecidas para regular obligaciones que se contraen, voluntariamente, a las obligaciones que se contraen contra la voluntad o en ausencia de voluntad, esto es, por la ley;

b) Porque tampoco es racional y prudente dar a las obligaciones legales, a disposiciones que, como en el presente caso, tienen el carácter de normas de "orden público" y que no pueden renunciarse, el mismo valor que aquellas obligaciones que nacen de la voluntad, que son plenamente renunciables y que no miran el interés general de la sociedad; y

c) porque nuestro Código Civil tuvo su inspiración en el Código Civil Francés y, para la doctrina francesa, constituye un hecho indiscutido que las obligaciones legales se someten al régimen de la responsabilidad extracontractual¹².

¹² En el mismo sentido Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, pp. 51 a 60.

IV. RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO ADMINISTRADOR POR ACTOS DE LA SOCIEDAD CELEBRADOS CON CONFLICTOS DE INTERÉS

1. LOS CONFLICTOS DE INTERESES EXTERNOS E INTERNOS

Los conflictos de intereses que pueden presentarse en las sociedades pueden ser de dos tipos: externos e internos. Los conflictos de intereses externos son los que se producen entre terceros o accionistas o socios por actos o contratos celebrados con la sociedad por derechos no emanados del contrato mismo de sociedad. Los conflictos de intereses internos son los que se producen entre accionistas o entre éstos y la sociedad, con motivo de derechos emanados del contrato de sociedad.

Los conflictos de intereses externos se solucionan conforme a lo dispuesto en los artículos 44 y 89 de la ley 18.046. Los conflictos internos se solucionan conforme a lo dispuesto por el artículo 30 y 39 inciso tercero de la misma ley y por aplicación de lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil.

1.1. Los conflictos de intereses externos

1.1.1 El concepto de "personas relacionadas" como supuesto de las normas que regulan los actos celebrados por la sociedad con conflicto de intereses

Tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la de Mercado de Valores introducen el concepto de "personas relacionadas" como supuesto de las normas que regulan los actos o contratos celebrados por una sociedad con conflicto de intereses.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley 18.045, se consideran "relacionadas" con una sociedad, y por ende, en potencial conflicto de intereses, a las siguientes personas:

- a) Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad;
- b) Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la ley 18.046;
- c) Quienes sean directores, gerentes, administradores o liquidadores de la misma, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, y

d) Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la misma o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones.

Las relaciones que subyacen en los casos mencionados precedentemente son, como se verá, de tal naturaleza, que los administradores pueden verse expuestos a tener que sacrificar el interés de la sociedad que representan a un interés contrapuesto y, por lo mismo, se consagran al efecto dos normas que regulan situaciones diversas y que serán analizadas más adelante. En el fondo, lo que se quiere expresar con este concepto de personas relacionadas es que entre esas personas existe un eventual conflicto de intereses si se ejecutan o celebran entre ellas actos o contratos.

Desde luego, las causales mencionadas resultan más bien expositivas que dogmáticas, lo que tiende un velo sobre la verdadera naturaleza de la cuestión que se regula, que no es otra que un simple conflicto de interés. Quizás habría sido mejor referirse directamente al conflicto que esconden y reglamentarlo por lo que representa dogmáticamente como ocurre de manera normal en el derecho común. En vez de establecer la categoría de personas relacionadas y reglamentar los actos o contratos celebrados entre ellas, podría haberse dicho que las condiciones de los contratos que celebre la sociedad con conflicto de interés, esto es, con personas que tengan influencia en las decisiones que ella adopta, porque determinan la formación de su voluntad colectiva, deben celebrarse en condiciones de equidad similares a las que en forma habitual prevalecen en el mercado y, luego, entrar a presumir de derecho los casos en que hay conflicto, que es por lo demás lo que al final se hace. Pero en fin, entendemos que el concepto de personas relacionadas se usa, también, para otros fines.

Se analizarán por separado las distintas relaciones expuestas en la ley.

1.1.2. Requisitos de los actos o contratos celebrados por sociedades con conflicto de intereses derivados de la relaciones de propiedad o por pertenecer a un mismo grupo empresarial

El artículo 89 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que "*Las operaciones entre sociedades coligadas, entre la matriz y sus filiales, las de éstas últimas entre sí, o con las coligadas, y las que efectúe una sociedad anónima abierta, ya sea directamente o a través de otras entidades pertenecientes a su grupo empresarial, con sus personas rela-*

cionadas, definidas en la ley 18.045, deberán observar condiciones de equidad, similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Los administradores de una y otras serán responsables de las pérdidas o perjuicios que pudieren causar a la sociedad que administren por operaciones hechas por infracción a este artículo. También se aplicará lo dispuesto en este artículo, aun cuando la matriz o la coligante, en su caso, no fuere una sociedad anónima". La norma sustantiva que contiene esta disposición será analizada con mayor detención más adelante, pero digamos ahora que esta no es una norma común en las relaciones contractuales. De hecho, no rige ninguna relación contractual de la sociedad con terceros. Ni siquiera resulta aplicable a las relaciones contractuales con los accionistas de la sociedad. Solo se aplica en la medida que esos terceros sean las personas que reúnan los requisitos del artículo 89 antes transcrito. Podría, por consiguiente, celebrarse un contrato entre una sociedad y otra cualquiera persona –inclusive accionista– en condiciones que no fueran de mercado y, no obstante, resultar perfectamente legítimo a los ojos del derecho. Sin embargo, con las personas mencionadas en la disposición, las condiciones deben ser de mercado. Ello sucede así atendido que esas personas se encuentran en condiciones de determinar o de influir en la formación de la voluntad colectiva de la sociedad y por ello es que esas personas se encuentran en conflicto de intereses con la sociedad.

El artículo 89 antes transcrito constituye un verdadero atentado a toda buena técnica legislativa, pues confunde en su redacción los objetivos jurídicos que pretende alcanzar al tratar de obtenerlos todos juntos. Sin embargo, consigue su objetivo, y es eficiente en el modo de obtenerlo.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el artículo 89 hace fundamentalmente tres cosas:

a) Instituye una presunción de derecho de que las personas mencionadas en el citado artículo influyen en las decisiones de la sociedad;

b) Instituye una presunción de derecho de que, por lo mismo, en los actos o contratos celebrados entre las personas que menciona, existe un conflicto de intereses, estos es, de que no se dan los presupuestos de una transacción negociada por partes no relacionadas, cada una de ellas actuando en su propio interés; y

c) Establece que, por ello, los actos o contratos entre esas personas deben celebrarse en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Se dice presumirse un hecho, cuando la ley, de una circunstancia conocida desprende una desconocida. Si, además, la ley no admite prueba alguna en contrario, se dice que la presunción es de derecho.

El primer hecho conocido es que cuando una sociedad es dueña del todo o parte de otra, se encuentra en condiciones de determinar o de influir sustancialmente en la formación de su voluntad colectiva. De ese hecho conocido se concluye que en los actos que celebran entre sí las sociedades que tienen relaciones de propiedad, ya sea porque unas son dueñas de las otras o porque ambas pertenecen en todo o parte a otra sociedad, existe un conflicto de intereses, o sea, no se dan los presupuestos de una transacción negociada por partes no relacionadas, cada una de ellas actuando en su propio interés.

El segundo hecho conocido es que, cuando se pertenece a un grupo empresarial, la formación de la voluntad colectiva de las sociedades que lo integran está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, de lo que se concluye que en los actos que celebra una sociedad anónima abierta con las personas que forman su grupo empresarial, existe un conflicto de intereses, o sea, de que no se dan los presupuestos de una transacción negociada por partes no relacionadas, cada una de ellas actuando en su propio interés. La norma del artículo 89 se extiende aún más, pues incluye los actos que celebra esa sociedad con "*sus personas relacionadas definidas en la ley 18.045*", pero es obvio que sólo se refiere a las de su grupo empresarial, pues todas las demás que menciona esa ley, o están ya comprendidas por tener vínculos de propiedad entre sí, o por estar tratadas por el artículo 44 de la ley 18.046. Parece indiscutible que estos hechos son presumidos por la ley, porque, de lo contrario, no habría razón alguna para exigir que los actos se celebraran en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Si no se presumieran, la discriminación que esta norma establece entre accionistas relacionados al controlador y no relacionados al controlador sería arbitraria, porque se les exigiría a los primeros unas condiciones para celebrar contratos con la sociedad que no se les exigiría a los segundos, lo que haría que la norma fuera inconstitucional al vulnerar la garantía establecida en el último inciso del número 2 del Artículo 19 de la Constitución Política del Estado.

La primera presunción es de derecho, porque no es posible probar que, a pesar de que una sociedad es dueña del todo o parte de la otra o, a pesar de que ambas son integrantes de un mismo grupo empresarial, la formación de la voluntad colectiva de la sociedad de que se trate es independiente y que el grado de influencia de aquellos con

quienes se tienen relaciones de propiedad o del grupo al que pertenecen, es inexistente o nula.

La segunda presunción es también de derecho, porque no se puede probar que no existe conflicto de intereses, o sea, que a pesar de que se pueda influir en formación de la voluntad colectiva de la sociedad, en la práctica tal conflicto no se presenta porque se adoptan al respecto diversos procedimientos para evitar de que alguien sacrifique el interés de la sociedad que representa a un interés superior, por ejemplo, mediante la conocida práctica de la "muralla china" o alguna otra semejante.

Entonces, pareciera conveniente, por razones de una correcta interpretación de la ley y por razones expositivas, sostener que la norma transcrita establece una presunción de derecho en orden a que en los actos que celebran entre sí las siguientes personas unas influyen en la formación de la voluntad de la otra y de que existe, por ende, un conflicto de interés en las siguientes operaciones:

- a) Las operaciones entre sociedades coligadas, o sea, contratos celebrados entre dos sociedades cuya propiedad pertenece en un 10% o más a otra.
- b) Las operaciones entre una sociedad matriz y sus filiales.
- c) Las operaciones entre las filiales.
- d) Las operaciones de las filiales con las coligadas.
- e) Las que realice una sociedad anónima abierta, ya sea directamente o a través de otras entidades pertenecientes a su grupo empresarial, con sus personas relacionadas, definidas en la ley 18.045.

Puede que en algunos de estos casos no se presente ninguno de los dos hechos presumidos. Piénsese, por ejemplo, en operaciones que realiza una sociedad anónima cuya propiedad accionaria se encuentra dividida por mitades entre dos accionistas, pero que sólo uno de ellos tiene la administración de la compañía, porque posee acciones preferentes y el otro no. Piénsese en el caso de que esa sociedad obtiene un préstamo de manos de un banco que pertenece al accionista que no cuenta con la administración. ¿Habría conflicto de interés? ¿Puede influir sobre la sociedad? Desde luego que no, pero sin embargo debería cumplirse con lo dispuesto en el artículo 89, porque, en el fondo, la norma establece las presunciones de derecho mencionadas, y contra este tipo de presunciones no cabe prueba en contrario.

1.1.3. Requisitos de los actos que celebra la sociedad con personas ligadas a su administración

El inciso 1 del artículo 44 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas establece que *"una sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más de sus directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado"*¹³⁻¹⁴.

La norma rige a los actos o contratos celebrados entre la sociedad y sus directores, pero el inciso segundo de la disposición agrega que se presume de derecho que existe interés de un director, si interviene el mismo, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital o las sociedades o empresas en las cuales alguna de las personas antes mencionadas, sea director o dueño directo del 10% o más de su capital; y las personas por quien el director actúe como representante.

Por su parte, el artículo 93 de la ley 18.046 establece que las operaciones de la sociedad filial en que algún director de la sociedad matriz u otras de las personas mencionadas en el artículo 44 tuviere interés, según lo dispuesto en el mismo precepto, sólo podrán celebrarse en la forma y condiciones y sujetas a las sanciones de dicha disposición.

Aplicando en su conjunto las disposiciones legales citadas, es inconcuso que se presume de derecho de que existe un conflicto de interés y, por ende, deben celebrarse en condiciones de equidad, similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, los actos o contratos de la sociedad con las siguientes personas:

- a) Un director de la sociedad, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad;
- b) Un representado del director, siempre que actúe este último en su representación;

¹³ El artículo 248 de la ley 19.950 sobre sociedades anónimas argentinas establece: *"El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar en los acuerdos relativos a aquella. Si contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para una decisión válida"*.

¹⁴ Igual disposición se encuentra en el artículo 2373 del Código Civil Italiano.

- c) Un director de la matriz de la sociedad filial que realiza la operación;
- d) Un representado del director de la matriz de la sociedad filial que realiza la operación, siempre que actúe el director en su representación;
- e) El cónyuge del director de la matriz de la sociedad filial que realiza la operación;
- f) Un pariente del director de la matriz de la sociedad filial que realiza la operación, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad;
- g) Una sociedad o empresa en que el director de la matriz es director a su vez;
- h) Una sociedad en que el director de la matriz es dueño directo o indirecto de un 10% o más de su capital;
- i) Un pariente del director de la matriz hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que es dueño directo o indirecto de la sociedad con quien se celebra la operación;
- j) El cónyuge del director de la matriz es dueño directo o indirecto de la sociedad con quien se celebra la operación; y
- k) Un pariente del director de la matriz hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad es dueño directo o indirecto de la sociedad con quien se celebra la operación.

Puede ocurrir en realidad, y ocurre por lo demás con demasiada frecuencia, que la persona de que se trate no tenga interés alguno en la operación. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de cuenta corriente entre una empresa y un banco que tienen un director común o entre cualquiera sociedad y una empresa eléctrica que le suministra energía y que tienen un director común. ¿Puede decirse que existe interés por parte del director en la operación? Obviamente que no, pues se trata de contratos que se desarrollan en el giro ordinario de los negocios sociales de ambas personas jurídicas y de los cuales, probablemente, el director común no tendría conocimiento si no fuera porque existe este artículo. Pero como la presunción es de derecho, la norma se aplica, pues no cabe a su respecto prueba alguna en contrario.

1.1.4. Requisito para admitir la celebración de contratos entre partes relacionadas: debe celebrarse en condiciones de equidad similares a las que prevalecen habitualmente en el mercado

Tanto la norma del artículo 44 como la del artículo 89 de la ley 18.046 establecen que los contratos deben celebrarse en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, lo que resulta equitativo es, textualmente, "la moderación en las condiciones que se estipulan para los contratos"; y moderar es siempre "evitar el exceso"; el exceso sobre un límite determinado por las condiciones habituales que prevalecen en el mercado.

Sin embargo, es difícil determinar qué se quiso decir con "condiciones que habitualmente prevalecen en el mercado". Esta expresión da lugar a dos interpretaciones posibles:

Según la primera, se debe buscar el mercado en sus condiciones habituales, puesto que puede ocurrir, por ejemplo, que la economía del país pase temporalmente por una escasez de dinero provocada por las medidas adoptadas para frenar la inflación, todo lo cual redundaría en altas tasas de interés. En tal caso, no puede exigirse que las distintas empresas de un grupo económico, por ejemplo, o las personas que por sí mismas, o a través de sus representadas, tienen relaciones entre sí, se presten dinero a las tasas que en ese momento prevalecen en el mercado, primero porque no son habituales y, segundo, porque puede que no sean equitativas. Ante una situación como la descrita, lo equitativo sería prestarse dinero a las tasas de interés similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado y lo no equitativo sería que sociedades que pertenecen a un mismo centro de intereses o personas que son relacionadas entre sí, cayeran en el espiral de un mercado en proceso de ajuste, pues, en último término, los terceros que han contratado con una de dichas sociedades lo hacen sabiendo que ella pertenece a un grupo que precisamente ha diversificado sus riesgos, resguardándose así de los desvaríos del mercado. Tras esta posición se encuentra un concepto axiológico y casi dogmático sobre el valor de las cosas y servicios, a saber, que tienen un valor intrínseco determinable según sea el costo de producción y una tasa de retorno de la inversión equitativa. La experiencia ha demostrado, sin embargo, que las cosas y servicios sólo reflejan su valor intrínseco en el largo plazo y exigir, por vía legislativa, que dicho valor se refleje en el corto plazo, equivale, en la práctica, a impedir que se produzcan los ajustes de las economías, única vía conocida para restablecer la estabilidad de los mercados y asegurar el progreso económico.

Según la segunda interpretación, es necesario buscar las condiciones que habitualmente prevalecen en el mercado, cualquiera que sean las condiciones de éste, pues no es lo mismo buscar las condiciones habituales que prevalecen en el mercado, que buscar un mercado en sus condiciones habituales. No existe ningún mercado en condiciones habituales, no existen tales condiciones. Son las condiciones generales

de la economía las que determinan los mercados, de manera que no existe un mercado "habitual". Lo normal en un mercado que sufre un proceso de desaceleración tiende a producirse una disminución en la oferta de empleo y, por ende, que lo habitual en él sea que las remuneraciones tiendan a decrecer; y el mismo mercado, poco tiempo después, puede recuperar su ritmo anterior y, por lo mismo, producirse un aumento en la oferta de trabajo pasando a ser habitual que las remuneraciones tiendan a experimentar un crecimiento sostenido en sus montos. En el caso del ejemplo, no existen remuneraciones equitativas en un mercado habitual, así como no existen tasas de interés equitativas, ni tampoco condiciones de precio de productos equitativas, así como ningún valor de transacción de un bien o servicio que resulte equitativo. Eso lo determina el mercado según las condiciones de la economía.

El artículo 136 de la ley 18.046 establece que *"cada vez que en esta ley se haga referencia a las condiciones de equidad, a las imperantes en el mercado o a las ventajas o beneficios indebidos u otras similares, debe entenderse que son aquéllas imperantes en la misma época de su ocurrencia"*. Podría creerse que esta norma resuelve la cuestión discutida en los párrafos precedentes, pues se refiere a las condiciones imperantes en la época de celebración del contrato, lo que excluiría la posibilidad de que se discuta un valor que considere a la cosa o al servicio según la necesidad de las mismas en el largo plazo. Sin embargo, ello no es así, pues la cosa o el servicio llevaría incluido esa consideración al tiempo del contrato.

1.2. Fundamento de la regla de los artículos 44 y 89 de la ley 18.046

Como se podrá apreciar de lo expuesto precedentemente, el fundamento de las disposiciones precedentes no es otro que resguardar los intereses de los terceros relativos frente a actos que se celebran por la sociedad con personas relacionadas a la misma, existiendo de por medio un potencial conflicto de intereses. Los intereses de los terceros no son de carácter general y eventual sino específico. Los intereses de terceros emanan de contratos legalmente celebrados, los cuales se verían infringidos, esto es, incumplidos, si no existieran estas normas que no son otra cosa que la aplicación práctica de los artículos 1545 y 1546 del Código Civil, en el sentido de que los contratos son una ley para las partes y deben ejecutarse o cumplirse de buena fe.

En primer término, lo que se pretende resguardar es el contrato de sociedad, pues la obligación primordial de los socios es cumplir el

contrato social de buena fe, respetando los derechos de sus socios o accionistas. Aunque parezca obvio decirlo, el contrato de sociedad obliga no sólo a lo que en las cláusulas sociales se ha estipulado, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza del contrato o que por la ley o la costumbre pertenecen a dicha naturaleza¹⁵. Es obvio entonces que, siendo el contrato de sociedad, un contrato por el cual dos o más personas estipulan poner algo en común para repartirse las utilidades que de ello provengan, resulta de la naturaleza de dicho contrato, y de las obligaciones que de él emanan, que no procede bajo respecto alguno que, valiéndose del poder para administrar la sociedad, uno de los socios o accionistas, directa o indirectamente, obtenga para sí o para terceros relacionados con él, una utilidad por la vía de subir o bajar artificialmente el precio de una transacción.

Por otra parte, si los que ejecutaron los actos contrarios a los principios antes mencionados no eran socios de la sociedad sino meros administradores, habrían infringido las obligaciones legales que rigen la esfera de sus atribuciones.

Es la misma conclusión a la que llegaban quienes han tratado el problema de la autocontratación. El mandatario que compró para sí los bienes que su mandante le había encomendado vender, incumplió el contrato de mandato¹⁶. Por lo mismo, los socios que, valiéndose del poder de administrar la sociedad, celebraron actos con la sociedad existiendo un conflicto de intereses actual o potencial, violan o incumplen el contrato de sociedad.

En segundo término, los terceros que contrataron con la sociedad y que, en virtud de dichos contratos, resultaron acreedores de la misma, confiaron que la garantía para el cumplimiento de las obligaciones constituida por el patrimonio de la sociedad iba a ser bien administrada o, por lo menos, administrada de forma que no se le iba a hacer disminuir en una forma contraria a la buena fe. De esta manera, si quienes administran la sociedad ejecutaron o celebraron actos o contratos con ella de manera tal que perjudicaron el derecho de prenda general, violaron también el contrato que se celebró con dichos terceros, aun cuando las fuerzas del patrimonio social sean, después de ejecutados dichos actos contrarios a la buena fe, suficientes para pagar las obligaciones generadas por ellos, pues lo que se sanciona es la disminución del derecho de prenda general del acreedor y no el incumplimiento que, de por sí, tiene una sanción especial.

¹⁵ Artículo 1546 del Código Civil.

¹⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 47; Stitckin, David, *El Mandato Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, p. 297.

Se deben descartar y rechazar como fundamento de las normas legales en comentario aquellas sobre lesión enorme contenidas en nuestro Código Civil, pues el fundamento de las mismas es completamente diferente al expuesto. En la lesión, lo que el orden jurídico reprueba es una falta de equivalencia en las prestaciones de un contrato oneroso conmutativo de tal magnitud, que resulta contraria al orden público y a la equidad. En el caso en análisis, lo que el orden jurídico reprueba son las transacciones negociadas por partes relacionadas, donde nadie sabe quien actúa, todo lo cual conlleva a que una de las partes en un contrato se valga de una situación en la que puede decidir entre intereses opuestos, favoreciéndose a sí misma en perjuicio de los demás. Por lo mismo, ningún argumento según el cual no se habrían sobrepasado los límites de desequilibrio entre las prestaciones establecidos en la ley, es aceptable sobre el particular. Sólo basta que los contratos no se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

- 1.3. En los actos con personas ligadas a la administración se exige un requisito adicional: la aprobación previa por parte del directorio

El artículo 44 de la ley 18.046 establece, como se ha dicho, que las condiciones en que se celebre el acto o contrato deben ser conocidas por el directorio y aprobadas previamente por el mismo. En este sentido, se debe hacer presente que la aprobación previa del directorio es esencial. Esta aprobación hace las veces de la autorización que otorga el mandante al mandatario para comprar los bienes que le ha ordenado vender o venderle al mandante lo que este le ha ordenado comprar, según lo dispuesto en los artículos 2144 y 2145 del Código Civil. Ningún miembro de la administración de la sociedad puede celebrar un contrato al que le falte la aprobación por parte del directorio, pues excedería sus facultades y violaría el mandato que se le hubiere conferido por la ley o el directorio. Así como en el caso del mandato, no existiendo autorización del mandante, el mandatario no puede celebrar consigo mismo el acto o contrato que le hubiere encomendado, así también, no existiendo la aprobación del directorio, los administradores de la sociedad no pueden celebrar el acto en que se den los supuestos del artículo 44 de la ley 18.046. Si, por el contrario, lo hacen, exceden su poder y violan el contrato y, por lo mismo, el acto que hubieren celebrado no obliga a la sociedad por aplicación del artículo 2.160 del Código Civil que dice: *“El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario*

dentro de los límites del mandato". Han excedido los límites del mandato, pues para que ellos pudieren contratar por la sociedad con personas ligadas a su administración, era necesaria la autorización expresa y previa del directorio. Como no la hubo, violaron el contrato de mandato y no obligaron al mandante¹⁷.

Pero si concurre la voluntad soberana del mandante y de la sociedad, no se considera que el conflicto de interés existente vaya efectivamente a causar un daño al patrimonio de ninguno. Si el contrato les hubiere producido un daño efectivo, habiendo existido la sobredicha aprobación o autorización, el contrato obliga a la sociedad, pero quedando a salvo sí las acciones para reclamar por la culpa del mandatario o representante según el derecho común¹⁸ o las normas especiales de la ley de sociedades anónimas.

El directorio no puede abstenerse de pronunciarse frente a una operación sometida a su decisión. No puede entregarle, por ejemplo, a los gerentes, o a la junta de accionistas, la decisión de aprobar o no el acto o contrato de que se trate. Ello ocurre así, pues es al directorio de una sociedad anónima al que le corresponde la administración de la misma, según lo dispone el artículo 31 de la Ley 18.046. Es asimismo el directorio de estas entidades el que está investido de todas las facultades de administración que la ley o el estatuto no establezca como privativas de la junta de accionistas, según lo dispone el inciso 1 del artículo 40 de la misma ley. Es el directorio de la sociedad el que, conforme a lo dispuesto en el artículo 41, debe emplear, en el ejercicio de sus facultades de administración, el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios. De manera que no es aceptable —para nuestro orden jurídico— que el directorio de una sociedad anónima omita pronunciarse respecto a si aprueba o no aprueba un acto en el que se encuentran presentes los supuestos del artículo 44 de la ley 18.046.

Tampoco puede ser la junta de accionistas la que sustituya al directorio en una decisión de esta naturaleza. Si se pensara que por ser la junta de accionistas el órgano supremo de la sociedad anónima, puede aprobar por sí misma los actos o contratos entre la sociedad y alguna persona ligada a su administración, se produciría el efecto de que, mediante dicho arbitrio, se estaría eximiendo o limitando la responsabilidad de los directores, al permitírsele que mediante su falta de pronunciamiento respecto de un acto, queden exculpados de la responsabilidad que les corresponde por los actos celebrados por la

¹⁷ Alessandri Rodríguez, cit., p. 47, número 66.

¹⁸ Alessandri Rodríguez, cit., p. 47, número 67.

sociedad, cosa que se encuentra precisamente prohibida por el inciso 2 del artículo 41 de la ley 18.046 que previene que es nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de la junta de accionistas que tienda a liberar o a limitar la responsabilidad de los directores; y es por lo mismo que el inciso 3 de la disposición citada establece que *“la aprobación otorgada por la junta general de accionistas a la memoria y balance presentados por el directorio o a cualquier cuenta o información general, no libera a los directores de la responsabilidad que les corresponda por actos o negocios determinados; ni la aprobación específica de éstos los exonera de aquella responsabilidad, cuando se hubieren celebrado o ejecutado con culpa leve, grave o dolo”*.

En otras palabras, se puede creer que omitiendo un pronunciamiento del directorio respecto a un acto o contrato en el que alguno de los directores tenga interés, y haciendo que sea la junta de accionistas la que lo apruebe, se puede eludir la responsabilidad que la ley les impone a dichos directores. Sin embargo, este razonamiento es equivocado, fundamentalmente por dos razones: la primera, porque el directorio no puede, conforme a la legislación sobre sociedades anónimas, delegar o excusarse de efectuar un acto de administración; y segundo, porque el solo hecho de eludir su responsabilidad respecto a pronunciarse positiva o negativamente sobre un asunto de la sociedad, constituye, en sí mismo, un acto culpable o doloso y, por ende, origina las responsabilidades que la ley establece, a saber, la indemnización de perjuicios y la devolución a caja social de una suma equivalente de los beneficios que el acto de que se trate le reportó a sus personas relacionadas (último inciso artículo 44).

