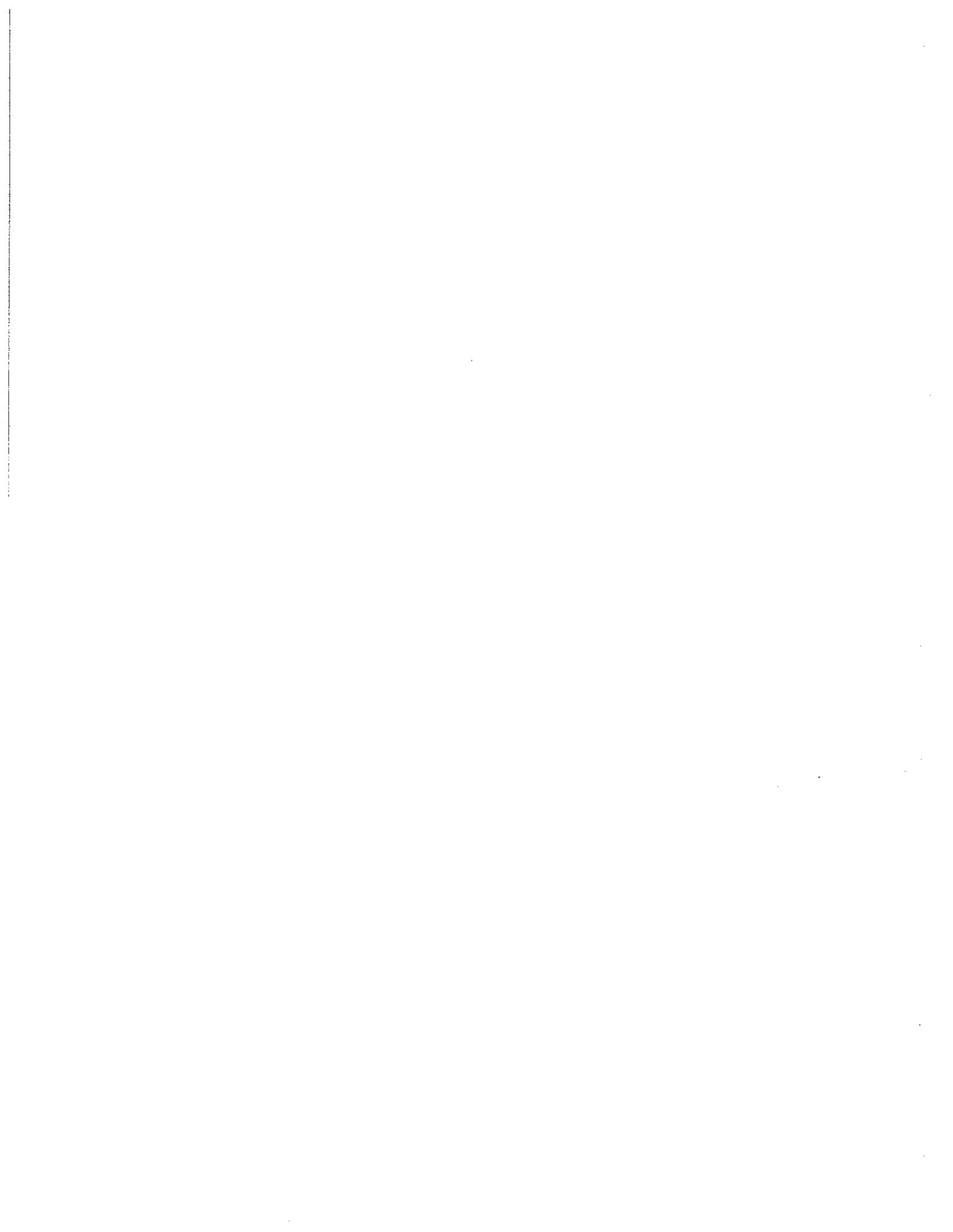


Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Privado  
Derecho Civil V  
Profesores Enrique Barros Bourie y Nicolás Rojas Covarrubias

## MATERIALES IV

### Regímenes Especiales de Responsabilidad.

1. BARRROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. (2006). Págs. 748 a 770, 787 a 813, 813 a 867, y 1.042 a 1.055.



Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ENRIQUE BARROS BOURIE

TRATADO DE  
RESPONSABILIDAD  
EXTRA CONTRACTUAL

● ENRIQUE BARROS BOURIE  
● EDITORIAL JURIDICA DE CHILE  
- Carmen 8, 4° piso, Santiago  
Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción N° 159.001, año 2006  
Santiago - Chile  
Se terminó de imprimir esta primera edición  
en el mes de noviembre de 2005  
IMPRESORES: Productora Gráfica Andrés Ltda.  
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE  
ISBN 956101791-9



culpa del conductor, bastando la sola demostración del accidente y las consecuencias de muerte o lesiones que aquel haya causado (artículo 6°). Finalmente, las víctimas y sus beneficiarios tienen una acción directa en contra del asegurador, no resultándole oponible las excepciones que este pueda alegar contra el tomador del seguro (infra N° 867).

Si en un accidente participan dos o más vehículos, cada asegurador es responsable de las indemnizaciones a que tienen derecho las personas respectivamente transportadas en los vehículos asegurados (artículo 12°).

e) El seguro obligatorio de accidentes de vehículos motorizados es compatible con la acción de responsabilidad civil extrac contractual, de acuerdo con las reglas generales analizadas en esta sección (artículo 15). Atendidos los montos reducidos de la cobertura obligatoria, no se plantea en el derecho chileno la pregunta de otros sistemas más comprensivos, en orden a si el seguro es acumulable a la indemnización de perjuicios de fundamento extrac contractual. Con todo, se establece que las sumas pagadas por el asegurador se imputan a los pagos que deban realizar el conductor o el propietario de conformidad con el régimen general de responsabilidad (artículo 15 III).

f) Siguiendo las reglas generales del seguro de responsabilidad civil (infra N° 868), el asegurador no tiene acción contra el asegurado, salvo que haya actuado dolosamente, pero si la posee en contra de los demás responsables del accidente (artículo 16). Aunque la ley dice que es una acción para recuperar lo pagado, debe entenderse que se trata de una subrogación en las acciones que corresponden al asegurado (Código de Comercio, artículo 553 I).

§ 53. RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS<sup>544</sup>

a. La responsabilidad por productos defectuosos en el ordenamiento de la responsabilidad civil

544. Planteamiento. a) La expresión del derecho de la responsabilidad civil en una regla abstracta de responsabilidad por culpa (como la establecida por los artículos 1437, 2284, 2314 y 2329) tiene las ventajas y dificultades de una extrema generalización. Así, parte esencial del derecho de obligaciones, como es la responsabilidad por daños causados fuera del ámbito contractual, queda expresada en textos que norman ámbitos extensos de la vida de relación, pero que son indeterminados respecto de sus circunstancias concretas de aplicación. La consecuencia inevitable es que la construcción de reglas más precisas queda entregada a la jurisprudencia y a la doctrina, así como a los estatutos legales especiales.

<sup>544</sup> Este apartado tiene por antecedente el comentario a un trabajo de Hernán Carral sobre productos defectuosos preparado en el marco del Proyecto sobre Modificaciones al Código Civil y Código de Comercio, patrocinado por diversas facultades de derecho de Chile y la Fundación Fernando Llanos (1903).

A lo anterior se agrega una amplia discusión, desde las fronteras externas del derecho, respecto de la racionalidad que subyace a dicha subjetiva al ordenamiento de la responsabilidad civil. Tanto desde el punto de vista de la justicia correctiva (infra § 3. a) como de la eficiencia preventiva (infra § 3. b), se ha generado en las últimas décadas una amplia discusión acerca del sistema de responsabilidad que debiera ser prevalente (infra § 3.6). Aunque el análisis no ha sido concluyente, ha contribuido a un discernimiento más refinado (y por lo mismo menos ideológico) de los elementos básicos de la responsabilidad por culpa, a revisar de un modo más diferenciado las características y tipos de responsabilidad estricta, y a avanzar, donde resulte necesario, en el establecimiento de regímenes especiales de responsabilidad que se hagan cargo, a la luz de las doctrinas generales, de las particularidades de los tipos específicos de accidentes.

b) Todos estos aspectos confluyen de manera especialmente intensa en la responsabilidad por daños provocados por *productos de uso o consumo* (infra § 3. a) que plantea preguntas de especial relevancia y que ha sido objeto de un desarrollo doctrinario, jurisprudencial y legislativo muy extenso en el derecho comparado. En una economía en que los intercambios han crecido exponencialmente en pocas décadas y en que el consumidor no tiene usualmente una protección contractual eficiente, atendido lo extenso de la cadena de distribución, la responsabilidad por productos defectuosos que provocan daño a consumidores tiende a tener un lugar importante en el ámbito de la responsabilidad civil, tanto desde un punto de vista dogmático como práctico.

545. La responsabilidad por productos defectuosos en el sistema clásico de responsabilidad civil. a) En ausencia de un estatuto especial de responsabilidad, los daños causados por productos defectuosos deben entenderse regidos, en principio, por el régimen general y subsidiario de responsabilidad, construido sobre el supuesto de un daño atribuible a la culpa probada de un tercero. Pero si se adopta rigidamente ese estatuto general, se plantean de inmediato una serie de problemas conceptuales y probatorios gravísimos, porque los costos e incertidumbres que debe asumir la víctima que pretende ser reparada son de tal entidad que la balanza resulta por completo inclinada en su perjuicio.

b) En primer lugar, resulta usualmente difícil mostrar en este tipo de accidentes cuál fue la acción u omisión concreta que tuvo como resultado causal el daño sufrido. Si una botella estalla al intentar abrirla el consumidor, puede resultar imposible o en extremo costosa la prueba de que el daño se debió a un cierto hecho del fabricante del envase, a una prima defectuosa (viciosa, en la terminología del Código Civil) o a una operación indebida del enbotellador. A ello se agregan, especialmente respecto de productos de diseño o construcción complejos, las enormes dificultades de información entre la empresa fabricante y el consumidor. En definitiva, estas dificultades suelen imponer a la víctima la carga de una verdadera *probação diabolica*, que se traduce, de hecho, en que el fabricante

o proveedor resulte efectivamente responsable de accidentes que pudieran evitarse con mediana diligencia.

A lo anterior se agregan dificultades de *calificación de la conducta negligente*, aun en los casos que se lograse demostrar la causa precisa del accidente. En efecto, el juicio de culpabilidad supone la comparación de la conducta real con aquella que el fabricante debió observar, de conformidad con un estándar general de debido cuidado (*supra* § 10). La determinación de ese estándar exige, en principio, conocer los usos tenidos por obligatorios en la industria o actividad de que se trate o, en su defecto, mostrar que el hecho preciso al que el accidente es causalmente atribuible pudo ser evitado, si se hubiesen aplicado los cuidados que razonablemente exigía el riesgo provocado. Así, superada la barrera de probar el hecho preciso que generó el accidente, surge aún la carga de mostrar por qué ese hecho debe ser tenido por culpable (salvo los casos más bien excepcionales de culpa infraccional, en que el ilícito está definido por la ley).

Por último, la responsabilidad por daños provocados por productos usualmente sólo se puede hacer efectiva respecto del *empresario*, lo que plantea el inconveniente adicional de que coinciden dos juicios de culpabilidad: uno regido por las reglas generales de la responsabilidad por el hecho propio (el hecho del dependiente) y otro sujeto a una presunción de culpa (la negligencia del empresario). Mientras el primer hecho plantea todas las dificultades antes referidas, el segundo agrega una contingencia adicional, pues, en principio, el empresario puede descargarse de la presunción probando que el accidente es atribuible exclusivamente a la culpa del dependiente, sin que le resulte atribuible negligencia alguna en la dirección y gestión empresarial.

c) Si se asumen estos supuestos, es fácil plantear severas dudas respecto de la justicia y la fuerza preventiva de un ordenamiento de responsabilidad por productos. Desde el punto de vista de la justicia, un ordenamiento de esa naturaleza coloca a la víctima en una posición estratégica tan débil, que resulta ilusoria su pretensión de recitar el injusto producido en su perjuicio en casos donde los daños sólo pudieron ser evitados por el productor. Desde el punto de vista preventivo, un ordenamiento como el descrito establece tales cargas al demandante en el inicio de responsabilidad que el empresario no tendrá los estímulos para alcanzar un adecuado nivel de cuidado, en razón de la baja probabilidad de ser condenado, aunque efectivamente incurra en negligencia.

d) Todo parece indicar, en consecuencia, que la responsabilidad por productos debe seguir un régimen diferente al referido. Un camino es idear un esbozo legal específico; otro, es dejar su desarrollo entregado a la doctrina y jurisprudencia. En general, ambos caminos han sido igualmente explorados en el derecho comparado.

546. La responsabilidad por productos defectuosos a la luz de la evolución del derecho de la responsabilidad civil. a) En pocas áreas del derecho civil se ha producido un refinamiento más importante, desde la época de la codificación, que en materia de responsabilidad extrac contractual. El pu-

latino cambio de sentido de la responsabilidad ha estado liderado por la jurisprudencia. Por eso, es imposible dar cuenta del derecho vigente en Chile sin hacerse cargo de la interpretación judicial de las escasas reglas legales contenidas en el Código Civil. En el marco de esa evolución general, la responsabilidad por productos defectuosos está regida por reglas diferentes de las que resultan de la mirada estática a los principios clásicos de la responsabilidad por culpa, efectuada en el párrafo precedente.

b) El primer cambio introducido *de lege ferenda* por la jurisprudencia se refiere a las reglas que rigen la responsabilidad del empresario por actos de sus dependientes. La tendencia general de la jurisprudencia ha sido aceptar como suficiente una *culpa difusa*, que se muestra en *la organización empresarial en su conjunto*, sin que sea exigida una precisa determinación del hecho, ni del dependiente específico que actuó con negligencia (*supra* N° 129).<sup>285</sup> De este modo, si un producto tiene un defecto al que pueda ser objetivamente imputado el daño, la víctima podrá argumentar que éste es atribuible a la infracción de un deber de cuidado exigible a la organización empresarial. En consecuencia, aunque a menudo se consigne en los fallos una referencia a la responsabilidad por el hecho ajeno (en la medida que la culpa del empresario sea fundada en los artículos 2320 y 2322), en la práctica son obviadas las rigurosas exigencias probatorias respecto al hecho culpable del dependiente.

El paso siguiente resulta por completo natural: en la medida que la prueba de la culpa de ciertos dependientes puede ser obviada, fundándose en la responsabilidad del empresario fabricante en fallos en la organización del proceso de concepción, desarrollo, elaboración, control de calidad e incluso de información al consumidor, ella deviene en una *responsabilidad del empresario por la propia culpa* (*supra* N° 129). De hecho, la responsabilidad del empresario por productos dañinos presenta analogías con la responsabilidad por falta de servicio del derecho administrativo, porque del mal funcionamiento de la organización que deviene en un producto o servicio defectuoso se sigue en definitiva la responsabilidad (*supra* § 40 a).

Finalmente, en casos como los de daños producidos por productos defectuosos, los tribunales construyen la culpa del empresario recurriendo a la *praxología general de responsabilidad por el hecho propio*, sea porque la acción es en sí misma peligrosa, o porque de acuerdo con la experiencia respecto del curso normal de los acontecimientos el accidente debe ser atribuido *prima facie* a la negligencia, más que a un caso fortuito o a un hecho del consumidor (*supra* § 14). Así, en el derecho chileno y comparado, se ha tendido a establecer un correctivo que suele resultar muy eficaz, para superar las dificultades que tiene la víctima de probar el vicio preciso en el proceso productivo que provocó la comercialización del producto defectuoso.

<sup>285</sup> Aunque la expresión técnica de *culpa difusa* es posterior, el criterio ya aparece implícito en la jurisprudencia de principios del siglo pasado: ver CS, 30/11/1923, RDJ, t. XXIII, sec. 1°, 1801, y CS, 11/11/1924, RDJ, t. XXIII, sec. 1°, 301; véase también, CS, 30/12/1953, RDJ, t. I, sec. 1°, 311, y CS, 11/12/1958, RDJ, t. I, sec. 1°, 399.

Invertido el peso de la prueba, con fundamento en el artículo 2329, el efecto no previsto puede ser que la *probatio diaboli* sea soportada, en vez de la víctima, por el empresario, quien debe mostrar que el defecto se produjo *e passer* de haber empleado el debido cuidado en todo el proceso de producción. La consecuencia práctica de esta inversión de la carga probatoria suele ser decisiva: el objeto de la prueba pasa a ser la *manentis spe* eficaz como ha llegado a producirse el defecto y por qué al personal y a la organización no se les puede imputar negligencia al no haberlo evitado. Esta excusa usualmente es descartada por los tribunales con el argumento de que el acortamiento de un defecto es sinónimo de que no fueron adoptadas las debidas preventiones.<sup>547</sup> De este modo, el empresario debe probar concretamente la causa precisa del defecto y las razones que excluyen su responsabilidad, lo que usualmente lleva a que sólo le sea admisible como excusa el caso fortuito.<sup>548</sup>

c) Una mirada comprensiva al derecho de la responsabilidad civil efectivamente vigente en Chile muestra una evolución jurisprudencial consistente con la doctrina comparada. El fortalecimiento de la posición de la víctima se produce, ante todo, desde un punto de vista normativo, a consecuencia de la aceptación de una responsabilidad por el hecho propio del empresario y por la aceptación de una culpa difusa, radicada en la organización. También se produce desde un punto de vista estratégico, al acortarse la presunción del artículo 2329 cuando existe un indicio *prima facie* suficiente mente fuerte de culpa o de causalidad. El resultado es la prueba hecha posición de desventaja estratégica de la víctima cuando la prueba hecha valer por el demandante, atendida la naturaleza del accidente, resulta suficiente para inferir que en el caso infortnal de los acontecimientos lo más probable es que el accidente se haya debido a culpa del demandado.