1.4. Efectos de la autorización dada por la junta de accionistas para celebrar un acto que no ha sido aprobado antes por el directorio

El consentimiento dado por los accionistas bajo la forma de un acuerdo que autorice o permita la celebración por la sociedad de un acto o contrato que infringe el artículo 89 o 44 de la ley 18.046 no puede significar, en primer lugar, que la junta valide una conducta ilegal, pues esas normas son de orden público y lo que se sanciona es la violación intrínseca de la misma, independientemente de si se cuenta o no con el consentimiento de los ofendidos directos o indirectos. La norma contenida en dichos artículos precisamente se ha colocado por nuestro ordenamiento jurídico, en interés de los accionistas y en el de los terceros interesados. Esto no puede ser discutido, pues el propio artículo 44 establece que dichos terceros interesados tienen

acción frente a los directores para requerir de ellos las mismas prestaciones que establece a favor de los accionistas.

En este sentido, la norma que rige a las personas relacionadas con una sociedad, en orden a que sus transacciones deben ser realizadas en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, protege la fe pública y el interés de la sociedad. Es también una norma relevante dentro de aquellas que integran lo que se ha venido en llamar el orden público económico. De manera que ninguna conducta de los directa o indirectamente ofendidos puede transformar en legal lo que en sí mismo es contrario al orden jurídico.

No puede, en segundo lugar, significar una renuncia a los derechos que dichas normas establecen, puesto que el inciso 3 del artículo 41 de la ley 18.046 establece expresamente que *"La aprobación otorgada por la junta general de accionistas a la memoria y balance presentados por el directorio o a cualquier otra cuenta o información general, no libera a los directores de la responsabilidad que les corresponda por actos o negocios determinados; ni la aprobación específica de estos los exonera de aquella responsabilidad, cuando se hubieren celebrado o ejecutado con culpa leve, grave o dolo"*. De manera que el consentimiento dado por los accionistas, por expresa disposición de la ley, no produce ningún efecto si el directorio ha obrado con culpa o dolo. Y no puede negarse que este ha obrado, a lo menos, con culpa, si el acto no ha sido celebrado en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Podría sostenerse que el consentimiento dado por los accionistas no libera de responsabilidad al directorio, pero sí libera de responsabilidad a los terceros relacionados que se vieron beneficiados con los actos o contratos no celebrados en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, porque a su respecto no existe una norma que impida una renuncia como la tratada en el párrafo inmediatamente anterior. En principio, esos terceros no son responsables ante la sociedad o los accionistas por los actos celebrados con la sociedad sino en virtud de las reglas generales, esto es, cuando han actuado como coautores, cómplices o encubridores del hecho ilícito, o han fraguado el dolo con que se perjudicó a los accionistas y a la sociedad o se han aprovechado de él (artículo 1458 del Código Civil). Sin embargo, en estos casos, la aprobación previa dada por los accionistas a dichos actos en una junta significaría, en la práctica, una simple condonación del dolo futuro que cometerán esos terceros, lo que haría que el acuerdo de dicha junta y los votos de los accionistas individualmente considerados fueran nulos absolutamente, no ya por lo dispuesto en el artículo 41 inciso 3 de la ley 18.046 sino

porque, conforme al artículo 1465 del Código Civil, la condonación del dolo futuro no vale y, por ende, dicho consentimiento expresado a través del voto en una junta adolecería de nulidad absoluta, en conformidad al artículo 1682 del Código Civil. Constituiría una condonación del dolo de los que contrataron con la sociedad, porque estos habrían ejecutado o celebrado las operaciones contrarias a lo dispuesto en los artículos 89 o 44 de la ley de Sociedades anónimas, con el objeto de perjudicar los intereses de la sociedad y de los accionistas.

Esto significa entonces que el consentimiento dado por los accionistas no produce efecto alguno en lo que se refiere a la responsabilidad del directorio por expresa disposición del artículo 41 inciso 3 de la ley 18.046 y es, respecto de cualquier tercero, especialmente la o las sociedades que se hubieren visto beneficiadas con el o los actos o contratos respectivos, ineficaz por nulidad absoluta de dicho consentimiento expresado a través del voto en la junta, por constituir en la práctica la condonación de un dolo futuro, todo ello según lo prevenido en los ya referidos artículos.

1.5. Ineficacia por inoponibilidad y nulidad, el acuerdo de la junta de accionistas que aprueba la celebración de un contrato que no ha sido aprobado antes por el directorio

A. *Ineficacia por inoponibilidad del acuerdo*

Los acuerdos de la junta de accionistas que aprueban la celebración de un contrato en condiciones que no sean equitativas conforme a las que habitualmente prevalecen en el mercado, son inoponibles al directorio de la sociedad y a la misma sociedad, pues la junta carece de competencia para adoptar acuerdos que tengan por objeto la celebración de actos jurídicos con terceros o de negocios con terceros.

La competencia de la junta es aquella que la habilita para deliberar y adoptar acuerdos y decisiones sobre un asunto concreto relativo a la vida de la sociedad con el poder que le otorga su calidad de órgano, esto es, con el efecto de que sus decisiones sean consideradas por terceros y por los otros órganos sociales, como propias de la voluntad de la persona jurídica. Esta competencia está determinada, a su vez, por un elemento de forma y otro de fondo. El primero está compuesto por el cumplimiento de las formalidades de convocatoria y citación. El segundo es que la junta debe tener efectivamente facultades para resolver la cuestión de que se trata, en virtud de la ley o de los estatutos.

La junta de accionistas se encuentra en una situación de supremacía y es el órgano soberano de la sociedad, pero "no en el sentido que

su actividad no esté sujeta a limitaciones, que las tiene muchas, sino en cuanto que sus componentes no son designados por nadie, pues lo son en virtud de su calidad de socios, y a la vez, porque no deben rendir cuentas de su actividad a nadie¹⁹.

La Asamblea de accionistas no es titular de un poder omnímodo, en el sentido que sea ella la única indicada para decidir la marcha de la persona jurídica. Es válida en este sentido la opinión de Brunetti²⁰, según la cual "la asamblea de los miembros de la entidad es un pequeño parlamento investido de poderes vastísimos, pero que, por su estructura, no puede dirigir ni controlar la marcha de los negocios sociales".

Los negocios sociales son controlados y dirigidos por el directorio de la sociedad. A él le empuja determinar si se ejecutan o celebran y si son convenientes o inconvenientes para la marcha de la sociedad. Si así no fuere, todo el régimen de responsabilidad que es aplicable por la ley al directorio de las sociedades anónimas, que son normas de orden público, podría fácilmente burlarse vía la ratificación posterior, por la junta, de los actos del directorio o, lo que es más grave, vía el traspaso de las facultades legales por parte del directorio a la junta.

En principio, por sí solos, los acuerdos adoptados por órganos incompetentes, esto es, no facultados por la ley o por los estatutos para adoptarlos, no adolecen de ningún vicio de nulidad, pues las nulidades son de derecho estricto y sucede que no existen disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico que impongan este tipo de sanción a los acuerdos emanados de órganos incompetentes. Sin embargo, estos acuerdos son inoponibles, y por ende, ineficaces, respecto de todos los demás órganos de la sociedad anónima y a la sociedad misma.

El fundamento de esta inoponibilidad es que los accionistas, y las distintas personas portadoras de la calidad de órgano de una persona jurídica, se obligaron a respetar, a hacer cumplir los acuerdos de los órganos sociales de la entidad, en la medida de que estos se adoptarían cumpliendo las normas que todos se dieron en el acto constitutivo. Si se adoptan con infracción a dichas normas, es preciso concluir que ninguno de ellos puede ser oponible a los accionistas y a los otros órganos sociales, pudiendo estos o aquellos desconocerlos para cualquier efecto que se quisieren usar.

¹⁹ Ferrara, Francisco, *Sociedades y Empresarios*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 160.

²⁰ Brunetti, *Tratado del Derecho de Sociedades*, Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960, Tomo II, p. 360.

B. Ineficacia por nulidad absoluta de los acuerdos

Conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 41 de la ley 18.046, es nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de la junta de accionistas que tienda a liberar o a limitar la responsabilidad de los directores.

Los acuerdos de la junta de accionistas que aprueban actos o contratos que vulneran el principio en comentario, tienen por claro objeto liberar de responsabilidad al directorio de dicha sociedad, por cuanto éste, pretendiendo eludir el artículo 44 de la citada ley y la responsabilidad que este establece, no aprueba o rechaza dichos actos o los aprueba sujeto a ratificación de la junta, traspasando así, a los accionistas reunidos en junta, una decisión que sólo al directorio empee, de manera que no se les pueda imputar directamente la responsabilidad que la propia ley establece.

De esta forma, es inconcuso que el acto es nulo de nulidad absoluta, pues se trata de un acto que la ley prohíbe y, por ende, adolece de nulidad absoluta conforme lo dispone el artículo 1466 del Código Civil.

- 1.6. El contrato celebrado con infracción al artículo 44, por no haber sido aprobado previamente por el directorio, es inoponible a la sociedad

Como se ha expresado, el hecho de haberse celebrado un contrato bajo los supuestos del artículo 44 de la ley 18.046, sin que se hubiere previamente aprobado por el directorio de la sociedad, es inoponible a ésta, pues los representantes de la sociedad que celebraron el contrato excedieron los límites de sus atribuciones e infringieron el contrato de mandato, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.160 del Código Civil, la sociedad no está obligada a cumplir las obligaciones contraídas a su nombre por dichos representantes.

- 1.7. Adolece de nulidad absoluta por causa ilícita un contrato celebrado en condiciones que no son de mercado

En efecto, conforme a lo establecido en el artículo 1467 inciso 2 se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Es obvio que el motivo del acto o contrato que se celebra en condiciones que no son de mercado, es el de beneficiar a terceros en perjuicio de la sociedad, vulnerándose con ello los artículos 89 y 44 de

la ley de sociedades anónimas. La causa o motivo que indujo a las partes a contratar se encuentra, entonces, prohibida por la citada disposición legal. El tema no admite discusiones, porque puede que ese artículo no sea prohibitivo sino imperativo, lo que sería un argumento para negar, a lo sumo, la existencia de objeto ilícito, pero no se puede negar que prohíbe tener como causa o motivo para contratar, el hecho de celebrar, entre partes relacionadas, contratos en condiciones que no sean de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Pero si alguna duda cabe al respecto, es obvio que dichos actos o contratos son ciertamente contrarios a las buenas costumbres. Las buenas costumbres podrán ser para algunos un concepto carente de contenido práctico, pero lo cierto es que parece mala la costumbre aquella según la cual algunos accionistas o directores de una sociedad anónima utilizan a esta sociedad para hacer pasar en beneficio de uno u otro, sin causa, y en perjuicio de los intereses sociales, un activo que, de no encontrarse dichos accionistas o directores en la situación en que se encuentran en la sociedad, jamás habrían obtenido.

De manera entonces que los contratos celebrados en condiciones que no sean las que habitualmente prevalecen en el mercado, adolecen de causa ilícita y, por ende, son nulos absolutamente según lo dispone el artículo 1682 en relación con el artículo 1467 del Código Civil.

Además, el tercero beneficiado debe restituir a la sociedad perjudicada todo lo que haya percibido con ocasión del contrato por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1687 del Código Civil; y, por ser un poseedor de mala fe, debe restituir los frutos civiles de los dineros involucrados, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo dichos dineros en su poder, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 907 del Código Civil.

Los accionistas individualmente considerados pueden solicitar directamente la nulidad absoluta, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 1683 del Código Civil, puede alegar la nulidad cualquiera que tenga interés en ello. Los accionistas lo tienen, dado que la sociedad se ha hecho más pobre con dichos actos o contratos y, a través de ella, se han hecho más pobres, también, los accionistas.

El artículo 133 bis de la Ley de Sociedades Anónimas, el cual establece que: *"toda pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad como consecuencia de una infracción de esta ley, su reglamento, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia, dará derecho a un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo*

menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad o a cualquiera de los directores de la sociedad, a demandar la indemnización de perjuicios a quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad". Se podría pensar que este artículo impide a los accionistas que no reúnan los requisitos establecidos en la ley, entablar la acción de nulidad absoluta mencionada. Sin embargo, el artículo 133 bis antes citado no se refiere a las acciones de nulidad sino a la acción para solicitar la indemnización de perjuicios, lo que hace que lo dicho sea completamente improcedente.

Es más, negar a los accionistas individualmente considerados la acción para solicitar la nulidad absoluta de dichos actos constituiría, en la mayor parte de los casos, dejar impunes a quienes contrataron con la sociedad, pues es muy probable que ésta carezca de la acción para intentar la nulidad, pues sabía o debía saber el vicio que invalidaba el acto.

1.8. Los contratos celebrados en condiciones que no son de mercado, genera para los responsables y terceros beneficiados, la obligación de indemnizar perjuicios

La sanción por la contravención al artículo 44 y 89, esto es, la infracción al principio legal según el cual las transacciones entre partes relacionadas deben celebrarse en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, genera para los que lo han fraguado y para los terceros beneficiados con ellos, la obligación de indemnizar a la sociedad y a los accionistas, los perjuicios que se la han causado. A este respecto, es preciso distinguir entre tres tipos de perjuicios: el perjuicio que sufre la sociedad como persona jurídica; el perjuicio que sufren los accionistas o socios; y el perjuicio que sufren los acreedores de la entidad. A ellos corresponden tres tipos de intereses distintos. Y es necesario analizar si el orden jurídico protege dichos intereses concediéndoles una acción para perseguir la consiguiente indemnización de perjuicios.

1.9. El perjuicio que sufre la sociedad y las acciones de que dispone

El interés de la sociedad que sufrió el daño o la pérdida está constituido para resarcirse de los perjuicios derivados de un acto ilícito cometido por la persona de sus administradores, en unión con terceros relacionados a éstos o a aquélla, acto que podrá ser culpable o doloso según sea el caso.

La acción, entonces, se dirige, en primer lugar, en contra de los administradores a fin de que respondan de las pérdidas y perjuicios que el acto o contrato celebrado produjo a la sociedad. Así lo prescribe el artículo 89 de la Ley 18.046 que dice: *“Los administradores de unas y otras serán responsables de las pérdidas o perjuicios que pudieren causar a la sociedad que administran por operaciones hechas con infracción a este artículo”*; y así también lo prescribe el último inciso del artículo 44 de la citada ley, que dispone: *“la infracción a este artículo no afectará la validez de la operación, pero además de las sanciones administrativas en su caso y penales que correspondan, otorgará a la sociedad, a los accionistas o a los terceros interesados, el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados y a pedir el reembolso a la sociedad por el director interesado, de una suma equivalente a los beneficios que a él, a sus parientes o a sus representantes les hubiera reportado dichas negociaciones”*.

La acción se puede dirigir también en contra de los terceros que celebraron con la sociedad, los actos o contratos contrarios al principio antes indicado. Estos terceros, son autores, cómplices o encubridores de los administradores y, por ende, no pueden quedar impunes frente a una actuación que contraviene el orden jurídico. Se podrá decir que, como terceros, no están obligados a respetar el principio de que los actos de la sociedad con sus personas relacionadas deben observar condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado; pero, si bien esa afirmación es cierta solo de una manera general, eso no implica que resulten responsables por haber participado en un delito o cuasidelito civil cometido por la persona de sus administradores y cuya responsabilidad, por ende, comparten. En estos casos, no serían responsables por la violación del principio expuesto, así como no lo son los terceros que contratan con la sociedad en condiciones que no son de mercado, pero sí lo serían por haber participado como autores, cómplices o encubridores en el citado delito o cuasidelito civil.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 2307 del Código Civil, *“si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”*.

En este sentido, se debe advertir que la comisión del hecho ilícito habría sido realizada claramente por los administradores de la sociedad, pero es indudable, también, que del mismo hecho ilícito fueron coautores, cómplices o encubridores, los terceros con quienes se cele-

bró el contrato y quienes a la postre resultaron beneficiados directamente con él. No es razonable pensar que estos últimos fueron inocentes de la comisión del hecho ilícito y que ellos no sabían que con la celebración de dichos actos o contratos se infringían los artículos 44 y 89 de la ley 18.046 y se provocaba un enriquecimiento ilícito de ellos mismos.

Es más, el hecho ilícito se consumó necesariamente con el conocimiento y participación de dichos terceros, tanto porque ellos sabían o debían saber del beneficio sin causa que recibían, así como también porque fueron ellos los que, probablemente, en sus dobles calidades de administradores de la sociedad perjudicada o de personas relacionadas a ella y de administradores de la o las sociedades beneficiadas o de personas relacionadas a ellas, habrían promovido o forzado a la celebración de dichos actos o contratos. En este sentido, la coautoría resulta evidente. Siendo así, es entonces plenamente aplicable la disposición citada, surgiendo la solidaridad entre los coautores del tenor literal del artículo 2317 del Código Civil.

La solidaridad se refiere a reparar el daño causado, es decir, a los efectos civiles del hecho ilícito y del incumplimiento. En la especie a reparar los perjuicios que se derivan del hecho ilícito, consistente en haber infringido los artículos 44 y/o 89 de la ley 18.046, dentro de cuyos efectos se contempla la devolución a la Sociedad de todas las sumas con que se vieron beneficiados los terceros y la respectiva indemnización de perjuicios para dicha sociedad.

En este caso, la solidaridad debería quedar regida por el artículo 2317 del Código Civil, por ser la única norma que regula el caso de la comisión de un hecho ilícito por dos o más personas, todo ello por expresa aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 del mismo cuerpo legal.

La solidaridad afecta, por consiguiente, a todos los que hayan intervenido en el hecho ilícito, como autores, cómplices o encubridores; unos y otros los han cometido, cada uno dentro de su radio de acción. No existe ninguna razón para circunscribir la solidaridad sólo a los directores de la sociedad y negarla en contra de los terceros, tanto más cuanto el artículo 2316 limita la responsabilidad del que recibe provecho del dolo ajeno a condición de no ser cómplice en ese dolo; de donde se infiere que, si lo es, su responsabilidad es completa y queda regida por la regla general del inciso 1 del artículo 2316 y por el artículo 2317²¹.

²¹ Alessandri Rodríguez, cit., p. 490.

La solidaridad que se deriva del delito o cuasidelito y del hecho ilícito en general produce los efectos señalados en los artículos 1511 y siguientes del Código Civil. La sociedad puede, en consecuencia, demandar la reparación total del daño causado a todos sus autores, cómplices o encubridores conjuntamente o, a cualquiera de ellos, a su arbitrio.

Se podría creer que los terceros que participaron con los administradores en este hecho ilícito han fraguado un dolo en contra de la sociedad a objeto de obtener su consentimiento en los actos jurídicos contrarios a los artículos 44 y 89 de la ley 18.046. Sin embargo, esta creencia es equivocada. Los terceros habrían actuado como autores, cómplices o encubridores del hecho ilícito, pero no habrían engañado a nadie con el objeto de obtener el consentimiento, el cual fue dado voluntariamente por otros coautores del hecho ilícito. Ni hubo engaño ni hubo intención de obtener consentimiento alguno. Por consiguiente, resulta inaplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1458 del Código Civil.

1.10. Posibilidad de que los socios o accionistas persigan para la sociedad la indemnización de perjuicios correspondiente

Existe a este respecto una postura mayoritariamente aceptada, según la cual las personas portadoras de la calidad de órgano son solamente responsables ante la persona jurídica y no ante sus socios o accionistas. Es la persona jurídica —se dice— la que precisamente juzga la responsabilidad de los administradores por medio de la asamblea, y es, por tanto, la mayoría de ésta la que determinará el ejercicio de la acción de responsabilidad confiando después su ejercicio a quien crea más oportuno. Queda así excluida categóricamente —se dice—, que la acción de responsabilidad contra los administradores pueda ser hecha valer por el socio singular o por una minoría de ellos. Se opone a lo anterior —como se ha dicho— el propio contrato de sociedad, esto es, el principio mayoritario. Tal como se dirá más adelante, cuando tratemos las infracciones al contrato social que se pueden cometer en el ejercicio del derecho a voto, los socios o accionistas, sean o no controladores, y especialmente estos últimos, no pueden ejercer el principio mayoritario de modo que se perjudiquen los derechos de la sociedad o el de los demás accionistas, si existiere al efecto un conflicto entre sus intereses y los de la sociedad y el de los demás accionistas. El artículo 30 de la ley 18.046, dice expresamente que *“los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas”*. Este principio, recogido especialmente en la ley de sociedades anónimas, no es más que la aplicación prácti-

ca de aquel contenido en el artículo 1546 del Código Civil, que obliga a cumplir los contratos de buena fe, de forma que no sólo obligan a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación.

Esto significa que los socios o accionistas, sean o no controladores, y especialmente estos últimos, si se opusieron sin razón alguna a demandar a los controladores, infringirían el contrato de sociedad, fundamentalmente porque le causarían un daño a la sociedad si se impidiera a la misma resarcirse de un perjuicio mediante la interposición de las acciones pertinentes.

De esta forma, por regla general, los miembros de una persona jurídica no tienen acción en contra de los portadores de la calidad de órgano administrador de la persona jurídica, a menos que se haya decidido por la asamblea de miembros no ejercer las acciones en contra de la administración, esto es, ejerciéndose el principio mayoritario, y los que hayan votado por no ejercer las acciones lo hayan hecho existiendo un conflicto entre sus derechos y los de la sociedad y el de los demás accionistas causándose con ello un perjuicio a los intereses de éstos o de aquélla, pues, en tal caso, se estarían incumpliendo las obligaciones instrumentales de respeto al derecho ajeno impuestas por el contrato de sociedad en virtud de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, en cuyo caso existiría un incumplimiento de las obligaciones de dicho contrato, por parte de los socios mayoritarios que, por lo mismo, estarían usando sus estipulaciones y concretamente el principio mayoritario con el objeto de dejar en la impunidad la conducta indebida de los administradores de la sociedad, lo que haría que el incumplimiento de los accionistas que hubieren votado impidiendo a la sociedad accionar en contra de los administradores consumare el perjuicio a la sociedad y, por ende, serían esos accionistas lo que tendrían que pagar el daño causado por los administradores de la misma, atendido el uso indebido que habrían hecho de las estipulaciones del contrato de sociedad, concretamente del principio mayoritario.

En todo caso, se debe hacer presente que el artículo 133 bis de la ley 18.046 dispone lo siguiente: *"Toda pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad como consecuencia de una infracción a esta ley, su reglamento, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia, dará derecho a un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad o a cualquiera de los directores de la sociedad, a demandar la indemnización de perjuicios a quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad"*.

Se podría creer que esta disposición vino a dilucidar la cuestión debatida reconociendo la acción de los accionistas individuales en contra de cualquiera que le haya causado un perjuicio a la sociedad,

pero estableciendo un requisito especial consistente en exigirse que la acción se intente por quien o quienes detentan la propiedad de al menos el 5% de las acciones de la compañía.

Tal creencia resulta sin embargo no completamente exacta, pues si bien nuestra legislación les otorga una acción a los accionistas, cumpliéndose los requisitos que ella contempla, les niega la misma acción a los accionistas si no reúnen el 5% de las acciones de la compañía. ¿Quiere decir esto que los accionistas que no cumplen este requisito carecen de acción para demandar a sus socios por haber impedido que se intentaren las acciones legales en contra de los administradores, utilizando para ello el principio mayoritario? Desde luego que no. Si la Justicia considera que éstos le causaron un daño a la sociedad por haber impedido que se intentaran las acciones, habrían ejercido el principio mayoritario perjudicando los derechos de la sociedad y, a través de ella, los de los accionistas minoritarios.

Cualquiera interpretación contraria a la mencionada haría que el texto del artículo 133 bis antes citado fuera contrario a las normas constitucionales que garantizan el derecho de dominio, por cuanto perturbaría el derecho de propiedad de los accionistas sobre sus derechos personales derivados del contrato de sociedad, al obligarlos a juntarse con otros accionistas hasta reunir, por lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad, para interponer una acción que, antes de la dictación de esa ley, podían interponer solos.

La acción podría intentarse en contra de los accionistas que impidieron perseguir a los administradores por el total de los perjuicios sufridos por la sociedad y por el total de los perjuicios individuales sufridos por el accionista que la hubiere intentado y, si ellos todavía no han llegado a producirse, porque no se ha dado principio a la ejecución del contrato contrario al artículo 44 y 89 de la ley 18.046, podrán intentar la acción derivada del daño contingente, consagrada en el artículo 2333 del Código Civil.

1.11. Los administradores responden conforme al régimen de responsabilidad extracontractual

El último inciso del artículo 44 de la ley 18.046 es claro en el sentido de establecer la responsabilidad de los administradores de la sociedad al disponer que la infracción al mencionado artículo hace que surja para la sociedad, los accionistas y terceros interesados el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados y a pedir el reembolso a la sociedad por el director interesado, de una suma equivalente a los beneficios que a él, a sus parientes o a sus representados les hubiera reportado dichas negociaciones.

Por su parte el artículo 89 de la ley 18.046 establece que los administradores de las sociedades matrices y coligadas y de las personas relacionadas que hayan celebrado actos sin observar condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, *“serán responsables de los perjuicios que pudieren causar a las sociedades que administren”*.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2284 del Código Civil, *“las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito”*. Las referidas obligaciones no provienen de un hecho voluntario de una de las partes, sea culpable o doloso, pues dichas obligaciones son impuestas al directorio de una sociedad anónima y a sus personas relacionadas antes de cualquier hecho voluntario de los mismos, aunque es cierto, por otra parte, que lo que se encuentra detrás de las normas es un hecho ilícito consistente en enriquecerse a costa ajena injustamente o sin causa y, por ende, aún sin la existencia de dichas normas el hecho sería voluntario e ilícito, cometido según fuere el caso con o sin la intención de dañar, con lo que sí sería un delito o cuasidelito. Las obligaciones impuestas por el artículo 44 de la ley 18.046 no pueden ser calificadas de obligaciones “contractuales”, puesto que la ley pretende proteger a los accionistas de dicha sociedad, a la propia sociedad y a terceros interesados; y resulta obvio que no existe relación contractual entre los accionistas de la sociedad y sus directores, y menos la puede haber entre el directorio y los terceros interesados. Tampoco es válido sostener que existe una relación contractual entre los directores o “el directorio” y la sociedad, pues no puede haber relación contractual entre una parte de la entidad jurídica y la entidad jurídica propiamente tal. Lo que sí existe es una relación “orgánica”. Es obvio, entonces, que dichas obligaciones no provienen del contrato de sociedad, así como de ningún otro contrato. Sostener que existe una relación contractual entre la sociedad y los directores trae aparejada consecuencias que no pueden ser aceptadas ni desde un punto de vista teórico ni desde un punto de vista práctico. Si hay, como se sostiene, un contrato de prestación de servicios, el prestador debe cumplir las instrucciones del que los encarga, que en este caso sería la sociedad. Si en esta materia la voluntad de la sociedad estaría representada por la junta de accionistas, ésta podría darle órdenes al directorio, quien las debería cumplir en virtud del contrato respectivo, lo que es falso, porque un

órgano de la sociedad no puede darle órdenes al otro. Por otra parte, como la voluntad de la junta funciona conforme al principio mayoritario, los verdaderos mandantes o principales de los directores no serían otros que los controladores, todo lo cual se opone al principio de que la sociedad es administrada por un directorio.

En nuestra opinión, el artículo 44 de la ley 18.046 contiene e impone obligaciones "legales". Con eso basta para definir la fuente de las obligaciones del directorio, sin comprometer su naturaleza y la función que cumple dentro de la sociedad.

Pero aunque sea una obligación legal, como se ha dicho en el párrafo 9, es obvio también que el régimen jurídico al que debe someterse su infracción y la obligación de reparar los perjuicios que de ella se deriven, debe quedar sometido a las normas contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, todo ello en virtud de los fundamentos expresados en ese párrafo.

1.12. La acción de que disponen los acreedores

En el caso de los acreedores de la entidad la situación es distinta porque es distinta, también, la naturaleza del interés. El interés de los acreedores es únicamente el que se les pague sus acreencias y el monto del patrimonio de la deudora les resulta indiferente mientras pueda cubrir sus obligaciones. Esto quiere decir que, aunque el acto o contrato cause perjuicio a la sociedad deudora, es muy probable que no le cause perjuicio a los acreedores, pues aun con dicho acto no existe peligro para el pago de las deudas. Además, aun en el evento que la deudora cayera en quiebra, para que dichos acreedores pudieran solicitar indemnización de perjuicios, sería menester que probaran que el cual estado de los negocios se debió directamente a los actos o contratos celebrados con infracción a lo dispuesto en el artículo 89 de la ley 18.046, pues de lo contrario no habría relación de causalidad entre la culpa o el dolo y los perjuicios sufridos.

2. CONFLICTOS DE INTERESES INTERNOS

2.1. En algunas decisiones, el controlador resuelve con conflicto de intereses

Los intereses del accionista controlador no se identifican totalmente con los intereses de accionistas minoritarios, fundamentalmente porque los distintos parámetros que se utilizan para determinar el valor de las participaciones sociales de ambos, inciden de distinta manera

sobre los accionistas minoritarios que sobre los accionistas mayoritarios y, en ocasiones, de manera contrapuesta, según se verá. Aparte de la valorización de los negocios sociales, los parámetros que se utilizan para determinar el valor de las acciones son fundamentalmente tres, a saber: los dividendos que generan las acciones; el grado de concentración de la propiedad; y el grado de profundidad de las acciones.

De los tres parámetros mencionados, dos dependen del comportamiento del accionista controlador; y uno del mercado, pero este último afecta negativamente más a los controladores que a los minoritarios, según se verá. El monto de los dividendos que generan las acciones depende fundamentalmente de la voluntad del controlador, pues es éste el que a la postre define el monto de los dividendos que se distribuirán. El grado de concentración de la propiedad es una variable que afecta solamente a los accionistas minoritarios, pero los afecta negativamente porque es una constante que a mayor grado de concentración menor es la defensa de los inversionistas frente a las decisiones del controlador. Finalmente, la menor profundidad de las acciones en el mercado tiende a hacer ilíquida la inversión de los accionistas minoritarios, pero si la inversión de estos es ilíquida, la inversión de los controladores es mucho más, precisamente, porque el mercado de estos últimos es siempre más reducido que el de los primeros.

El horizonte de los negocios de controladores y minoritarios es tan disímil como que el controlador ha emprendido una actividad y los minoritarios han hecho una inversión. Como todo inversionista, los intereses de los minoritarios se identifican con un aumento del valor de las acciones de la compañía y del monto de sus dividendos, en circunstancias que los del controlador dicen relación con la estrategia global que le asigna a la Compañía dentro de la esfera de sus negocios. La rentabilidad de las participaciones de los accionistas y, por ende, el valor de las acciones de la compañía no es una prioridad del accionista controlador, pues ninguna de las variables que inciden en el precio de las acciones de los minoritarios le afectan negativamente a los controladores, por lo que ni su paquete accionario se fija con los mismos parámetros que el valor de las acciones de una compañía en bolsa ni la venta del paquete controlador se efectúa por esta vía. Así por ejemplo, para un interesado en el paquete controlador, la existencia de una política de dividendos restrictiva es absolutamente irrelevante en la determinación del precio de compra del paquete, pues, si lo compra, puede cambiar la política de dividendos de la compañía cuando quiera. Por el contrario, es difícil pensar que si el accionista controlador se encuentra en una situación de iliquidez vaya a fijar o

aceptar que se fije una política de dividendos que privilegie las inversiones de la compañía a mediano o largo plazo. Simplemente acomodará el flujo de sus dividendos a sus requerimientos de dinero en el corto plazo. En otras palabras, si el valor de las acciones en el mercado o la rentabilidad de esa inversión se contraponen a los intereses de los controladores, éstos no tardarán en sacrificar estos objetivos a sus necesidades. En cambio, para un inversionista en acciones, la rentabilidad de su inversión y el valor de mercado de la acción son esenciales.

Hemos dicho que los intereses del controlador dicen relación con la estrategia global que le asigna a la Compañía dentro de la esfera de sus negocios. Lo mismo que se dice respecto a la política de dividendos puede decirse, en general respecto al manejo de los negocios sociales. Si la compañía tenía por objeto la realización de un negocio determinado, y disponía de una enorme caja derivada de las utilidades generadas por dicho negocio, el controlador puede perfectamente decidir invertir dicha caja en un negocio distinto y no repartirla entre los accionistas, todo ello para ampliar la esfera de sus negocios particulares. Los accionistas minoritarios pueden haber preferido continuar con el negocio tradicional que, como inversión, le habría dado excelentes resultados si se hubiere repartido la caja, tanto en cuanto a tasa de rentabilidad como a valor de la misma.

Pero lo que se debe hacer notar a este respecto es que mientras en el caso de los minoritarios el valor de las acciones es casi enteramente influido por las decisiones del controlador, en el caso de estos últimos, el valor de su inversión es enteramente determinada por el mercado, el que discrimina, como es obvio, en cuanto a si los derechos de los minoritarios son o no respetados por el controlador y en qué medida. Así, mientras más déspota sea el controlador en cuanto a las decisiones que afectan al valor de las acciones de los minoritarios y su rentabilidad, más sube el valor de su paquete accionario, porque siendo el valor de los activos sociales una constante, si bajan las acciones de los minoritarios es porque sube el valor de las acciones del controlador²².

Se produce así una cuestión singular, la misma que en la figura de la autocontratación: una persona o grupo de personas, que tienen un

²² Esta conclusión es compartida por Pfeffer Urquiaga, Francisco, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N°1, p. 126, quien sostiene lo siguiente: "Dado que el valor de una acción corresponde al valor presente de los beneficios que ella genera, el premio por el control debe ser consecuencia de que los accionistas controladores tienen acceso a flujos monetarios o beneficios no pecuniarios mayores que los percibidos por los accionistas minoritarios. De esto se sigue -agrega- que los beneficios diferenciados pueden corresponder a una expropiación de la riqueza de los accionistas minoritarios.

interés determinado que defender, representan, a su vez, a otro grupo de personas que tienen un interés contradictorio con el primero; y, no obstante ello, el llamado a resolver este choque de intereses, tanto en el caso de la autocontratación como en el de la sociedad, es la misma persona que defiende ese interés contrapuesto. Hay en el fondo un conflicto de intereses en las decisiones del controlador que debe resolverse conforme a los mismos criterios expuestos en la sección precedente, esto es, sobre la base del estatuto que une a minoritarios con controladores, a saber, el contrato de sociedad.

2.2. El controlador infringe del contrato de sociedad si, habiendo conflicto de intereses, ejerce el principio mayoritario perjudicando el derecho de los demás accionistas

Que el controlador no pueda ejercer el principio mayoritario de modo que perjudique el derecho de los demás accionistas y el de la sociedad, se deriva en forma expresa y directa del artículo 30 de la ley 18.046, que dice: *"los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas"*.

El ejercicio de los derechos sociales, entre ellos el derecho a voto y su consecuencia constituida por el principio mayoritario, tiene necesariamente un límite, cual es el derecho de los demás accionistas y el de la sociedad. Quien no respete el derecho de los demás, infringe los estatutos sociales, porque esta norma del artículo 30 se entiende incorporada a los mismos en virtud de lo dispuesto en el artículo 137 de la ley 18.046. Es una norma incluida, por lo demás, en toda relación jurídica, pues el derecho de dominio, que es el derecho subjetivo por excelencia, y que se ejerce sobre los derechos que emanan del contrato de sociedad, por definición, no puede ejercerse contra derecho ajeno.

Por otra parte, la obligación de ejercer el derecho a voto respetando los derechos de los demás accionistas y los de la sociedad emana de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, que obliga a cumplir los contratos de buena fe, de forma que no solo obligan a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación²³. El objeto de la sociedad, conforme lo

²³ La interpretación que la doctrina siempre ha hecho del principio por el cual la ejecución de los contratos debe hacerse de buena fe, que se encuentra por lo demás inserto en todas las legislaciones civilizadas, consiste en considerar el alcance de la buena fe, predominantemente contractual, bajo tres aspectos que se diferencian entre sí del modo que a continuación se expresa: (a) En un primer aspecto, la buena fe lleva a ampliar las obligaciones de las partes integrándola con obligaciones instrumentales predominante-

indica el artículo 2051 del Código Civil, es repartirse las utilidades que provengan del negocio social. Si solo se distribuye lo que convenga al controlador, no se está cumpliendo el contrato de sociedad, pues los socios o accionistas no se asociaron para repartirse solo una parte de las utilidades sino que todas ellas, salvo las necesarias para continuar con el desarrollo del objeto de la sociedad.

El artículo 30 antes transcrito no establece ningún tipo de prioridad entre los distintos derechos de los accionistas y los de la sociedad. Todos se encuentran en un mismo pie de igualdad y, por ende, en caso de conflicto o choque de los intereses que protegen, ninguno prima sobre los demás. Ninguno es más importante que otro. Ambos tienen el mismo valor y protección ante el Derecho. Dicho lo anterior, se debe concluir que, en caso de choque entre los distintos derechos de los accionistas y los de la sociedad, este no puede resolverse sobre la base de la aplicación del principio mayoritario²⁴⁻²⁵⁻²⁶, pues, si aceptásemos la aplicación de este principio para solucionar el conflicto, se debería llegar a la conclusión que los derechos de los accionistas controladores priman por sobre los derechos de los minoritarios y los de la sociedad, lo que constituye algo absolutamente contrario a lo

mente de conservación y de respeto al derecho ajeno; (b) En segundo aspecto, la buena fe lleva a mitigar las obligaciones asumidas en un contrato transformándolas o incluso resolviéndolas según las circunstancias sobrevinientes; (c) En tercer término, la buena fe conduce a descubrir un abuso del derecho o a prevenir conductas contrarias al propio acto. En lo que toca al primer aspecto, que es el relevante para los fines de este trabajo, la buena fe es "esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte..." Concretamente, en las relaciones asociativas en sentido amplio y en el contrato de sociedad particularmente hablando, "la buena fe abraza todo cuanto sea necesario para alcanzar el objetivo común, y por lo tanto se potencia el deber de fidelidad". Véase sobre el particular, BETTI Emilio: *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, Tomo I, páginas 99 y siguientes.

²⁴ Incluso Ascarelli, Tulio, cit., página 290, quien en un tiempo fue partidario de la teoría objetiva del derecho a voto, expresa que "el voto no puede ser ejercitado por aquel socio que se encuentra en conflicto de intereses con la sociedad, pues se desconocería en este caso la razón legislativa de la concesión del voto".

²⁵ Pedrol, Antonio, *La anónima actual y la Sindicación de Acciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 128, expresa que "resulta inconcebible la aplicación del principio mayoritario si no existiera una comunidad de intereses en el tema concreto entre la mayoría y la minoría". Este mismo autor, cita en la p. 278, referencia 297, una sentencia del Tribunal Supremo Español que anula el acuerdo que facultaba al Consejo para una ampliación del capital social, porque dicho aumento no estaba inspirado en una racional necesidad del negocio, sino que en un propósito de abuso en perjuicio de la minoría.

²⁶ Por su parte la Suprema Corte Alemana ha declarado que un acuerdo puede ser ilegal si la mayoría, en un modo contrario a las buenas costumbres, actúa en perjuicio de la sociedad o de la mayoría. Sentencia citada por Von Tuhr, Andreas, cit., Vol. I, Tomo 2, p.177.

prevenido por la norma del artículo 30; y porque el supuesto o premisa que crearía esa interpretación, haría que el mismo artículo 30 careciera de sentido, porque si fuere el principio mayoritario la forma de resolver los conflictos suscitados por la colisión de los derechos entre los accionistas, el respeto a los mismos pasa a último lugar.

Por otra parte, si todos los derechos de los accionistas se encuentran en un pie de igualdad, quiere decir una de dos cosas: o que ninguno puede resultar dañado o que todos deben resultar dañados en la misma magnitud, cada uno en beneficio de los otros, lo que importa renuncia y transacción. Respeto a los derechos de los otros no necesariamente significa que los conflictos se solucionan sin perjuicio alguno para ninguna de las partes involucradas. Muy por el contrario, precisamente porque se respetan los derechos de los otros es que se renuncia al ejercicio de una parte de los propios. Es el principio de todo contrato oneroso conmutativo, el sacrificio que una de las partes hace se mira como equivalente al que esta otra parte hace en su favor; pero si no hay equivalencia, no hay respeto por el derecho del otro. Lo dicho corresponde obviamente a una forma de explicar el problema suscitado. La otra, mayoritaria en la doctrina y que también compartimos, es sostener que los derechos de los accionistas se entienden que existen hasta donde perturban el derecho de los otros. En otras palabras, no es que en caso de conflicto deba operar una renuncia al derecho propio sino que, por el contrario, por el solo ministerio de la ley ese derecho deja de existir automáticamente.

Podría creerse, porque nos resultan expresiones más conocidas, que obra con culpa o dolo en la ejecución del contrato quien ejercita sus derechos perjudicando los de las demás partes comprometidas en la relación jurídica. Así, parecería claro que el ejercicio de un derecho no impide, en modo alguno, la aplicación del criterio general de la culpa. La culpa sería en tal caso un error de conducta, que no cometería un individuo cuidadoso colocado en una situación de conflicto²⁷. Lo dicho corresponde fundamentalmente a la teoría del abuso del derecho, que en los últimos tiempos se ha desentendido de posturas finalistas²⁸ y ha caído en la conclusión de que el abuso del derecho no es otra cosa que el ejercicio culpable o doloso del mismo. Sin embargo, el ejercicio descuidado debe descartarse como causal de infracción a las obligaciones que imponen los contratos por aplicación del artículo 1546, pues, por lo mismo que sería culpable, no se opondría a la buena fe y

²⁷ Mazeaud, Henri y León y Tunc, André, *Tratado teórico...* cit., tomo I, vol. 2, p. 258.

²⁸ Estas teorías sostenían que el acto abusivo es el acto contrario al objeto de la institución, a su espíritu y a su finalidad.

recibiría una sanción propia no por ser contrario a la misma, sino por haberse obrado con culpa en el cumplimiento de la obligación. Respecto al ejercicio doloso de un derecho sin que se satisfaga un interés, o sea, el ejercicio de un derecho por puro causar daño o, lo que es igual, el ejercicio sin conflicto de intereses, la doctrina sostiene que debe eliminarse de la investigación sobre la buena fe, tal y como ha sido planteada, ya que entonces la propia buena fe se esfumaría en un incoloro deber social de respeto, cosa que es diferente al planteamiento del propio artículo 1546 antes transcrito, que exige una conducta positiva o negativamente activa y particular según fuere el caso.

La hipótesis según la cual un socio o accionista ejerce su derecho a voto perjudicando, esto es, no respetando los derechos de la sociedad y los de los otros socios o accionistas, se explica casi en su integridad, cuando existe conflicto entre los intereses de unos y otros. Normalmente, esos conflictos no se presentan en las personas jurídicas, pues existe, por lo general, una comunidad de intereses entre todos sus miembros. Sin embargo, en ocasiones, los intereses de sus miembros no son los mismos. Esto sucede fundamentalmente entre accionistas o socios mayoritarios o controladores y socios minoritarios. En estas ocasiones, los intereses de unos y otros chocan, de forma que se produce un conflicto que es necesario solucionar. Si la solución de los mismos quedara entregada lisa y llanamente al principio mayoritario, querría decir que siempre primaría el derecho de los controladores por sobre los de los demás socios y los de la sociedad. En otras palabras, si se aceptara una interpretación como la mencionada, significaría que nuestro ordenamiento jurídico autorizaría a una de las partes en un contrato a ejercer sus derechos de forma que se perjudiquen los de las demás partes del mismo, lo que no solo sería ilegal, porque constituye una conducta que precisamente rechaza el artículo 1546 del Código Civil al no cumplirse las obligaciones instrumentales predominantemente de respeto al derecho ajeno que establece, sino que inconstitucional, pues importaría sancionar como lícita la expropiación de un derecho de dominio sin que exista una causa de utilidad pública que la justifique:

En conclusión, habiendo conflicto de intereses, el accionista controlador no puede ejercer el principio mayoritario de modo de que se perjudique el derecho de los demás accionistas y el de la sociedad, porque, al hacerlo, infringe el contrato de sociedad, fundamentalmente, porque no actúa de buena fe si privilegia sus intereses a los de los accionistas minoritarios o los de la sociedad, pues es un deber general de conducta el de ejercitar los derechos propios de manera de no infringir los ajenos (artículo 1546 del Código Civil) y es una obligación claramente determinada por la ley aquella de que los accionistas

deben ejercer sus derechos de manera de no perjudicar los de la sociedad y los de los otros accionistas. (Artículo 30 ley 18.046).

Se puede sostener que los derechos de los accionistas minoritarios se respetan en la medida que se cumplan las normas de orden público establecidas en la ley de sociedades anónimas en protección de los derechos de los minoritarios como, por ejemplo, los dividendos mínimos obligatorios que se deben repartir en las sociedades anónimas o las normas sobre derecho a retiro establecidas en el artículo 69 de la misma ley. Los dividendos mínimos obligatorios que menciona el artículo 79 de la ley 18.046, podrán expresar una obligación para la sociedad y todos los accionistas, pero eso no significa que con ello necesariamente se cumpla el contrato de sociedad. Sería parecido a sostener que el comprador cumple el contrato de compraventa si paga la mitad del justo precio de la cosa, aunque haya pactado un precio superior. No se puede dejar de considerar al respecto que la sociedad anónima puede estar definida por la ley como una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables, pero es al mismo tiempo un contrato de sociedad que tiene por objeto repartirse las utilidades que del negocio provengan y que, como tal contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, no solo obliga a lo que en él se exprese sino a todo cuanto resulte de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

En este sentido, sería absurdo, por ejemplo, sostener que en una sociedad que dispone de utilidades acumuladas inmensas, que no tiene proyectos que realizar, el accionista controlador niegue su voto para repartir utilidades por sobre las mínimas legales, porque la sociedad tendría que pagar demasiados impuestos²⁹, o porque ha decidido dar en mutuo esos recursos a otras entidades bajo su control, aunque sea a tasas de interés de mercado, o porque decida aumentar el capital de otras sociedades relacionadas a él, a fin de mejorar su razón de endeudamiento. Eso significa a nuestro juicio, lisa y llanamente, una infracción clara del contrato de sociedad, aun cuando se haya cumplido con los dividendos mínimos obligatorios³⁰.

²⁹ Es lo que actualmente se discute en la Microsoft que dispone de aproximadamente 40 billones de dólares susceptibles de ser repartidos entre sus accionistas, y los controladores se niegan a hacerlo por razones tributarias.

³⁰ Pedrol, Antonio, cit., p. 278, señala que "el interés social concebido como interés común de los socios, está a favor de que la sociedad no sólo obtenga sino que, además, reparta el máximo de beneficios que la situación de la empresa consienta..."

Lo mismo que se ha dicho respecto a los dividendos puede decirse en relación con el derecho a retiro. No porque este se establezca frente a decisiones del controlador va a significar que con la transformación de la sociedad, su fusión o la enajenación del 50% o más del activo social o con cualquiera de las causas que lo hacen nacer, se esté respetando necesariamente el derecho de los minoritarios, porque ninguna de las decisiones mencionadas puede perjudicar el derecho de los minoritarios. El derecho a retiro ha sido establecido a favor de los minoritarios como una alternativa frente a decisiones de inversión del controlador que no compartan los primeros, pero no como alternativa frente al perjuicio de sus derechos. La protección de estos derechos está garantizada por el contrato de sociedad y no por el derecho a retiro.

El principio mayoritario, que es sin duda alguna la razón jurídico-contractual de por qué el accionista controlador puede imponer su voluntad a los demás accionistas, es un crédito o derecho personal que tiene el accionista controlador en contra de los demás accionistas que han contraído la obligación correlativa en virtud del contrato de sociedad. Esta obligación correlativa consiste en respetar la voluntad de la mayoría de las acciones emitidas con derecho a voto, o la mayoría de los miembros de una corporación que tengan voto deliberativo. El derecho que nace de la aplicación del principio mayoritario es clasificado como uno de los derechos políticos de los accionistas, pues nace del derecho a voto. Pero el controlador no puede ejercer este derecho personal que tiene en contra de los demás accionistas, de una forma que perjudique sus derechos y los de la sociedad. Los derechos de los demás accionistas están representados fundamentalmente por sus derechos políticos y sus derechos patrimoniales. Dentro de estos últimos se encuentra claramente el de recibir la cuota de liquidación de la sociedad o el precio por su participación en ella, si desea enajenarla y el derecho a percibir las utilidades producidas por la explotación social. Este último derecho se justifica con mayor razón en el caso de las sociedades anónimas en donde, junto con ser socio, se es también inversionista. Entonces, si uno de los derechos económicos está relacionado con el precio de su participación social o de sus acciones, es obvio que cualquier decisión del accionista controlador, ejerciendo el principio mayoritario, que perjudique el valor de esa participación, daña los derechos de los demás accionistas y, por ende, se incumple el contrato de sociedad.

Se podría decir que el precio de la participación social de un socio o accionista es una cuestión ajena al contrato sociedad, que dice relación más bien con una propiedad suya y que el contrato de sociedad no

puede asegurar el precio de esa propiedad por la vía de un reparto de utilidades conveniente. Sin embargo, la propiedad de que se habla se ejerce sobre un derecho personal nacido en virtud de un contrato y, por ende, no es posible concebir ese derecho personal como algo absolutamente desligado de las obligaciones correlativas concebidas por ese mismo contrato, entre las que se encuentra la del accionista controlador de no ejercer el principio mayoritario de forma que perjudique los derechos personales de los demás accionistas. Por otra parte, cualquier infracción de los derechos personales del accionista derivados del contrato de sociedad le resta valor a los mismos. Si ese menor valor es el resultado de una serie de acontecimientos que le suceden a la sociedad y consiguientemente al derecho personal, es obvio que lo que se debe discutir es si esos acontecimientos fueron o no resultado de la aplicación del principio mayoritario y si la decisión del accionista controlador consideró o no la obligación que tiene de ejercer su derecho respetando los de la sociedad y el de los demás accionistas. Si la sociedad adopta, por ejemplo, una política de dividendos restrictiva que redunde en una magra rentabilidad de la inversión del accionista, se podría decir que esa es una cuestión derivada de la inversión y no del contrato de sociedad, pero no es posible desconocer que la magra rentabilidad de la misma se debe a una decisión del accionista controlador en orden a establecer una política de dividendos restrictiva, la que se impuso, obviamente, a todos los demás accionistas, en virtud del principio mayoritario, esto es, en razón del mismo contrato de sociedad. Se podrá decir que con ello se estaría "judicializando"³¹ una decisión de negocios; pero las decisiones adoptadas por el controlador deben quedar expuestas a revisión judicial más que no sea sino para comprobar si se cumplió o no el contrato de sociedad. Este es el punto de fondo sobre el cual debe recaer cualquier decisión judicial que pretenda revisar la actuación del accionista controlador.

2.3. La indemnización de perjuicios compensatoria y moratoria

Cuando ha habido venta del control, la existencia de perjuicios compensatorios se hace evidente, pues el mayor valor del control

³¹ Pedrol, Antonio, cit., p. 277, expresa que "la valoración de las circunstancias de conveniencia corresponderá en principio a la mayoría y la rectificación judicial sólo puede producirse cuando se demuestre que —con el criterio de un hombre medio— resulta totalmente injustificada la constitución o el cálculo de la reserva, en cuyo caso se pondrá en evidencia que el cálculo está inspirado en intereses puramente extrasociales, fuera del círculo de interés común y que, por tanto, no puede desplegar su poder el principio mayoritario".

corresponde, en realidad, a la riqueza que las acciones de los minoritarios han perdido por haberse incumplido por el controlador el contrato de sociedad. Este valor corresponde a lo que el mercado le ha restado al precio de las acciones de los minoritarios, atendido el escaso valor de los derechos que representan las acciones en el contrato social, producto que se ha utilizado el principio mayoritario para resolver conflictos de interés entre ellos y el accionista controlador y la sociedad, o sea, porque se ha incumplido el contrato de sociedad.

Se podría sostener que, como ese mayor valor emana, según se ha dicho, de la capacidad de resolver en contra de los minoritarios los conflictos de intereses que se suscitan entre ellos y el controlador o, como otros autores han denominado, de la capacidad de expropiar riqueza a los minoritarios³², sería un activo asociado a sus acciones y no a la de los controladores. Luego, todo ese mayor valor debería sindicarse directamente a la pérdida de valor que sufrieron las acciones de los minoritarios debido al incumplimiento del contrato social. Sin embargo, si así fuera, las acciones del controlador valdrían menos que las acciones de los minoritarios, pues el premio del control se distribuiría entre las acciones de los minoritarios y no entre las de los controladores, lo que produciría un nuevo desequilibrio entre el valor de un mismo bien, lo que repugna a cualquiera. Por consiguiente, esa postura es inaceptable. Como se dirá más adelante, el valor del control siempre representa una cifra única que es independiente al número de acciones que tenga el controlador o a las acciones de los minoritarios. Lo mismo da para determinar el valor del control el número de acciones que lo representan. Puede ser una o cien o mil o un millón. Puede tratarse de un uno por ciento o de un cincuenta y un por ciento. El valor del control es siempre el mismo y, como emana de la aplicación de los estatutos sociales, su valor no se asocia a unas acciones y a otras no. Por el contrario, se distribuye por igual entre todas las acciones emitidas por la sociedad.

Si por el contrario no hubiere habido una venta del control, la determinación del daño causado a los accionistas minoritarios es más difícil de calcular, pues el mercado todavía no habría avaluado el perjuicio de los minoritarios. Sin embargo, éste sería determinable sobre la base de sumar los flujos esperados de la sociedad en un tiempo determinado, descontados a una cierta tasa de interés y comparar esa cifra con el valor en bolsa de todas las acciones de la compañía. La diferencia entre esos dos valores dividida por el número de acciones de la sociedad debería representar en valor del perjuicio por acción.

³² Véase Pfeffer, Francisco, cit., p. 126 y los autores nombrados por éste en nota 38.

Respecto a los perjuicios moratorios, se podrá sostener que estos no existen, pues, en último término, al perjuicio que se le causará en un tiempo determinado, descontado a una cierta tasa de interés, supone que continuará igual el comportamiento del controlador, lo que no podría ser posible, pues la sentencia que constatará el incumplimiento corregiría los incentivos para que el controlador no continuara con esa conducta. Sin embargo, este razonamiento no es correcto. A los accionistas minoritarios se les causó un daño efectivo producido por no disponer del valor correcto de su inversión durante todo el tiempo que la poseyeron, lo que equivale en el fondo a la tasa de interés aplicada sobre el valor correcto de su inversión por el espacio de tiempo que la poseyeron. Ese sería el lucro cesante.

- 2.4. La actitud de los directores de una sociedad anónima en la determinación de la política de dividendos es fundamental para el cumplimiento del contrato y, por consiguiente, determina su responsabilidad

El órgano encargado de determinar, en primer término, el monto de los dividendos a repartir, es el directorio de la sociedad, porque es quien la administra y quien sabe o debiera saber la cantidad de recursos que la sociedad necesita mantener en su patrimonio para continuar con el giro de la compañía. Lo demás, debería ser repartido entre los accionista a prorrata de las acciones que cada uno posea, en cumplimiento del contrato social. Si el directorio decidiera proponer una distribución de dividendos inferior a la señalada, estaría practicando un acto contrario a los estatutos de la sociedad, conducta expresamente prohibida conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la ley 18.046.