El criterio de que los indicios hablan de la culpa del tercero se cumple con frecuencia en la responsabilidad por productos defectuosos. Por eso, no debe extrañar que esos accidentes constituyan una clase paradigmática de casos en que por vía legislativa o jurisprudencial se ha cambiado hacia un régimen de presunciones de culpa (como el reseñado) o hacia un estatus especial de responsabilidad estricta calificada (como el que será referido en la próxima sección).<sup>549</sup>

En Venase, por ejemplo, las tempranas sentencias de la Corte Suprema sobre presunción de culpa por el hecho propio (CS, 12.10.1940, RJD, I, IX, sec. 2; CS, 11.1.1924, RJD, I, XXII, sec. 1, 912; CS, 16.4.1929, RJD, I, XXVII, sec. 1, 910).

547. Sobre las condiciones de esta excusa, véase *supra* N° 57 para la presunción de culpa por el hecho propio, y *supra* N° 116 para la presunción de culpa por el hecho ajeno. Un análisis comparado de la responsabilidad por productos puede consultarse en Zaverri/Sola (1995) 676, Van Bar (1996) II 417; una breve reseña comparativa referencias al derecho chileno, incluida la Ley de consumidores, en López 2002 145.

b. Tendencias del derecho comparado: culpa y formas de responsabilidad estricta por daños producidos por productos defectuosos

547. Evolución del derecho norteamericano sobre responsabilidad por productos defectuosos. a) Los orígenes de la responsabilidad por accidentes, se encuentran en el derecho norteamericano. La evolución que la materia ha tenido en ese ordenamiento, en que esencialmente han participado la jurisprudencia y la doctrina, es muy ilustrativa de los caminos que adopta el derecho privado para encontrar soluciones justas y eficientes cuando los institutos tradicionales resultan insuficientes.

b) En el *common law* se entendió que la relatividad del contrato impedía traspassar la responsabilidad más allá del comerciante que compraba el bien al fabricante. Aunque la regla de la relatividad del contrato (*privity*) fue objeto de ciertas excepciones (particularmente en el caso de productos peligrosos), el salto jurisprudencial más importante se produjo cuando a comienzos del siglo XX se aceptó una acción de responsabilidad extrac contractual (*strict*), con fundamento en que quien pone un producto en el mercado formula una invitación a una clase indeterminada de posibles usuarios, sin reserva de responsabilidad.<sup>547</sup>

El paso siguiente fue la aplicación de la regla probatoria *res ipsa loquitur* (flegid que las cosas hablan por sí mismas), que permitió construir el juicio de culpabilidad sobre la base de una presunción cuando el accidente era indicio *prima facie* de que había intervenido una negligencia ajena. Así, por ejemplo, si una botella de hebillas gaseosas estallaba en manos del consumidor provocándole heridas, se debía partir del supuesto de que había mediado una negligencia en la fabricación, y no de la presunta inversión de que había intervenido un mero caso fortuito.<sup>548</sup>

Finalmente, a partir de la década de 1960, la jurisprudencia se tendió a unificar en torno a la idea de que el fabricante responde bajo una regla de responsabilidad estricta calificada por los defectos de los productos que ponía en el mercado, bajo el principio de una garantía implícita que no podía ser estirada mediante una declaración modificatoria de la responsabilidad.<sup>549</sup> De este modo, se completó una evolución desde la posición inicial, en que la responsabilidad sólo podía ser aplicada bajo el derecho de los contratos (con las restricciones de imoponibilidad que ello imponía a los consumidores finales que no habían contratado con el fabricante), a una en que sólo puede constituirse como una hipótesis de responsabilidad extrac contractual. Como se expone en un comentario de la tercera recopilación doctrinaria del derecho de la responsabilidad extrac contractual, se

547. *Mor Pearson v. Birtch Motor Co.*, 217 N.Y.880 (1916).

548. Así, el voto de mayoría en el caso *Farber v. Coca Cola Bottling Co.*, 94 Cal. 3d, 453, 150 P.2d, 496 (1944), donde un famoso voto de minoría ya propuso construir el caso bajo una regla de responsabilidad estricta calificada por el mero resultado decaído del producto. Véase El caso *Idler parcer v. Lionington v. Mobergfeld Maiano Inc.*, 32 N.J.353, 988 (1960).

presume que el usuario ordinario de un producto carece de suficiente información y poder de negociación para convenir una limitación contractual equitativa de derechos indemnizatorios.<sup>548</sup>

c) Sin embargo, la evolución de la responsabilidad por productos no ha sido lineal hacia formas cada vez más puras y extendidas de responsabilidad estricta. En efecto, con el correr del tiempo se han introducido distinciones para llegar a reglas justas y estrictas respecto de diversos grupos de defectos; como expresa uno de los juristas más lúcidos en la materia, "definir lo que constituye el defecto de un producto rápidamente deviene en la tarea sin fin de aplicar la definición a cada uno de los millones de productos que entran a la corriente del comercio".<sup>549</sup>

d) Precisamente, en atención a la necesidad de diferenciar situaciones típicas, actualmente en el derecho norteamericano se distingue entre los defectos de manufactura, diseño e información.

El *defecto de manufactura* está sujeta a una forma calificada de responsabilidad estricta, porque no basta que el producto haya tenido incidencia causal directa en el daño (como ocurre con la responsabilidad estricta propiamente tal), sino se requiere la calificación del producto como "defectuoso", de modo que es necesario un juicio de valor a efectos de dar lugar a la responsabilidad. Con todo, a diferencia de lo que ocurre con la negligencia presunta, no es la conducta, sino el resultado defectuoso del producto lo que hace responsable al fabricante;<sup>550</sup> de modo que el productor no puede hacer valer la (en gran medida recíproca) excepción de diligencia.

Por el contrario, el producto tiene un *defecto de diseño* cuando "los riesgos previsibles de daños provocados por el producto pudieran haber sido evitados si se hubiese adoptado un diseño alternativo";<sup>551</sup> de modo que, en esta área rige típicamente una regla de responsabilidad por negligencia, esto es, por no haberse ampliado el debido cuidado.

Lo mismo vale para el *defecto en la información* provista por el fabricante al consumidor. Ocurre este tipo de defecto si "el riesgo previsible de daño provocado por el producto podría haber sido evitado o reducido por medio de razonables instrucciones o advertencias (...) y la omisión de instrucciones o advertencias es lo que hace que el producto no sea razonablemente seguro".<sup>552</sup> Estas reglas en nada se diferencian del principio general de responsabilidad por negligencia, que subsidiariamente rige en todos los sistemas jurídicos.

<sup>548</sup> Restatement/Torts III § 18.

<sup>549</sup> Epstein 1989 406.

<sup>550</sup> Shavell 1987 51, da en mi opinión una perfecta diferencia entre negligencia y producción defectuosa: mientras en el primer caso la responsabilidad tiene su fundamento en el proceso de producción, en el segundo el antecedente está dado por la pobre calidad de unidades específicas del producto. En definitiva, la cuestión es una aplicación concreta de la diferencia general que existe entre la responsabilidad por negligencia y la responsabilidad estricta calificada sobre esta diferencia, *supra* N° 302.

<sup>551</sup> Restatement/Torts III § 2 b).

<sup>552</sup> *Idem* § 2 c).

e) El derecho norteamericano, luego de un siglo de evolución y adaptación, muestra que la tarea del derecho de la responsabilidad por productos defectuosos radica en la definición jurisprudencial y doctrinaria de las circunstancias precisas de aplicación de los principios en juego. En un momento pareció establecerse una revolución que extremaba la responsabilidad hacia formas cada vez más estrictas "bajo la euforia del activismo judicial de los sesenta".<sup>553</sup> Sin embargo, el camino ha tenido menos rupturas de las que entonces podían esperarse, hasta la actual consolidación en una reemplazación doctrinal dedicada precisamente a productos defectuosos, que establece los principios moderados antes referidos. La misma reemplazación propone reglas más precisas respecto de las operaciones comerciales que dan lugar a responsabilidad, resolviendo cuestiones relativas a la definición del producto, el alcance personal del estatuto de responsabilidad, los titulares de la acción, los daños cubiertos por la responsabilidad y las causales de exoneración que resultan admisibles para el demandado. Estas materias serán tratadas en los párrafos siguientes.

En otras palabras, más que una dramática desviación respecto del régimen legal vigente en Chile, la experiencia norteamericana de un siglo muestra que la responsabilidad por productos más bien plantea preguntas típicas, que, en esencia, pueden ser contenidas a la luz del desarrollo de nuestras instituciones jurídicas tradicionales.

548. Evolución del derecho europeo sobre responsabilidad por productos defectuosos. a) La mayoría de los derechos nacionales europeos se han adaptado internamente en materia de responsabilidad por productos, aun antes de que en 1985 se dictara, precisamente a ese respecto, la primera directiva comunitaria que recayó sobre un tema de derecho civil.<sup>554</sup>

b) En el derecho francés se exploró mejor la posición de la víctima, ante todo, por la vía de extender la responsabilidad por el hecho de las cosas, que una antigua interpretación del artículo 1384 del Código Civil francés había transformado en estricta u objetiva respecto del tenedor (*infra* N° 136 b). Se dijo que si bien el fabricante no era 'guardián' de la cosa, en el sentido técnico que la jurisprudencia había dado a este concepto legal (porque se había desprendido de la tenencia material, pasando al comerciante y luego al consumidor), sí lo era de la estructura, porque sólo él podía controlar y neutralizar los riesgos conexos al uso o consumo del producto.<sup>555</sup> Pero también se intentó expandir la responsabilidad contractual por vicios redhibitorios, estimándose que la víctima del producto defectuoso podía entablar una acción contra el fabricante con fundamento en la compraventa inicial; a su vez, se asumió que los especialistas (como

<sup>553</sup> Epstein 1989 402.

<sup>554</sup> Directiva 85/374/CEE del Consejo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

<sup>555</sup> Vinay/Jourdain 1998 687.



los fabricantes) debían estar en situación de conocer los vicios susceptibles de causar dano, de modo que la obligación de garantía adquirió *per se* un alcance indemnizatorio (artículo 1643 del Código Civil francés, esencialmente correspondiente al artículo 1861 del Código Civil chileno).<sup>308</sup>

c) En el derecho alemán se produjo una evolución análoga a la experimentada en el derecho chileno. En un caso muy conocido, que generó una posterior jurisprudencia uniforme, se dio por presunta la culpa del fabricante de una vacuna infestada por bacterias que provocó una mortandad entre las aves de una granja donde había sido aplicada.<sup>309</sup> La doctrina consideró que la presunción de culpa y causalidad era suficientemente fuerte y, al menos bajo ciertas circunstancias, preferible a la responsabilidad estricta por productos defectuosos.<sup>310</sup> Igual solución encontró la jurisprudencia italiana a propósito de un caso de intoxicación con galicinas, conocido como el caso *Sanna*.<sup>311</sup>

d) En definitiva, por aplicación extensiva del derecho de la responsabilidad civil, la jurisprudencia en la mayoría de los principales ordenamientos europeos tendió durante el siglo pasado a tratar los daños por productos bajo un estatuto de responsabilidad por culpa particularmente estricto; especialmente sobre la base de presunciones de culpabilidad que llevaron el estatuto hasta los límites de la responsabilidad estricta, en la medida que el fabricante quedaba sujeto a exigencias probatorias extremadamente difíciles de cumplir al momento de fundar la excepción de diligencia. Por eso, la introducción por la directiva europea de un régimen de responsabilidad estricta calificada no produjo alteraciones esenciales, sino más bien permitió unificar los conceptos que rigen la responsabilidad, como se muestra en las leyes nacionales dictadas en aplicación de esa directiva.<sup>312</sup>

e) En verdad, la diferencia entre ambos regímenes de responsabilidad es nítida desde el punto de vista analítico: mientras la responsabilidad por negligencia presunta atiende al proceso que pone el productor en manos del usuario, la responsabilidad por defecto del producto atiende estrictamente al resultado. En este último nada importan las razones por las cuales el producto resultó defectuoso, de modo que no se acepta la alegación de diligencia. Sin embargo, atendida la evolución jurisprudencial del sistema de responsabilidad por culpa, en la práctica, la diferencia suele ser irrelevante.

<sup>308</sup> Zweigert/Kötz 1996 883.

<sup>309</sup> Baudouin/Boh 1984 150, Zweigert/Kötz 1996 683.

<sup>310</sup> Así, Kötz 1991 463, con el argumento de que hay algunas hipótesis en que la responsabilidad estricta por productos defectuosos no resulta suficiente, como ocurre si un defecto que se manifiesta sólo después de poner un producto en el mercado; en el mismo sentido, Médeus 2003 b-35.

<sup>311</sup> Vissintin 1996 II 427.

<sup>312</sup> Así, en España, la materia se reguló por la Ley 281/1994, analizada en L. Meyer-Renzo 1999 144; en Francia, por ley del año 1998 se introdujeron los artículos 1386-1 a 1386-18 al Código Civil de ese país; en Alemania, la materia fue regulada por una ley especial sobre responsabilidad por productos defectuosos dictada el año 1989; en el Reino Unido, el año 1987 se dictó la *UK Consumer Protection Act*; y en Italia, la Ley 224/1988, que contemporáneamente observó la directiva europea de 1985 (al respecto, véase Vissintin 1996 II 424).

c. El régimen de responsabilidad por productos defectuosos en el derecho chileno

549. Presunción de culpa por el hecho propio como régimen general de responsabilidad. En circunstancias que la responsabilidad estricta sólo puede ser establecida por el legislador, se muestra en el derecho chileno un vacío normativo con relación al derecho comparado (sólo en la Ley de Vicio Normativo con relación a derecho sobre seguridad de productos consumidores se contienen algunas normas sobre seguridad de productos y servicios). Con todo, como se ha visto, la evolución del derecho privado comparado en materia de responsabilidad por productos defectuosos llegó a su momento crítico precisamente cuando se reconocieron presuntos de culpa, cuyo fundamento era la existencia de un defecto en el producto que se pone en el mercado. En el derecho comparado debe entenderse que ese estado evolutivo ha sido alcanzado. Por consiguiente, la mayoría de las preguntas que hoy se plantean en el derecho comparado como requisitos de una responsabilidad estricta calificada por el defecto del producto o adquirieren en el ordenamiento jurídico chileno la forma de requisitos para que se aplique una presunción de culpa por el hecho propio del fabricante. En ese contexto, las distinciones analíticas del derecho comparado son relevantes en nuestro sistema jurídico, aunque la existencia del defecto no sea condición para que se aplique una responsabilidad estricta calificada, sino una responsabilidad por culpa presunta.

550. Normas sobre seguridad de productos y servicios en la Ley de consumidores. a) La Ley de consumidores no contiene reglas generales sobre responsabilidad por productos defectuosos. Sólo contiene normas sobre seguridad de *productos potencialmente peligrosos y servicios riesgosos*. Aunque las normas establecen como consecuencia sanciones de multa, es innegable que dan lugar a hipótesis de culpa infraccional a efectos de la responsabilidad civil (*supra* § 10 d 1).

b) El proveedor de *productos cuyo uso resulta potencialmente peligroso* para la salud o la integridad física de los consumidores o para la seguridad de sus bienes (esto es, para daños corporales o a las cosas) tiene un *deber de informar* en el producto mismo o documentos anexos, las instrucciones e indicaciones necesarias para que su empleo se efectúe con la mayor seguridad posible (Ley de consumidores, artículo 45 1). Como es usual en deberes de información, debe entenderse que la obligación es de medios, de modo que probado por el proveedor que dio la información, la prueba de la negligencia corresponde a quien demanda responsabilidad (*infra* N° 815).

En otras palabras, la norma no altera el régimen general de responsabilidad por la calidad inherente del producto y se limita a establecer un deber de advertencia acerca de los riesgos. Sólo si por resolución judicial o de la autoridad administrativa competente ha sido declarada o determinada la peligrosidad de un producto o servicio, o su toxicidad en niveles considerados nocivos para la salud o seguridad de las personas, se establece un régimen de culpa presunta y solidaria del productor, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio en su caso (Ley de consumidores, artículo 47 1).