Es cierto que conforme a lo dispuesto en el artículo 56 N° 2 de la ley 18.046, es la junta ordinaria de accionistas la que resuelve en definitiva sobre la distribución de utilidades de cada ejercicio y, en especial, el reparto de dividendos. Por eso hemos dicho que, al final, es el principio mayoritario el que resuelve sobre esta materia. Pero, en primera instancia, es al directorio que le toca proponer a la junta el monto de los dividendos a repartir. Por ello es de trascendental importancia lo que resuelva al respecto.

Es más, conforme a lo dispuesto en la Circular 687 de la Superintendencia de Valores y Seguros, el directorio debe fijar la política de dividendos de la sociedad y señalar en cada junta de accionistas el monto o porcentaje de la utilidad que se espera repartir; el número de dividendos provisorios que se esperan distribuir durante el ejercicio y

fechas estimadas de pago; y cualquier restricción complementaria a la política de dividendos, como, por ejemplo, convenios de pago con acreedores. Es inadmisibles, al respecto, que se informe a la junta de accionistas una política de dividendos en que se repartan sólo los mínimos obligatorios o algo parecido. El directorio debería justificar fundadamente por qué no propone distribuir el total de las utilidades de la sociedad. Debería explicar en tal caso cuáles son las inversiones futuras de la compañía.

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA DIRECTORES Y EJECUTIVOS (D&O)

JOSÉ MANUEL BARROS TORRES
Licenciado en Derecho
Universidad de Chile
Profesor de Derecho de Seguros
Universidad de los Andes

I. RELACIÓN ENTRE EL CONTRATO DE SEGUROS DE D&O Y LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL

A modo de introducción, quiero dar algunas ideas de la influencia que la evolución del régimen de responsabilidad de directores y ejecutivos trajo en el traspaso de las consecuencias económicas de sus responsabilidades por medio del seguro de responsabilidad civil de este tipo.

Por el contrario de lo que pudiésemos pensar, el planteamiento teórico de esta clase de seguros no es nueva. Un seguro de esta clase se sugirió a finales del siglo XIX en Alemania en el debate posterior a la adopción de las normas aplicables a las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y cooperativas, aunque sin éxito. La idea de un traspaso de riesgos a un empresario fue rechazada por el Ministerio del Interior Prusiano, por considerar que un seguro de este tipo sería inmoral; acarrearía, se dijo, una disminución en la diligencia y atención del administrador asegurado en el cumplimiento de sus deberes. La prensa de entonces –no menos influyente que hoy– lo motejó como el “seguro de la comodidad”.

La historia en el mundo fue disímil; debieron pasar muchos años para que en Europa se volviese a plantear la necesidad de asegurar el riesgo de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, en claro contraste con lo que sucedía en EE.UU. Ello sucedió

así porque el régimen al cual se sometía la responsabilidad, había convertido a esta en un supuesto excepcional que jugaba un papel puramente marginal en la vida jurídica. En los países anglosajones en tanto, y particularmente en EE.UU., este seguro se produjo como una necesidad natural: Debía encontrarse el instrumento adecuado que permitiera a la empresa defenderse ante el crecimiento de demandas de responsabilidad que se producían fruto de una mayor facilidad para el ejercicio de acciones en contra los administradores de sociedades de capital y de la que se ha llamado "cultura de reclamación" que existía y existe en dicho país del norte. La cultura de reclamación por su parte es una característica del inversionista americano que ha surgido, parte por las facilidades antes dichas de los accionistas para entablar la llamada "acción social" contra los administradores, parte por la existencia de los denominados "*Punitives damages*", donde la condena puede por distintas causas ser superior a los perjuicios, parte también por el sistema de pacto de honorarios (donde se privilegian los llamados honorarios por premio) como por él peculiar sistema de imposición de costas personales y procesales que ya veremos.

En lo que respecta a Europa y Sudamérica, existe una clara tendencia hacia la ampliación y agravamiento del ámbito y régimen de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Esta tendencia se observa ya en la eliminación de los privilegios en favor de los administradores de las sociedades (particularmente, de las anónimas) a lo largo del siglo XX, en España, Francia y Alemania, como también en la jurisprudencia que progresivamente fue ampliando el ámbito de la responsabilidad de los administradores, adelantándose incluso a la norma legal.

En dirección al agravamiento de la responsabilidad han apuntado también las medidas adoptadas más recientemente en estos dos continentes dirigidas a incrementar los supuestos de responsabilidad, la eliminación de la exigencia de grados específicos de culpabilidad y a facilitar el ejercicio de acciones como aquellas que amplían la legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Así, por ejemplo, en nuestro país la ley 19.705 del año 2000 incorporó el art. 133 bis a la Ley 18.046; ella concedió acción subrogatoria a un determinado porcentaje de accionistas, para que, en nombre y beneficio de la sociedad, reclamaran todos los perjuicios sufridos por ella a consecuencia de una infracción a la LSA. Precedentes a esta norma fueron las modificaciones a la Ley de sociedades anónimas española, inglesa y alemana.

El aumento entonces del riesgo de responsabilidad para los administradores, suscitó un debate sobre la necesidad de arbitrar medidas

que permitan a los administradores afrontar ese aumento de su riesgo, que naturalmente desincentivaba a los directores profesionales más cualificados y competentes. Pero un extremo llevó a otro, como veremos, el excesivo rigor del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, la necesidad de traspasar dichos riesgos y el poner límites a ésta, han sido los dos extremos del péndulo donde ha oscilado el régimen de responsabilidad civil de los altos directivos en el mundo entero. Fue en EE.UU. donde más tempranamente se adoptó y aplicó un régimen riguroso de exigencia de responsabilidad a los administradores de las sociedades de capital y donde primero se ha discutido su atenuación. En concreto, el crack bursátil de 1929 generó las llamadas *Securities Act* de 1933 y la *Securities Exchange Act* de 1934. La primera reglamentó la oferta pública de acciones, intentando traspasar dicho proceso; la segunda, creó la SEC (Comisión de vigilancia y control del mercado de valores) como organismo contralor. Estas leyes introdujeron un nuevo régimen de responsabilidad en relación con la emisión y negociación de acciones. Consecuencia de lo anterior, el crack bursátil llevó a las grandes empresas a la contratación de expertos juristas y economistas quienes exigieron el aseguramiento o la limitación de su eventual responsabilidad. Para lo primero el sindicato Lloyd ofreció el primer seguro de responsabilidad de *D&O*, que, aunque no trajo el desarrollo del producto (que sucedió a partir de 1970 y con mayor fuerza en la década del 80) al cabo del tiempo se ha convertido en una de las principales respuestas para hacer frente al traspaso del riesgo de responsabilidad. En esa época se introduce también la conocida *corporate indemnification* que implica la indemnización que la sociedad se compromete (voluntariamente o por mandato legal) a realizar a favor de sus administradores para cubrir los gastos y/o daños que a estos haya podido generar la exigencia de responsabilidad. La cobertura para dicho riesgo se recoge en las pólizas hoy como "*Reimbursement coverage*" (cobertura de reembolso).

Como decíamos, este producto tuvo su gran desarrollo a finales de los años setenta, situación a la que sucedió una drástica reducción a mediados de los años ochenta, época en la que el mercado de este ramo del seguro se vio inmerso en una profunda crisis. A esa crisis la sucedió otro período expansivo a fines de esa década, para luego crecer sin precedentes impulsada por el proceso de reforma del régimen de responsabilidad de los administradores que se implantó en Europa y en Latinoamérica (excusándome desde ya al atribuir importancia al fenómeno latinoamericano que como sabemos implica el 3% del mercado reasegurador mundial).

No es de extrañar lo anterior, pues siempre se ha dicho que si el mercado de seguros se desarrolla en un marco de libre competencia, necesariamente se produce la llamada "evolución cíclica de los seguros". (Citando a RONCERO SÁNCHEZ podemos decir que un clásico ciclo de seguro comienza con un mercado en el que se obtienen altos beneficios, lo cual atrae a nuevas compañías aseguradoras que, como consecuencia de la alta competencia, provocan una reducción de las primas y a veces también de la cobertura, hasta que las sumas que han de satisfacer las compañías como indemnización de daños superan a las cantidades percibidas por el cobro de las primas; las consecuencias son pérdidas y quiebras de empresas aseguradoras, lo cual hace que muchas abandonen el mercado. Tras el abandono, se provoca el aumento de las primas, sin que sea necesario el aumento de cobertura, de modo que el mercado se activa de nuevo y comienza a generar beneficios. En EE.UU. los ciclos son brevísimos: se calcula que duran 6 años).

Es de observar que el marco general del régimen de responsabilidad de los administradores (*directors and officers*) en EE.UU. resulta sustancialmente distinto del vigente en los ordenamientos jurídicos europeo-continetales y sudamericanos, pues mientras éste se encuentra inmerso en una fase de endurecimiento y agravación del régimen de exigencia de responsabilidad, en el país del norte se orientan en la dirección contraria, es decir, hacia el aumento de las posibilidades de limitación de la responsabilidad de los administradores y de las consecuencias patrimoniales que para éstos pueden derivar su declaración de responsabilidad; así, en los años 80, EE.UU. orientó dichas limitaciones en dos sentidos: a) limitación o reducción de la responsabilidad de los *directors* y, en algunos casos, también de los *officers*, mediante normas *self-executing*, y b) ampliación de las "*corporate indemnification*", es decir, la posibilidad de que en los acuerdos de directorio o en los estatutos sociales se admitiese la indemnización por la sociedad a los directores en el supuesto de que éstos incurriesen en ciertas responsabilidades, acompañado usualmente de la autorización para la conclusión por la sociedad de contratos de seguro que cubran la responsabilidad de los *D&O* y, en algunos casos, también en otras alternativas al seguro.

Ahora bien, en nuestro país la vinculación entre desarrollo del seguro de responsabilidad civil de administradores y evolución del régimen de responsabilidad de éstos no ha resultado tan estrecha. El aumento en la contratación de pólizas con esta cobertura en la última década, se explica, más que por drásticos cambios legislativos —que no dudamos que en cierto modo así lo ha sido, aunque no de tanto contraste como en Francia y Alemania en 1995, o en España 1989— en

la conciencia de los ejecutivos de las empresas nacionales que el accionista o el tercero afectado cuentan no sólo con una mucho mejor normativa que resguarde sus derechos, sino con mucha mayor información sobre ellos y que, como ha sucedido en otras ramas de responsabilidad civil, es muy probable que nuestro país repita los buenos —y también los malos— ejemplos foráneos.

Destacamos dentro de nuestra legislación las deudas de responsabilidad que pueden surgir a propósito de lo que el Profesor HERNÁN CORRAL ha llamado los tres subsistemas de responsabilidad que contempla la Ley de Sociedades Anónimas, a saber: las que provienen de culpa o dolo del director (Art. 41); la que imputa responsabilidad a los directores por medio de presunciones de culpa derivada de ciertos hechos (Arts. 44, 45 y 106); como la que emana de una específica infracción a una norma legal, reglamentaria o estatutaria (Art. 133). Destacamos también las provenientes del uso ilegal de información privilegiada (Título XXI de la ley 18.045) denominada en EE.UU. “*insider trading*”, como las que emanan de la ley de OPAS que imponen un cambio en los niveles de responsabilidad de los directores, tanto por los “directores independientes” y los “gobiernos corporativos” que esta crea, por la “toma de control de empresas”, por la “información al mercado” que deben efectuar y finalmente por las normas relativas a la “concentración de propiedad” que se deben respetar.

Por el momento, no obstante, el volumen de contratación de este seguro es todavía bajo; según estadísticas no oficiales, el número de pólizas contratadas por empresas nacionales en el país, no supera las 30, con un primaje no superior a los US\$ 2.000.000. Estamos ciertos, eso sí, que estas cifras se verán multiplicadas varias veces dentro de los siguientes dos años, tanto por los públicos episodios de negligencia de la alta administración que quedó en evidencia estos últimos meses, como por sus consecuencias económicas devastadoras para todo un mercado.

II. LICITUD DEL SEGURO DE D&O

Quisiera decir algunas ideas, en torno a un tema que, tan pronto se masifique esta clase de seguros, va a constituir seguramente un problema para los especialistas: la licitud de esta clase de seguros. Aun cuando este seguro es admitido en la generalidad de los ordenamientos jurídicos —incluso en algunos expresamente— su licitud ha sido discutida en el pasado con cierta intensidad. Así, se señala que esta

clase de seguro podía, de un lado, provocar una disminución de la diligencia y atención del administrador asegurado en el cumplimiento de sus deberes y, de otro, suponer una exoneración parcial o, al menos, una limitación a la responsabilidad que legalmente se impone a los administradores de las sociedades anónimas que resultaría incompatible con el carácter imperativo y de orden público del régimen legal. En verdad, como puede verse, estos y otros argumentos han sido fundamentalmente el reflejo de las objeciones aducidas en general contra la admisibilidad del seguro de responsabilidad civil y, en particular, contra el seguro de responsabilidad civil profesional. La influencia negativa en el sentido de una conducta menos atenta el cumplimiento de sus obligaciones, que inclusive anulase el efecto preventivo que tiene la exigencia de responsabilidad, es un argumento reiteradamente utilizado pero nunca demostrado. Por el contrario, más bien parece, según algunos autores, tener una valoración distinta y positiva al permitir a éstos la adopción de decisiones empresariales asumiendo el nivel de riesgo necesario para satisfacer el interés de los accionistas.

Sí parece tener razón aquel argumento —en contra de la contratación de este seguro más que de su licitud— consistente en entender que la contratación del seguro puede provocar la exigencia de responsabilidad. Se ha dicho lo anterior no solo por el incentivo que produce dicho seguro para exigir responsabilidad a los administradores, sino sobre todo, de que la existencia del seguro puede generar una mayor propensión a declarar responsables a los administradores y/o a fijar unas indemnizaciones más cuantiosas. Bien sabe este expositor las diferencias que se producen en los fallos cuando hay o no seguros de responsabilidad civil comprometidos. En todo caso, esa eventual mayor probabilidad de ser declarado responsable o de que la indemnización fijada por el juez sea superior a la que se fijaría de no existir el seguro, no fundamentaría en modo alguno la ilicitud del contrato; implicaría únicamente un aumento del riesgo de responsabilidad que habría de ser correctamente valorado por la compañía aseguradora a efectos de delimitación del riesgo en el contrato.

Singular relevancia en el debate sobre la licitud de esta modalidad de seguro ha jugado el argumento basado en la consideración de que el aseguramiento de la responsabilidad de los administradores implicaría una exoneración o limitación de la responsabilidad que resultaría incompatible con el carácter imperativo y de orden público del régimen legal de la responsabilidad de los administradores. Como se recordará, entre otras disposiciones, el inciso 2 del art. 41 de la ley 18.046, señala que *"Es nula toda estipulación del estatuto social y todo*

acuerdo de la junta de accionistas que tienda a liberar o a limitar la responsabilidad de los directores a que se refiere el inciso anterior." Disposiciones semejantes a esta, encontramos en distintas legislaciones y desde antiguo. He allí el origen del problema.

Si pretender siquiera cruzar los límites de los especialistas, podemos decir que un contrato de seguro no puede considerarse en ningún caso como un supuesto de liberación o exoneración, dado que el único efecto que provoca este contrato es el traspaso del riesgo de responsabilidad desde el asegurado al asegurador, no que el administrador se vea liberado de su responsabilidad sino únicamente que las consecuencias patrimoniales de dicha responsabilidad serán asumidas total o parcialmente por el asegurador. Resulta también incóncuso que el contrato de seguros no cubre la totalidad de los posibles supuestos de responsabilidad de administradores, ni tampoco implica que la compañía aseguradora asuma la integridad de las consecuencias derivadas de la declaración de responsabilidad. Así, por ejemplo, se excluyen los supuestos de responsabilidad causados por un comportamiento doloso del administrador, como también se pactan deducibles o franquicias que implicarán que el administrador declarado responsable ha de asumir parte de la indemnización de daños que ha de satisfacerse al tercero perjudicado. En el mismo sentido discurre la fijación de una suma máxima de responsabilidad (suma asegurada). Miradas las cosas desde otro punto de vista, el seguro tampoco será capaz de liberar al ejecutivo de otras sanciones que su declaración de responsabilidad le acarreará, tal como ciertas sanciones pecuniarias; la destitución de su cargo; el descrédito y desprestigio, etc. En definitiva, la conclusión de un contrato de seguro no implica que el administrador se vea liberado de su responsabilidad sino únicamente que éste compartirá en mayor o menor medida las consecuencias de la misma con la compañía aseguradora.

Lo propio puede decirse de la "limitación" de dicha responsabilidad que operaría tras la contratación del citado seguro. Ello tampoco es exacto: el administrador responde exactamente igual y por las mismas conductas tanto si asegura su responsabilidad como si no lo hace. Constituye solo una limitación de las "consecuencias económicas desfavorables" derivadas de la declaración de responsabilidad; es decir, se trata de una limitación en sentido económico pero no en sentido jurídico.

Aún más, debe recordarse que las normas sobre responsabilidad de directores y ejecutivos tienen por propósito no tanto una función preventiva de la que no es capaz en forma apreciable, sino más bien una función resarcitoria, el contrato de seguro vendría precisamente a reforzar dicha función.

Por otra parte, como argumento favorable a la contratación de seguros de esta clase, se ha subrayado la función que puede cumplir el seguro de responsabilidad civil de administradores en relación con una suerte de "control externo" sobre la sociedad contratante y sobre la actuación de los administradores asegurados. Así y a propósito de la "carga de la información", en orden al exacto conocimiento y correcta valoración del riesgo asumido, la aseguradora recibe abundante información tanto sobre la sociedad para la cual los administradores ejercen el cargo como sobre éstos. A su vez, sobre tomador y asegurado recae la obligación de comunicar a la compañía aseguradora cualquier circunstancia que suponga agravación del riesgo, lo cual permite que la información recibida inicialmente se mantenga permanentemente actualizada. Es usual además en los condicionados generales de este producto que el asegurador tenga el derecho a realizar verificaciones y controles sobre la sociedad y la actuación de los administradores asegurados. Así entonces y en los casos donde la contratación de un seguro es una medida considerada como necesaria para asumir el cargo de administrador en las grandes sociedades, la doctrina subraya la notable "presión" que el asegurador puede ejercer en la *praxis* sobre la sociedad, pudiendo llegar incluso a requerir la sustitución de aquellos administradores cuya actuación no se estime particularmente diligente.

III. CARACTERÍSTICAS DEL SEGURO DE D&O COMO UNA MODALIDAD DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. CLASIFICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Siguiendo la moderna clasificación de los contratos de seguros y tomando en consideración la diferente naturaleza de la prestación del asegurador los seguros se clasifican en seguros de daños y seguros de personas. El seguro de nuestro estudio, al ocuparse del traspaso del riesgo de la responsabilidad civil que ha afectado a un patrimonio, es un seguro de daños.

Ahora bien, los seguros de responsabilidad civil son susceptibles de clasificación en atención a diversos criterios, siendo los más relevantes los que se refieren a la naturaleza de la responsabilidad civil asegurada y al origen o fuente de dicha responsabilidad. En relación con este último criterio, se distinguen aquellos en que la responsabilidad derive de la relación existente entre el asegurado y

una cosa o entre aquél y una persona o del desarrollo de una actividad. A su vez, entre los seguros de responsabilidad civil derivada del desarrollo de una actividad se distingue, en atención a la naturaleza de dicha actividad, entre seguros de responsabilidad civil de actividades privadas, de actividades empresariales y de actividades profesionales. También se clasifican los seguros de daños según la naturaleza del objeto sobre el que recae el interés asegurado; se distingue así entre seguros de cosas, de derechos y de patrimonio según que dicho bien sea, respectivamente, una cosa (mueble o inmueble), un derecho (real o de crédito) o el patrimonio entero de una persona. Como sabemos, a través del seguro de responsabilidad civil se pretende proteger el valor e integridad del patrimonio del asegurado, que se vería disminuido como consecuencia de la "deuda de responsabilidad" asumida frente a terceros.

Por último y a efectos de este trabajo señalaremos que algunos autores han llegado a clasificar el seguro de daños atendiendo a un concepto más amplio del seguro de daños; Así, atendiendo al mecanismo de protección del asegurado, han dicho que se clasifican en indemnizatorios (o reparadores) y preventivos; para esta doctrina el asegurador no se obligaría únicamente a indemnizar un daño sino a proteger al asegurado frente a la posible realización de un daño.

2. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMO MODALIDAD DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL.

Esta clase de seguro participa de los mismos caracteres del seguro de responsabilidad civil sin perjuicio de la peculiaridad del supuesto de responsabilidad civil que es objeto de cobertura (la responsabilidad en que puede incurrir el administrador de una sociedad anónima), destacándose empero que:

a) Es heterogéneo

Existe una gran diversidad de condicionados generales para este producto elaborados por las diferentes compañías aseguradoras del mundo entero, lo cual plantea una gran dificultad en orden, sobre todo, a la exposición de la delimitación de la cobertura del riesgo y del contenido del contrato. Sin perjuicio de lo anterior, es posible encontrar en todos ellos sus caracteres básicos que pueden considerarse comunes a todos los ordenamientos jurídicos, como tendremos oportunidad de señalar.

Existen, en relación al contenido de los condicionados, una historia que se ha repetido en todos los mercados donde se ha introducido: en un primer momento los mercados aseguradores menos desarrollados la oferta de seguro de responsabilidad civil de administradores es una mera traducción de la que se realiza en otros mercados aseguradores y, singularmente, de las pólizas utilizadas en EE.UU. y en el mercado reasegurador de Londres. Sólo en una segunda fase las compañías aseguradoras comienzan a elaborar pólizas adaptadas con mayor o menor rigor a las singularidades de los mercados nacionales y, sobre todo, al ordenamiento jurídico vigente en éste, pero aun en esta segunda fase la dependencia respecto del clausulado general traducido es enorme. Como ha dicho KNEPPER Y BAILEY (citado por A. RONCERO) hasta mediados de los 80 en EE.UU. solo se vendían básicamente dos modelos de pólizas distintos; hoy no es posible encontrar dos iguales. No obstante, el análisis comparativo de la distinta regulación legal de la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas en los diferentes ordenamientos jurídicos pone de manifiesto que, atendiendo al mismo, las diferencias en la formulación de los clausulados generales de esta modalidad de seguro en cada mercado asegurador deberían ser mayores.

En Chile hoy tenemos cuatro condicionados generales depositados-inscritos: la POL 1 90 028; la 1 98 013; la 1 99 008 y la POL 1 01 021, de los cuales se utiliza normalmente solo el tercero.

El profesor RONCERO ha dicho "La traslación mimética de pólizas del contrato construidas en relación con otros ordenamientos jurídicos que se manifiesta ya en la propia denominación del seguro, no plantea problemas de ilicitud sino exclusivamente de clara y, en ocasiones, profunda inadecuación. La utilización de los clausulados generales utilizados en el mercado estadounidense ha convertido a algunos aspectos de la cobertura y del contenido del contrato en estándar internacional a pesar de la diferente relevancia que los mismos tienen en otros ordenamientos jurídicos. Cuestiones como la cobertura conjunta del riesgo de responsabilidad de administradores de sociedades y altos cargos o personal de alta dirección bajo la misma modalidad asegurativa, la utilización de conceptos acuñados en el ordenamiento jurídico estadounidense para delimitar el riesgo asegurado, la inclusión en la cobertura asegurada del riesgo de que la sociedad pueda verse obligada a indemnizar a sus administradores por los gastos que a éstos haya podido originar la exigencia de responsabilidad, la exclusión de la cobertura del riesgo de la responsabilidad social o frente a la sociedad cuando ésta es exigida por la propia sociedad tomadora así como otras exclusiones, constituyen claros ejemplos de esa tendencia."

Lo propio puede decirse de las experiencias del mercado asegurador norteamericano para elaborar la cobertura del seguro de responsabilidad civil de administradores. Ello ha provocado los previsibles efectos sobre el desarrollo de esta modalidad asegurativa y un importante desajuste entre la oferta y la demanda.

Como es de esperar, el mercado de este tipo de seguros tiene una fuerte dependencia del reaseguro, lo cual determina muchas veces la posibilidad real de un traspaso de riesgos. Así, por ejemplo, en muchos mercados ha constituido una barrera infranqueable las cláusulas de delimitación temporal del riesgo, denominadas "*claims made*", exigidas por el mercado londinense.

b) Es voluntario

Continuando con las clasificaciones de los seguros, podemos decir que en los seguros de responsabilidad civil se distinguen los seguros voluntarios de los obligatorios en atención a la existencia o no de un deber legal de celebración del contrato como presupuesto para el desarrollo de ciertas actividades. Esta es una característica común a todos los ordenamientos. (Tiene sí una excepción notable: en Francia si un abogado quiere ocupar el puesto de director de una empresa mercantil debe obligatoriamente contratarlo).

Aclaremos sí que para la doctrina una exigencia estatutaria, o una imposición de la junta de accionistas, no le da el carácter de obligatorio a este seguro; la caracterización como seguro obligatorio se reserva para aquellos casos en los cuales el deber de contratar el seguro se impone directamente por la ley (en sentido amplio) como presupuesto para el ejercicio de ciertas actividades, sancionándose administrativamente su incumplimiento.

Como hemos sido informados, en Chile se ha intentado —y sospecho que tras los últimos acontecimientos adquirirá aún más fuerza— establecer la obligatoriedad de este seguro para algunas clases de sociedades.

c) El supuesto carácter profesional de la responsabilidad asegurada

En atención a la clasificación de los seguros según la fuente, causa u origen de la responsabilidad asegurada, se distingue entre aquellos seguros en los que la responsabilidad asegurada depende de la relación de una persona con otra persona o con una cosa y aquellos otros en los que la fuente de la responsabilidad deriva del ejercicio de una determi-

nada actividad, tal como los seguros de responsabilidad civil por actividades privadas, empresariales y profesionales (estos últimos también denominados seguros de responsabilidad civil contra riesgos profesionales). Se ha dicho además que desde un punto de vista de técnica aseguradora, puede apreciarse una notable proximidad entre el denominado seguro de responsabilidad civil de *D&O* y el de responsabilidad de los abogados, auditores de cuentas u otros profesionales que se encuentren en una relación de confianza en la prestación de sus servicios para otros. La actividad asegurada para el de *D&O* viene constituida por el ejercicio de las funciones propias del órgano de administración de una sociedad, es decir, derivada del desarrollo de una actividad. La cuestión se centra, por tanto, en determinar si esta actividad se encuentra más próxima a la actividad empresarial o a la actividad profesional, determinación que tiene gran importancia —como veremos más adelante— para las exclusiones de los principales condicionados generales que se utilizan en el mercado mundial y por cierto en nuestro país.

La idea que subyace a esa diferenciación se refiere a la realización de la actividad por cuenta e interés propio o por cuenta e interés ajeno, es decir, a la idea de actuación “para otro” que precisamente falta en la denominada actividad empresarial.

Hay que advertir, en todo caso, que este seguro cubre la eventual responsabilidad civil profesional derivada del cargo de Director o ejecutivo en cuanto tal, no las nacidas a propósito de esas otras funciones que habitualmente ejercen los directores, tal como asesor jurídico, financiero, arquitecto, médico, etc.

d) Por cuenta de terceros

En el seguro de responsabilidad civil, como en general en el seguro de daños, normalmente tomador y asegurado coinciden, pues generalmente se trata de asegurar el propio patrimonio de las consecuencias desfavorables que sobre el mismo podría desencadenar la responsabilidad de quien asegura. Ello no significa, lógicamente, que no quepa el seguro de responsabilidad civil por cuenta ajena, sino que el mismo es un supuesto menos habitual que el seguro de responsabilidad civil por cuenta propia. Los supuestos más frecuentes de seguro de responsabilidad civil en los cuales no hay coincidencia entre tomador y asegurado son aquellos que se concluyen para asegurar a un colectivo de personas, lo que sucede sobre todo en seguros de responsabilidad civil profesional que es el caso en estudio.

Dicho lo anterior, es posible, aunque excepcional, que esta clase de seguros pueda ser contratado individualmente por aquel adminis-

trador que quiere traspasar su riesgo (seguro por cuenta propia); lo normal será que este sea contratado colectivamente por la sociedad en la cual ejercen sus funciones los dichos directores (seguro por cuenta ajena); Así entonces, mayoritariamente esta clase de seguros será un contrato celebrado en nombre propio (sociedad contratante) pero por cuenta e interés de un tercero (administrador o administradores asegurados). Es posible todavía que el contrato sea concluido conjuntamente por la sociedad y por los administradores y altos ejecutivos de ésta, caso en que unos y otros compartirían la posición del tomador y asegurado. Esta práctica, aunque escasa, existe y ha sido muy cuestionada en su licitud.

En relación con el interés asegurado, cuya existencia debe identificar el tomador, ya que la ley lo sitúa como de la esencia del contrato de seguros (Art. 518 C. de Comercio). (Como sabemos, este interés es una relación económica entre un sujeto y una cosa (su patrimonio) apta para satisfacer una necesidad o prestar una utilidad. En este seguro el interés del asegurado es mantener indemne su patrimonio que está siendo amenazado por la realización del riesgo, es decir, el nacimiento de una deuda de responsabilidad frente a terceros), hay que señalar que puede constatarse otro interés del contratante, enteramente distinto y diverso de aquél, que puede conectarse con la relación que vincula al tomador o contratante con el asegurado. El primero debe distinguirse nítidamente del segundo, toda vez que es único relevante para la relación aseguradora.

Perfilando aún más dicho elemento, la doctrina señala como presupuestos del contrato de seguro por cuenta ajena, la alienidad del interés asegurado (el interés asegurado ha de tener un carácter ajeno al tomador del contrato) y una actuación de tomador determinada por la voluntad de destinar los efectos jurídicos a otro u otros; además, el asegurador debe conocer y consentir que el seguro sea contratado por cuenta ajena, lo que habitualmente se hace mediante la cláusula "por cuenta de". A su vez, el asegurado ha de ser personas determinadas o determinables por el procedimiento que las partes establezcan, sobre todo al momento de producción del siniestro.

Por último, esta doble posición frente al contrato celebrado, produce consecuencias sobre los efectos del contrato celebrado; en principio el tomador asume el cumplimiento de las obligaciones y deberes derivados del contrato a su cargo y el asegurado, los derechos y facultades, sin perjuicio de que persistan cargas que correspondan a unos y otros (fundamentalmente los relativos a la comunicación de los hechos que alteren el riesgo asegurado o determinen la prestación del asegurador) Correlativo a lo anterior, se pacta habitualmente que el

asegurador no puede rechazar el cumplimiento por el asegurado de las obligaciones que recaen sobre el tomador del contrato.

e) Complejidad del siniestro

No es difícil comprender que resulta complejo y altamente dificultoso determinar, "ajustar", "liquidar" (en la acepción legal del término) el "daño" o perjuicio producido a un tercero, a un accionista o a la sociedad, tras la ejecución u omisión de un acto, en el desempeño de una profesión. Costoso resulta determinar tanto la fuente de dicha responsabilidad como la naturaleza misma de la obligación profesional incumplida. Así, tendrá especial importancia si concluimos estar frente a una responsabilidad de carácter contractual, una de carácter extra-contractual o frente a un cúmulo u opción de responsabilidades. Esta última es la que se presenta según Hernán Corral en el evento que la sociedad reclame indemnización a sus directores o gerentes por daños cuya causa sea el incumplimiento de deberes de carácter legal.

Tendrá también importancia la labor del liquidador determinar si estamos frente a una obligación profesional que se califica como "de medios", es decir, donde no se contrata con el profesional un resultado, sino solamente un servicio especializado, diligente y ordenado; será costoso determinar lo que constituirá un error, fallo o equivocación fuera de la diligencia que le es exigida.

Lo que el ajustador deberá determinar es la diligencia, normas de cuidado, destreza, juicio y conocimientos propios del profesional supuestamente incumplidor, conceptos todos de gran amplitud, complejidad e indeterminación, que no hacen sino poner de relieve la necesidad de efectuar un estudio muy completo de cada caso en particular. A lo anterior, deben sumarse los problemas propios de los siniestros de responsabilidad civil: siniestros tardíos, y liquidaciones de grandes proporciones. Esta amplitud y complejidad en el siniestro, unidas a la dificultad de lograr datos estadísticos exactos sobre la actividad de los administradores de la S.A., la diversidad de sectores en que operan y a la importancia de las operaciones económicas en que intervienen, hace que el seguro *D&O* se considere como de especial peligrosidad para las compañías aseguradoras.

f) Perjuicio económico puro

En esta clase de seguros se da la particularidad de que no es preciso un daño corporal o material para que quepa una reclamación civil. Es costumbre para nosotros que las pólizas de responsabilidad

civil general traspasen el riesgo de responsabilidad civil proveniente de "daños materiales" que pueda sufrir la persona o propiedad del tercero (Art. 1 de la POL 1 91 086). En esta clase de seguros se traspasan las responsabilidades civiles de daños denominados "daños económicos puros o daños inmateriales". Será, por regla general, en profesiones predominantemente económicas o jurídicas donde se produzca esta particularidad. Piénsese, por ejemplo, en los casos más habituales en la práctica, relativos a la presentación de licitaciones fuera del plazo, errores contables, uso de información privilegiada, atentados a la libre competencia, la omisión culpable de medidas administrativas ante un período de crisis, una acción temeraria de mercado, etc.

3. DIFERENCIAS DEL SEGURO D&O CON OTRAS MODALIDADES DEL SEGURO DE DAÑOS

Intentaremos ahora en pocas líneas establecer algunos criterios de diferenciación y de aproximación con otras modalidades asegurativas que ofrecen coberturas próximas o incluso coincidentes –al menos en parte– con el seguro objeto de nuestro estudio.

a) El seguro de responsabilidad civil de administradores sociales y el seguro de responsabilidad civil empresarial

Próximas son al seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas las distintas modalidades del denominado seguro de responsabilidad civil empresarial (clínicas, estibadores, garajes, reparadores de naves, etc.) Estos últimos traspasan el riesgo de responsabilidad civil que soporta un empresario como consecuencia del desarrollo de la actividad empresarial. De entre éstos la doctrina distingue la responsabilidad civil derivada de la explotación de la actividad empresarial (responsabilidad civil por explotación) que se refiere básicamente a la responsabilidad que puede asumir el empresario por los daños causados por un empleado o dependiente; la responsabilidad civil patronal, es decir, la responsabilidad en la que puede incurrir el empresario frente a sus empleados y dependientes por los daños materiales y lesiones corporales que éstos puedan sufrir en el desempeño de sus funciones; la responsabilidad civil derivada de las instalaciones destinadas a la realización de la actividad empresarial, la responsabilidad civil derivada de productos defectuosos, etcétera.

Destaca la similitud de la póliza estudiada con las que se han denominado de responsabilidad civil por explotación, es decir, aque-

lla que asume el empresario frente a terceros por los daños causados por un empleado o dependiente cumplidos que sean los requisitos para que ella nazca. El seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas cubre el riesgo de que los administradores asegurados incurran en responsabilidad como consecuencia del desarrollo de sus funciones como tales. Las diferencias entre una y otra modalidad radican, por tanto, al margen de los elementos subjetivos del contrato, en el distinto riesgo asegurado como consecuencia de las propias y profundas diferencias existentes entre el régimen de responsabilidad de los miembros del órgano de administración de una sociedad anónima y el de responsabilidad por actos de empleados y dependientes. Así, la relación jurídica que vincula a un director con la sociedad lo regula la propia ley, en tanto que la que regula a otros sujetos con la sociedad, tiene naturaleza propia estrictamente extracontractual.

Esta misma característica que permite diferenciar entre ambas modalidades asegurativas, paradójicamente desaconseja que el seguro de responsabilidad de administradores de sociedades anónimas se ofrezca también para cubrir la responsabilidad de empleados o dependientes de la sociedad, aunque ella se extienda a cubrir solo a los denominados "altos directivos" o "personal de alta dirección", modalidad hoy que, a más de proveer de nombre a este seguro, es de aplicación generalizada. Ello se debe no por otra causa que la del señalado "mimetismo" existente entre las pólizas que actualmente se ofrecen en el mercado mundial con sus símiles norteamericanas. El término *officers*, no es equivalente a alto ejecutivo o gerente; se aplica a las personas a quienes el consejo de administración encarga la efectiva dirección y ejecución de la política empresarial de la sociedad y que están dotados por ello de cierta autonomía de decisión. Ordinariamente los *officers* son designados por el propio consejo de dirección (*directors*) asumiendo una posición y responsabilidad idénticas; estos podrían equivaler en nuestra terminología a los directores delegados. Así, *Directors and officers* integran el llamado *management* de la empresa, muy distinto al rol y funcionalidad que asumen los directores y altos ejecutivos en nuestro país. De este modo, la (frecuente) contratación paralela por un mismo empresario de un seguro de responsabilidad civil empresarial por explotación y de un seguro de responsabilidad civil de administradores que proteja también a ciertos empleados de la sociedad (altos directivos), al margen de los inconvenientes derivados en este último caso de la protección conjunta de personas vinculadas a la sociedad por relaciones jurídicas de naturaleza diversa, provoca fenómenos de doble cobertura.

b) El seguro de responsabilidad civil *D&O* y el seguro de defensa jurídica

Es de excepción que este u otro seguro de responsabilidad civil no incluya también la cobertura del denominado riesgo de "defensa jurídica", es decir, que el asegurador asuma el coste o la labor —o ambas— que implique defender al asegurado que sea sujeto pasivo de una reclamación judicial o extrajudicial con pretensiones declarativas de responsabilidad. Este seguro se traducirá entonces en la realización del servicio de defensa jurídica o, en su caso, el pago de los gastos de defensa jurídica que de dicha reclamación puedan derivar a cargo del asegurado.

Pero a pesar de sus grandes semejanzas, no son equivalentes el seguro de defensa jurídica que ofrece como cobertura la póliza *D&O* —u otro seguro de responsabilidad civil— con aquella que se contrata con un seguro de defensa jurídica independiente. Lo que separa a ambos en relación con la cobertura del riesgo de defensa jurídica no es la naturaleza del riesgo sino el ámbito de la cobertura que ofrece el seguro y, en consecuencia, el contenido de la prestación del asegurador. En efecto, en el seguro de responsabilidad civil la defensa jurídica reviste el carácter de accesorio, como quiera que la finalidad principal del contrato es proteger al asegurado contra la posibilidad de que éste se vea obligado a indemnizar a un tercero como consecuencia de su responsabilidad, además de los perjuicios que pueden derivar de su defensa ante reclamaciones en exigencia de esa responsabilidad. Ello significa, por tanto, que la dicha cobertura accesoria está vinculada al riesgo de responsabilidad civil, tanto como que su cobertura principal determina el alcance y límite de aquélla, y tanto como que implica un interés en el desarrollo y manejo del juicio de la cual el asegurador no gusta normalmente de sustraerse. Eso no sucede en el "seguro de defensa jurídica"; el asegurador asume allí los costes del juicio independiente de lo bien o mal fundadas que resulten las acciones que le dan origen, es decir, de los resultados declarativos dañosos para el asegurado.

La contratación conjunta de ambos, que no implique obviamente un doble seguro, dependerá a última hora de los alcances de las coberturas contratadas, mismas que determinarán, entre otras consecuencias, el alcance de la citada accesoriadad. Así el seguro de defensa jurídica ofrece cobertura para el caso de que éste inicie una reclamación vinculada al ejercicio de su cargo; de reclamaciones por requerimientos indemnizatorios excluidos por el seguro de responsabilidad civil. En tanto que el seguro de Responsabilidad civil ofrece

cobertura no sólo en caso de reclamación judicial sino también en caso de reclamación extra o prejudicial.

IV. LOS DISTINTOS ASEGURADOS EN LA PÓLIZA DE *D&O*

Del examen de los distintos formularios de condiciones generales de esta clase de seguros se aprecia lo que ya apuntábamos: aunque fue y es posible su contratación individual, lo normal es que el contrato comprenda el aseguramiento de un conjunto elevado de personas, que son determinados no sólo en relación a la sociedad tomadora o contratante del seguro, sino al grupo de sociedades que de éstas dependen.

El derecho de seguros permite que el "tomador" o "contratante" no tenga por qué coincidir con el asegurado. Así, es posible que el tomador celebre el contrato el seguro por cuenta propia, por detentar el mismo el interés asegurado, como también es posible que lo contrate por cuenta ajena, porque el titular de ese interés es una persona diversa. En el seguro de responsabilidad civil de administradores y directores o gerentes, tendente a la cobertura del riesgo del nacimiento de una deuda de resarcimiento que grave el patrimonio de alguna de esas personas, el contratante del seguro no es el propio administrador o director, sino la compañía que asume la posición de tomadora de seguro, siendo asegurados los administradores, directores o gerentes. Pero esta figura de asegurados comprende también las personas que ejercen las funciones de administración, gestión o dirección de sociedades dependientes o participadas e, incluso, ciertas personas vinculadas con ellos por relaciones familiares. De ahí que la cantidad de personas aseguradas en los contratos de seguro de este tipo suele ser numerosa. Desde ya advertiremos que, aunque en los condicionados encontremos la expresión "sociedad asegurada", en verdad se ha querido decir que están asegurados los administradores y directivos de esa sociedad.

1. NOCIÓN DE ASEGURADO

Ya habíamos dicho anteriormente que no debía confundirse el interés del contratante o tomador en la contratación del seguro con el interés del asegurado, como también que, en verdad, el único interés relevante es el del asegurado. Ahora resta por saber quiénes son los asegurados. Ya habíamos adelantado que este seguro se dirige específica o, al menos, preferentemente a asegurar al administrador (y, en su caso, a la alta administración) contra el riesgo de

que su patrimonio personal (y no el patrimonio de la sociedad anónima para la cual éste desarrolle sus funciones) se vea agravado por una deuda de responsabilidad originada como consecuencia de su actuación como tal. Dicho acto puede causar un daño a la propia sociedad, a sus accionistas o a terceros. Este seguro no se dirige a proteger a la sociedad, a los socios y a los terceros contra el daño que éstos puedan sufrir como consecuencia de la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima sino, al contrario, a preservar a los administradores de la deuda de responsabilidad que puede gravar su patrimonio como consecuencia de la realización de ciertos actos que causen un daño a cualquiera de aquellos. No se discute lo gravitante de este seguro para el éxito de las reclamaciones que la sociedad pueda hacer contra el administrador, llamada acción social o "interna", o bien la importancia que revista la llamada acción individual, en la que los socios y terceros dañados puedan obtener el resarcimiento del daño sufrido como consecuencia de la actuación del administrador responsable, pero ello no implica que la sociedad (y, en su caso, los socios o terceros) adquieran la calidad o posición de asegurado; para la póliza el titular del interés asegurado es el propio administrador (o alto ejecutivo) mientras que la sociedad (y en su caso, los socios o terceros) podrán ocupar la posición de tercero perjudicado.

Los posibles intereses de la sociedad-tomadora en la conclusión del seguro juegan exclusivamente en relación con la valoración del significado de la conclusión del contrato de seguro por la propia sociedad desde una perspectiva estrictamente jurídico-societaria, pero su existencia no significa que, desde la perspectiva del contrato de seguro, cualquiera de ellos se convierta en el interés asegurado por esta modalidad asegurativa.

La contratación por la sociedad con un asegurador tiene además beneficios prácticos evidentes si se considera que la reclamación deberá considerar la "responsabilidad solidaria" de los directores que nace normalmente. Crece, de contratarse de ese modo, la posibilidad de un cálculo de mayor precisión el riesgo asegurado y se evitan las "lagunas de protección" que habitualmente se producen en el caso contrario, por las distintas coberturas que ofrecen los condicionados generales de distintos aseguradores para un mismo riesgo.

Como resulta del sentido común, "contratante" será, para este seguro, la sociedad donde desarrollen sus funciones los administradores u otra ligada, sea para sí misma o para todas o algunas de sus filiales o coligadas. Esta posibilidad plantea problemas adicionales de delimitación del círculo de sujetos protegidos que se tratarán más adelante.

Junto a las obligaciones y deberes frente al asegurador, resaltan también los derechos frente a este; entre ellos, los denominados "derechos de disposición del contrato" (modificar, resolver o terminar el contrato de seguro).

Esta posición de "tomador" del contrato de seguro trae también consecuencias: si es la sociedad contratante la que se vio perjudicada tras el acto del director; así, como las cargas que recaen sobre la sociedad deben ser cumplidas por su órgano de administración (es decir, el administrador o administradores asegurados) dicho órgano deberá cumplir con el deber de declaración actuando como "representantes" del tomador y no como "asegurados", sin perjuicio de que ellos también se verán beneficiados con un contrato válido si dicha carga se asume cumplidamente. Lo anterior no obsta a que los asegurados (directores) cumplan sus obligaciones en nombre propio. Así, el tomador asume el deber de declaración de sus "directores" que habrá de ser realizada por ellos mismos en su calidad de representantes del tomador.

Difícil cuestión también plantean las consecuencias que sobre la cobertura acarrea el conocimiento de uno o varios de los directores asegurados. Si ellos conociesen la existencia de un hecho dañoso anterior a la suscripción de la póliza, que genere una reclamación durante la vigencia de la misma acarreará la exclusión de dicho siniestro. Pero será causa de exclusión para los "asegurados" que sabían, no para los que lo ignoraban. Por cierto que el conocimiento individual de un hecho dañoso por uno o varios administradores asegurados no tiene por qué concluir que la propia sociedad es concedora de la existencia del mismo.

En el supuesto nada común y exorbitante de que la sociedad "contratante" ocupare además la calidad de "asegurado", las obligaciones derivadas del contrato serán asumidas también conjuntamente por todos ellos, incluso en la proporción que les quepa si se trata de la prima. En este caso estaremos frente a un contrato de seguro con pluralidad de tomadores pero en el cual la posición jurídica de cada uno de éstos no es coincidente.

Ahora bien, la práctica contractual señala que las pólizas suelen contener dentro de sus definiciones la de "asegurado", incluyéndose dentro de ellos a los administradores, gerentes o directivos de sociedades. Así, una póliza nacional señala que dentro del término "asegurado" comprende:

"Persona natural que bajo la denominación de Director, Administrador, Gerente General, Gerente, representante legal o cualquiera otra que reciban los administradores o miembros del o de los órganos de administración del

Grupo Corporativo, haya ostentado u ostente funciones o poderes que impliquen el ejercicio de facultades de decisión o gobierno del Grupo Corporativo." (art. 2° de la POL 1 01 021) b. todo empleado que de facto o en la práctica ostente funciones de alta dirección de la sociedad o todo empleado cuya responsabilidad sea establecida por un tribunal en calidad de administrador o directivo de la sociedad".

Tras esta descripción la amplía diciendo que son "asegurados" "*los administradores y directivos anteriores y actuales del grupo corporativo*".

Para la cláusula segunda de la POL 1 99008 asegurado es

"Cualquier persona natural que hubiere tenido o tenga durante la vigencia de la póliza la calidad de director o ejecutivo de la sociedad asegurada. la cobertura será aplicable automáticamente a todos los directores o ejecutivos que adquieran tal carácter durante la vigencia de la póliza". Sociedad asegurada será en tanto "la contratante, sus filiales y cualquier otra sociedad que se indique en las condiciones particulares de la póliza, siempre que tal indicación se haga antes de la ocurrencia de un acto culposo cubierto por esta póliza".

(En este caso se entiende que la sociedad es asegurada en el sentido que el asegurador le reembolsará los "*corporate indemnification*" que como sabemos no son aplicables a la legislación chilena).

Otros condicionados, de manera semejante, incluyen dentro de la noción de asegurado tanto a los administradores, en sentido estricto, es decir, las personas que bajo diversa denominación forman parte del órgano de administración de la sociedad, y aquellas otras personas que bajo una terminología no siempre coincidente (directores generales, directivos, gerentes, etc.), disponen de facultades y poderes generales para la gestión de la sociedad o de sus filiales (cláusula segunda letra i de la POL 1 99 008 y cláusula segunda de la POL 1 01 021).

Debe destacarse que, en general, para todos los condicionados de aplicación en nuestro país los asegurados son personas naturales; cuando una persona jurídica es administradora de una sociedad se intenta seguir la misma regla: deben señalarse personas naturales. Se incluyen también la mayoría de las veces dentro del término "asegurado" a los cónyuges y a los herederos, precisamente porque ellos pueden ser sujetos pasivos de acciones de responsabilidad de terceros.

b) Extensión a los administradores y directivos de las filiales

La condición de asegurado comprende, por consiguiente, como ha quedado apuntado, tanto a los administradores, directivos o gerentes

de la sociedad contratante del seguro (o tomadora del seguro) como a los de sus filiales. La razón es obvia: la existencia de sociedades que no son autónomas; que son gobernadas por una dirección única o, si se quiere, están sometidos a una unidad de decisión. Interesa por tanto asegurar la responsabilidad civil derivada de los actos lesivos de los administradores y directivos de las sociedades que se integran en el grupo global. Por esta razón puede indicarse que se considera como un supuesto normal la extensión a los administradores y directivos del grupo de la cobertura del asegurador. Las modalidades son variadas desde lo que sucede en la POL 1 01 021, donde se habla derechamente de "grupo corporativo" como otras pólizas europeas en los que el aseguramiento del grupo sólo se produce si se pacta de forma expresa, lo que implica el pago de una prima complementaria.

La delimitación del grupo de sociedades "aseguradas", en el sentido de que el contrato de seguro cubre la responsabilidad civil no de ellas sino de sus administradores y directivos que son los verdaderos asegurados, se hace con frecuencia de una manera descriptiva, indicando qué se entiende, a los efectos de la cobertura del seguro, por "sociedades filiales" (llamadas en ocasiones "subsidiarias")

"Cualquier entidad de la que el Grupo Corporativo controle directa o indirectamente: i) la mayoría de los derechos de votos, o ii) el derecho a nombrar o revocar a la mayoría de los miembros del Directorio u otro órgano de administración." (Cláusula 2ª de la POL 1 01 021).

Se cubren también normalmente como asegurados los administradores y directivos de las nuevas filiales que la sociedad contratante del seguro adquiera durante la vigencia del contrato, ciertamente luego del aviso y el pago de la prima. Existen sí algunas restricciones; Así sucede, por ejemplo, cuando la

"Sociedad Filial o Subsidiaria no esté domiciliada en Chile, o haya emitido títulos o valores en cualquier mercado de EE.UU., y siempre y cuando los activos de tal Sociedad Filial o Subsidiaria no excedan del porcentaje establecido en las Condiciones Particulares para la inclusión automática de nuevas Sociedades Filiales o Subsidiarias." (Cláusula 4ª POL 1 01 021).

Es posible ampliar la extensión de la cobertura del seguro a los administradores y directivos de las sociedades que no revistan los caracteres de filiales o relacionada siempre que se designen, criterio que no es exigible normalmente para los que sí son: para estos bastará que se individualicen de modo genérico. Será necesario individualizar al asegurado cuando se designa algún director o ejecutivo en una

agrupación de interés económico, o en una persona jurídica de otra naturaleza extraña al grupo corporación.

V. DELIMITACIÓN DEL RIESGO

1. DELIMITACIÓN CAUSAL

El proyecto de Ley de 1995 para modificar el Título VIII del Libro II del Código de Comercio define al seguro de responsabilidad civil del siguiente modo:

“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado el menoscabo patrimonial proveniente de su obligación de reparar los daños y perjuicios causados a terceros por un hecho previsto en la póliza del cual sea civilmente responsable, con excepción de los que haya causado dolosamente” (Art. 572).

El riesgo presupone, por consiguiente, el nacimiento de una deuda que grave el patrimonio del asegurado, en cuanto le sea imputable. Para el seguro de *D&O* el asegurado es el administrador, director o gerente o, en supuestos extremos, la propia sociedad, que se ve gravada con la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios a un tercero, a un accionista o a la sociedad que pueda surgir del incumplimiento de ciertas normas de conducta.

La doctrina señala que el lugar natural para la delimitación causal de este riesgo son las condiciones particulares del contrato, mismas que recogerían al menos en este gravitante concepto, las particularidades legales propias de cada país. Lo cierto es que habitualmente, y de modo muy deficiente y ambiguo, el riesgo se delimita en los condicionados generales de distinto modo: “actos culposos” (cláusula primera, cobertura A de la POL 1 99 008), “eventos dañosos” o “actos dañosos”, otras como “actos incorrectos”, o en algún supuesto como “faltas en la gestión”.

La delimitación causal del riesgo se produce, además, como es habitual mediante las denominadas exclusiones. Ellas, por los distintos problemas que ha provocado el fenómeno que se ha denominado de mimetismo, han sido los principales focos de conflicto entre asegurados y aseguradores. Incluso hay algunas, como ha dicho el profesor Sánchez Calero, que escapan de la “normalidad” y que vacían de contenido la cobertura del asegurador.

La doctrina ha intentado clasificar las distintas exclusiones, formándose los siguientes grupos:

a) De la propia naturaleza jurídica del contrato de seguro de responsabilidad civil

Así por ejemplo se puede citar:

- Los daños derivados de actos dolosos o intencionados realizados por los asegurados (ya sean actos fraudulentos, infracciones voluntarias de sus deberes legales, actos deshonestos, etc).
- Multas y sanciones de todo tipo que se le impongan al asegurado; que las pólizas también definen como de carácter penal, administrativo, tributarias, o de demanda de indemnización de carácter punitivo (asimilándolas a los *punitive/exemplary damages* del derecho anglosajón).

b) De las condiciones generales de los seguros de responsabilidad civil

- La exclusión de daños sufridos por bienes, que por cualquier motivo (depósito, uso, manipulación, transporte u otro), se hallen en poder del asegurado o de personas de quien éste sea responsable.
- Por daños causados a bienes o personas sobre los que está trabajando el asegurado o persona de quien éste sea responsable.
- Por daños que tengan su origen en la infracción o incumplimiento voluntario de las normas que rigen las actividades del seguro.
- Incurrida por daños causados por la contaminación del suelo, las aguas o la atmósfera.
- Por daños causados:
 - Por los productos, materias y animales, después de la entrega, una vez que el asegurado haya perdido el poder de disposición sobre los mismos.
 - Por los trabajos realizados o los servicios prestados por el asegurado una vez terminados, entregados o prestados.

Tal exclusión es plenamente aplicable al seguro *D&O* al tratarse de un seguro profesional.

c) Exclusiones propias de la póliza *D&O*

c.1) En relación con los daños patrimoniales primarios

En esta tarea, la primera idea clave es que dicho seguro nace con el espíritu de garantizar los posibles perjuicios económicos que afec-

ten al patrimonio de la sociedad, al de los accionistas o a terceros, debido a las actuaciones profesionales del administrador de una S.A., que se contemplen en el contrato de seguro.