Con todo, queda eximido de la responsabilidad referida quien provea los bienes o servicios de conformidad con las medidas de prevención legal o reglamentaria establecidas y los demás cuidados y diligencias que exija la naturaleza de aquéllos (artículo 47 II). De ese modo, la norma excluye la responsabilidad de quienes han observado las regulaciones legales o administrativas y demás reglas generales de debido cuidado.

En las hipótesis de peligrosidad del producto declarada judicial o administrativamente, los consumidores disponen de una acción de restitución en naturaleza, que obliga al proveedor a reemplazar el bien por otro de utilidad análoga y valor equivalente, y si ello no fuere posible, a restituir lo pagado (artículo 48). Este deber es sin perjuicio de la responsabilidad civil por los daños causados por el producto, que se rige por las reglas generales analizadas en esta sección.

c) Los servicios no quedan usualmente cubiertos por los estatus especiales de protección de consumidores. Sin perjuicio de ello, la ley de consumidores ha incluido los servicios riesgosos en su disposición sobre seguridad (artículo 45 II); en analogía con la peligrosidad de los productos, referida en la misma disposición, puede entenderse que son servicios riesgosos los que amenazan la salud o integridad física de los consumidores o la seguridad de sus bienes.

El proveedor de estos servicios riesgosos tiene el deber de informar acerca de las condiciones de seguridad, dando a conocer las medidas preventivas necesarias a quienes pudieran verse afectados, de modo análogo a como sucede con los productos (artículo 45 II). Las reglas sobre presunción de responsabilidad respecto de productos declarados peligrosos o no, cíviles, se extienden en igual forma a los servicios (artículo 47).

d. *Preguntas específicas que plantea la responsabilidad por productos defectuosos*

551. Necesidad de determinar un concepto de defecto del producto. La idea de defecto califica la responsabilidad por daños provocados por productos, sea que se trate de una responsabilidad por culpa presunta o de una estricta calificada. En consecuencia, la primera pregunta que debe responder todo ordenamiento en la materia se refiere a lo que se entenderá por defecto. La pregunta concreta, en verdad, dos cuestiones diferentes: la primera se refiere al concepto de defecto, esto es, a los vicios o deficiencias que dan lugar a responsabilidad; la segunda tiene que ver con los criterios que permiten discriminar entre el defecto y la normalidad. En circunstancias que ambas preguntas tienen su *propiis iogica*, conviene desarrollárlas por separado.

552. Concepto de defecto: ¿qué es un defecto? a) Contra las opiniones, la noción de defecto es muy elástica. De ahí que resulte conveniente partir de los problemas que se deben resolver para sólo entonces intentar definirlo. La responsabilidad por productos defectuosos debe atender a la concepción estratégica y sustantiva de las vicinas de accidentes, bajo el

supuesto de que la responsabilidad no se puede apoyar en la mera causalidad. En este contexto, la noción de defecto cumple dos funciones: ante todo, como se ha visto, permite poner la atención objetivamente en el producto; pero también agrega un calificativo, porque no basta que el producto haya intervenido de cualquier forma en el accidente, sino que se requiere que éste se deba precisamente a un defecto. Si el producto resulta ser defectuoso y de ello se sigue daño, se presume la culpa del fabricante. Lo determinante es que exista un juicio de disvalor respecto del producto, sea para presumir la culpa, como en el derecho chileno (*supra* N° 549 y 550), sea para dar por establecida de plano la responsabilidad, como ocurre por lo general en el derecho comparado (*supra* N° 547 y 548).

Sin embargo, este análisis sólo ayuda a aclarar el planteamiento de la pregunta. En efecto, las razones por las cuales un producto puede ser calificado de defectuoso son de muy diversa naturaleza. Establecer distinciones resulta necesario por una razón práctica, porque la experiencia enseña que distintos tipos de defectos requieren ser concebidos de maneras también diferentes. Siguiendo al derecho norteamericano, para fines prácticos se puede distinguir entre defectos de elaboración, de diseño y de información (*supra* N° 547 d).

b) Los primeros casos que llevaron a plantearse la responsabilidad por productos tienen ciertos caracteres comunes: un carruaje cuyo eje se quiebra, porque el madero es de mala constitución; unas vacunas que durante el proceso de fabricación se han infestado con bacterias; la botella que explota en la cara de quien pretende abrirla. Estas situaciones responden a la idea de una anomalía que hace que el producto sea en concreto más peligroso de lo que corresponde a su propia naturaleza. Son primeramente estos casos más directos de *defecto en la elaboración* los que ocuparon la atención de los juristas en las más diversas jurisdicciones y llevaron a desarrollar reglas, al interior del propio sistema clásico de responsabilidad, que utilizaban la indensión de la víctima (como ha ocurrido en nuestro ordenamiento jurídico).

Todo indica que los defectos de elaboración, que se expresan en una anomalía respecto de productos del mismo tipo, presentan características diferentes a los defectos de diseño o desarrollo y a los defectos de información o advertencia. Esa diferencia justifica que sólo sea indiscutible la presunción de culpa respecto del defecto que individualmente se haya de su modo de fabricación: si la botella estalla en manos del consumidor, o la conserva tiene un agente infeccioso, o los frenos del automóvil fallan sin aviso (y sin que medie descuido del conductor), puede presumirse la culpa sin consideración de las causas precisas que mostraron su producción.

Distinto es el caso cuando el diseño no asume todos los posibles riesgos de seguridad: si los frenos del automóvil hubiesen dispuesto del dispositivo llamado ABS (o, más extremo aún, de una renatalogía sin velocidad como la complejidad en los autos), el accidente no habría ocurrido; si el modelo de fabricación de la turbina industrial no consideraba precauciones para prevenir un incendio, bajo circunstancias previsibles, pero en extremo improbables, y costosas de evitar, atendido el riesgo conocido, que

de haberse considerado habrían evitado el incendio, si se ha entregado a la comercialización un medicamento que produce un beneficio generalizado entre los pacientes de una cierta enfermedad, pero produce un efecto secundario dañino en usuarios que poseen una particular predisposición (con la reserva que en algunas jurisdicciones los medicamentos están sujetos a un régimen de responsabilidad aun más especial). Es común a estos casos que lo valorado es el *concepto* de producto y no su *manifestación* en concreto.

c) Aunque la línea demarcatoria entre ambos grupos de defectos no siempre es nítida, parece razonable asumir la diferencia, porque extender la presunción de culpa (y con mayor razón, un régimen eventual de responsabilidad estricta) por defectos de diseño, puede extender las cosas en términos económicamente inaceptables y en cierto sentido irracionales desde un punto de vista prudencial. Ante todo, porque todos los riesgos de la innovación no pueden correr por cuenta de quien crea un nuevo producto. Así, por eficaz que el producto resulte para satisfacer necesidades urgentes del público, puede tener efectos imprevisibles, aunque se haya empleado toda la diligencia razonable en su creación (riesgo de desarrollo), pero, además, porque no todo producto *debe* ser diseñado adoptando todos los resguardos de seguridad técnicamente alcanzables de acuerdo con el estado de la ciencia (como se muestra en el ejemplo de los dispositivos de frenos), porque su caso lo sustituiría de un público consumidor que está dispuesto a asumir algún riesgo razonable a efectos de poder disponer de ese bien (riesgo de diseño).

En otras palabras, aunque se aceptare una presunción de culpa por defectos de diseño, se debe ser en extremo reflexivo al juzgar las excusas del fabricante. La sola circunstancia de haber introducido al comercio un producto que previsiblemente era susceptible de causar daño, habiendo disponibles alternativas de diseño razonablemente alcanzables y que lo habría hecho más seguro, no es *per se* indicio de culpa.<sup>553</sup> Lo anterior se justifica porque bien puede ocurrir que no sea, justa o eficiente imponer responsabilidad al fabricante, a pesar de que estaba disponible un conocimiento científico que permitía incorporar resguardos de seguridad adicionales así ocurre, por ejemplo, en los casos citados, en que la introducción de resguardos extremos de seguridad habría hecho inviable la comercialización del producto o lo habría sustrado por razones de precio de un amplio conjunto de consumidores, a pesar de que éstos estarían razonablemente dispuestos a asumir el mayor riesgo.

En definitiva, en la responsabilidad por defectos de diseño es necesario valorar si la decisión que llevó a colocar en el mercado un producto de un determinado diseño fue o no diligente atendidas las circunstancias, por tratarse de una cuestión prudencial, sólo excepcionalmente será posible la construcción de una presunción de culpa (supra § 14 b).

<sup>553</sup> Así, Resamecment/Tors III § 2 b), con referencia al defecto que da lugar a responsabilidad estricta calificada en el derecho normameneciano.

d) Por último, deberían estar sujetos a una regla de culpa probada los accidentes debidos a *errores u omisiones en instrucciones y advertencias*. Como lo ha entendido la jurisprudencia francesa, las obligaciones de información se asimilan a las obligaciones contractuales de medios (infra N° 815). El grado de información y la forma precisa de la advertencia están sujetos a una regla de razón, típica de la negligencia, incluso en los sistemas jurídicos que han adoptado un régimen de responsabilidad estricta calificada.

Debe entenderse que también quedan sujetos a las reglas anteriores los productores y comercializadores de un producto que, en conocimiento *ex post* de su peligrosidad, no informan a quienes los hayan adquirido con anterioridad acerca de la forma de evitar el riesgo asociado u ordenan las otras medidas preventivas que las circunstancias exijan.

553. Determinación del defecto: ¿a qué se atende para dar por establecido un defecto? a) La determinación del defecto de elaboración puede efectuarse desde dos perspectivas. Ante todo, se puede asumir la posición del consumidor, esto es, las expectativas legítimas de seguridad que tiene un consumidor medio y razonable.<sup>554</sup> Alternativamente, el defecto puede ser valorado mediante una regla de razón construida para el caso, atendidos los estándares exigibles a la industria respectiva de acuerdo a las circunstancias.

b) La regla que atende a las expectativas para definir lo que se habrá de tener por defecto suele ser muy vaga, especialmente cuando se trata de defectos de diseño, donde están entrelazadas complejas cuestiones técnicas y de costos. El recurso a las expectativas del consumidor adolece de un problema que precisamente justifica un régimen de presunción de culpa (o de responsabilidad estricta calificada, donde ha sido introducida), como es la información asimétrica respecto de aquella con la que cuenta el fabricante. Así, puede ocurrir que un resguardo de seguridad que el consumidor ni siquiera pueda sospechar, resulte, sin embargo, exigible para el especialista de acuerdo con una regla de razón.

Por eso, todo indicar que las expectativas del consumidor que tienen un componente marcadamente sociológico, deben ser confrontadas con una regla de razonabilidad práctica (que se juzga desde la perspectiva del fabricante) para que adquieren una forma normativa más precisa, a efectos de tener al producto por defectuoso (y dar lugar, en consecuencia, a una presunción de culpa).

554. Concepto de productos: a) Si se asume que la responsabilidad por productos defectuosos está sujeta a un régimen general de culpa presunta, conviene precisar el objeto sobre el cual recae. Aunque hay un núcleo

<sup>554</sup> Así la regla del artículo 1386-1 del Código Civil francés: "En presencia de defectos... (...) cuando un defecto de seguridad que legítimamente se puede esperar de él, en la apreciación de la seguridad que legítimamente se puede esperar de él, debería ser tenido en cuenta todas las circunstancias y especialmente la presentación del producto, el uso que pueda ser esperado razonablemente de él y el momento de su puesta en circulación".

cierto en la definición de producto a efectos de la responsabilidad, la cuestión permanece abierta en sus límites.

La directiva europea se refiere a "cualquier bien mueble, aun cuando está incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble", incluyendo la electricidad, pero excluyendo los productos agrícolas y de caza.<sup>547</sup> Las legislaciones nacionales posteriores han extendido en algunos casos las cosas que pueden generar responsabilidad bajo el estatuto especial. En Alemania, la ley de 1989 incluyó los productos agrícolas sólo en la medida que hayan sido objeto de alguna transformación; igual camino siguió la legislación española.<sup>548</sup> Por el contrario, la ley francesa de 1998, que modificó el Código Civil, extendió el ámbito material de validez a todo bien mueble, incluso si estaba incorporado a un bien inmueble, comprendidos los productos de la tierra, del ganado, de la caza y de la pesca.<sup>549</sup>

Un criterio aun más extenso han seguido la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas, al entender como producto "un bien corporal distribuido comercialmente para su uso o consumo",<sup>550</sup> de modo que lo determinante es la comercialización al público, con independencia de cualesquiera otras circunstancias. El derecho norteamericano incluso ha ido un paso más allá en la definición de producto al incluir la comercialización de inmuebles, cuando se trata de empresas constructoras o de intermediación que ofrecen las propiedades sobre una base de comercialización análoga a los productos de uso o consumo masivo.<sup>551</sup>

b) La línea divisoria no discutida parece estar entre bienes corporales y servicios. Estos dan lugar, por lo general, a obligaciones contractuales de medios (y no de resultado, como típicamente ocurre con la compraventa) y un estatuto análogo de culpa probada se extiende a la sede extracomunitaria.<sup>552</sup> La recopilación doctrinaria norteamericana excluye explícitamente los servicios<sup>553</sup> y la directiva europea lo hace implícitamente.<sup>554</sup>

<sup>547</sup> Directiva 85/374/CCE § 2. Surge la pregunta de si existe alguna razón más profunda que los orígenes de la responsabilidad por productos, que estuvo centrada en la industria, para excluir a los productos agrícolas y animales. Si una fruta ha sido tratada con un insecticida dañino o un pollo alimentado con hormonas que producen efectos nocivos en la salud humana, no parece haber razones para excluirlos de la regla de responsabilidad. Por lo demás, de no existir legislación especial y bajo el estatuto general de responsabilidad, es probable que los casos referidos a estos productos no serían distinguibles de los provocados por defectos de productos industriales.

<sup>548</sup> Ley española sobre responsabilidad por productos defectuosos, artículo 2.º, ley alemana, artículo 2.º.

<sup>549</sup> Cód. fr. artículo 1386.3.

<sup>550</sup> Restatement/Torts III § 1a.1).

<sup>551</sup> Idem § 19 comentario a).

<sup>552</sup> Sobre la responsabilidad por servicios, véase en la Ley de consumidores, supra Nº 340.

<sup>553</sup> Restatement/Torts III § 19 b).

<sup>554</sup> En este sentido, el Libro Verde sobre productos defectuosos § 2, presentando por la Comisión de las Comunidades Europeas el 28 de julio de 1989, al referirse a los productos cubiertos por la directiva, expresa que están excluidos los servicios defectuosos, para los cuales a la fecha la Comisión tenía prevista una iniciativa especial.

c) Por el contrario, existen divergencias fuertes en el derecho comparado en materia de productos de cuerpo humano (sangre, tejidos). En Francia, la jurisprudencia ha establecido una responsabilidad estricta por daños producidos por sangre contaminada por virus, que es soportada por los centros de transfusión. La ley modificatoria del Código Francés se ha hecho cargo de esta responsabilidad agravada por daños causados por elementos del cuerpo humano o por productos derivados, al no admitir a su respecto la excusa general de que "los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que se puso el producto en circulación, no permitieron descubrir la existencia del defecto".<sup>555</sup> Lo anterior con la reserva de que esta responsabilidad no alcanza al proveedor original de sangre o de tejidos, en la medida que no cumple el requisito personal de ser un profesional encargado de la conservación y suministro del órgano de que se trate.<sup>556</sup> Por el contrario, en el derecho norteamericano se ha concluido que la "sangre humana y el tejido humano, aunque sean productos comercialmente",<sup>557</sup> no están sujetos a las reglas de responsabilidad por productos defectuosos.<sup>558</sup> Legislaciones estatales y la jurisprudencia han establecido una regla de responsabilidad por negligencia tanto respecto del proveedor original como de quien presta el servicio de transfusión o trasplante, con el argumento que "razones de política pública relativas a la disponibilidad, tanto de sangre humana como de tejidos, son más poderosas que los riesgos vinculados a su provisión".<sup>559</sup> En Chile la cuestión no ha sido aún planteada ante los tribunales. En su momento, será necesario juzgar los tipos de situaciones en que pueda ser constituida una presunción de culpa por el hecho propio, de conformidad con las reglas generales (supra § 14 b).

555. Sujeto pasivo de la acción. a) En principio, la acción de responsabilidad por productos defectuosos se dirige contra quien haya puesto el producto en circulación. En esencia, se trata del productor final, aunque en la fabricación hayan intervenido elementos fabricados por otras empresas, como típicamente ocurre con las botellas de gaseosas, con ciertas piezas de los automóviles y, en general, con cualquier producto que haya requerido la intervención de proveedores. La acción contra el fabricante, entendido como quien recoge inicialmente el producto en su estado final en el comercio, tiene el carácter de una garantía implícita de calidad, que es independiente de quien sea efectivamente el causante del accidente y de si esa causa es imputable a negligencia de un proveedor intermedio. La responsabilidad recae en análogos términos sobre el productor no fabricante, si se trata de bienes que no son objeto de transformación industrial, sino de procesamiento o enrase (como podría ocurrir con la confiteación sustituta de los productos agrícolas y de las carnes, porque no hay razón

<sup>556</sup> Cód. fr. artículo 1386-12.1 en relación con el artículo 1386-1.º N.º 4.