De ahí que la primera exclusión contemplada en las pólizas D&O haga referencia a los daños materiales y personales causados a terceros. Tales riesgos materiales (pérdida, destrucción o deterioro de cosas) o personales (daños corporales, enfermedad o muerte) son objeto de cobertura de otro tipo de seguros como los de Responsabilidad civil de Explotación.

Únicamente, por razón de la específica función de tales cargos, algunos condicionados cubren los daños materiales producidos por la pérdida, daño o destrucción de documentos pertenecientes a terceros, estando en posesión de alguno de los asegurados.

c.2) En relación al elemento personal

En relación al elemento personal del seguro *D&O*, encontramos diversas exclusiones que obedecen fundamentalmente a dos tipos de motivaciones distintas: vínculos familiares y motivaciones ajenas al riesgo económico puro que se aviene a este seguro. Así, las reclamaciones efectuadas entre los distintos directores como pueden ser las reclamaciones entre consejeros o administradores que detentan o representen ciertas mayorías en el capital social; las reclamaciones realizadas por accionistas con participaciones importantes en el capital de la Sociedad variando según cada póliza el porcentaje de participación exigido; aunque, en general, supera siempre el 10%; las reclamaciones presentadas por terceros a instigación o siguiendo directrices de la sociedad, de las compañías afiliadas o de cualquiera de los asegurados; incluso, en algunas pólizas se contempla la exclusión de las reclamaciones ejercitadas, por y en nombre de la casa matriz de la compañía.

En verdad, se puede observar que estas excepciones siguen una línea de razonamiento paralela a la del primer punto, ya que tales situaciones fácilmente dan lugar a reclamaciones originadas por intereses extraños al cálculo actuarial de riesgos que las compañías aseguradoras han realizado, referido al seguro *D&O*.

Ha sido materia de gran controversia la exclusión de ciertas pólizas por reclamaciones ejercidas contra el asegurado por actos que no han sido realizados por él personalmente, sino por personas de las que debe responder civilmente en dicho ámbito. La responsabilidad de un director es una responsabilidad no únicamente por sus actos personales, sino también por los de otras personas independientemente que en tales casos se podría entrever una actividad culposa del propio administrador: -culpa *in vigilando* o culpa *in eligendo*.

c.3) En relación a la mala fe del asegurado

La doctrina aglutina exclusiones que están referidas a situaciones relacionadas con la mala fe del asegurado, sea que sean demostrativas directamente de la misma, o bien como posiciones en que se sitúa el asegurado que, por su carácter ilícito, fraudulento o simplemente peligroso y revelador de tal ánimo, hacen que de sus consecuencias deban responder ellos y no entrar dentro de la garantía del seguro. En estas excepciones se pueden citar:

c.3.a) Los daños ocasionados por actos incorrectos cometidos con anterioridad a la fecha de retroactividad de la póliza o que los administradores sabían o deberían razonablemente haber sabido, que darían lugar a algunas reclamaciones, al ser consecuencia previsible.

c.3.b) Reclamaciones ejercidas por la obtención, por parte del asegurado, de beneficios o ventajas personales no previstas en la Ley o en los Estatutos. (Ej. Art. 44 de la ley 18.046)

c.3.c) Los siniestros derivados de la entrega de cantidades, bienes en especie, u otros beneficios para los clientes, proveedores o cualquier otra persona, efectuados con el fin de obtener tratos especiales.

c.3.d) Los daños causados a consecuencia de la información privilegiada con que cuenta el asegurado y que, personalmente, le ha causado un beneficio económico.

c.3.e) Reclamación que provenga de hechos acaecidos en el tráfico mercantil, en los que medió la entrega de cualesquier beneficios por parte de los asegurados a personas, para evitar su intervención activa. (Comúnmente llamados "coimas")

c.4) En relación a la actividad del asegurado

Estas exclusiones delimitan la conducta del administrador en su cargo. Se trata más bien de riesgos que quedan fuera de la cobertura del seguro, incluso sin tal referencia expresa, puesto que no corresponde a riesgos asegurados. Tales son por ejemplo las "actuaciones incorrectas del asegurado en sociedades que no queden incluidas en el concepto de "Sociedades Filiales"; los daños causados por actividades empresariales ajenas al objeto social de la empresa donde el asegurado ejerce su función de administración o alta dirección".

Responsabilidad meramente empresarial de la sociedad a que pertenece el asegurado o de sus filiales, derivada de su actuación como persona jurídica.

Actividades que no son propias de su cargo (por ejemplo, desempeño de menesteres en asociaciones profesionales).

Riesgos que la delimitación temporal o geográfica de los mismos les sitúe fuera del riesgo asegurado (es frecuente encontrar en las pólizas del seguro la exclusión de la actuación profesional del asegurado en el extranjero —distinguiendo entre los países cubiertos por el concreto seguro de que se trate y el resto de países).

c.5) En relación a otras fuentes de resarcimiento

Hay otro grupo de exclusiones muy comunes en los condicionados que evitan solapamientos de cobertura, lagunas de cobertura y otras disfuncionalidades.

Los daños cuya cobertura sea propia de los seguros generales: Polución y contaminación, por productos fabricados o vendidos, profesionales, injurias, calumnias (las conocidas reclamaciones por *libel and slander*, que el Derecho Anglosajón también excluye de la cobertura de este seguro), atentados al honor, intimidación, propia imagen, daños morales y *punitive damage*. Esta relación actúa con independencia de que tales daños se produzcan por la carencia de dichos seguros o por su insuficiencia, dando lugar a un infraseguro; las reclamaciones por infidelidad de empleados; También la responsabilidad contractual que exceda a la legal.

2. DELIMITACIÓN TEMPORAL

Los condicionados generales más conocidos y entre ellos el único que recibe aplicación en nuestro país muestran —como otro efecto más del “mimetismo”— que la delimitación temporal de la cobertura del riesgo se basa en el momento que se produce la “reclamación” al asegurado y no en el momento en que surge la responsabilidad del asegurado como consecuencia de la producción del hecho dañoso. Este sistema —nos dirá el profesor Sánchez Calero— resulta lesivo para los terceros perjudicados.

“El asegurador pagará por cada uno de los directores, y ejecutivos de la sociedad asegurada, aquellas pérdidas que deriven de un siniestro del que sean responsables por todo acto culposo cometido real o presuntamente por ellos en su calidad de directores o ejecutivos de dicha sociedad, que sea reclamado por vez primera contra ellos, durante el período de vigencia del

presente contrato (y, en su caso, del período adicional para notificaciones), salvo que dichas pérdidas hayan sido ya indemnizadas por la sociedad asegurada y hasta por el monto de esta indemnización." (Cobertura "a" de la cláusula primera de la POL 1 99 008).

No obstante lo expuesto, los aseguradores, o si se quiere los reaseguradores, prevén una doble extensión: en primer lugar, el llamado período retroactivo, en donde el asegurador asume el riesgo de aquellas reclamaciones al asegurado que se efectúen en el período de vigencia del contrato respecto a hechos dañosos que sean anteriores al mismo, pero cuya existencia fuera desconocida por él; y en segundo lugar, en el llamado período de extensión de la cobertura (denominado por algunas condiciones generales como "período informativo", "período adicional de notificación" (Cobertura "A" de la Cláusula primera de la POL 1 99 008), o "período de descubrimiento".

Extinguído el contrato de seguro por cualquier causa (salvo por impago de la prima) su cobertura puede extenderse si, en el término de treinta días siguientes a la fecha de la extinción del contrato, el tomador del seguro solicita del asegurador que prosiga la cobertura de las reclamaciones formuladas al asegurado, por hechos dañosos acaecidos durante un período de seguro, durante un tiempo que las pólizas fijan normalmente en doce meses. Todo, previo pago de la prima que se fija normalmente con antelación.

La doctrina estima que es un principio de carácter general aquel que señala que la extensión natural de la cobertura del asegurador en el seguro de responsabilidad civil es el que va desde el nacimiento de la deuda de responsabilidad hasta la prescripción de la acción del derecho de reclamación de la indemnización. Este principio tiene hoy excepciones contractuales y legales que siguen siendo discutidas. De hecho, en España —hasta la modificación del art. 73 de LCS— y en varios países europeo-continetales, el gran obstáculo del surgimiento de esta clase de seguros fue precisamente la citada cláusula "*claims made*". Desde 1995 en la península ibérica se consideran admisibles, como "cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados", las que hagan depender la cobertura del asegurador del hecho de la reclamación del perjudicado. En nuestro país no existe norma expresa que lo prohíba, y de hecho la SVS ha aceptado —hasta antes que operara el sistema de depósito— clausulados que lo contemplaban.

3. DELIMITACIÓN ESPACIAL

Ya hemos podido apreciar que este producto está orientado tanto a la empresa contratante como sus filiales que pueden operar en distin-

tos países. Es más, el criterio que ya revisábamos, es que el acto lesivo de los administradores y directivos puede tener lugar tanto en el país de origen como en la filial. La delimitación espacial o "delimitación geográfica", entonces es muy amplia. Sin perjuicio de ello suelen establecerse exclusiones por daños producidos en los Estados Unidos de América o en Canadá o bien delimitan la cobertura solo a Europa, o los reclamos formulados en determinada jurisdicción. Esta última exclusión resulta siempre problemática porque la reclamación del tercero perjudicado estará sometida bien a la ley de la nacionalidad de la sociedad a la que pertenezca el director o ejecutivo causante del hecho ilícito, o al lugar en que se ha producido tal hecho.

VI. SOBRE LA NOCIÓN DE SINIESTRO

Los condicionados generales de nuestro país, siguiendo a sus fuentes, se centran en la idea de la reclamación del tercero al asegurado, pero una determinada clase de reclamación efectuada dentro del período de vigencia de la póliza para la POL 1 99 008 siniestro es:

- n.1. Toda demanda civil, en contra del ASEGURADO, destinada a obtener la reparación de un daño patrimonial o cualquier reparación no pecuniaria;*
- n.2. Cualquier notificación o requerimiento escrito al ASEGURADO, que pretenda la declaración de que el mismo es responsable de un daño originado en un ACTO CULPOSO suyo;*
- n.3. Cualquier acción penal iniciada en contra del ASEGURADO, sujeta a las limitaciones que se establecen en las exclusiones de esta póliza; o*
- n.4. Cualquier procedimiento administrativo o investigación de la autoridad relacionados con un ACTO CULPOSO del ASEGURADO.*

Todo SINIESTRO originado en un mismo ACTO CULPOSO será considerado como un solo SINIESTRO para los efectos de esta póliza.

Para la POL 1 01 021 siniestro –pérdida– será:

La cantidad que los *Asegurados* se vean legal y personalmente obligados a pagar individual o conjuntamente en relación con cual-

quier *Reclamo* y/o cualquier *Investigación Formal*, y por todos los *Reclamos* y/o *Investigaciones Formales*, incluyendo:

- i) *Gastos de Defensa*,
- ii) *Gastos de Representación Legal*,
- iii) *Gastos de Publicidad*,
- iv) Daños y perjuicios según sentencia firme, fallo arbitral, acuerdo o transacción judicial o extrajudicial.

“*Pérdida*” no incluirá:

- i) Cualquier cantidad no asumida por el *Grupo Corporativo* y de la cual los *Asegurados* sean liberados del pago, o
- ii) Cualquier cantidad incurrida por el *Grupo Corporativo* en la investigación o evaluación de cualquier *Reclamo* por, o en nombre del, *Grupo Corporativo*, o
- iii) Multas o sanciones de cualquier tipo o cantidades no legalmente asegurables.

VII. GASTOS DE DEFENSA JURÍDICA

Los condicionados generales presentan distintas fórmulas para abordar este tema. Los que están más influidos por la práctica anglosajona cargan sobre el asegurado su defensa haciéndose cargo de los gastos de defensa jurídica (costas, honorarios de abogados, procuradores, peritos, etc.) en los que pueda incurrir el asegurado, dentro de los límites pactados, referidos normalmente a la suma asegurada. Otros condicionados reservan siempre la designación del abogado defensor al asegurador. Otros prevén que sean designados por el asegurado con consentimiento del asegurador.

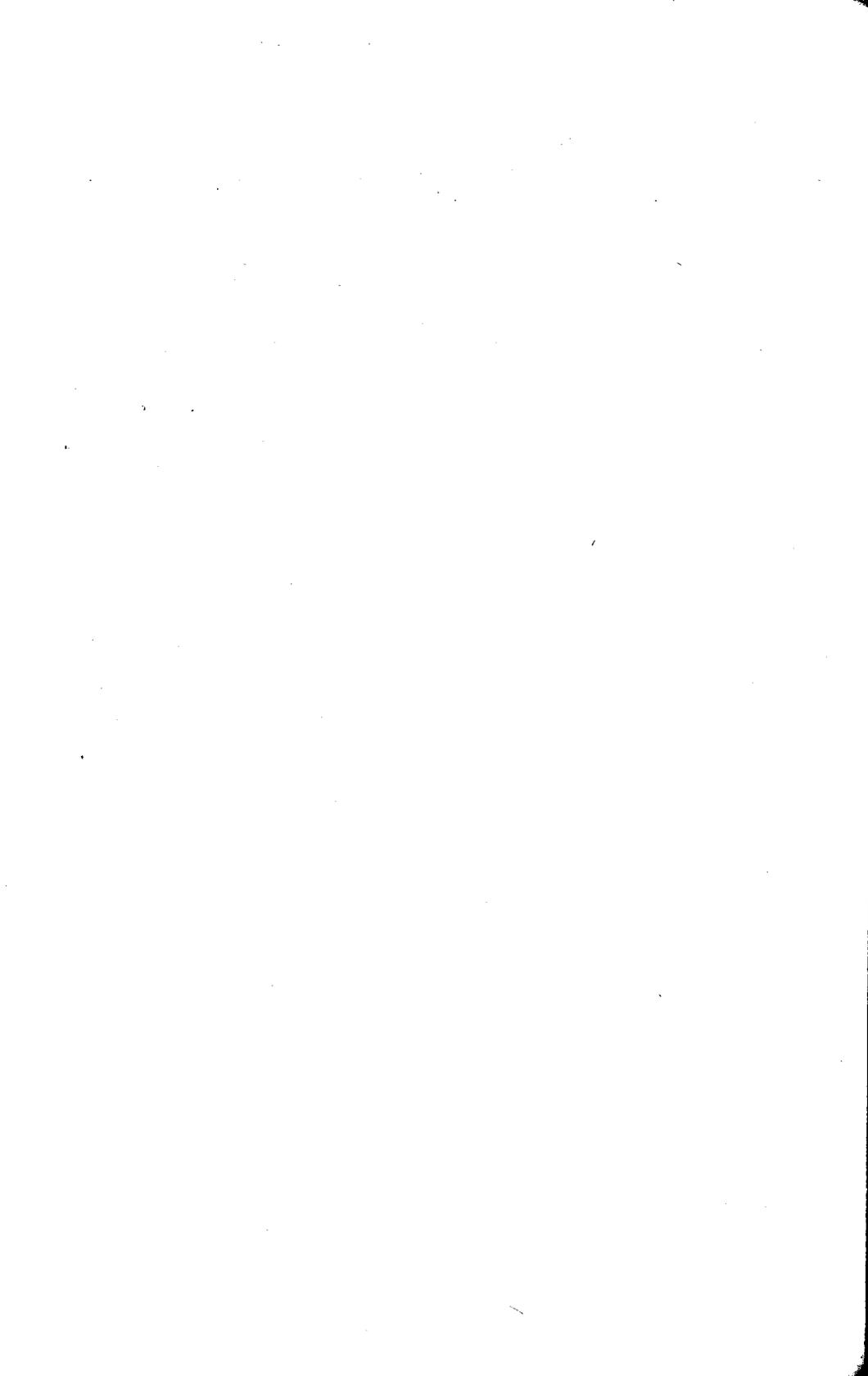
En general los condicionados regulan también el tema de las fianzas exigidos por la judicatura.

En nuestro país la cláusula segunda de la POL 1 99 008 señala:

“Gastos de Defensa.- Los gastos y remuneraciones razonables y necesarios, aprobados por el asegurador antes del desembolso de los mismos, que derivan de manera directa del desarrollo de la defensa de los intereses de los DIRECTORES y EJECUTIVOS respecto de un SINIESTRO, ya se trate de una defensa extrajudicial, judicial o ante autoridad administrativa. Queda incluido lo que se deba pagar por la constitución de depósitos o consignaciones judiciales que se requieran y sean derivados estricta y exclusivamente del SINIESTRO y necesarios para la defensa del mismo; sin que esta obligación del asegurador signifique constituirlo en deudor solidario”.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., "El futuro del seguro de responsabilidad civil", en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, año 2 N° 3 Santiago de Chile, agosto 2002.
- AA.VV., *La transformación de la responsabilidad civil y el seguro*, Seminario responsabilidad civil y seguros, Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 2001.
- Corral T., Hernán, *Responsabilidad civil de directores y gerentes de sociedades anónimas*, Documentos de Trabajo de la Universidad de los Andes N° 54, Santiago, 2003.
- Fernández del Moral D., José, *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima*, Biblioteca Comares de Ciencias Jurídicas, Granada 1998.
- Hernández, Valeriano y Villoria R., Iñigo, *La responsabilidad civil de los administradores de sociedades*, Tecnos, Madrid 1999.
- Peralta Larraín, Ricardo, "Exposición sobre los condicionados de D&O chilenos" (inédito).
- Sánchez Roncero, Antonio, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujeto, interés y riesgo)*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2002.
- Sapag A., Rodrigo, "El seguro de responsabilidad civil de directores y ejecutivos (D&O)", en *Revista Chilena de Derecho de Seguros*, año 3 N° 5, Santiago de Chile, mayo 2001.



LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS: UNA EXPLICACION PROCESAL

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de los Andes

I. PRESENTACIÓN

El Código de Procedimiento Civil es el resultado de varios intentos de codificación iniciados en 1835 por don Mariano Egaña. Su texto definitivo es el fruto del trabajo realizado por una Comisión Mixta de Diputados y Senadores, que inició sus labores el 10 de noviembre de 1900 y las terminó el 9 de enero de 1902. El 13 de enero de 1902 se dio cuenta del informe de la Comisión Mixta y del correspondiente Proyecto, éste fue promulgado mediante la Ley N° 1.552, de 28 de agosto de 1902, y entró en vigencia el 1 de marzo de 1903. Con el inicio del presente año judicial, el CPC cumplió un siglo de aplicación¹.

Producto de su longevidad, y de la ausencia de modificaciones legales que lo hayan puesto al día, el CPC se ha quedado rezagado en la incorporación de una serie de instituciones procesales. Varias de sus omisiones se reflejan en los procesos que involucran a personas jurídicas. Al respecto, los defectos más evidentes son: 1°) No regula el presupuesto procesal de la capacidad de las partes, ignorando la compleja problemática que surge en relación a la capacidad de los entes corporativos sin personalidad jurídica; 2°) No contempla el fenó-

¹ Sobre el tema, cf. BRAVO LIRA, Bernardino, "Los comienzos de la codificación en Chile: La codificación procesal", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, N° 9, 1983, pp. 191-210.

meno del cambio o sucesión de parte por disolución o fusión de personas jurídicas²; y, 3º) No aborda los problemas procesales que genera el Estado como parte procesal, salvo en lo que respecta al juicio de hacienda³.

Este trabajo busca examinar una cuestión bien concreta: la capacidad procesal de las personas jurídicas. Como se sabe, se trata de una materia de enorme relevancia, especialmente en los juicios civiles de responsabilidad seguidos contra entidades corporativas.

II. LA CAPACIDAD PROCESAL

1. INTRODUCCIÓN

Nuestra legislación procesal civil no ha definido a los sujetos de la relación procesal, denominado tradicionalmente como parte, ni tampoco ha establecido reglas sobre su capacidad.

Llenando este vacío conceptual, la Corte Suprema, en sentencia de 16 de octubre de 1941, ha establecido que "el concepto de parte (...) corresponde a la única o a cada una de las distintas personas que entablan la demanda o gestión judicial o que tienen el carácter de demandados; y por consiguiente, partes son los sujetos de la relación jurídica procesal que se va a desenvolver en el pleito o, dicho en otros términos, los que son sujetos activos o pasivos de la demanda; 3.º Que, por lo tanto, para los efectos procesales, no hay ningún interés en determinar si los sujetos de la relación procesal, esto es, las partes de la litis, son los titulares del derecho o la relación jurídica sustancial que en ella va a discutirse, o la forma cómo la sentencia los va a declarar afectados, supuesto que aún puede el actor no tener derecho alguno, sobre lo cual decidirá el fallo, y no por eso deja de ser parte

² De un modo puntual reglamenta este tema la ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas. Allí se regula una hipótesis de sucesión procesal, para el caso de fusiones de sociedades anónimas. Si se produce ese hecho jurídico (la reunión de dos o más sociedades anónimas en una sola), el legislador establece que de pleno derecho la nueva persona jurídica sucede a las fusionadas en todos sus derechos y obligaciones. Esto significa que los juicios que se deban iniciar o los que estén pendientes, se seguirán con el nuevo ente nacido de la fusión, por el solo ministerio de la ley.

³ En este último punto, el tema más delicado de resolver es el de los privilegios procesales, que la ley reconoce al Fisco para litigar. Se trata de una serie de prerrogativas procesales que se traducen en alteración de reglas de competencia; la consulta para ciertas sentencias; la liberación de prestar absolución de posiciones; la exención de cauciones y consignaciones; la inembargabilidad de bienes y sistemas especiales de ejecución de sentencias. El problema aquí es cómo compatibilizar estos derechos reconocidos al Fisco como parte con el principio de igualdad procesal.

en la causa; 4.º Que igualmente y para los efectos de determinar las partes en un proceso, es de todo punto de vista inútil investigar el interés que les mueve a obrar como quiera que puede haber interesados que queden extraños al pleito, esto es, que sean terceros, y partes que obren a nombre propio por un interés ajeno, como un acreedor, por ejemplo, que ejercita las acciones de su deudor"⁴.

En cuanto a la capacidad, la omisión del CPC obedece a una visión propia de su época, que daba por supuesto que era una materia propia de la legislación sustantiva, dentro de las reglas sobre la capacidad de goce y ejercicio de las personas jurídicas. Sin embargo, el enfoque tradicional se ha ido superando por las tendencias más modernas, que han incorporado el tratamiento de la capacidad como una temática propia del derecho procesal.

Efectivamente, el reconocimiento del proceso como una relación jurídica autónoma, ha significado que en muchas ocasiones la solución de los problemas procesales no coincida necesariamente con las reglas del derecho civil. Al haberse abandonado las explicaciones contractualistas del proceso, cultivadas fundamentalmente por autores franceses del siglo XVIII y XIX (POTHIER, DEMOLOMBE, AUBRY Y RAU), y también las del cuasi-contrato de litiscontestación⁵, el resultado práctico para el tema que nos ocupa es el reconocimiento que la capacidad procesal puede ser tratada autónomamente de las pautas contractuales o cuasi-contractuales.

Una reciente sentencia, la Corte Suprema, ha declarado nuevamente que el proceso conforma una relación procesal⁶. Tal como se explicará, esta forma de entender las realidades procesales, en el tema de la capacidad, contribuye a superar las limitaciones que para la tutela jurisdiccional de los derechos pueden surgir de aplicar estrictamente las categorías de los contratos o cuasicontratos.

2. LA CAPACIDAD PROCESAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La capacidad de las personas jurídicas es una temática jurídica clásica y nada pacífica. Para la actual concepción del tema conviene recordar que el término *persona jurídica* aparece recién en el *Curso de Derecho Civil* de GUSTAD HUGO (de 1799), pero será SAVIGNY —en el

⁴ CS. 16 de octubre de 1941, RDJ, t. 39, sec. 1ª, p. 276.

⁵ En el Proyecto de Código de Procedimiento Civil de Vargas Fontecilla se acogía expresamente la idea del proceso como un cuasicontrato de litiscontestación. En la jurisprudencia de principios de siglo pasado también existen referencias al cuasicontrato de litiscontestación (RDJ, t. 8, sec. 1ª, p. 80, y t. 19, sec. 1ª, p. 374).

⁶ CS. 4 de agosto de 1999, RDJ, t. 96, sec. 1ª, pp. 90-91.

Sistema de Derecho Romano Actual— quien desarrollará en el derecho privado por primera vez y latamente esta materia, dando origen a una discusión verdaderamente interminable⁷.

La adhesión a las ideas de SAVIGNY en el artículo 546 del Código Civil, es manifiesta. Según la autorizada voz de SOMARRIVA, “al definir-las como personas ficticias se advierte claramente que en la controversia sobre la naturaleza de las personas morales, nuestro Código se abanderiza con las ideas preconcebidas por Savigny, quien consideraba a estas personas como una ficción, sin existencia real y que deben su nacimiento a la voluntad omnímoda del legislador. Por lo demás el propio Bello se encarga de decir en anotaciones al proyecto de 1853, que en esta materia siguió muy de cerca a Savigny, tanto que algunos preceptos del Código Civil son una traducción casi literal de las ideas expresadas por este autor”⁸.

Cualquier observador advierte que en la protección jurisdiccional de los derechos actúan frecuentemente personas, morales de la más diversa raigambre. Un claro ejemplo de ello se aprecia en la intervención de las denominadas ONGs, especialmente para la tutela de intereses colectivos y en el ámbito de las garantías constitucionales⁹. Lo anterior se explica por el hecho que la sociabilidad del hombre no se agota en el Estado, sino que se realiza en diversos grupos intermedios, comenzando por la familia y siguiendo por los grupos económicos, sociales, políticos y culturales que, junto a las personas naturales, buscan en cada sociedad el bien común. En el plano legal, una frondosa normativa reconoce numerosas manifestaciones asociativas que existen para la consecución de los más variados fines¹⁰.

⁷ Sobre el tema, en nuestra doctrina, cfr. Arancibia Mattar, Jaime, “Capacidad procesal de los cuerpos intermedios que carecen de personalidad jurídica”, en *Gaceta Jurídica* N° 233, 1999, pp. 7-14. Últimamente, un estudio sistemático cfr. Lyon Puelma, Alberto, *Personas Jurídicas*, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2003. Con anterioridad, cfr. Gutiérrez Albornoz, Javier, *La concesión de la personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963.

⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, *Evolución del Código Civil chileno*, Bogotá, Temis, 1983, 2ª ed., p. 154.

⁹ En el ámbito de las Naciones Unidas surgió el término “*non-governmental organizations*” (NGOs), para aludir a los grupos de ciudadanos organizados que han promovido la defensa pública de los más variados intereses, reconociéndoseles incluso derecho de voz en los foros internacionales.

¹⁰ Entre otras, sin ánimo exhaustivo, cfr. Ley N° 15.718 (DO. del 13 de octubre de 1964) que creó el Instituto Academias Chilenas e Instituto Chile; DFL. N° 24 de 1981, del Ministerio de Educación, que regula los Centros de Formación Técnica; Decreto N° 1.347, de 20 de diciembre de 1996, que aprobó el texto del Acta y estatuto tipo al cual podrán ceñirse los Centros de Padres que soliciten el otorgamiento de Personalidad Jurídica (de acuerdo al Código Civil); los Clubes Aéreos, regulados en el Código Aeronáutico (Título V - Arts. 93 y 94); Ley N° 17.276 (DO. de 7 de enero de 1970) que

3. LA CAPACIDAD COMO PRESUPUESTO PROCESAL

La doctrina coincide en definir a la capacidad procesal como la aptitud de poder realizar actos válidos en el proceso. En principio, todos tienen el atributo para ser parte, ejerciendo todos los derechos procesales y asumiendo las cargas inherentes al proceso civil. Como lo ha resuelto la Corte Suprema, el principio de la capacidad es el que rige en toda la legislación y se extiende a las personas jurídicas. Estas ejercen derechos, contraen obligaciones y son representadas judicial y extrajudicialmente por expresa disposición legal¹¹.

La capacidad constituye un presupuesto procesal, esto es, una exigencia necesaria para la válida constitución de la relación jurídica. Comprueba lo anterior su regulación en el artículo 303 N° 2 del CPC, que admite como excepción dilatoria la de falta de capacidad del demandante.

Cuando se indaga acerca de la capacidad procesal, la pregunta a resolver es si un determinado sujeto puede ser parte de la relación procesal, activa o pasivamente. Lo anterior tiene gran relevancia, ya que quien detenta la calidad de parte puede realizar todos los actos procesales, ejercer los derechos y asumir las cargas que conlleva el proceso.

En sentido negativo, la incapacidad denota que un determinado sujeto o ente no puede ser parte en un proceso jurisdiccional.

4. LA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD

En el caso de las personas morales, por distintas razones, se ha ido abandonando la concepción que identificaba capacidad procesal con el atributo de la personalidad jurídica. En definición de FERRARA, la personalidad jurídica es "la vestidura orgánica, con la que ciertos grupos de hombres o establecimientos se presentan en la vida del derecho, es la configuración legal que asumen para participar en el comercio"¹². Según

regula el Comité Olímpico de Chile; Ley N° 19.233, de 5 de agosto de 1993, sobre Comunidades Agrícolas; La Ley N° 19.253 (DO. de 5 de octubre de 1993), sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; la Ley N° 19.638 (DO. de 14 de octubre de 1999), sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, en relación al Decreto N° 303 del 21 de marzo de 2000, que aprobó el Reglamento para el Registro de Entidades Religiosas de Derecho Público; Ley 19.496 (DO. de 7 de marzo de 1997), sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, que regula Organizaciones para la Defensa de los Derechos de los Consumidores, etc.

¹¹ CS. 2 de abril 1935. G. 1935, 1er sem., N° 17, p. 125. RDJ, t. 32, sec. 1ª, p. 275.

¹² Ferrara, Francisco, *Teoría de la persona jurídica*, Barcelona, Bosch, 1943, p. 24.

la visión clásica, solo las manifestaciones asociativas dotadas de personalidad jurídica podrían actuar en el proceso como parte.

Sin embargo, con el objeto de ampliar la protección jurisdiccional de los derechos, se viene aceptando que puedan ser sujetos de la relación procesal manifestaciones asociativas que no están, necesariamente, ajustadas al molde de una persona moral con personalidad jurídica. Como bien lo puntualiza LYON, "no necesariamente toda asociación de individuos goza de personalidad jurídica. Sólo lo hacen aquellas creadas bajo la forma que el Derecho Positivo considera para atribuir tal beneficio"¹³.

En el derecho comparado, un reciente ejemplo de este radical cambio se aprecia en la nueva LEC española, de 7 de enero del 2000, que reconoce capacidad para ser parte, entre otros, a las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración; a las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte; o incluso a las entidades que no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado (Art. 6 LEC). Explicando el alcance de esta situación, SAMANES señala que "actualmente no puede ya afirmarse que la capacidad para ser parte es la transposición procesal de la personalidad jurídica"¹⁴.

En nuestro caso, el letargo, la falta de actualización del CPC es notoria en este punto. En todo caso, lo anterior no resulta tan grave, ya que los elementos para generar un cambio en esta materia están presentes en nuestro ordenamiento.

A nivel constitucional, gran amplitud tiene el derecho de asociación contemplado en el artículo 19 N° 15 de la CPE. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en la sentencia del 24 de febrero de 1987, "el derecho de asociación concebido en su más pura y natural expresión, como facultad de una persona para unirse con otras en forma voluntaria y con cierto grado de permanencia para la realización común de un fin determinado, se encuentra ampliamente asegurado por el constituyente quien no lo somete a prescripción legal alguna para su ejercicio ni dispone que requiera de permiso previo, imponiéndole sólo la limitación de no ser contrario a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado".

¹³ Lyon Puelma, Alberto, *Personas Jurídicas*, ob. cit. p. 24.

¹⁴ Samanes Ara, Carmen, *Las partes en el proceso civil*, Madrid, La Ley, 2000, p. 13.

“Cualquier persona, al solo amparo de la norma constitucional puede ejercer este derecho sin más restricciones que la antes anotada”. (Considerando 12°)

Esta misma sentencia recoge la tesis tradicional, relativa a la coincidencia entre capacidad procesal y personalidad jurídica, señalando en el Considerando 14°: “...tratándose de la personalidad jurídica de las asociaciones, la actual Constitución dispone que para gozar de ella ‘deberán constituirse en conformidad a la ley’. De lo anterior se infiere que las entidades que deseen formarse como un ente jurídico distinto de los miembros que la integran, habilitado para actuar en el campo jurídico, por sí mismo, ejerciendo derechos y contrayendo obligaciones, debe ceñirse a los requisitos y trámites que la ley exige para ello”.

“De este modo, la diferencia que establece la Constitución entre el derecho de asociación en general y el derecho de asociación con personalidad jurídica resulta evidente. El primero, el género, no requiere de ley para su ejercicio, el segundo, la especie, debe cumplir las prescripciones que establezca el legislador con tal objeto”.

A nuestro entender, la equivalencia entre capacidad procesal y personalidad jurídica, que postula el considerando recién transcrito, sólo se refiere a la situación más común en materia legislativa, pero no agota el problema de la capacidad procesal. En efecto, algunas leyes especiales han ido reconociendo capacidad procesal a entes que no cuentan con personalidad jurídica, independientemente de los sujetos que lo componen. Se trata de casos que han asignado pleno valor a ciertos elementos verificables en el fenómeno asociativo, a los que se estima como indiciarios de capacidad procesal. Entre éstos elementos están: el uso y goce de bienes comunes de consuno con un destino determinado y permanente para satisfacer los intereses individuales de sus asociados; la *affectio societatis*¹⁵ (o a lo menos un ánimo de lucro)¹⁶, y la existencia de una organización similar a la que tiene la sociedad legalmente constituida.

III. ALGUNAS NORMAS EN PARTICULAR

Al examinar el panorama legislativo del último tiempo, se aprecia que la tesis tradicional de la ficción —que tanto influyó en nuestros

¹⁵ Nuestra jurisprudencia ha sido muy exigente en la configuración de este elemento. Entre otras, tratan del tema, CS. 2 de noviembre de 1965, RDJ, t. 62, sec. 4°, p. 479.

¹⁶ CS. 25 de julio de 1960, RDJ, t. 58, sec. 1° pp. 95-99.

legisladores del siglo XIX— está siendo superada¹⁷. En efecto, para resolver el tema de la capacidad procesal se han ido aceptando otras propuestas dogmáticas sobre la naturaleza de las personas jurídicas, como la de los patrimonios de afectación, la tesis de IHERING o de FERRARA, por citar algunas de las más difundidas¹⁸. En general, se suelen denominar a las teorías contrarias a la doctrina de la ficción como *teorías de la realidad*; se trata de una elaboración iniciada por los iusnaturalistas racionalistas, para defender la idea de que las corporaciones tienen una realidad propia, cuya existencia no queda entregada incondicionalmente a la voluntad del príncipe.

El cambio de orientación legislativa que se observa entre nosotros, aunque sea parcial, tiene una relevancia jurídica innegable. Como lo apunta DIEZ-PICAZO, “las presunciones teóricas sobre el concepto de personalidad repercuten también en el terreno práctico en materia de capacidad, y, así, todas las direcciones doctrinales que ven en las personas jurídicas seres ficticios o artificiales tienen la tendencia de restringir la capacidad de ellas o a admitirla dentro de estrechos límites o sólo en el campo patrimonial (...), mientras en antítesis a esta dirección las doctrinas realistas atribuyen a la persona jurídica una capacidad plena, completa, en cuanto es posible, semejante a la de los hombres que la constituyen, que se desarrollará no sólo en el campo patrimonial, sino en todo el Derecho Privado, relaciones personales, de status, de Derecho Público y, además, responsabilidad por ilícitos, sean de naturaleza civil o penal”¹⁹.

Desde el punto de vista sustantivo, a través de esta medida se ha conseguido una mayor protección jurisdiccional a ciertos acreedores, tal como se desprende de las hipótesis legales que pasamos a examinar.

Veamos brevemente los principales hitos, a modo de ejemplo.

A) EN EL PROCESO LABORAL

En el plano laboral ostenta la capacidad para ser parte cualquier persona física o jurídica, incluso las que no cuentan con personalidad jurídica.

¹⁷ Con la superación de la referida doctrina ha quedado atrás una de las limitaciones inherentes a tal explicación, en orden a la interpretación estricta que se debe hacer de toda ficción. Ya no resulta exacto sostener que no existen más personas morales que las aceptadas por el legislador.

¹⁸ Una síntesis del tema, cfr. Lyon Puelma, Alberto, *Personas Jurídicas*, ob.cit., pp. 25-34.

¹⁹ Díez-Picazo, Luis, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, Tecnos, 1979, reimp. 2ª ed. 1979, p. 104.

En este ámbito, la ampliación de la capacidad se ha conseguido conjugando dos vías:

1ª) Extrapolando el amplio concepto de empresa que se contiene en el inc. 3º del artículo 3º del Código del Trabajo, cuando declara que

“para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

2ª) A lo anterior se une el amplio concepto de representación que admite el artículo 4º del mismo Código, estableciendo que

“para los efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco, y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica”. “Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores”.

① *Comunidades*

A través de estos instrumentos se ha permitido que los trabajadores puedan accionar contra situaciones jurídicas carentes de personalidad jurídica, como es el caso de las sociedades de hecho o las comunidades, sin necesidad de emplazar a cada uno de los miembros que le dan vida a esa realidad y, también, sin que se haya cuestionado su capacidad para comparecer a juicio. De este modo se ha resuelto que “la comunidad formada por la cesión de derechos, hecha por los integrantes de una sociedad de hecho, es responsable solidariamente con el anterior dueño del pago de las imposiciones que se adeuden a las instituciones de previsión. No habiéndose acreditado en autos el término de giro, debe concluirse que sólo ha habido una cesión de derechos en la primitiva sociedad, lo que confirma la conclusión precedente”²⁰.

La ley N° 19.759, de 5 de octubre de 2001, continuó profundizando en esta línea, creando nuevos centros de imputación jurídica a los que le serían aplicables las normas del Código del Trabajo, no obstante

²⁰ CS. 19 noviembre 1980. RDJ, t. 77, sec. 3ª, p. 120. C. del Trabajo de Santiago, 25 septiembre 1980.

que conforme a las reglas generales no conforman una auténtica persona jurídica. La referida reforma ha extendido el carácter de empresa a los oficios de notarías, archiveros o conservadores, poniendo fin a una discusión jurisprudencial en la que ya se había reconocido parcialmente esta situación²¹.

B) EN MATERIA PREVISIONAL

El artículo 18 de la ley 17.322, a propósito de la cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas de las instituciones de previsión también indirectamente acepta que sean partes del respectivo proceso entes sin personalidad jurídica. Dicho precepto establece que

“las sociedades civiles y comerciales, las corporaciones y fundaciones y todas las personas jurídicas de derecho privado, las comunidades y todas las entidades u organismos particulares... deberán declarar ante las instituciones previsionales a que estén afiliados sus dependientes, los nombres de sus gerentes, administradores o presidentes, y comunicar los cambios en esas designaciones, dentro de los treinta días de producidos. La persona declarada como representante del empleador se entenderá autorizada para litigar en su nombre con las facultades contempladas en el inciso primero del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, no obstante cualquiera limitación impuesta a sus poderes”.

En este caso, por la vía de la representación, se soslaya el tema de la capacidad de los entes, pero no se puede desconocer que implícitamente se les está reconociendo capacidad procesal a manifestaciones asociativas que conforme al derecho común no la tendrían.

C) EN EL PROCEDIMIENTO DE LOS JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL

En el procedimiento ordinario que aplican los Juzgados de Policía Local, regulado por la ley N° 18.287 (DO. del 7 de febrero de 1984),

²¹ Para el caso del archivo judicial, cfr. C. de Ap. de Santiago, 9 de diciembre de 1986, “Pastene y otros con Archivo Judicial de Santiago”, Rol N° 857-86. En el caso de las notarías el tema era opinable, al punto que una sentencia de la CS. anterior a la Ley N° 19.759, había limitado esta posibilidad. De un modo particular allí se resolvió: “...la concepción de una notaría o de un notario difiere ostensiblemente de la definición y finalidades de la empresa concebida por el legislador laboral, la que es susceptible de actos jurídicos de transferencia o transmisión, frente a los cuales la ley ha pretendido proteger los derechos de los trabajadores. Por ende, la circunstancia de que el titular de uno de dichos oficios se altere no importa un cambio o modificación en los términos del inciso segundo del artículo 4º del Código del Trabajo, norma que no es aplicable a estos auxiliares de la administración de justicia, razón por la cual el nuevo designado no asume las obligaciones laborales y/o previsionales que hayan sido cargo de su antecesor”. CS. 5 de julio de 2001, RDJ t. 98, sec. 3ª, p. 137.

INC 20
art. 50

se contempla otro hito en la materia que nos ocupa, en este caso para hacer efectiva la responsabilidad infraccional. Conforme al artículo 28, inc. 2º de la referida ley:

“si se tratare de fundaciones, corporaciones, comunidades, sociedades de hecho sin personalidad jurídica u otras entidades similares, podrá seguirse el procedimiento con su administrador o administradores o con quien o quienes tuvieren su dirección. Si no se pudiere determinar quien tuviere su administración o dirección, valdrá el emplazamiento hecho a cualquiera de sus miembros”.

D) SITUACIONES VINCULADAS A PERSONAS JURÍDICAS EXTINGUIDAS O A PATRIMONIOS INDEPENDIENTES

El ejemplo más claro proviene de la sociedad anónima disuelta, que subsiste para los efectos de su liquidación, quedando vigente sus estatutos en lo que fuere pertinente²². En este caso la representa judicialmente la comisión liquidadora, pero no hay duda que la capacidad procesal está radicada en la sociedad en liquidación (art. 109 y ss. LSA). La misma regla habría que aplicar a las otras sociedades que caen en liquidación.

En este punto se debe criticar una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de mayo de 2000, que desconoció capacidad procesal a una sociedad en liquidación para demandar la devolución de un impuesto (autos “Novoa Chevesich, Eugenio y otro con Servicio de Impuestos Internos”). Según el fallo, el hecho de haberse encontrado tal sociedad en liquidación le privaba de accionar válidamente en juicio, resultando todo lo obrado nulo²³. En nuestra opinión, el hecho que un ente se encuentre en etapa de liquidación no le hace perder su capacidad para cobrar judicialmente, ya que si obtiene sentencia favorable su importe constituye un activo más que deben repartirse los socios y acreedores. Además, tal como lo demuestra la legislación tributaria, si estos entes pueden ser sujetos pasivos de impuestos, la misma razón debería existir cuando ellos demandan al Fisco por alguna cuestión de idéntica naturaleza.

En esta misma categoría se ubican ciertas situaciones vinculadas a patrimonios independientes o afectados por la indeterminación transitoria de sus dueños, siendo el caso más típico el de la herencia yacente (art. 1240 en relación a los arts. 481 y 490 todos del CC.).

²² Otros alcances del tema, cfr. Prado Puga, Arturo, “Alcance de la cláusula de prórroga automática de una sociedad colectiva comercial”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 27, 2000, pp. 501-505.

²³ C. de Ap. de Santiago, 24 de mayo del 2000, RDJ, t. 97, sec. 2ª pp. 16-20.

También cae en esta hipótesis la quiebra de la persona difunta (art. 50 Ley de Quiebras.)

E) EN MATERIA TRIBUTARIA

En el campo impositivo, la ampliación de la capacidad procesal proviene de la extensión legislativa de los sujetos a los que se considera capaces de realizar el *hecho jurídico tributario*. En el caso de las personas jurídicas, la calidad de sujeto pasivo de la obligación tributaria no requiere que estén constituidas según las formas establecidas en las leyes civiles o comerciales. Como lo precisa PUGLIESE, "basta que *de hecho* el patrimonio de las personas morales consideradas resulte distinto y separado del de todos sus componentes para que se ponga en vida una gestión objetivamente autónoma del patrimonio, del cual dependan relaciones jurídicamente formalmente autónomas"²⁴.

El punto de partida de esta construcción se encuentra en la exigencia impuesta por el artículo 66 del Código Tributario, que dispone:

"todas las personas naturales y jurídicas y las entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica, pero susceptibles de ser sujetos de impuestos, que en razón de su actividad o condición causen o puedan causar impuestos, deben estar inscritas en el Rol Único Tributario de acuerdo con las normas del reglamento respectivo".

Con el RUT se ha conseguido enrolar a todos los contribuyentes por el Servicio de Impuestos Internos, al punto que quien no cumple con esta obligación se le considera un comerciante o industrial clandestino, merecedor de la multa del artículo 97 N° 9 del Código Tributario (en el caso de actos gravados con IVA).

En el plano sustantivo lo anterior se complementa con la ampliación de los sujetos definidos como contribuyentes, como ocurre en la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, artículos 3° y 11° letra c)²⁵. Idéntica situación se da en la Ley sobre Impuesto a la Renta, que también admite que los entes de hecho sean sujeto pasivo, agregando que las personas que conforman tales entes son solidariamente responsables de la declaración y pago de los impuestos de dicha ley,

²⁴ Cfr. Pugliese, Mario, *Derecho Financiero*, México, Fondo de Cultura Económica, 1939, p. 63.

²⁵ El artículo 3° de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, dispone que son contribuyentes, para los efectos de esa ley, las personas naturales o jurídicas, incluyendo las comunidades y sociedades de hecho que realicen ventas, que presten servicio o efectúen cualquiera otra operación gravada con los impuestos establecidos por dicha ley.

que afecten a las rentas obtenidas por la comunidad o sociedad de hecho (art. 60)²⁶.

Desde otro punto de vista, la admisión de entes sin personalidad jurídica como sujetos tributarios es un expediente técnico para que el Fisco cuente con un amplio espectro de sujetos a los que puede exigir la prestación tributaria²⁷.

IV. EL APORTE DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN

Al panorama legislativo recién examinado se debe agregar el aporte efectuado por la jurisprudencia de la acción constitucional de protección²⁸. En este ámbito, sin norma legal que limite esta materia, se ha producido una notable ampliación de la capacidad procesal. Frente a la ausencia de límites en el Auto Acordado de 24 de junio de 1992, (modificado parcialmente el 4 de mayo de 1996), se ha admitido que adquieran la calidad de parte sujetos o entes que conforme a la visión clásica no podrían actuar en juicio, por no tener el atributo de la personalidad jurídica. De este modo, se ha abierto la posibilidad de recurrir contra organismos pertenecientes a la administración centralizada del Estado como si fueran auténticos entes personificados. Las decenas de recursos de protección deducidos contra la Contraloría General de la República²⁹, evidencian que la carencia de personalidad jurídica en ningún caso constituye un obstáculo para ser sujeto pasivo de una acción de protección.

Como lo ha puesto de relieve la doctrina, existe acuerdo en torno a que la capacidad procesal en materia de recurso de protección no sólo abarca a las personas naturales o jurídicas, sino que también de todo ente, asociación, grupo, organización o movimiento cualquiera.

²⁶ "Según la misma disposición, el comunero o socio se liberará de la solidaridad, siempre que en su declaración individualice a los otros comuneros o socios, indicando su domicilio y actividad y la cuota o parte que les corresponde en la comunidad o sociedad de hecho."

²⁷ Cfr. Vargas Vargas, Manuel, *Obligación civil y obligación tributaria*, Santiago, ConoSur, 3ª ed., 1995, p. 35. El reconocimiento de la plena capacidad procesal ha sido matizado por el SII, tal como consta del Oficio 2924 del 3 de diciembre de 1997, donde se sostiene que el contribuyente no es la comunidad misma, sino cada comunero por la proporción de las rentas o ingresos que les correspondan.

²⁸ En este punto cfr. Arancibia Mattar, Jaime, "Capacidad procesal de los cuerpos intermedios que carecen de personalidad jurídica", art. cit., pp. 7-14. Otros antecedentes, cfr. Soto Kloss, Eduardo *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 33-34, 71 y ss. 307 y ss. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión N° 215, celebrada el 26 de mayo de 1976, pp. 5 y ss.

²⁹ Sobre el tema, cfr. Mora Allende, Carolina Andrea, *La Contraloría General de la República y el control de sus actos en la acción constitucional de protección*, memoria de licenciatura, Universidad de los Andes, 2002.

De no haberse procedido por nuestros jueces de esta forma, se habría producido el triste espectáculo de tener que denegar protección jurisdiccional a varios cuerpos intermedios, bajo el pretexto que carecen de capacidad para ser parte. En un plano concreto, la tesis restrictiva habría privado, por ejemplo, que un grupo de ONGs (incluso algunas de ellas en formación) hubieran quedado privadas de impetrar la protección de la vida del que está por nacer, como ocurrió en el caso de la denominada "píldora del día después"³⁰.

Con la ampliación del concepto de capacidad procesal a todo ente, asociación, grupo, organización o movimiento cualquiera, inadvertidamente se ha superado un límite inherente a la doctrina de la ficción. Como se sabe, detrás de esta explicación siempre está el riesgo que el poder político quiera limitar arbitrariamente los entes que pueden solicitar tutela jurisdiccional, utilizando la excusa de la falta de personalidad jurídica como un mecanismo de control.

Sobre la amplitud que se ha dado en esta materia, son dignas de destacar las intervenciones de los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en la sesión 215), cuando fue debatida y perfilada la figura del sujeto activo de la acción, del legitimado para obrar y recurrir de protección ante el juez.

Sin embargo, debe señalarse que la ampliación de la capacidad referida se ha visto limitada por la misma jurisprudencia, al interpretar la amplia norma de legitimación prevista en el artículo 20 de la Constitución. En efecto, para evitar que situaciones de conflicto vinculadas a intereses difusos, colectivos o que comprenden grupos indeterminados de sujetos (como ciudades, consumidores, etc.), se ha impuesto como criterio de inadmisibilidad que la acción constitucional no puede ser deducida en nombre de grupos indeterminados, sino de sujetos concretos y delimitados, puntualizando que el recurso de protección no es una acción popular³¹. Procediendo de esa forma se han rechazado –sistemáticamente– recursos de protección interpuestos en beneficio de grupos indeterminados, como podría ocurrir con los consumidores, agrupaciones o colectivos (como una ciudad, los futbolistas³²), entre otros casos.

³⁰ Cfr. causa rol N° 2.186-2001 y la sentencia de la CS. de 30 de agosto del 2001.

³¹ Un panorama del tema, cfr. Castellon Venegas, Hugo Agustín, "Acción popular y recurso de protección", en *Gaceta Jurídica* N° 262, pp. 7-19.

Ni siquiera en la tutela medio ambiental se ha abierto una brecha en el recurso de protección para proteger el interés supraindividual allí claramente comprometido, tal como lo demuestra la restrictiva jurisprudencia que ha impuesto un exigente criterio sobre la legitimación activa. (Cfr. Bertelsen Repetto, Raúl "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 N° 1, 1998, pp. 139-174).

³² C. de Ap. de Santiago, 16 de febrero de 1981, *RDJ*, sec. 5ª, p. 311.

V. EFECTOS DE LA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD

En su alcance práctico, la extensión de capacidad procesal a entes sin personalidad jurídica es la solución técnica para resolver algunos problemas, a saber:

A) SE SIMPLIFICA EL EMPLAZAMIENTO A JUICIOS QUE INVOLUCRAN A VARIAS PERSONAS

Cuando a una persona moral se le reconoce capacidad procesal, la relación jurídica se puede trabar demandando directamente al ente, sin perjuicio de la responsabilidad individual que pueda afectar a los sujetos que lo componen. En los casos que legalmente se acepta esta posibilidad se reduce considerablemente la incertidumbre, ya que al actor le basta con acreditar en el juicio la existencia del ente para poder formular válidamente la imputación jurisdiccional, sin tener que precisar la identidad de cada uno de los sujetos que forman parte de la persona moral demandada.

La experiencia demuestra que el emplazamiento a juicio de una pluralidad de sujetos siempre es un acto fecundo en riesgos. La sola circunstancia que haya operado una transferencia o una transmisión en los derechos que serán objeto del juicio, puede derivar en alguna ineficacia procesal, al dirigirse la acción contra un sujeto que no está legitimado para ser parte en ese proceso. Si es el ente el que cuenta con la capacidad, se soslaya esta dificultad, como lo ponen de manifiesto los preceptos legales antes citados.

B) SE FACILITA LA ADOPCIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE BIENES

Si el ente corporativo tiene capacidad procesal, el embargo queda perfeccionado con el emplazamiento del ente al respectivo juicio. No tendría sentido que se adquiriera la calidad procesal de parte, para luego limitar los efectos de los distintos derechos procesales que se van ejecutando en un proceso.

Cuando el ente no tiene capacidad procesal, a lo único que se puede aspirar es a practicar un embargo sobre la cuota o derecho del comunero demandado, con todas las complicaciones que ello involucra.

La dificultad anterior ni siquiera se modifica cuando existe solidaridad pasiva entre los varios sujetos que dan vida al ente corporativo, atendida las limitaciones que esta garantía personal presenta en el embargo. Como lo ha declarado nuestra jurisprudencia, "...el acreedor

no podría en un proceso dirigido contra un determinado deudor solidario impetrar medidas precautorias, embargos u obtener el cumplimiento de la sentencia, en relación a los bienes de los codeudores que no fueron parte en el juicio³³. Refuerza lo anterior la separación de los efectos procesales que se dan entre los que adquieren la calidad de parte y los codeudores no emplazados a la relación procesal. Al respecto la Corte Suprema ha declarado que: "(...) la solidaridad existente entre los demandados —de los cuales sólo el avalista opuso excepciones— es de naturaleza sustantiva, contractual, y no adjetiva o procesal, por lo que la situación de un demandado no influye en la del otro en lo referente al procedimiento"³⁴.

Desde el punto de vista de las exigencias del embargo, no existe ninguna limitación para embargar un bien perteneciente a una persona moral sin personalidad jurídica, con tal que tenga capacidad procesal. Como se sabe, reiteradamente la jurisprudencia ha definido al embargo como una aprehensión material o simbólica que por mandato de la justicia se hace de determinados *bienes de un deudor* y que se entregan a un depositario para que tome la tenencia de ellos, cesando desde ese momento la que antes ejercía el dueño o ejecutado³⁵.

Al repasar el artículo 450 del CPC, queda claro que un receptor puede trabar esta medida en bienes de un ente sin personalidad jurídica, con tal que este sujeto haya adquirido la calidad de parte en el respectivo proceso ejecutivo. La norma indicada sólo exige: 1º) la entrega real o simbólica de los bienes al depositario; y, 2º) que el ministro de fe que practique el embargo levante un acta de la diligencia señalando la individualización de los bienes.

Por otra parte, considerando la capacidad tributaria que se reconoce a toda persona jurídica, no resulta remoto que los bienes a embargar aparezcan adquiridos por un ente sin personalidad jurídica. Por esta razón, podría darse el caso que el respaldo documental proveniente de la factura se haya extendido a nombre de este tipo de sujetos, que sabemos conforme al artículo 66 del Código Tributario deben contar con RUT. En el mismo campo, la plena capacidad tributaria podría determinar que el cheque de devolución de impuestos esté girado a nombre de tal contribuyente, y por ende, para perfeccionar el embargo es necesario que dicho sujeto figure como parte de la ejecución.