<sup>557</sup> Cód. fr. artículo 1386-12.1.

<sup>558</sup> Restatement/Torts III § 19 (c).

<sup>559</sup> Idem § 19 comentario c).



para no extender a éstos el régimen jurídico general aplicable a los productos defectuosos).

b) El derecho comparado ha ido más allá en la extensión del ámbito personal de la responsabilidad. Un extremo de la extensión ha sido responsabilizar en toda circunstancia al comerciante (proveedor profesional, en el lenguaje del derecho francés), garantizándole, a su vez, el reembolso por parte del productor.<sup>567</sup> Esta acción resulta especialmente eficaz cuando el productor es indefinido o el bien proviene del extranjero. Por eso, un camino intermedio es extender la responsabilidad al distribuidor sólo en estos casos.

La recopilación doctrinaria norteamericana ha extendido la responsabilidad sin reservas al productor propiamente tal y a los vendedores y otros distribuidores de los productos,<sup>568</sup> aunque algunas legislaciones estatales la han limitado a casos en que estaban en situación de conocer el defecto (esto es, la han fundado en la regla general de negligencia). El argumento de los autores de la recopilación es que la responsabilidad estricta por productos defectuosos no depende de la culpa.<sup>569</sup> Con todo, es obvio que el distribuidor o comerciante se encuentra en una situación por completo diferente para administrar el riesgo, de modo que hay razones de justicia y eficiencia para atribuirle sólo responsabilidad por su propia negligencia. Desde luego que ello no impide que la política de venas del comerciante o distribuidor incluya una garantía contractual de calidad de los productos.

Un camino diferente asumió la directiva europea, que entiende por productor al que fabrica el producto, acabado, o produce o fabrica una materia prima, o parte integrante de él, extendiendo el sujeto pasivo de la acción más allá del productor sólo en dos hipótesis: respecto de quien sin ser productor asuma dicho, colocando su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto; y, además, respecto del importador desde fuera de la Comunidad Económica Europea con vistas a su distribución. Finalmente, se establece una presunción a favor del consumidor en orden a que el comerciante es productor si éste no puede ser identificado, lo que es razonable porque el consumidor no tiene forma de seguir, en tales circunstancias, la cadena que lo conduzca al productor efectivo.<sup>570</sup>

c) En el derecho chileno la pregunta se plantea de modo diferente: ¿respecto de quiénes existen razones para aplicar la presunción de culpa por el hecho propio? De la aplicación de los criterios generales

<sup>567</sup> En Francia, la acción contra el proveedor también se rige por el estatuto de los productos defectuosos (Cód. Fr. artículo 1385-7D).

<sup>568</sup> Restatement/Torts III § 1.

<sup>569</sup> Idem § 1 comentario c).

<sup>570</sup> Directiva 85/374/CEE, artículo 5°. En el mismo sentido, ley española, artículo 4° (2) y (3); ley alemana, artículo 4° y los italianos, artículo 4°. Por el contrario, el derecho francés ha extendido la responsabilidad hasta el comerciante profesional (esto es, no orgánico), pero lo ha dejado de una acción contra el productor que se rige por los mismos principios de responsabilidad estricta (Cód. Fr. artículo 1385-7).

que se inferen del artículo 2329, no hay duda que ello ocurre respecto del fabricante o productor que puso el bien en el comercio. A éste corresponde probar que la culpa puede ser atribuida a un proveedor intermedio o caso fortuito.

A falta de norma legal en contrario, distinto es el caso respecto del importador, distribuidor o comerciante. A falta de texto legal que les atribuya una responsabilidad estricta, habrá que buscar si hay razón suficiente para estimar que han incurrido en culpa presunta de conformidad con el artículo 2329. Lo anterior no obsta a que deba probarse en el juicio de responsabilidad que actuó diligentemente en la selección del proveedor.

556. Aspectos probatorios: prueba del defecto y de la relación causal. a) En la medida que la existencia del defecto en el producto sea venida por condición para que opere la presunción de culpa, ella debe ser probada por el demandante. El mismo principio rige en los ordenamientos que han establecido un régimen de responsabilidad estricta calificada por tal defecto.<sup>571</sup>

b) En materia de causalidad se suelen producir también serios problemas probatorios. Atendido este conflicto, no es extraño que el Libro Verde sobre productos defectuosos haya planteado algunas posibles correcciones.<sup>572</sup> En primer lugar, cuando las circunstancias del accidente llevan a pensar que lo más probable es que éste se haya debido a un defecto, nada impide que se aplique en la materia la presunción de un vínculo causal entre el daño y un defecto del producto, mediante interpretación de la presunción de responsabilidad por el hecho propio del artículo 2329 de nuestro Código Civil (sigua Nº 272 e). En segundo lugar, se puede debilitar la intensidad de la prueba requerida, considerando suficiente una evidencia probabilística que el daño se haya producido a consecuencia del defecto. En tercer lugar, existe la posibilidad de que el productor sea obligado a presentar toda la documentación relevante, según una regla usual en el derecho comparado y que está reconocida por nuestro ordenamiento procesal (Código de Procedimiento Civil, artículos 273 y 349). Por último, en

<sup>571</sup> Directiva 85/374/CEE, artículo 4°. Ley alemana sobre responsabilidad por productos defectuosos, artículo 1° (4); ley española, artículo 5°, Cód. Fr. artículo 1385-9. En el Libro Verde sobre productos defectuosos 3.2, que recoge casi quince años de experiencia de aplicación de la directiva, se expresa la conveniencia de revisar las modalidades que podrían tener la carga de la prueba, que hasta ahora ha recaído en la víctima. Aceptado que el solo hecho del accidente no puede ser amestorado por ser de la responsabilidad del productor (en la medida que a mera participación de un proveedor en un accidente ni es suficiente prueba de responsabilidad), se sigue que la prueba del defecto es crucial para que el demandante pueda tener éxito en el juicio indemnizatorio. Pero esta prueba puede resultar desproporcionadamente difícil y onerosa, atendidas las asimetrías de información y de recursos del consumidor respecto del productor. Esas dificultades deben ser superadas con el principio de que la responsabilidad tiene su justificación en el hecho y no en el nuevo hecho de la causalidad, de modo que a falta de prueba acerca del vínculo causal no puede presumirse.

<sup>572</sup> Libro Verde sobre productos defectuosos 3.2.

algunos sistemas jurídicos el juez puede ordenar que el informe pericial que resulte necesario sea elaborado a costa del productor, si en su opinión existen antecedentes suficientes para hacerlo soportar esa carga.

En los Estados Unidos, la doctrina y jurisprudencia han avanzado en el establecimiento de algunos correctivos que se han mostrado efectivos. El más fuerte es la adaptación de la regla *res ipsa loquitur* (que corresponde a la presunción de responsabilidad de nuestro artículo 2329) al defecto del producto y a la causalidad: si la prueba del demandante es suficiente para inferir que el accidente es de aquellos que usualmente se deben a un defecto del producto, se invierte en adelante el peso de la prueba, que recaerá sobre el fabricante,<sup>250</sup> quien deberá demostrar que no hubo tal defecto, o que el accidente se debió a la intervención de un tercero (por ejemplo, del taller que ha hecho una reparación), o simplemente a un error de conducta del propio consumidor. Bajo el título "Prueba circumstancial que permite inferir el defecto de un producto" la recopilación documental en la materia dispone que se puede dar por acreditada la responsabilidad, sin prueba específica del defecto, si se muestra que se trata de un tipo de caso que ordinariamente ocurre como resultado de un producto defectuoso y, además, no hay antecedente que permita suponer que en el caso particular hayan intervenido otras causas, distintas a un defecto del producto.<sup>251</sup> La regla se aplica al ámbito de responsabilidad estricta por defectos de fabricación y tiene un efecto concluyente tanto acerca de la existencia del defecto como de la relación de causalidad.

c) En el derecho chileno, dado el desarrollo de la presunción de responsabilidad del artículo 2329, la experiencia del derecho comparado en la materia puede ser fácilmente incorporada (ver *infra* N° 272 c). Por tanto, la superación de los problemas probatorios que plantea la responsabilidad civil por productos defectuosos en materia de causalidad depende en gran medida de la elaboración jurisprudencial de criterios más específicos para dar por establecida esa presunción *juris quantam*.

557. Exscripción de la acción. a) En el derecho chileno una de las reglas más problemáticas del estatuto de responsabilidad en el Código Civil es la relativa a la prescripción (*infra* § 59 b). Según el artículo 2382, las acciones por delitos o cuasidelitos civiles se extinguen en cuatro años contados desde la perpetración del acto. En general, la regla plantea dificultades cuando el daño atace o se produce después de los cuatro años de realizado el hecho, cuestión que frecuentemente puede ocurrir con cierto tipo de productos: si en estos casos se aplicara literalmente la norma, la acción naciera prescrita, pues no existe legitimidad activa para entablarla mientras el daño no se haya producido. La jurisprudencia ha señalado esta dificultad argumentando que el daño forma parte de la perpetración del hecho, porque si ese elemento falta, no ha nacido el derecho para demandar por daños.

<sup>250</sup> Epstein 1999 427.

<sup>251</sup> Restatement/Torts III § 3.

<sup>252</sup> CS. 18.7.1995, RDJ, t. XCII, n.º 1.53.



La misma dificultad se plantea respecto del daño ocasionado dentro del plazo de prescripción, pero que se manifiesta con posterioridad, como podría ocurrir con la responsabilidad por drogas medicinales defectuosas que sólo producen efectos irreversibles en la salud a consecuencia de su consumo prolongado en el tiempo. Todo indica que el criterio jurisprudencial desarrollado en casos en que el daño se produce más allá de los cuatro años resulta también aplicable a los casos en que el daño se manifiesta después de ese término (*infra* N° 711).

b) La responsabilidad por productos defectuosos no presenta diferencias *per se* con el estatuto general de la responsabilidad civil en estas materias, con la salvedad que es precisamente a su respecto que se pueden presentar casos muy extremos de discrepancia en el tiempo entre el hecho del demandado y el daño que se invoca en la demanda. La Directiva 85/374/CCE asume esta diferencia estableciendo dos reglas complementarias: por un lado, se dispone un plazo de tres años para interponer la acción, contado desde que el demandante tuvo (o debió tener) conocimiento del daño, clausura equivalente a nuestro plazo de prescripción extraordinaria, que declara extinguida la responsabilidad luego de diez años, a partir de la fecha en que el productor puso en circulación el producto que causó el daño.<sup>253</sup> Las mismas reglas son recordadas por las legislaciones nacionales,<sup>254</sup> en de consolidación de los riesgos por un buen compromiso entre el interés de un plazo máximo absoluto para la responsabilidad, y la justicia correctiva que persiguen las reglas de responsabilidad, que hacen inócua la circunstancia que la acción nazca prescrita.

c) Esas ideas parecen adecuadas para el derecho chileno y pueden ser interpretadas a través de una interpretación de las normas vigentes. Así, a la interpretación del artículo 2332 para el ejercicio de la acción ya referida, es posible agregar una limitación general dada por el plazo de prescripción máximo dentro del cual todas las relaciones jurídicas deben establecerse. Estas ideas son además consistentes con los criterios que la jurisprudencia chilena ha ido estableciendo en materia de prescripción y, de manera adecuada, podrían formar parte del estatuto general de prescripción de las acciones indemnizatorias en sede extrac contractual (*infra* N° 711 c).

558. Limitaciones de responsabilidad: consideraciones de orden público. a) La relación del consumidor con el proveedor es un tradicionalmente

<sup>253</sup> Directiva 85/374/CCE, artículo 10, 1.º 11. El criterio se encuentra en el RDA, §§ 193 y 199, con plazos de tres años para el ejercicio de la acción, eliminados desde que tiene la prescripción y los hechos en que ésta se funda son conocidos o deberían serlo por el actor y de treinta años, cuando el hecho que provoca la responsabilidad para que ésta se extingue sin consideración a otras circunstancias.

<sup>254</sup> Ley española sobre responsabilidad por productos defectuosos, artículos 12 y 13; Cód. Fr. artículos 1364 y 1365; Ley alemana, artículo 13.

<sup>255</sup> Directiva 85/374/CCE, artículos 10, 1.º 11. El criterio se encuentra en el RDA, §§ 193 y 199, con plazos de tres años para el ejercicio de la acción, eliminados desde que tiene la prescripción y los hechos en que ésta se funda son conocidos o deberían serlo por el actor y de treinta años, cuando el hecho que provoca la responsabilidad para que ésta se extingue sin consideración a otras circunstancias.



sujea a las reglas generales sobre cláusulas modificatorias de la responsabilidad en el derecho de los contratos. Aunque la materia ha pasado a pertenecer al derecho de la responsabilidad extrcontractual, en principio no está excluida la posibilidad de que el productor celebre una convención con algún consumidor específico; sin embargo, está fuera de lo posible, en razón de los costos de transacción, que el fabricante o productor pueda convenir un régimen indemnizatorio con todas las víctimas potenciales de accidentes. Con esta reserva, que no es jurídica sino económica, en este párrafo serán expuestas las distintas formas en que el productor puede intentar descargarse de responsabilidad: i) la descarga de responsabilidad en el envase o en formularios; ii) la limitación mediante convenciones modificatorias de responsabilidad; y iii) la limitación o exoneración de responsabilidad mediante condiciones generales de contratación incorporadas en contratos de adhesión.

b) Una primera pregunta se refiere a la validez de las limitaciones de responsabilidad que unilateralmente expone el productor en el envase o en formularios escritos anejos al producto. En circunstancias que no hay contrato con el productor y que la responsabilidad por defectos deriva de la ley (como, en general, ocurre con la responsabilidad extrcontractual), no es difícil concluir que esas limitaciones unilaterales son ineficaces, simplemente por imposibilidad al consumidor que no ha consentido en ellas. Distinto, desde luego, es el efecto que tienen las indicaciones de uso y de advertencia a efectos de cumplir con los deberes precontractuales de información del proveedor (artículo N° 550 y 552 d).

c) El paso siguiente consiste en culificar de orden público el régimen legal de responsabilidad por productos defectuosos, dejando la materia sujeta al ámbito de libertad de las convenciones modificatorias de responsabilidad. En la adopción de una regla de esta naturaleza concuerdan la directiva europea<sup>256</sup> y la recopilación norueguesa.<sup>257</sup> La privación de validez alcanza extensamente a cualquier cláusula contractual que limite la responsabilidad, sobre la base de consideraciones de orden público de protección.

En el derecho chileno, las convenciones sobre responsabilidad propia-mente tales (por extrañas que sean en la práctica) están sujetas al régimen ordinario de validez de las convenciones modificatorias de responsabilidad, incluidos los resguardos ordinarios sobre protección del consumidor y de protección de conductas abusivas. Es una cuestión de política legislativa si esta opción más abierta a la libertad de contratación es aplicable a las más paternalistas, que atribuye un carácter de orden público más extenso al ordenamiento protector del consumidor. Una actitud más re-

<sup>256</sup> Directiva 85/374/CEE, artículo 12. En el mismo sentido los derechos noruegueses europeos, ley española, artículo 14; Civil, fr. artículo 1366-13, que establece la reserva de validez de las convenciones espaldadas entre profesionales y referidas a bienes cuyo uso principal por la víctima no sea el uso o consumo privado; ley alemana sobre responsabilidad por productos defectuosos, artículo 14; ley italiana, artículo 7.  
<sup>257</sup> Resoluciones Tons III § 18.

cente respecto de la posibilidad efectiva de discernimiento de los riesgos sobre los cuales se contrata, puede llevar a justificar limitaciones más o menos amplias y genéricas<sup>258</sup> por el contrato, también puede argumentarse que la competencia y los flujos de información en los mercados son garantía suficiente de equidad en las relaciones contractuales, de modo que esta extensión de las limitaciones de orden público no resultan justificadas *per se*.<sup>259</sup> En definitiva, debe asumirse que los hechos mandan en estas materias, porque el argumento que resulta determinante para estimar que las convenciones carecen de validez en ciertos casos no necesariamente tiene la misma fuerza en otros (artículo § 70).

d) Si las limitaciones a la responsabilidad consisten en *condiciones generales de contratación*, propuestas por el oferente, la ley establece un doble criterio de control material.  
Ante todo, son ineficaces por nulidad las limitaciones absolutas de responsabilidad frente a deficiencias del producto o servicio que afectan su utilidad o finalidad esencial (ley de consumidores, artículo 16 letra e); de este modo, no valen las cláusulas exoneratorias de responsabilidad por defectos del producto o del servicio en contratos de adhesión.

Además, la ley contiene una cláusula general que permite el control material de lo abarativo, entendiendo que carecen de valor las cláusulas que en contra de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen un perjuicio del consumidor un desequilibrio importante para determinar si es contraria a la buena fe alguna cláusula, se atende a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o genéricas que lo rigen (artículo 16 letra f). En circunstancias que la responsabilidad por defectos de un producto es un elemento esencial de la relación contractual, porque supone desplazar hacia el consumidor un riesgo debido a la culpa del proveedor (que aquí no puede escapar le sea atribuido), todo indica que la cláusula que limita esa responsabilidad es nula por tratarse de una condición general de contratación contraria a la buena fe.

559. Política legislativa. a) La responsabilidad por productos defectuosos plantea preguntas específicas de significativo interés práctico respecto del sistema más justo y eficiente de atribución y distribución de riesgos en una sociedad de consumo masivo de bienes y servicios así se explica que la materia haya dado lugar a un conjunto especial de reglas legales o jurisprudenciales en el derecho comparado.

El derecho noruegueso ha sido pionero en el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad por productos defectuosos. Desde una si-

<sup>258</sup> Tópico/Válida la tesis de un análisis más amplio para el derecho de consumo, que consista en *bona fide* con respecto al comportamiento real que asume ciertos elementos de la relación como tales, de acuerdo con las prácticas de la práctica del comportamiento, en el artículo 2003 a *passim*.  
<sup>259</sup> Espenst 1989-1992.

nación originaria restrictiva de la responsabilidad, porque la doctrina de la relatividad del contrato impedía toda acción contra un tercero distinto del vendedor final, se pasó sucesivamente a la aceptación de una acción de responsabilidad extracontractual por negligencia, a la presunción de culpa por el hecho propio y a una responsabilidad estricta calificada por el defecto del producto (*supra* Nº 547). La que parecía una evolución hacia formas cada vez más radicales de responsabilidad estricta, ha sido progresivamente temperada en las últimas décadas, reservando la responsabilidad propiamente estricta para defectos de producción o fabricación y estableciendo formas cercanas a la responsabilidad por negligencia para los defectos de diseño o desarrollo y para los de advertencia o información.

En el derecho europeo se produjo una evolución de la responsabilidad por culpa que atenuó sustancialmente los rigores (especialmente probatorios) del régimen general de responsabilidad. Con el propósito de establecer un ordenamiento uniforme para los daños producidos por productos defectuosos, la Comunidad Europea aprobó la Directiva 85/374/CCE que establece una responsabilidad estricta calificada en la materia. Existe una opinión extendida en la doctrina en orden a que el nuevo sistema no alteró sustancialmente, en sus efectos prácticos, la evolución interna que ya presentaba el derecho civil de los diversos ordenamientos nacionales, que tendía a tratar la materia bajo un régimen de culpa presunta.

b) En el derecho chileno, ante la ausencia de una regulación especial, sí se atende a los criterios interpretativos del sistema de responsabilidad que rigieron en la primera fase de aplicación del Código Civil, se constata que la responsabilidad por productos defectuosos plantea gravísimos problemas conyuntivos y probatorios, que harían torcido el derecho de la víctima a ser indemnizada por los daños injustamente sufridos.<sup>249</sup>

Sin embargo, en el derecho vigente la jurisprudencia ha introducido paulatinamente correctivos a esa situación originaria, que están en línea con desarrollos análogos en el derecho comparado. En esas circunstancias, no se plantea en el derecho chileno la inevitable necesidad de configurar un estatuto legal especial, porque el estatuto de culpa presunta, que resulta naturalmente aplicable, de conformidad con las reglas generales, es un medio razonablemente equilibrado de protección del consumidor. Con todo, una ley podría definir algunos aspectos específicos de la responsabilidad, como los límites en este apartado sobre una base comparada, creando mayor certeza jurídica y eventualmente, ampliando el conjunto de sujetos responsables. Esas razones de certeza y de reducción de costos para hacer valer los derechos explican la evolución del derecho comparado desde un régimen de culpa presunta hacia una responsabilidad estricta calificada por el defecto del producto.

§ 54. RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS Y RUINA DE EDIFICIOS

a. Tipos de responsabilidad

560. Responsabilidad contractual y extracontractual por ruina y defectos de construcción de edificios. a) Los defectos de construcción de edificios pueden dar lugar a diversas relaciones de responsabilidad. En cuanto a su naturaleza, la responsabilidad puede ser contractual o extracontractual. La primera rige entre quien encargó las obras y los profesionales y contratistas que las diseñan y ejecutan; la segunda protege los intereses de quienes no están relacionados por contrato con los responsables.

Los deberes de cuidado orientados a evitar daños a las personas y a las cosas son análogos en el ámbito contractual y extracontractual. Así, el Código Civil hace aplicable en materia extracontractual la regla de responsabilidad establecida a propósito del contrato de confección de obra material (artículo 2324, en relación con artículo 2003 regla 3ª), y el artículo 18 de la Ley General de urbanismo y construcciones, que ha establecido un régimen general en la materia. No distingue entre ambos estatutos de responsabilidad, debiendo entenderse que se refiere indistintamente a relaciones contractuales y extracontractuales.<sup>250</sup> En otros países, los daños sufridos a consecuencia de la ruina o defectos de construcción por quien encargó la obra y los que afectan a un vecino o a terceros en general, están encuadrados esencialmente al mismo estatuto de responsabilidad.<sup>251</sup>

Los criterios anteriores son especialmente claros respecto de los defectos de construcción que impiden al usuario obtener el beneficio que persigue. La norma contenida en el artículo 18 de la Ley de urbanismo y construcciones, que es atinente a tales tipos de defectos del edificio, a diferencia de las normas del Código Civil, que sólo tienen en cuenta la ruina, trata conjuntamente los deberes que tienen los constructores y profesionales respecto de quien los ha contratado, así como las que la ley impone en favor de los subadquirentes u otros terceros. Para cumplir el círculo de responsables, se agrega una responsabilidad estricta calificada del propietario, que permite articular un círculo de imputación de responsabilidad más amplio que el que se genera en el contrato.<sup>252</sup>

b) En esas circunstancias, lo expresado respecto de la responsabilidad extracontractual se aplica en general a la contractual, en la medida que los reglamentos se superponen en materia de responsabilidad por ruina o defectos en construcciones. Ello se entiende sin perjuicio de las convenciones válidamente acordadas por las partes, con la reserva de que las

<sup>249</sup> Los principales ordenamientos especiales en la materia son la Ley General de urbanismo y construcciones, contenida en el DFL 485 1976 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DO 13.1.1976) y la Ordenanza general de la Ley General de urbanismo y construcciones, contenida en el DS 47/1992 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DO 16.3.1992).

<sup>250</sup> En este sentido Figueroa/Figueroa 2006 250 y 251; Vidali 2006 18 y 19. Asimismo 1968 486; las diferencias que se mencionan en materia de prueba han sido en parte superadas por la actual legislación.

responsabilidad del constructor y comienza, desde entonces, a correr por el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria que tiene por antecedente ese hecho. Esta interpretación tiene la ventaja de ser coherente con la muy generalizada tendencia jurisprudencial a considerar que los plazos de prescripción comienzan a correr desde que acontece el daño (*infra* N° 711).

b) Por el contrario, son inequívocamente plazos de prescripción extintiva los establecidos para las hipótesis de responsabilidad de la Ley de urbanismo y construcciones; el artículo 18 VII señala que los plazos son de prescripción de las acciones, iniciando como fecha de inicio del cómputo la recepción municipal de la obra o la inscripción registral, según sea el caso.

376. Plazos de prescripción. El daño causado por la ruina, defecto o vicio de construcciones de un edificio puede dar lugar a acciones de responsabilidad fundadas en el Código Civil o en la Ley de urbanismo y construcciones. En uno y otro caso los plazos de prescripción son diferentes.

a) Responsabilidad de acuerdo con el artículo 2003 del Código Civil. Una vez asumido que la norma del artículo 2003 regla 3° establece una obligación de garantía que se extingue por el término de cinco años, surge la pregunta por el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad si ocurre la ruina dentro de ese plazo de garantía. En el ámbito contractual, a falta de una norma especial, la materia debe entenderse regida por las reglas generales de prescripción extintiva de los artículos 2514 y siguientes (esto es, cinco años, contados desde que la obligación se hizo exigible). En el ámbito extrac contractual, la conclusión es equivalente, en razón de la remisión que hace el artículo 2334, en ausencia de una norma especial en la materia, corresponde dar aplicación a la regla general contenida en el artículo 2332, esto es, cuatro años contados desde que el daño se hizo manifiesto.

b) Responsabilidad fundada en las reglas del artículo 18 de la Ley de urbanismo y construcciones. La ley establece plazos especiales de prescripción variables, en función de la naturaleza del daño: i) en el caso de fallas o defectos que afectan la estructura que soporta al inmueble, el plazo es de diez años; ii) si se trata de fallas o defectos de los elementos utilizados en la construcción o de las instalaciones, el plazo es de cinco años; iii) si las fallas o defectos afectan a elementos de terminaciones o de acabado de las obras, el plazo es de tres años; y iv) si se trata de fallas o defectos distintos y no asimilables a los referidos, las acciones prescriben en el plazo general de cinco años.

Todos los plazos anteriores son de prescripción de la acción y se cuentan desde la recepción definitiva de la obra por parte de la Dirección de Obras Municipales; excepcionalmente el plazo de prescripción vinculado a defectos que afectan a elementos de terminaciones o de acabado se cuenta desde la fecha de inscripción del inmueble a nombre del comprador en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. En consecuencia, el defecto o falla debe ocurrir y la acción debe ser entablada dentro de los plazos referidos.

§ 55. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE<sup>38</sup>a. *La responsabilidad por daños en el derecho del medio ambiente*

577. El derecho como instrumento de protección del medio ambiente. El medio ambiente ha devenido en un bien parcialmente preciado, en la misma proporción que la técnica ha permitido intervenir de las maneras más diversas. El resultado ha sido en el último siglo una completa reformulación del medio ambiente como bien jurídico. El surgimiento de una disciplina especial que tiene por objeto la protección del medio ambiente es reciente, si bien el derecho romano conoció acciones para proteger contra la presidencia del aire y para caucular la salubridad y seguridad de la ciudad a consecuencia de la instalación o mal funcionamiento de las cloacas (*interdicto de aërit;*<sup>39</sup> y el Código Civil, entre las acciones posesorias, establece que "ninguna prescripción se admitirá contra las cosas que corrompan el aire y lo hagan nocidamente dañoso" (artículo 937).

Un recordio relativamente corto ha seguido el derecho desde esas normas aludidas hasta el reconocimiento de una garantía constitucional que resguarda "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", estableciendo que "es deber del Estado velar para que ese derecho no sea alterado y tutelar la preservación de la naturaleza" (Constitución, artículo 19 N° 8° I). Y la entrada en vigencia de un ordenamiento legal protector que establece restricciones específicas al ejercicio de determinadas libertades (Ley del medio ambiente).

b) El derecho ambiental tiene por objeto la protección de un bien público constituido por un medio ambiente sustentable y amigable. Como es usual entre los bienes públicos, esto es, aquellos cuyo goce por algunos no excluye el de los demás, el medio ambiente presenta una cara esencialmente pública, porque representa un interés que se encuentra dividido en la sociedad; pero, también posee una cara privada, porque vivimos en relaciones de vecindad que nos imponen cargas y derechos, de modo que nuestra conducta respectiva debe observar reglas de convivencia respectivas en un espacio compartido (*infra* N° 444 y 447), lo que exige una definición de los niveles de contaminación jurídicamente aceptables.<sup>40</sup> A su vez, atendida su naturaleza, el sistema de contratos privados no puede traspassar al precio de los bienes el costo ambiental que irroga cada actividad (cuando se compra bienes, no se está pagando el costo ambiental que supone el uso del autocaróvil). Este conjunto de razones conduce a

<sup>38</sup> Esta exposición tiene por antecedente Barros 1998.

<sup>39</sup> Dignos 43.8.26 y 43.28.1.2, analizados por Delgado en *Marinovic/Tapia* 2005 919, con referencia al conjunto de acciones populares en el derecho romano; en general, sobre los interdictos prohibitorios, Kaser 1971, 1.447.

<sup>40</sup> Se ha definido el derecho ambiental como una "disciplina pública basada en un marco legal autónomo que intenta alcanzar niveles de contaminación razonables" (Barros 2004 20).



que el derecho privado no sea el medio más eficaz para definir los estándares ambientales; en verdad, no hay camino alternativo a la regulación por la autoridad.

Con una finalidad reguladora, la Administración puede también utilizar instrumentos de mercado, incorporando los costos ambientales al precio de los servicios públicos. Así ocurre ya con los principales datos ambientales tipificados por los romanos, que se evitaban con sistemas obligatorios de depuración del agua y de tratamiento de aguas servidas, cuyo costo recaía en los usuarios.<sup>51</sup> También un sistema de contratos puede favorecer una óptima asignación de los permisos de emanación que la autoridad ha estimado tolerables, hasta quienes pueden hacer un mejor uso económico de ellas.

c) Como ocurre con todos los bienes que se encuentran en situación de concurrencia reciproca (la honra y privacidad respecto de la libertad de expresión, por ejemplo), la protección del medio ambiente supone una *ponderación relativa de los bienes afectados*. La pretensión de una sociedad no es eliminar toda contaminación ambiental, sino fijar un nivel aceptable que se acerque a un equilibrio razonable de los bienes en juego. El mayor cambio que ha ocurrido en poco más de una generación ha sido precisamente la interrupción del bien del medio ambiente sustentable, sano y amigable en el juego reciproco de los bienes relevantes en las políticas públicas. La reducción de la contaminación supone costos sociales, en los cuales sólo se justifica incurrir en la medida que a ellos vayan asociados mayores beneficios correlativos para la comunidad.

En general, las políticas públicas en la materia asumen los costos sociales de eliminar el daño ambiental más intenso (como el que afecta gravemente a la salud o sustentabilidad esencial del patrimonio natural). Por el contrario, la reducción de los niveles más tenues de contaminación suele imponer costos sociales mayores, mientras que el beneficio ambiental correlativo tiende a ser decreciente.<sup>52</sup> En estas circunstancias, en que el costo marginal de reducir la contaminación tiende a ser creciente y su beneficio marginal decreciente, en algún punto la reducción deja de estar socialmente justificada. A partir de ese preciso umbral, continuar invirtiendo en reducir la contaminación deviene socialmente ineficiente.

Aunque matemáticamente el punto de equilibrio se produce cuando el costo marginal iguala al beneficio marginal de las medidas mitigadoras de efectos ambientales negativos, la dificultad está en la ponderación de bienes que responden necesariamente a diferentes mecanismos de medi-

<sup>51</sup> Xeser I 407 con referencia a que el propietario debía tolerar las inundaciones normales que provienen de los vecinos (flores, humo, agua), pero que gozaba de un *inductio vitae penalis* y de una *actio negatoria* si la molestia excedía un umbral.

<sup>52</sup> El concepto de costos no está aquí referido sólo a los que se puedan expresar en dinero, de acuerdo con un parón de cambio validado por el mercado, sino que es comprensivo de cualesquiera costos que afectan a bienes que no puedan ser objetos de contratos (como suele ser la calidad del aire o la sustentabilidad ambiental de largo plazo).

dón. Por eso, la definición del nivel óptimo de protección ambiental es una de las tareas más delicadas en todas las sociedades contemporáneas. La determinación de estándares ambientales, y el establecimiento de instrumentos de prevención y de reparación, es típicamente materia de políticas públicas, que se expresan en legislación y en regulaciones administrativas. En ese sentido, el derecho del medio ambiente es esencialmente parte del *derecho administrativo*.

d) Desde otra perspectiva, resulta evidente que el solo ejercicio de la libertad y, particularmente, el derecho a emprender, supone producir una infinidad de efectos ambientales de mínima naturaleza. En el extremo, las actividades más ruidas molestas o emisiones industriales y vehiculares) son bre límites de ruidos molestos o emisiones industriales y vehiculares). Pero respecto de muchas otras, la sociedad tolera generar algún nivel de perturbación ambiental, sin que sea posible, por esa sola circunstancia, calificar la conducta de ilegítima. Así, quien maneja un automóvil produce un efecto contaminante, pero por esa sola circunstancia no resulta reprochable su conducta. La cuestión tiene matices que impiden un enfoque unidimensional de la responsabilidad por daño ambiental. En la medida que la protección ambiental está correlacionada con un concepto general y comprensivo de bienestar (que incluye el bien de las futuras generaciones), pretender la completa eliminación de todo daño no resulta plausible ni razonable. De ahí que sea inevitable que la función del derecho del medio ambiente consista en determinar y conseguir los niveles de contaminación que razonablemente estamos dispuestos a tolerar. La responsabilidad civil supone que esas preguntas hayan sido respondidas en las instancias de decisiones públicas correspondientes.

e) En estas circunstancias, los criterios rectoros del derecho ambiental pueden ser definidos como los principios del *zambur* y del *equilibrio de bienes*. En virtud del primero, el problema jurídico no consiste en procurar que sean eliminadas por completo las turbaciones al medio ambiente sino en definir los límites a partir de los cuales los daños son jurídicamente inaceptables. En virtud del segundo principio, toda decisión en materia ambiental debe ser sopesada en cuanto a sus extremidades, esto es, en cuanto a sus efectos negativos en la satisfacción de otros bienes.