³³ C. de Ap. de Concepción, 9 de diciembre de 1981, RDJ, t. 78, sec. 2º, p. 184, con cita a la sentencia de la CS. de 24 de abril de 1920; C. de Ap. de La Serena, 4 de mayo de 1979, RDJ, t. 76, sec. 2º, p. 194.

³⁴ CS. 22 de octubre de 1991, RDJ, t. 88; sec. 1º, p. 87.

³⁵ Así lo definen, entre otras, C. de Ap. de La Serena, 31 diciembre 1885. G. 1885, N°3.922, p. 2322. C. Santiago, 9 julio 1894, t. 2, N° 2.058, p. 374. CS. 15 diciembre 1921. G. 1921, 2º sem., N° 103, p. 473. RDJ, t. 21.

VI. LA COMUNIDAD Y SUS PROBLEMAS

Dentro del tema de la capacidad de los entes corporativos mención especial requiere la comunidad. Bajo esta denominación se comprenden distintas situaciones, que no han recibido siempre el mismo tratamiento o consideración jurídica, generándose varias situaciones de interés en el campo procesal³⁶.

Para el tema que nos ocupa, la preocupación por las comunidades proviene del hecho que es en esta figura donde desemboca toda la problemática de los entes sin personalidad jurídica. En efecto, partiendo del supuesto que la comunidad no es una persona jurídica, la respuesta tradicional ha sido dada al unísono: *es incapaz de ser parte*.

El punto de partida para desconocer a la comunidad capacidad procesal, proviene fundamentalmente de la naturaleza que tenía en el derecho romano³⁷, caracterizada por una yuxtaposición de distintos derecho de propiedad sobre una misma cosa³⁸.

Sin embargo, el hecho que algunas normas legales ya empiecen a reconocer su plena aptitud para ser parte en un juicio, está demostrando que el impedimento proveniente de la naturaleza jurídica de la comunidad no es absoluto.

Desde otro punto de vista, se debe reconocer que el retardo en el reconocimiento de capacidad a las comunidades ha permitido dar una protección al derecho de propiedad de los comuneros, en desmedro de la situación de terceros que quieren litigar con ellas, en los más diversos campos de la responsabilidad civil. Esta situación se explica al mantenerse una visión del fenómeno de la indivisión como si se tratara de una realidad netamente pasiva, sin percatarse que en muchas ocasiones estos entes realizan un despliegue idéntico al de cualquier sociedad. Este hecho, como se demostró, ya fue captado por el legislador tributario, al reconocer plena capacidad impositiva a las comunidades.

Desde un punto de vista económico, la negación de capacidad procesal a la comunidad es un escollo que repercute en la eficiencia

³⁶ Un ejemplo de estas especialidades se aprecia en el procedimiento voluntario, establecido por la ley N° 19.386 de 31 de mayo de 1995, para la enajenación de bienes comunes provenientes de la reforma agraria.

³⁷ En el otro extremo está la *comunidad germánica*, que se caracteriza por tratarse de una comunidad en mano común, donde existe un interés superior al de los sujetos que la componen. Sobre el tema, cfr. Godoy Domínguez, Luis, "La comunidad funcional", en *Anuario de Derecho Civil*, t. LV, 2002, pp. 193 y ss.

³⁸ En la jurisprudencia se ha declarado que "la naturaleza jurídica del derecho de cada comunero en las comunidades de objeto, es que cada comunero tiene un derecho de dominio sobre la cosa única común. Cada comunero es poseedor de su cuota". (CS. 9 de octubre de 1926, GJ, p. 117).

de relevantes actividades económicas para el país. Un buen ejemplo de lo anterior surge cuando se quieren constituir servidumbres legales mineras o eléctricas por la vía judicial; ante la falta de reconocimiento de capacidad a las comunidades, se hace obligatorio demandar a todos los propietarios dueños del predio sirviente que forman parte de la indivisión³⁹. Esta realidad puede determinar el nacimiento de procesos que zozobren ante repetidas incidencias de nulidad o impugnaciones a la eficacia de la cosa juzgada allí producida, que perfectamente podría ser aparente⁴⁰.

El legislador también aquí ha reaccionado en forma parcial, dando un tratamiento jurídico distinto para algunas comunidades especiales, como ocurre en el campo del derecho de minería, derecho de aguas, comunidades agrícolas y comunidades indígenas. La ley N° 19.233 establece en su artículo 1° que,

“para los efectos previstos en este decreto con fuerza de ley, se entenderá por Comunidad Agrícola la agrupación de propietarios de un terreno rural común que lo ocupen, exploten o cultiven y que se organicen en conformidad con este texto legal. Estas Comunidades gozarán de personalidad jurídica desde la inscripción del predio en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. En consecuencia, serán capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente”. Por su parte, la ley N° 19.253 establece en su artículo 9 que, “para los efectos de esta ley se entenderá por Comunidad Indígena, toda agrupación de personas perteneciente a una misma etnia indígena y que se encuentre en una o más de las siguientes situaciones: provengan de un mismo tronco familiar; reconozcan una jefatura tradicional; posean o hayan poseído tierras indígenas en común; y, provengan de un mismo poblado antiguo. Más adelante, el mismo precepto establece “la Comunidad Indígena gozará de personalidad jurídica por el solo hecho de realizar el depósito del acta constitutiva. Cualquier persona que tenga interés en ello podrá solicitar a la Corporación el otorgamiento de un certificado en el que conste esta circunstancia”.

³⁹ Como lo explica la doctrina, “quien sólo es propietario de una parte o cuota de un inmueble no puede gravarlo con servidumbres sin el consentimiento de los demás comuneros, ya que cada indivisario puede disponer, por sí solo, únicamente de su cuota, con lo cual la constitución de la servidumbre se hace jurídicamente imposible, ya que es indivisible”. “Como la servidumbre importa un gravamen que afecta a la totalidad del predio sirviente, permitir que ésta quede constituida por un acto de uno solo de los copropietarios o sin la concurrencia de todos ellos implicaría permitir que alguien disponga de más derechos de los que tiene, situación que el derecho no admite”. (San Martín Devoto, Diego, *Las servidumbres*, Santiago, ConoSur, 1998, p. 41).

⁴⁰ Sobre el tema. cfr. nuestro trabajo: *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 35-40.

VII. LA SOLUCION PROCESAL

Desde un punto de vista teórico existen distintas soluciones para enfrentar el problema procesal del emplazamiento de las comunidades a juicio, a saber: 1ª) Atribuir a cada portador del interés (en la alícuota que le corresponde) legitimación para actuar en el interés de todos; 2ª) Obligar que todos actúen en el proceso, generando un *litisconsorcio* necesario, y 3ª) Reconocer a la comunidad plena capacidad procesal.

En el Código Civil no existe una norma que reconozca la plena capacidad a las comunidades. Conforme al art. 2304

“la comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato”.

Luego, el Código contiene una declaración realmente desconcertante, al reconocer que

“el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social” (art. 2305).

Sin embargo, tal declaración no ha servido para atribuir capacidad procesal a la comunidad; la jurisprudencia ha seguido en este punto la pauta tradicional que hace sinónimas capacidad procesal con personalidad jurídica.

Dentro de las varias declaraciones se pueden citar: “no debe confundirse el régimen jurídico de la sociedad con el de la comunidad. Esta no constituye una persona distinta de los individuos que la componen; ellos continúan siendo dueños de los bienes comunes y de sus frutos e intereses”⁴¹; “el artículo 2305 del Código Civil preceptúa que el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social, este precepto legal no tiene ni puede tener otro alcance que el referente al derecho sobre la cosa común, sin que de él se pueda desprender en manera alguna que la comunidad constituya una personalidad jurídica distinta de los comuneros particularmente considerados, porque para ello habría sido necesario que la ley lo estableciera de un modo expreso, como en el caso de la sociedad”⁴².

En la misma orientación, se ha resuelto que “las sucesiones o las comunidades formadas por los interesados en una herencia no son

⁴¹ C. de Ap. de La Serena, 4 de diciembre de 1936, RDJ, t. 34, sec. 2ª, p. 273.

⁴² CS. 24 de junio de 1920, RDJ, t. 19, sec. 1ª, p. 128.

personas jurídicas, pues no reúnen los requisitos establecidos en los artículos 545 y 546⁴³; "las sucesiones como tales no pueden ser sujeto activo ni pasivo de acciones judiciales, porque carecen de personalidad jurídica que las habilite para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles. Para poder actuar válidamente es necesario que todos los herederos designen un mandatario, las atribuciones pertinentes a los actos que se deseen realizar, sean éstos de carácter judicial o extrajudicial. La designación de un partidador de la herencia y que además tenga el carácter de administrador proindiviso, para los efectos que en el incidente de la especie se han promovido, resulta insuficiente. Tanto en uno y otro caso las facultades que tiene la persona que ha sido designada con tales calidades dicen relación única y exclusivamente con los bienes comunes. Así se desprende claramente de los artículos 651 y 653 del Código de Procedimiento Civil, que limitan sus funciones a los bienes comunes, sin que puedan confundirse las gestiones que les son propias con las pretensiones que individualmente hagan valer por la vía judicial los herederos"⁴⁴.

Tampoco la remisión a los artículos 2078, 2081 y 2132 del CC resuelve el tema de la capacidad procesal de la comunidad. Dichos preceptos, a lo más, regulan algunas pautas sobre actuaciones que cada socio puede hacer en beneficio de los otros.

Frente a lo anterior, cuando se lesiona un interés comunitario o se solicita una declaración que pueda afectar a todos los comuneros, surge la duda de cómo emplazarlos. El tema no es pacífico en la jurisprudencia, debiendo distinguirse dos situaciones:

1º) Se ha estimado que existe la obligación de demandar a todos los comuneros en un juicio, conformando un *litisconsorcio* pasivo necesario. Este planteamiento tiene como base la siguiente premisa: que la comunidad supone que todos los interesados tienen sobre la *res communis* un mismo y análogo derecho, las mismas e idénticas facultades sobre la totalidad de la cosa que ellos poseen pro indiviso. En tal sentido se pueden citar las siguientes sentencias:

⁴³ CS. 12 de junio 1940, RDJ, t. 37, sec. 1ª, p. 113.

⁴⁴ C. Santiago, 16 noviembre 1983, RDJ., t. 80 sec. 2ª, p. 114 (C. 3º y 4º, p. 115). Otras declaraciones en igual sentido: "dado el carácter jurídico de la comunidad, no es ajustado a derecho decir que los comuneros tenían la casa o parte de ella a nombre de la misma, que es una entidad que carece de existencia legal. Por el contrario, es evidente que la cuota intelectual que cada uno de los comuneros pretende tener en la cosa común, en dominio o posesión pertenece al patrimonio particular del comunero respectivo". C. de Ap. de Concepción, 20 de noviembre de 1934, *Gaceta* N° 117, p. 470.

a) "El acreedor de un mutuo contraído solidariamente por diversos comuneros de un inmueble hipotecado por ellos en garantía del mutuo, no puede, sin ejercitar contra todos la acción hipotecaria correspondiente, en juicio seguido contra sólo uno de los codeudores solidarios, embargar todo el bien hipotecado y tomarlo en adjudicación. // En consecuencia, debe aceptarse la demanda deducida por los comuneros que no fueron parte en el juicio ejecutivo, por la cual reivindicación (Sic.) la parte que a ellos correspondía en el bien embargado y adjudicado en dicho juicio"⁴⁵.

b) "Es nulo el nombramiento de partidor hecho por el juez en rebeldía de los inasistentes, si uno de los comuneros no fue citado para el comparendo, por sí ni por intermedio de su cesionario"// "El nombramiento de árbitro quedó así viciado desde su origen con el agravante de que el auto respectivo se notificara por el estado a todos los interesados, incluso a los que no habían comparecido a las diligencias de nombramiento de árbitro"⁴⁶.

2º) En otros casos se ha reconocido la existencia de un *litisconsorcio* necesario activo, obligando a que todos los comuneros demanden, tal como lo exponen las siguientes sentencias⁴⁷:

a) "... hay imposibilidad absoluta de que un heredero del vendedor pueda ejercer tal acción [la acción rescisoria de la compraventa] sin la concurrencia de sus demás coherederos, puesto que, admitiendo el ejercicio singular de ella, habría que concluir que el heredero sólo podría accionar por su cuota lo que llevaría al resultado de la rescisión fraccionada, es decir, el vendedor lograría la restitución de una parte del precio, conservando el comprador el resto. // En razón de tal imposibilidad es improcedente la acción rescisoria ejercida por uno solo de los herederos del vendedor"⁴⁸.

b) "Si se pretende reivindicar el total de la cosa, todos los herederos deberán hacer uso de la acción reivindicatoria que establece el artículo 1268 del Código Civil, debiendo demandar de consuno, porque la acción es común y no de uno

⁴⁵ CS. 24 de abril de 1920, RDJ, t. 18, sec. 1ª, p. 482.

⁴⁶ CS. 2 de agosto de 1944, RDJ, t. 42, sec., 1ª, p. 235.

⁴⁷ En todo caso, el tema no tiene opinión unánime, como se percibe en las siguientes sentencias: C. Ap. de Santiago, 25 de octubre de 1985, RDJ, t. 82, sec. 2ª, p. 103. "Cualquiera de los herederos puede pedir la nulidad absoluta, sin que requiera el consentimiento previo de los otros interesados. Asimismo, mientras dure la indivisión cualquiera de ellos puede pedir la nulidad relativa de un determinado acto, ejercitando el derecho adquirido de su causante y oponer la excepción de rescisión, si es demandado por un acreedor hereditario, porque se trata de una acción destinada a conservar y aun aumentar el patrimonio dejado por aquél. No es necesaria la concurrencia de todos los herederos, si hay más de uno". C. Ap. de Santiago, 2 de noviembre de 1982, RDJ, t. 79, sec 2ª, p. 69. "El artículo 2305 del Código Civil consagra respecto de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, el mandato tácito y recíproco de administración. La acción de precario interpuesta por el comunero a fin de obtener la restitución de parte del inmueble, sobre el cual recaen sus derechos, es un acto de administración, ya que mediante ella no se pretende un acto de disposición, sino de conservación del patrimonio".

⁴⁸ C. de Ap. de Valparaíso, de julio 1935, RDJ, t. 33, sec. 2ª, p. 65.

de los herederos.”//...“La acción reivindicatoria no es una acción conservativa que pueda interponer cualquiera de los comuneros”⁴⁹. (El Cº 6 establece que, “... no es admisible que uno o más de los comuneros, pueden intentar la reivindicación del total de la cosa común, pues carecen de personería respecto de los restantes comuneros, y porque, además, la acción reivindicatoria no es una acción conservativa, que pueda interponer cualquiera de ellos”)⁵⁰.

c) (...)“es indispensable que el demandante sea dueño completo de la cosa reclamada para que la acción de precario prospere. Por consiguiente, uno de los comuneros de una cosa común no puede deducir, sin poder de los otros, la acción de precario tendiente a obtener la restitución de la cosa indivisa por el tenedor, ya que él no es dueño de la cosa, sino codueño (SILVA SEGURA Enrique, *Actos y contratos sobre cuota*, Editorial Jurídica de Chile, página 166.)”⁵¹.

No obstante lo anterior, se ha declarado que no existe la obligación de que concurren todos los comuneros, cuando se trata de pedir, de conformidad al artículo 655 del CPC, el cese gratuito que sobre la cosa tenga otro de ellos, existiendo para tal efecto el mandato tácito y recíproco⁵².

VIII. LA SOCIEDAD DE HECHO

La sociedad de hecho es otra realidad problemática en la litigación con entes corporativos. Como se sabe, la diferencia entre una sociedad de hecho y una legal consiste en que en ésta se han cumplido todas las formalidades que la ley establece según su tipo, en tanto que en las de hecho se han omitido una o más de tales exigencias⁵³.

No es infrecuente que dos o más personas, sin pacto expreso, con el objeto de hacer una explotación o labor en común de una cosa o negocio, den vida a una sociedad de hecho. Ese conjunto de circunstancias muchas veces genera una realidad material indesmentible, tanto entre socios como respecto a los terceros.

Nuevamente, la pregunta que surge aquí es si esta sociedad, nacida de hechos con cierta fisonomía jurídica (*affectio societatis*, aporte de cada uno de los socios, repartición y participación en las utilidades y

⁴⁹ C. Ap. de Concepción, 28 de octubre de 1992, RDJ, t. 89, sec. 2ª, p. 167.

⁵⁰ C. Ap. de Concepción, 28 de octubre de 1992, RDJ t. 89, sec. 2ª, p. 167.

⁵¹ C. Ap. de Concepción, 2 de abril de 1990, RDJ t. 87, sec. 2ª, p. 76. (Con una síntesis de la doctrina sobre el alcance del mandato tácito y recíproco entre comuneros). En contra, CS. 29 de septiembre de 1992, RDJ, t. 89, sec. 1ª, p.156; CS. 4 de enero de 2001, RDJ, t. 98, sec. 1ª, p.19; C. de Ap. de Santiago, RDJ, t. 95, sec. 2ª. p. 95; C. de Ap. de Santiago, 4 de mayo de 199, RDJ, t. 99, sec. 2ª. p. 35.

⁵² C. de Ap. Pedro Aguirre Cerda, 29 de enero de 1997, RDJ, t. 94, sec 2ª, p. 25.

⁵³ Sobre el punto, cfr. CS. 25 de julio de 1960, RDJ, t. 58, sec. 1ª p. 95.

pérdidas, etc.) no debería gozar de plena capacidad procesal, sin tener que emplazar a juicio a cada uno de los socios que componen.

La respuesta en nuestro medio ha sido negativa, salvo en los casos ya explicados, ya que se asimila a la sociedad de hecho con la comunidad, en los términos recién explicados.

Sin embargo, creemos que existen elementos para separar a la sociedad de hecho de las comunidades, reconociendo a la primera plena capacidad procesal. El punto de partida para tal atribución de capacidad debería fundarse en los siguientes hechos:

A) SU NATURALEZA NETAMENTE CONTRACTUAL Y DINÁMICA

En las sociedades de hecho nadie puede negar la existencia de *affectio societatis*, el aporte de los socios, la repartición de utilidades, etc. Su nacimiento es siempre el resultado de un acuerdo de voluntades, a diferencia de la comunidad, que nacen de un determinado hecho jurídico, en principio, no buscado por los comuneros.

B) EL FAVORECIMIENTO DE LA APARIENCIA

Esta realidad tiene un respaldo jurisprudencial, cuando se ha dicho que "las solemnidades necesarias para la constitución de una sociedad se exigen en beneficio e interés únicamente de los terceros y no de los socios, por lo cual su omisión no puede en ningún caso perjudicar a aquellos en sus relaciones con éstos. Por tanto, si bien es verdad que la susodicha omisión produce nulidad absoluta entre los socios, deja subsistentes a favor de los acreedores sociales todos los medios de acción que la ley reconoce contra el patrimonio de la sociedad constituida en forma válida, y especialmente el derecho de pedir la declaración de quiebra de la sociedad, por tener ésta en dicho, respecto de los acreedores, personalidad jurídica que la distingue de los socios individualmente considerados"⁵⁴.

C) POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE PROCESAL⁵⁵

Es perfectamente posible que puedan darse situaciones en las que, para no provocar una injusticia, la mejor solución sea reconocer que la

⁵⁴ CS., 15 junio 1929. GJ, 1929, 1er sem., N° 43, p. 276; RDJ, t. 27 sec. 1ª, p. 379. CS. 30 de octubre de 1929. G., 1929, 2º sem., N° 29, p. 141; R., t. 27, sec. 1ª, p. 607.

⁵⁵ Con el principio de buena fe se busca que el proceso sea efectivamente un mecanismo para conseguir la justicia, evitando las posibles immoralidades de que puedan servirse

sociedad de hecho tiene capacidad procesal, especialmente, cuando se está frente a una organización que trasunta en su gestión plena aptitud para ser parte en un juicio.

Nada impide que un juicio pueda trabarse emplazando a una sociedad de hecho, para imputarle las consecuencias jurídicas de un acto que celebró o del que debe responder como un auténtico sujeto de derechos. Piénsese que en la situación inversa —una sociedad de hecho actúa como demandante— podría ocurrir que la demandada no haya opuesto la excepción de la falta de capacidad, deduciendo incluso una demanda reconventional contra la sociedad de hecho.

No hay duda que desde una concepción realista de las personas jurídicas se logra una mayor protección a los terceros que quieran litigar con una sociedad de hecho, favoreciendo el principio de buena fe procesal. En el plano legal esta solución tiene su base en los preceptos que protegen a los terceros, impidiendo que los socios puedan alegar la nulidad del ente (art. 2058 CC). Si existe tal limitación, no se aprecia cuál es realmente la dificultad para admitir su plena capacidad procesal, si con ello se da mayor eficacia a los actos procesales de emplazamiento y de embargo de bienes.

De igual forma, si el legislador establece como medida de protección para los terceros la imposición de una solidaridad pasiva entre los socios que hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad (art. 357 inciso final Cód. de Com.), no se divisa razón para no seguir profundizando en esta línea por la vía de reconocer plena capacidad procesal a las sociedades de hecho.

D) POR LA APLICACIÓN DE LA DENOMINADA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Conforme lo ha establecido la Corte Suprema, en sentencia de 9 de mayo de 2001, la doctrina de los actos propios descansa en el principio general de la buena fe, e impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente. Y se traduce en mantener una conducta leal, honesta y no contradictoria. La doctrina de los actos propios es la

las partes en el ámbito procesal, para obtener una victoria a toda costa. Se trata, en buenas cuentas, de restringir la actuación del litigante "malicioso" o de mala fe. La buena fe busca conseguir que todos los que participan en la relación procesal ajusten sus actuaciones a las pautas éticas más elementales, reprobando la práctica de cualquier actuación que configure una utilización dolosa o fraudulenta del proceso.

regla según la cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo o fraude⁵⁶.

La doctrina de los actos propios abre un magnífico campo de acción para que jueces y abogados puedan ir generando una casuística que permita ampliar el contenido del principio de buena fe procesal, también denominado como principio de moralidad, de la lealtad procesal, o de probidad procesal⁵⁷.

En materia procesal la aplicación de la doctrina de los actos propios puede ser considerable. En general, su natural desempeño será actuar como un principio corrector de posibles excesos de las partes, especialmente en materia de nulidad de actuaciones, de impugnación de competencia y de ejercicio de acciones que contradigan una conducta anterior vinculante⁵⁸. A la luz de esta pauta, no resulta lógico que los terceros tengan que soportar la indefinición legal que afecta a una sociedad de hecho, cuando externamente hay elementos que inequívocamente revelan la existencia de una auténtica persona jurídica. Parece lógico que, especialmente en el ámbito del derecho privado, la unión de personas que conforman una sola voluntad encaminada a un determinado objetivo, gocen de plena capacidad procesal, aceptando que la personalidad jurídica no es creada por el ordenamiento, sino que éste se limita a reconocerla.

Avala la anterior propuesta alguna jurisprudencia, que ha reconocido capacidad procesal a la sociedad de hecho. Como lo resolvió la Corte Suprema, en sentencia de 19 de agosto de 1960, "opuesta la excepción de requisitos del título basada en que la acción debió dirigirse contra todos los socios por ser la ejecutada una sociedad de hecho, y fijado como uno de los hechos controvertidos el establecimiento de "si la demandada es una sociedad de hecho", debe con-

⁵⁶ CS. 9 de mayo de 2001, RDJ, t. 98, sec. 1^a, pp. 99-100.

⁵⁷ En nuestra doctrina, se han ocupado de esta figura, entre otros, López Santa María, Jorge, "Intereses devengados por indemnización contractual de perjuicios. Doctrina de los actos propios o *estoppel*", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 81, N° 2 (mayo-agosto, 1985) pp. 33-52; Fueyo Laneri, Fernando "La doctrina de los actos propios", en *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 303-357; Rivas Guzmán, Ramón, "La doctrina de los actos propios y el reglamento interno de la empresa", en *Contratos*, VV.AA. (Coordinación E. Barros B.), Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 189-207; Rodríguez Grez, Pablo, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 42-43. A nivel de monografía, Ekdahl Escobar, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios*, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

⁵⁸ Algunas sentencias antiguas ya habían reconocido para el proceso civil la misma regla, especialmente en materia de alegación de competencia (C. Ap. Santiago, 3 de diciembre de 1924, RDJ, t. 23, sec. 2^a, p. 15; C. Ap. Valparaíso 23 de octubre de 1948, RDJ 1947, sec. 2^a, p. 30; CS. 1 de junio de 1950, RDJ, t. 1950, sec. 1^a, p. 29).

cluirse que los jueces recurridos, al confirmar la sentencia de primer grado que acogió la excepción, "porque el actor no acreditó la existencia de la persona jurídica demandada", hicieron mal uso de las facultades legales al alterar el *onus probandi*, ocasionando con ellos al demandante un agravio que corresponde enmendar por la vía de la queja"⁵⁹.

Sin embargo, el criterio mayoritario ha sido desconocer capacidad procesal a la sociedad de hecho, al homologar su situación con la comunidad, sosteniendo además que carecen de personalidad jurídica⁶⁰. Tal como lo estableció la Corte de Apelaciones de Santiago, "careciendo de personalidad jurídica la llamada sociedad de hecho, mal podría haber, a su respecto, una responsabilidad subsidiaria (...), por la simple razón de que no existe un obligado principal. De esta circunstancia arranca la responsabilidad solidaria que, para los formadores de la sociedad de hecho, impone expresamente el artículo 357 del Código de Comercio"⁶¹. Se encamina en la misma línea, la equiparación que algunos hacen de la sociedad de hecho con la comunidad de bienes y personas, esto es, como una especie de cuasicontrato⁶².

En todo caso el reconocimiento de plena capacidad no significa validar situaciones de abuso, ya que su actuación en juicio podría verse limitada por la falta de legitimación para accionar por o contra ellas. Este límite se aprecia claramente en una sentencia de la Corte Suprema, al puntualizar sobre el ámbito de actuación de las personas jurídicas: "es característica especial de estos entes jurídicos, la de que su personalidad está circunscrita a una esfera de acción determinada; fuera o más allá de los límites de esa esfera, la personalidad desaparece, pierde su existencia"⁶³. La circunstancia que un ente corporativo adquiera la calidad de parte en un proceso no significa necesariamente que se cumpla con el requisito de legitimación, ya que es perfectamente posible ser parte sin tener legitimación.

⁵⁹ C. Suprema, 19 agosto 1960, RDJ, t. 58, sec. 1ª, p. 207.

⁶⁰ Un ejemplo se aprecia en la sentencia de la C. de Ap. de Santiago, de 4 de enero de 1996, RDJ t. 93, sec. 2ª, p. 1-5, que resolvió: "la sociedad de hecho se equipara con la comunidad de bienes y personas, por lo tanto constituye una especie de cuasicontrato". Un completo fallo sobre este tema, cfr. CS. de 30 de junio de 1981, RDJ, t. 78, sec. 2ª, p. 93-113.

⁶¹ C. de Ap. de Santiago, 27 de mayo de 1992, RDJ, t. 89, sec. 2ª, p. 74.

⁶² C. de Ap. de Santiago, 4 de enero de 1996, RDJ, t. 93, sec. 2ª, pp. 1-5.

⁶³ CS. 21 de agosto 1950, RDJ, t. 47, sec. 1ª, p. 344.