578. Las técnicas e instrumentos del derecho del medio ambiente. a) De lo adelantado se sigue que la preservación del medio ambiente es un asunto de interés público que típicamente pertenece al derecho de las regula-

<sup>53</sup> Al respecto es indicativo que la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo estable que la definición de las medidas preventivas y reparadoras en materia ambiental corresponden a la autoridad competente, que es la encargada de desmenujar los contenidos previstos en la directiva (artículo 11), en relación con los artículos 5, 6 y 7). Una explicación de la racionalidad económica de los niveles de contaminación socialmente tolerables en Cooper/Ulan 1897 38; en la literatura chilena, este enfoque es adoptado por Baraf 2004 *passim*.

ciones administrativas.<sup>54</sup> Ello es consecuencia de que el derecho del medio ambiente supone definiciones que no solamente son juzgadas en razón de *crímenes normativos*, como es la técnica preferente del razonamiento judicial, sino particularmente en cuanto a sus *efectos* para el bienestar general de la comunidad.

El derecho ambiental más exitoso es predominantemente desarrollado como una rama específica del derecho administrativo. Por eso, sus objetivos se logran fundamentalmente mediante regulaciones. La autoridad con sustento técnico y con legitimidad política debe analizar la información disponible y emprender la tarea de definir los niveles de contaminación socialmente aceptables, fiscalizar su cumplimiento y determinar las consecuencias de su contravención.

b) Asimismo que el instrumento primordial del derecho ambiental es la regulación, surge la pregunta por la *función de la responsabilidad civil* en la preservación del medio ambiente. La respuesta está condicionada por la forma en que se concibe al derecho de la responsabilidad civil y la función que se atribuye a sus instituciones.

Como se ha visto, el derecho de la responsabilidad civil puede ser entendido desde los grandes paradigmas de la justicia correctiva, que lo entiende, limitadamente, como un ordenamiento cuyo fin se agota en definir en términos justos una relación entre partes que son tenidas por iguales (*supra* §§ 3 a y 36 a); y de la prevención, que lo entiende como un conjunto de incentivos (constituidos, por ejemplo, por el riesgo de tener que indemnizar a las víctimas) que permiten orientar el comportamiento hacia fines socialmente deseables (*supra* §§ 3 b y 36 b). Desde luego, hay daños que unos producen a otros, y que son concebibles en una dimensión estrictamente de derecho privado, a la luz de criterios de justicia correctiva. Pero, en el contexto más general del derecho del medio ambiente, la pregunta más relevante se refiere a cuál es el exacto sentido y alcances de la responsabilidad civil como instrumento de prevención y restauración del daño ambiental.<sup>55</sup>

c) En materia de prevención de daños al medio ambiente, el rol del sistema de responsabilidad civil es más bien focalizado. En esencia, su función se limita a la reparación del *daño privado* injustamente sufrido a causa de un accidente ambiental. En rigor, los daños privados derivados de accidentes ambientales no deben ser tratados de modo diferente a los restantes daños por la sola circunstancia de derivar de la contaminación del medio ambiente.<sup>56</sup> Ninguna razón existe para hacer en la materia una discriminación.

Por cierto que el riesgo de ser civilmente responsable genera inevitablemente un incentivo para asumir el comportamiento ambientalmente

<sup>54</sup> Sobre la lógica de las regulaciones en derecho, en contraste con el derecho privado, Barros 2001/5.

<sup>55</sup> Sobre esta discusión Barros 2001/21.

<sup>56</sup> Canc 2000/839.

correcto, estimulando así la adopción de resguardos. De este modo, de forma indirecta y dentro de los marcos impuestos por la idea de justicia correctiva, la responsabilidad civil cumple una función preventiva en la preservación del medio ambiente. Más allá de este ámbito, en que las acciones indemnizatorias y de reparación en naturaleza juegan una función implícita en la prevención general, las políticas públicas, que se expresan en regulaciones, autorizaciones y sanciones administrativas (y en el extremo en ilícitos penales), parecen ser los instrumentos más eficaces de prevención ambiental. Por ello, ellas resultan también determinantes al momento de dar por establecido el ilícito civil, esto es, la culpa que da lugar a la responsabilidad patrimonial (*supra* N° 53).

b. *La responsabilidad por daños al medio ambiente en el ordenamiento jurídico chileno*

579. Evolución de la responsabilidad por daños al medio ambiente en el derecho chileno. a) En general, los daños al medio ambiente no fueron objeto de análisis específico en el derecho clásico de la responsabilidad civil. Sin embargo, como se ha referido, el Código Civil chileno otorga una especie de acción popular imperscriptible en contra de obras "que corrompan el aire y/o hagan considerablemente dañoso" (artículo 987). A pesar de su actualidad, esta regla no fue objeto de gran revaloración por la doctrina y constituyó una curiosidad dentro del sistema legal de la época.

b) Recién a comienzos del siglo XX los accidentes ecológicos dieron lugar a una legislación casuística.<sup>57</sup> La primera ley referida a materias ambientales data de 1916 y se refería a la contaminación de aguas destinadas a la bebida o al riego (Ley N° 3.133, sobre neutralización de los residuos provenientes de establecimientos industriales).<sup>58</sup>

A ello se agregó, en la parte final del siglo pasado, una legislación especial aplicable a la responsabilidad civil respecto de algunos riesgos específicos,

<sup>57</sup> En general, tanto en Chile como en el derecho comparado el catalizador del desarrollo de la legislación ambiental ha sido el "accidente". Se ha sostenido la existencia de un paralelo entre el desarrollo del derecho de la responsabilidad civil por daño al medio ambiente y el por productos defectuosos, en cuanto ambos tienen por antecedente el intento de usar las técnicas y conceptos jurídicos más tradicionales para hacer frente a nuevos problemas sociales, caracterizados, además, por daños fragmentados entre muchos afectados que eventualmente carecen de incentivos para hacer valer su derecho (Canc 2000/837).

<sup>58</sup> La Ley N° 3.133, sobre neutralización de los residuos provenientes de establecimientos industriales (DO 7.9.1916) fue modificada por una grave contaminación de las aguas del río Cachaupol, a consecuencia de graves derrames ocurridos en la planta de la actual mina El Tarduno, mucho después, esta regulación fue complementada por el DS 361/1992, del Ministerio de Obras Públicas (DO 23.2.1993), que contuvo su reglamento. Actualmente la Ley N° 3.133 y su reglamento derogados por la Ley N° 19.881 (DO 24.8.2002), que creó la Superintendencia de Servicios Sanitarios y que, además, introdujo modificaciones a la Ley N° 18.902 sobre residuos industriales (DO 27.1.1990).



como, por ejemplo, los provenientes de la energía nuclear (Ley de seguridad nuclear), aplicación de pesticidas (DL 3.557/1981, sobre protección agrícola) o de plaguicidas de hidrocarburos (DL 2.222/1978, Ley de navegación).<sup>38</sup>

En otras palabras, hasta la entrada en vigencia de una legislación general relativa al medio ambiente, la legislación chilena en materia de daños ambientales comprendió el antiguo interdicto contra obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso del artículo 937, las normas sobre responsabilidad de los artículos 2314 y siguientes, además de ciertas leyes especiales referidas a riesgos determinados.

La situación normativa fue modificada por la norma constitucional del artículo 19 N° 8°, en relación con la acción concedida por el artículo 20 II, y por la Ley del medio ambiente. Ambas fuentes establecen acciones judiciales de importancia en materia ambiental.

c) En atención a su objeto, en el derecho chileno es posible distinguir tres tipos de acciones civiles (o de analogía civil) en materia ambiental: i) acciones destinadas a impedir o hacer cesar el daño ambiental, cuyo objetivo es poner fin a los hechos que generan los perjuicios; ii) una acción indemnizatoria para obtener la reparación de los daños causados por una conducta ajena; y iii) una acción ambiental especial para que se repare en naturaleza el bien dañado.

c. Acciones para impedir o hacer cesar el daño ambiental

550. Interdictos del derecho civil como forma de prevenir o poner término al daño ambiental. a) El derecho civil ha reconocido desde antiguo acciones para impedir el daño temido. Históricamente, las acciones positivas especiales, provenientes de los interdictos del derecho romano, fueron las únicas que cumplieron esa función con el suficiente grado de urgencia. No es casual que la norma sobre obras que corrompen el aire y lo hacen conocidamente dañoso esté precisamente entre las normas que tienen su antecedente en estos interdictos. De hecho, dentro de su limitado alcance, la acción concedida por el artículo 937 sigue siendo un instrumento para hacer cesar cierto tipo de daños ambientales que se manifiestan en obras que corrompen el aire y lo hacen manifiestamente dañino.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> A la legislación especial, corre en paralelo un desarrollo bastante caótico de las leyes administrativas con facultades normativas, fiscalizadoras y sancionadoras en materia ambiental. Para una panorámica general de los órganos administrativos que integran la institucionalidad ambiental en Chile, véase Fernández 2004, 109, para una exhaustiva referencia a las principales normas jurídicas que regulan la materia en el derecho chileno, ídem 247.

<sup>39</sup> La regla dispone que del hecho de haber comulgado por años no se sigue un derecho a hacerlo en el futuro. La escasa doctrina que ha escrito sobre este artículo ha entendido que la razón de esa imprescriptibilidad radica en el interés público comprometido. Así, transparentemente se sostiene que "no hay prescripción alguna que pueda autorizar la subsistencia de obras que corrompan el aire" lo haga conocidamente dañino, porque la conservación de la vida de los asociados es uno de los fines de la sociedad y un deber del Estado.

Los requisitos de procedencia del interdicto son bastante exigentes: se requiere que las obras, de cualquier clase que sean, corrompan el aire y que resulte público y notorio su efecto dañino a la salubridad (lo que es coincidente con el origen romano de la acción, que tenía fines de salubridad). A la acción le es aplicable el muy expedito procedimiento que rige en relación de obra ruidosa (Código de Procedimiento Civil, artículo 571, en relación con el artículo 571 y siguientes); se requiere que el juez se forme un juicio acerca de los hechos que condicionan la acción sobre la base de los antecedentes que se hagan valer en el procedimiento sumarisimo que resulta aplicable.<sup>41</sup>

b) En una interpretación extensiva del artículo 948 del Código Civil, se ha sostenido que el interdicto reconocido por esa norma podría resultar aplicable a los atentados de carácter ambiental, o relacionados con la salubridad o salud pública, como ocurre si la contaminación del aire, suelo o aguas de un bien o lugar público afectan su uso o goce público.<sup>42</sup> La norma del artículo 948 otorga a la municipalidad, y a cualquier persona del pueblo un interdicto análogo al de obra ruidosa del artículo 946, "en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de quienes transitan por ellos".

Conviene detenerse en esta proposición doctrinaria, construida a partir de una muy huida interpretación de las acciones populares otorgadas por el Código Civil, que muestran la particular cercanía de Bello con el derecho romano en la materia. Se ha inferido que el interdicto del artículo 948 podría aplicarse a materias ambientales, con el fin, por ejemplo, de obtener que una industria modernice los filtros de una chimenea o introduzca un manejo eficiente de los riesgos asociados a sustancias peligrosas, valiéndose al efecto del procedimiento abreviado de los artículos 571 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.<sup>43</sup> Para llegar a esta conclusión

No hay, pues, plazo o prescripción alguna que cree un derecho para la subsistencia de obras que dañen la salud pública, i en todo tiempo habrá acción popular, en conformidad al art. 948, para hacer que tales obras se destruyan o modifiquen. (Caroán 1881 579); y que "si las aguas, a causa de las obras hechas, necedan su curso acostumbrado, se estancan y se corrompen, despiden emanaciones pútridas y sirven a la propagación de insectos nocivos, hay un interés público en eliminar la causa de este mal, y por eso no hay prescripción que pueda autorizar su mantenimiento" (Claro Solar 1995 582).

<sup>41</sup> De conformidad con los artículos 571 y siguiente del Código de Procedimiento Civil, el interdicto permite que la mera inspección personal del tribunal, con la participación de un perito nombrado por el juez, resulte suficiente para que se dicte el inmediato sentencia en el asunto.

<sup>42</sup> Degado en Marínic/Thpis 2005 924, con fundamento en un excepcional estado histórico y derogado sobre la recepción en el Código chileno de la tradición romana de los interdictos populares. Una de las cuestiones más debatidas en el derecho comparado se refiere precisamente a las acciones para representar intereses difusos o colectivos (véase N° 795, con referencias a otras secciones de este libro).

sión se debe asumir que la enumeración de los bienes de uso público que efectúa el artículo 948 no es exhaustiva, de modo que pueda entenderse comprensiva de recursos naturales y de todo tipo de espacios públicos.<sup>344</sup>

Por mucho que la tesis se apoye en una espléndida fundamentación histórico-dogmática de las acciones populares desde el punto de vista interno del Código Civil, estimo que no se aviene sistemáticamente con el ordenamiento vigente de acciones ambientales, particularmente por la manera como interactúan en la materia el derecho civil y el administrativo (*Súfiza* N° 978). Como se verá, la Ley del medio ambiente ha sido muy cuidadosa al definir la titularidad de las acciones de reparación del daño ambiental, estas, del daño que no afecta intereses del actor,<sup>345</sup> y, desde luego, ha rechazado la idea de una acción popular en la materia (*Súfiza* N° 993).

De ello se sigue que introducir una interpretación extensiva de la norma del artículo 948, que tradicionalmente ha sido entendida como un caso de aplicación de la denuncia de obra minus,<sup>346</sup> resulta contradictoria, en virtud del principio de especialidad, con el ordenamiento legal establecido precisamente en materia ambiental. La misma idea subyace tras la norma constitucional que limita la acción de protección por daño al medio ambiente a las conductas ilegales, de modo que no es suficiente cualquier daño para que proceda la acción cautelar. Además, debe entenderse que la norma del artículo 948 asume, como en el caso del artículo 937, que la antigüedad del daño es pública y notoria, lo que es consistente con el procedimiento extraordinariamente abreviado que la riga,<sup>347</sup> sin embargo, las cuestiones de hecho suelen no ser pacíficas en materia ambiental. Finalmente, conviene tener presente que el reconocimiento de acciones populares es particularmente delicado en materias ambientales, en razón del cruce de intereses y bienes en juego, de modo que su establecimiento debiera ser objeto de una decisión política del legislador (*Súfiza* N° 996).

<sup>344</sup> Ídem 991.

<sup>345</sup> Para la suspensión inmediata de las actividades de fuentes emisoras, la Ley del medio ambiente otorga una acción a las municipalidades y a los demás órganos de la Administración del Estado que resulten competentes si no se cumplen los planes de prevención o de contaminación, o las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental, o por infracciones a los planes de manejo; alternativamente, se puede otorgar a los infractores un plazo para que se ajusten a esas normas (artículo 56 II). Más allá del juicio de valor que pueda asumirse respecto del sistema de acciones, se comprueba que la legislación especial ha optado en la materia por un predominio del derecho administrativo ambiental, que produce efectos radiales en acciones otorgadas a entes públicos definidos por la propia ley.

<sup>346</sup> Así, Alessandrini 1943 959.

<sup>347</sup> De hecho, V. Delgado propone que a la materia resulten aplicables los artículos 571 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (Delgado en Martínicó/Diapa, 2005 927).

<sup>348</sup> Borchali 2004 317 y 321, asume que tales acciones populares (*Súfiza* en *Popo* 910) sólo proceden si el legislador expresamente las concede para materias específicas; asimismo, tiene presente los riesgos que ellas conllevan, como son el ejercicio inescrupuloso en colusión con el propio recurrido, o su empleo con fines de extorsión a fin de presionar a negociaciones con las empresas recurridas. A favor de una acción colectiva más amplia, en analogía a las concedidas por la Ley de consumidores, Montenegro 2004 310.

Por eso, cualquiera acción de urgencia en la materia tiene como requisito de procedencia que los hechos no sean objeto de disputa, tanto en lo referido a la antijuridicidad del daño, como a la ilicitud de la conducta del recurrido. En circunstancias que la acción de protección en materia ambiental comprende ambos supuestos, parece ser un instrumento preventivo e interruptivo del daño suficientemente eficaz, que, a la vez, considere resguardos prudenciales. A su vez, desde el punto de vista de la titularidad activa, cualquiera del pueblo que vea amenazado o perturbado su derecho puede enablarla, de modo que esa amplia legitimidad activa ha dado lugar a que la protección sea una verdadera acción popular en materia de medio ambiente<sup>349</sup> (*Súfiza* N° 589).

581. Acciones preventivas en materia de responsabilidad civil. a) En el título de los delitos y cuasidelitos civiles, el artículo 2333 reconoce como regla general una "acción popular en todos los casos de daño conculgente que por imprudencia o negligencia de alguien amenaza a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción". A diferencia de las acciones posesorias especiales, la regla carece de un procedimiento especial lo suficientemente eficaz, lo que le resta efectividad, salvo que se hiciese aplicación de medidas de urgencia bajo la forma de las medidas preventivas inominadas del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil (*Súfiza* N° 651 y 653).

Esta acción civil, en razón de su limitado ámbito de protección y debido a la ausencia de un procedimiento suficientemente expedito y aceptado por la práctica judicial, ha sido complementada, y desplazada en la práctica, por la acción constitucional de protección, que ha venido a resolver las carencias de nuestra legislación procesal civil en materias que requieren de un pronunciamiento urgente.

b) Esta situación general se ve modificada en el derecho ambiental, que adicionalmente contempla una acción especial para hacer cesar el daño, prevista en el artículo 56 de la Ley del medio ambiente. Esta acción, junto a la de protección, conforman las acciones más eficaces para poner fin al daño ambiental.

582. Acción de protección constitucional en materia ambiental. a) El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Constitución, artículo 19 N° 8°) se encuentra tutelado mediante la acción constitucional de protección, que a su respecto exige que el derecho sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada (Constitución, artículo 20 II).<sup>350</sup> Así, existen innumerables casos que

<sup>349</sup> Montenegro 2004 304.

<sup>350</sup> La norma constitucional ha sido modificada en el sentido expresado por la reforma introducida por la ley N° 20.050, que eliminó el requisito de procedencia que la conducta fuera ilegal y, además, arbitraria.



han sido llevadas a los tribunales con el propósito de obtener el cese de actos que provocan daño ambiental.

Con todo, la protección en estos casos está sujeta a requisitos especiales de admisibilidad. Para su procedencia se requiere que el acto u omisión sea ilegal y eficaz el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a diferencia de lo que ocurre con otras garantías, cuya protección alternativamente procede en casos de arbitrariedad o ilegalidad que tengan por efecto la privación, perturbación o amparo de derechos fundamentales (Constitución, artículo 20 II). Además, no puede tener por fundamento ilícitos generativos, sino el acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada (idem *in fine*).

b) La mayoría de los casos llevados a los tribunales se refieren a problemas de vecindad, que en otros países son resueltos expedidamente con recursos del derecho procesal civil: malos olores, humos, ruidos, vaciado de líquidos en calles. Y es frecuente que en estos casos se dé lugar a la protección solicitada.<sup>181</sup> Pero nada impide que se interponga una acción de protección contra una instalación o actividad que daña seriamente el medio ambiente en violación de la ley.<sup>182</sup> Y en tal caso, la orientación gene-

<sup>181</sup> Sobre la materia, véanse las siguientes sentencias: (i) Mayor Oloros Corte de Santiago, 81.1.1986, RUIJ, LXXXIII, sec. 5<sup>a</sup>, 30<sup>a</sup>; CS, 43.1.1987, F. del M. 360, 3<sup>a</sup>; CS, 17.12.1991, F. del M. 397, 734<sup>a</sup>; CS, 11.10.1992, GJ 184, 61<sup>a</sup>; CS, 8.10.1997, GJ 208, 17<sup>a</sup>; CS, 30.3.1998, GJ 213, 50<sup>a</sup>; Corte de Rancagua, 1.10.2002, RUIJ, LXXXV, sec. 5<sup>a</sup>, 389<sup>a</sup>; (ii) Ruidos molestos Corte de Santiago, 13.7.1989, RUIJ, LXXXIV, sec. 5<sup>a</sup>, 124, también publicada en GJ 109, 28<sup>a</sup>; CS, 6.3.1990, F. del M. 892, 471<sup>a</sup>; CS, 36.3.1991, F. del M. 389, 65<sup>a</sup>; CS, 4.6.1992, F. del M. 403, 311<sup>a</sup>; CS, 1.4.1993, F. del M. 413, 135<sup>a</sup>; CS, 28.9.1993, F. del M. 418, 746, también publicada en GJ 159, 33<sup>a</sup>; CS, 5.4.1994, F. del M. 428, 158, también publicada en GJ 166, 35<sup>a</sup>; CS, 20.4.1994, F. del M. 529, 138<sup>a</sup>; CS, 21.7.1994, GJ 169, 37<sup>a</sup>; CS, 18.10.1994, F. del M. 443, 707<sup>a</sup>; Corte de Santiago, 2.5.1995, GJ 191, 98<sup>a</sup>; CS, 19.11.1998, GJ 211, 48<sup>a</sup>; CS, 19.11.1999, GJ 223, 80<sup>a</sup>; CS, 15.12.1999, GJ 234, 21<sup>a</sup>; Corte de Puerto Montt, 7.6.2000, RUIJ, LXXXVI, sec. 5<sup>a</sup>, 149<sup>a</sup>; CS, 8.8.2000, RUIJ, LXXXVII, sec. 5<sup>a</sup>, 171<sup>a</sup>; Corte de Rancagua, 8.7.2002, RUIJ, LXXXIX, sec. 5<sup>a</sup>, 298<sup>a</sup>; Corte de Talca, 30.9.2002, RUIJ, LXXXIX, sec. 5<sup>a</sup>, 404<sup>a</sup>; CS, 10.9.2004, GJ 230, 35<sup>a</sup>; CS, 10.7.2005, GJ 313, 62<sup>a</sup>; (iii) Humos, gases, neoplas y pobres CS, 4.3.1987, F. del M. 340, 3<sup>a</sup>; CS, 35.3.1991, F. del M. 389, 65<sup>a</sup>; Corte de Copiapó, 29.8.1992, RUIJ, LXXXIX, sec. 5<sup>a</sup>, 354<sup>a</sup>; CS, 11.10.1995, GJ 184, 64<sup>a</sup>; Corte de Antofagasta, 4.3.1996, RUIJ, LXXV, sec. 5<sup>a</sup>, 134<sup>a</sup>; Corte de Concepción, 21.9.2000, RUIJ, LXXXVII, sec. 5<sup>a</sup>, 250<sup>a</sup>; RUIJ, LXXXIX, sec. 5<sup>a</sup>, 291<sup>a</sup>; CS, 15.4.1998, GJ 214, 35<sup>a</sup>; CS, 28.7.1998, GJ 217, 35<sup>a</sup>.

<sup>182</sup> Es interesante comparar la acción de protección con la acciones judiciales preventivas en el derecho noramericano, donde temporariamente se desarrolló una institución preventiva ambiental con marcado carácter administrativo. En un importante precedente, la Corte Suprema Norteamericana, de un modo análogo a la acción de protección, estimó que la violación de una ley ambiental era causal suficiente para dar lugar a una orden preventiva (*injunctio*), que evitara el daño ambiental consecuente; de este modo, si el legislador ha aprobado un estatuto protector del medio ambiente, los tribunales no tienen que esperar la tutela administrativa para poner fin o prevenir el acto ilegal (774, v. *Hill*, 437 US 153, 98 S.Ct. 2279, 67 L.Ed.2d 117, 1978, reafirmado por *Florida v. Taylor*, 1992 19). En todo caso, se ha estimado que la mera infracción de procedimientos no da lugar a la acción, si no supone, además, la infracción de una norma sustantiva con efectos ambientales demostrables (*Michigan v. Jensen-Bergh*, 456 US 505, 102 S.Ct. 1798, 72 L.Ed.2d 91, 1982, reafirmado en *Florida v. Taylor*, 1992 20).

ral del derecho comparado ha sido reconocer la titularidad de la acción a asociaciones que tienen por fin la preservación del medio ambiente o de intereses generales, porque en caso contrario se vería dificultada la eficaz protección legal de la garantía constitucional, pues el daño ambiental es por su naturaleza de tal manera difuso que resulta necesario que su protección no sólo quede entregada a quienes actúan en representación de intereses individuales, sino también a quienes son capaces de canalizar los intereses agragados de muchas personas.<sup>183</sup>

Es inusual que se ordene paralizar una obra o instalación de actividades industriales, como ocurrió con los trabajos de extracción de aguas del lago Chungará,<sup>184</sup> o con la suspensión de un emprendimiento industrial (fábrica de carrocerías) en un barrio residencial.<sup>185</sup> Con frecuencia, siguiendo una orientación usual en el derecho comparado, el tribunal ordena que las empresas se adecuen a las normas vigentes dentro de un plazo razonable y se establecen regímenes de fiscalización, como ocurrió al fallarse la acción en contra de Codelco por el vaciado de relaves de la mina El Salvador;<sup>186</sup> y con la dirigida en contra de Ewam, por la contaminación producida por la fundición de Paipote.<sup>187</sup>

c) En principio, nada impide que la acción de protección se dirija contra resoluciones de la autoridad administrativa, por actos u omisiones ilegales incurridos durante el proceso de evaluación de impacto ambiental, sin embargo, los tribunales carecen de instrumentos analíticos y la urgencia del recurso impide valorar los aspectos técnicos de la evaluación y autorización ambiental, de modo que sólo puede prosperar si concretamente se muestra una ilegalidad (como exige el artículo 80 II de la Constitución Política).<sup>188</sup>

883. Acción especial en procedimientos infraccionales según la Ley del medio ambiente. La Ley del medio ambiente contiene una acción orien-

<sup>183</sup> Así fundamentó el tribunal supremo holandés (*Higgs-Rozas*) el otorgamiento de una medida precautoria presentada por una asociación privada en protección de daños ambientales (27.6.1985, citado por Van Garzen 1998 3839); sobre la función de acción popular de la acción de protección, Montenegro 2004 504.

<sup>184</sup> CS, 19.12.1985, RUIJ, LXXXII, sec. 5<sup>a</sup>, 281<sup>a</sup>, también publicada en GJ 68 21, y F. del M. 325, 885<sup>a</sup>; de igual modo, ordenando la paralización, de una empresa extractora de áridos, CS, 10.9.2004, GJ 290, 35<sup>a</sup>.

<sup>185</sup> Corte de Santiago, 13.7.1989, RUIJ, LXXXVI, sec. 5<sup>a</sup>, 134<sup>a</sup>, también publicada en GJ 109, 33<sup>a</sup>; en el mismo sentido, ordenando la paralización de establecimientos comerciales en tanto no cumplan con la regulación destinada a evitar la contaminación acústica, CS, 21.7.1994, GJ 169, 62<sup>a</sup>; CS, 15.12.1999, GJ 234, 21<sup>a</sup>.

<sup>186</sup> Corte de Copiapó, 28.6.1989, RUIJ, LXXXV, sec. 5<sup>a</sup>, 191<sup>a</sup>.

<sup>187</sup> CS, 15.6.1991, RUIJ, LXXXVIII, sec. 5<sup>a</sup>, 143<sup>a</sup>; de igual modo, fijando un plazo para la adecuación a la normativa ambiental, con un régimen de fiscalización: Corte de Copiapó, 22.6.1992, RUIJ, LXXXIX, sec. 5<sup>a</sup>, 354<sup>a</sup>; y CS, 30.3.1998, GJ 213, 50<sup>a</sup>.

<sup>188</sup> Un interesante análisis jurisprudencial de la protección del procedimiento de evaluación y autorización ambiental en Urribe 2004 271.



da a dar solución rápida a problemas ambientales. Ésta tiene por antecedente infracciones a planes de prevención ambiental o de desconaminación, a regulaciones especiales en situaciones de emergencia ambiental, o a planes de manejo referidos por la ley. En tales situaciones, las municipalidades, en el marco del procedimiento orientado a la aplicación de sanciones por daño ambiental, pueden solicitar y obtener del juez la suspensión inmediata de las actividades dañinas, o que se otorgue a los infractores un plazo para adecuar su comportamiento a esas normas (Ley del medio ambiente, artículo 56 II).

Con todo, esta facultad está sujeta a requisitos de admisibilidad que resultan más precisos que los de la acción de protección, pues en este caso no es necesario acreditar que se está produciendo daño ambiental por actuaciones ilegales, sino que la empresa en cuestión no está cumpliendo con las regulaciones específicas que rigen su funcionamiento, cuya infracción da lugar a sanciones administrativas (Ley del medio ambiente, artículo 56 I).

Aunque la ley no lo expresa, nada obsta para que organizaciones ciudadanas puedan efectuar presentaciones ante la respectiva municipalidad a efectos de que ésta ejerza la acción infraccional. Sin embargo, estas organizaciones carecen de titularidad activa para ejercer la acción judicial.<sup>35</sup>

#### d. Acción indemnizatoria

##### 1. Principio

584. Principio de responsabilidad civil por negligencia en materia de daños al medio ambiente a) Las intervenciones en el medio ambiente pueden producir daños a la salud, la vida, la integridad corporal de una persona; asimismo pueden dañar las cosas ajenas, deteriorándolas o haciéndolas perder su valor de uso. En tales casos, sustancias, ruidos, radiaciones, gases, vapores, altas temperaturas u otras alteraciones del medio ambiente son causa de daños que en nada se diferencian de los provocados por otras acciones u omisiones ilícitas. Lo peculiar es que el daño se produce *a consecuencia* de daños ambientales, esto es, a causa de pérdidas, disminuciones, deterioros o menoscabos significativos al medio ambiente o a alguno de sus componentes.

En estos casos, la acción de responsabilidad no tiene por objeto la preservación ambiental, como ocurre con la acción ambiental (infra § 55 e).

<sup>35</sup> Todo indica que progresivamente la causa del medio ambiente mediante acciones preventivas o interruptivas del daño debiera ser extendida a organizaciones ciudadanas o al público en general, pero no sobre la base de la mera negligencia del daño, sino de discriminar al control de observancia de las normas reglamentarias generales y específicas (RCA); ulteriores resenas de experiencias norteamericanas en la materia en Recopilación 2004 599 y HMI/2mg 2004 459.

sino reparar económicamente los efectos que causa un daño ambiental en los intereses de quien exige la responsabilidad.<sup>36</sup>

b) A efectos de estos daños, la Ley del medio ambiente ratifica el principio general de que la responsabilidad civil sólo procede respecto del daño ambiental causado culpable o dolosamente (artículo 51 I).<sup>37</sup> En el derecho comparado se suelen establecer estatutos limitados de responsabilidad estricta, respecto de los riesgos asociados a ciertas actividades especialmente susceptibles de provocar daño ambiental.<sup>38</sup> Sin embargo, la materia no es uniforme y en la doctrina comparada más reciente han surgido voces autorizadas que sugieren cautela, incluso desde una perspectiva puramente preventiva.<sup>39</sup>

En consecuencia, la Ley del medio ambiente no ha introducido cambio alguno al régimen general de la responsabilidad civil. Así, la ley hace expresamente aplicables a la responsabilidad civil por daño ambiental las normas generales del Código Civil sobre la materia (Ley del medio ambiente, artículo 51 III). De ello se sigue que en materia ambiental la responsabilidad está sujeta a los cuatro elementos característicos: acción u omisión voluntaria de persona capaz, culpa, daño y causalidad. Con todo, cada uno de esos elementos plantea preguntas específicas en materia ambiental, que el legislador ha omitido regular, dejando enturgado su desarrollo por completo a la doctrina y jurisprudencia.

c) La regla general de responsabilidad por negligencia se entiende sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales que establezcan una responsabilidad estricta, las cuales prevalecen sobre el principio de responsabilidad por culpa (Ley del medio ambiente, artículo 51 II). En Chile existe un número reducido de tales regímenes especiales de responsabilidad estricta en materia ambiental (supra § 57).<sup>40</sup> En estos casos, es suficiente probar la relación causal entre el hecho y el daño para dar por acreditada la responsabilidad civil. Fuera del ámbito material de aplicación de estas legisla-

<sup>36</sup> A este respecto el derecho chileno es coincidente con la Directiva 2004/35/CE, que no concede acción indemnizatoria a los particulares por daño ambiental, sin perjuicio de lo que establezcan los derechos nacionales (artículo 3 N° 3).

<sup>37</sup> Este principio fue establecido consecuentemente por el legislador de la Ley del medio ambiente, como muestra la exhaustiva discusión parlamentaria que condujo rechazando la idea discutida por la Cámara de Diputados de la ley (Cámara de Diputados, Sesión 23, 15.12.1992, 2285, 2286 y 2288; Sesión 34, 4.1.1994, 2421 y 2424; Sesión 25, 4.1.1994, 2508; Diario de Sesiones del Senado, Sesión 26, 18.1.1994, anexo de documentos, 4213; Sesión 26, 18.1.1994, 4260).

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, lo hace respecto del daño proplanamente ambiental la Directiva 2004/35/CE, artículo 3.1.

<sup>39</sup> La obra más indigente en esta nueva perspectiva, crítica de los análisis económicos que propugnan un estatuto de responsabilidad estricta, parece ser Bergkamp 2001 686 por una responsabilidad estricta limitada a ciertas fuentes de especial peligrosidad, en el sentido luego adoptado por la Directiva 2004/35/CE, Págs. 2002-2004.

<sup>40</sup> Una referencia a la legislación y a los convenios internacionales que establecen reglas de responsabilidad estricta en Corral 1996 a 148.



nes especiales, en materia de medio ambiente rige el principio que sólo se responde por hechos culpables o dolosos.

d) Las reglas que rigen la acción indemnizatoria son esencialmente las mismas que las aplicables a la acción ambiental (*infra* Nº 594), de modo que lo que se dice en los párrafos siguientes respecto de aquella resulta aplicable a esta última, con las modificaciones que se señalan en el análisis específico de esta acción (*infra* § 55 e).

## 2. Determinación del cuidado debido

585. Criterios de determinación del cuidado. a) En el ámbito de la responsabilidad civil la diligencia se refiere a la observancia de un deber general de cuidado. Así, bajo un régimen de responsabilidad por culpa una empresa actúa diligentemente si observa los deberes propios de su actividad (*infra* § 10). La dificultad se plantea, sin embargo, respecto de los criterios que resultan relevantes para dar por establecidos los deberes de cuidado exigibles en las diversas actividades que generan riesgo. La cesión presenta particularidades en materia ambiental. Ante todo, porque la actividad de empresas y personas está sometida a una profusa regulación general (normas sobre residuos y emisiones, por ejemplo) y especial (tales como autorizaciones ambientales y planes de manejo); pero, además, por lo difuso del bien cuidado, que dificulta el establecimiento preciso de criterios de debido cuidado por parte del juez.

b) Por tratarse de un área donde las definiciones técnicas y el sometimiento de bienes en juego resulta muy decisivo, es inevitable que la construcción del ilícito lleve usualmente a constatar si el demandado ha infringido las disposiciones administrativas o las reglas técnicas relevantes. Por eso, en una etapa inicial del proyecto de ley de la actual legislación ambiental se prefirió sustituir del ámbito judicial la determinación de estándares de diligencia, y se estableció que la responsabilidad sólo procedería por infracción de normas previamente establecidas por el legislador o por la autoridad administrativa.<sup>366</sup>

Así, el mensaje seguía el mismo principio adoptado por el texto consultacional al reconocer la garantía del medio ambiente libre de contaminación, donde se dispone que "la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente" (Constitución, artículo 19 Nº 8 II). Esta idea fue luego recogida al

<sup>366</sup> Conral 1996 a 153.

<sup>367</sup> El artículo 40 del proyecto de ley presentado por el ejecutivo al Parlamento establece que "la responsabilidad por daño ambiental nace de una infracción a las normas de calidad ambiental o a las normas sobre preservación, conservación o protección ambiental, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias" (Mensaje del Presidente de la República, 16.9.1992, boletín Nº 808-12, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 26, 16.9.1992, anexo de documentos, 8697).

tratarse el recurso de protección en materia ambiental, para cuya procedencia se requiere que el acto u omisión contaminante sea ilegal, a diferencia de lo que ocurre con otras garantías, cuya protección procede, alternativamente, en casos de arbitrariedad o ilegalidad (Constitución, artículo 20 II).

c) La Ley del medio ambiente no adoptó finalmente este criterio, que limitaba la culpa al ámbito infraccional, y dejó abierto el camino a la aplicación judicial del estándar de diligencia, estableciendo una regla remanente de responsabilidad civil, que se refiere a las disposiciones generales del Código Civil en la materia (artículo 51 III). El legislador estimó que la ley no estaba en condiciones de prever todos los hechos constitutivos de culpa que da lugar a responsabilidad. En consecuencia, la responsabilidad civil que se sigue del daño ambiental se puede construir por dos conceptos diferentes: en primer lugar, en razón de la infracción de normas legales o reglamentarias, caso en el cual la culpa se presume, esto es, a la empresa que causa el daño le incumbe probar que actuó con diligencia (*infra* § 10 d 1); en segundo lugar, aunque la empresa no haya infringido norma legal o reglamentaria alguna, responderá si no ha empleado el debido cuidado, determinado por los usos normativos (*infra* § 10 d 2) y prudentemente por los jueces (*infra* § 10 d 3). Sin embargo, la observancia de las regulaciones, atendida la complejidad y tecnicidad de la materia, será generalmente indicio de que el demandado ha actuado de la manera debida.

De este modo, los patrones de comportamiento están sujetos a una doble ficción de definición: ante todo, por las autoridades administrativas al aprobar las normas a las que se refiere el artículo 52 de la Ley del medio ambiente; y, además, por los jueces, al definir el nivel de diligencia debido en cada grupo de actividades.<sup>367</sup> En los párrafos siguientes se hará una breve referencia a estos dos criterios.

586. Determinación de los deberes de diligencia: observancia de las regulaciones y resoluciones administrativas. a) La definición de la conducta ambientalmente correcta es una tarea emprendida por vía legislativa y administrativa mediante la regulación. En esta definición, las consideraciones que sigue el regulador son esencialmente preventivas, porque su fin es la preservación del medio ambiente.

b) En principio, la infracción a una regulación legal o administrativa, general o especial, que causa un daño indemnizable, es tenida por culpable y da lugar a responsabilidad civil, de acuerdo con las reglas generales (*infra* Nº 59). El criterio de la culpa infraccional está expresamente recogido por la Ley del medio ambiente, en cuya virtud se presume la responsabilidad (esto es, la culpa) del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de emisiones, a planes de prevención o de descontaminación, a regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la propia ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias (artículo 52 I).

<sup>367</sup> De esta forma, los jueces al adjudicar responsabilidad civil contribuyen a la determinación de lo ambientalmente correcto, sobre esta idea, Brand 2003.

En todo caso, la responsabilidad se produce a concisión de que el daño sea de aquellos que la norma general o especial infringida tenía por fin evitar (artículo 52).<sup>368</sup>

c) La excusa de diligencia suele ser de prueba difícil en estos casos, porque exige mostrar que el demandado ha actuado de acuerdo con los patrones de conducta que le son exigibles y, a pesar de ello, ha incurrido en una infracción a las normas de conducta generales o las que le son particularmente aplicables (en razón del permiso ambiental, por ejemplo). En definitiva, las dificultades que plantea la excusa de diligencia hacen que la excepción más generalmente aceptable, en estos casos de culpa in fractional sea la de *caso fortuito o fuerza mayor*. Esta comprende los actos de autoridad, los hechos de terceros por los cuales no se responde, y los acontecimientos naturales extraordinarios, imprevisibles y que escapan al control del demandado. Es aceptado que en materia ambiental esta excusa también resulta aplicable a situaciones en que rigen estatutos de responsabilidad estricta, porque el fin de las normas que la imponen no es prevenir cualquier riesgo asociado a la actividad, sino simplemente atribuir los riesgos normales de la respectiva actividad a quien la realiza.<sup>369</sup>

d) De particular importancia práctica es el caso de empresas que se hayan sometido a un proceso de *evaluación de impacto ambiental*, donde la autoridad ha establecido previamente las condiciones o exigencias ambientales requeridas para ejecutar un determinado proyecto, sobre la base de una información proporcionada por la empresa. En tal caso, parece ser una causal suficiente de justificación haber obrado en virtud de una autorización administrativa especial, orientada precisamente a prevenir los daños que luego se han materializado. Aunque la ley chilena no ha establecido expresamente esta excusa, resulta razonable esta interpretación, a condición de que a) la información proporcionada por la empresa a la autoridad haya sido correcta y completa de acuerdo con el conocimiento técnico y científico disponible (en tanto la iniciativa del proceso de autorización ambiental corresponde a la propia empresa sometida al proceso de evaluación, sobre ella recae el deber de diligencia en los informes y estudios ambientales que sirven de fundamento a la autorización); b) hayan sido consideradas las variables ambientalmente relevantes para el tipo de daño que luego se ha producido; y c) no se pueda imputar culpa a la empresa en el monitoreo y control de efectos ambientales.<sup>370</sup>

<sup>368</sup> Sobre la doctrina del fin de la norma en materia de responsabilidad civil, véase N° 83 y 88.  
<sup>369</sup> Hager 2002 904; Dirección 2004/35/CBE, artículo 4.1. Sobre la concurrencia de culpa y fuerza mayor, véase N° 270; sobre la excusa de fuerza mayor en caso de responsabilidad estricta, véase N° 329.

<sup>370</sup> Así se expresa también en el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, 14.5.1984, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y Parlamento Europeo, y que es el primer documento preparatorio de la Directiva 2004/35/CBE (3.2.15 II). El documento pone énfasis en el interés que puede presentarse para las propias empresas hacer públicos todos los riesgos ambientalmente relevantes en un proyecto, si de esa información puede derivarse una futura limitación de responsabilidad.

567. Definición judicial de los deberes de cuidado. a) Aunque la observancia por una empresa de las normas legales o reglamentarias sobre emisiones no es *generata abeñita* de que no vaya a estar sujeta a responsabilidad civil, resulta claro que el cumplimiento de las reglas de derecho público es un importante *índice de diligencia*.<sup>371</sup> En verdad, las regulaciones de derecho público son impuestas por la autoridad luego de un proceso de deliberación que asume comprensiblemente los puntos de vista relevantes, incorporando las variables ambientales en relación con el conjunto de bienes que cabe preservar con la participación y consideración de intereses muy diversos.<sup>372</sup> Por lo demás, en ese proceso se les imponen a las empresas cargas significativas de mitigación, de modo que una responsabilidad que exceda los requisitos de admisibilidad de un proyecto debe tenerse por excepcional.

b) Por caso, la responsabilidad de acuerdo a criterios generales de negligencia puede ser tenida como una última muralla protectora, que obliga no sólo a atender a los estándares fijados *ex ante*, sino también a establecer procedimientos de monitoreo y control que se manifestaran en una administración dispuesta a evitar los daños ambientales conexos a la respectiva actividad. A ese efecto, la prueba por parte del empresario de un manejo de las instalaciones de acuerdo a estándares técnicos reconocidos, debe ser en la mayoría de los casos una prueba suficiente de diligencia que entra eventualmente imputaciones en contrario.<sup>373</sup> Pero, más allá de este importante aspecto probatorio, la observancia o la infracción de este deber general de cuidado es objeto de una apreciación prudencial del juez, para lo cual tendrá que recurrir a los criterios generales de diligencia (véase § 10 d 9).<sup>374</sup>

3. El dano ambiental como antecedente de responsabilidad civil

588. Concepto y tipos de dano ambiental. a) El concepto de dano ambiental es equívoco, ya que comprende aspectos muy distintos que componen un conjunto holístico, difícilmente predecible. La ley define el *dano ambiental* como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes" (Ley del medio ambiente, artículo 2 letra e); a su vez, entiende por *medio ambiente* "el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioeconómicos y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones" (artículo 2 letra II).

<sup>371</sup> Hager 2002 904.  
<sup>372</sup> Bergkamp 2001 289.

<sup>373</sup> Hager 2002 904, con referencias al derecho europeo.

<sup>374</sup> En esta sentido, fundamentándose en la preexistencia como elemento integrante de la culpa (véase N° 46), se ha fallado que no basta obligatoriamente la empresa que al ejecutar un proyecto empresarial describe y evita un dano arqueológico y que pesa a tener conocimiento del hallazgo no toma en su oportunidad las medidas o precauciones necesarias para evitar el dano (Corte de Puerto Montt, 2.4.2004, rol N° 11.652.2003).



b) La definición legal corresponde al *daño ambiental puro*, que da lugar a una pretensión cuyo objeto es su reparación en naturaleza, que la ley denomina *acción ambiental* (artículo 54). Este daño ambiental en sentido estricto puede ser causa de otros daños que afectan a las personas o a las cosas, en cuyo caso se trata de una responsabilidad civil que tiene por objeto reparar los daños que se derivan de aquel. Ocurre usualmente que un daño ambiental, tal como está definido, produce, a su vez, un efecto indirecto, que se traduce en la pérdida de valor de un bien, en enfermedades o en la privación de ingresos futuros; esto es, en un *daño privado derivado del daño ambiental*, que puede ser de naturaleza patrimonial o moral.

En este sentido, el daño tiene dos aspectos en materia ambiental: ante todo, una cara pública, referida al daño ambiental puro y que da lugar a una acción que tiene por objeto la restitución, restablecimiento o reversión del medio ambiente dañado (infra § 55 e); y, además, una cara privada, cuyo fin es obtener protección preventiva por los efectos perniciosos del daño ambiental (infra § 55 c). Además, puede proceder una acción indemnizatoria por los daños resultantes a la propiedad o a las personas; esta acción es la analizada en esta sección.

En definitiva, la acción indemnizatoria por daño ambiental tiene un ámbito necesariamente restringido, que se reduce a los efectos dañosos que ese daño ambiental produce en otros bienes, incluido, en el extremo, el daño moral. A efectos de la indemnización de perjuicios, el daño relevante será el provocado al actor del juicio de responsabilidad a causa de un daño en el medio ambiente. Se trata del daño privado derivado del daño ambiental puro (infra Nº 584).

589. El daño ambiental debe ser significativo. a) En la definición legal del daño ambiental hay un elemento cualitativo que es relevante respecto de las acciones indemnizatorias y reparatorias. El daño ambiental contiene un elemento *normativo* consistente en que la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo debe ser *significativo* para que dé lugar a un daño indemnizable o reparable (artículo 2 letra D). En circunstancias que la definición legal se extiende a la acción indemnizatoria y a la acción ambiental, la exigencia que el daño sea significativo se aplica a ambas por igual.

b) La ley no ha definido cuando el daño ambiental es significativo. Tratándose de daños privados que se siguen de turbaciones ambientales, esta exigencia de seriedad del daño dirige la atención hacia el antiguo tema de las relaciones de vecindad, donde la pregunta es, precisamente, hasta dónde llega la tolerancia respecto de las molestias provocadas recíprocamente por el hecho de convivir unos junto a otros (infra Nº 447).<sup>575</sup> Por eso, el desafío

<sup>575</sup> A inicios del siglo pasado, en 1906, la Revista de Derecho y Jurisprudencia (t. III) publicó un artículo, titulado el mismo año en una revista francesa de derecho civil, en que se sostenía la doctrina que la responsabilidad por vecindad tenía su origen precisamente en imponer a los vecinos cargas intolerables (Appert 1906 117). En Chile la idea fue luego desarrollada por Alessandri 1945 273.

del derecho es dar forma y desarrollar en sus nuevas fronteras un viejo principio, carente de fundamento en un texto legal expreso, pero que, sin embargo, constituye "una costumbre sabra autoproducida": que nadie puede causar a otro una turbación anormal en sus relaciones de vecindad.<sup>576</sup> La determinación de si un daño es significativo obliga a distinguir entre lo que es una molestia que debe ser soportada como condición general de la vida en común y lo que es propiamente un daño indemnizable.<sup>577</sup>

No en vano el derecho del medio ambiente tiene su origen histórico precisamente en el ámbito de la vecindad, como lo muestra el lugar señalado entre las acciones posesorias especiales de la norma sobre emanaciones del artículo 937 del Código Civil.<sup>578</sup> Así, para resolver las preguntas que plantea la responsabilidad por daño ambiental es necesario recurrir a criterios de discriminación entre turbaciones significativas y aquellas que no lo son; esa tarea supone un sopesamiento de bienes a la luz de lo que tenemos por exigible en nuestras relaciones de vecindad.

Con todo, subsiste una importante diferencia con el derecho de vecindad: en este ámbito, la esencialidad del daño es condición suficiente para la acción, porque no se trata estrictamente de una acción de responsabilidad, sino de una acción propleitaria, relacionada con los límites internos al ejercicio del dominio. En materia ambiental, por el contrario, la ley da lugar a una acción de responsabilidad, de modo que siempre será posible alegar que el daño se produjo por una causa o por un acontecimiento que no puede ser atribuido a negligencia del demandado.<sup>579</sup>

<sup>576</sup> Carbonnier 1992 301; sobre los orígenes romanos de esta regla, supra Nº 577 b.

<sup>577</sup> En Chile de Puerto Montt, 2.3.2004, rol Nº 11.632-2003, en un caso en que con motivo de la ejecución de un proyecto empresarial se descubrió y alteró un sitio arqueológico, se falló que constituía un daño significativo la alteración de elementos arqueológicos de valor histórico para el estudio, análisis y comprensión de los elementos socioculturales de asentamientos humanos de carácter arcaico; también se ha considerado significativo el daño consistente en la mala no utilización de bosque nativo con intención al respecto plan de manejo (Corte de Temuco, 7.8.2008, rol Nº 1.405-2000); y el emplazamiento de una antena de telecomunicaciones cuyo sitio y configuración nada tiene que ver con el entorno de una zona histórica o típica (CS, 30.12.2004, R. del M. 517, 3.400).

<sup>578</sup> Algo semejante ocurrió en el *domum lava*, donde el derecho ambiental encuntra su fuente privada en el límite de existencia que comprende diversos tipos de "interferencias con el uso y goce de la tierra" y cuyo fundamento se encuentra en que "la propiedad y la posesión legal de la tierra necesariamente supone tanto el derecho a la integridad propia, propiedad en sí misma como el derecho a un razonable agrado (*comfy*) y utilidad en su ocupación" (Proser/acción # 4, 1984 619).

<sup>579</sup> Sin embargo, de la circunstancia que un daño sea significativo puede inferirse la falta de culpabilidad. Así, en el caso de una acción por daño ambiental que tuvo por antecedente el drapeo de una franja de terreno para construir un camino, causados daños a un roval de robles, se falló que "la pérdida de los árboles, en especial robles, ocasionada tanto con la construcción del camino como por la sanambulación de desmonte en la quebrada, constituye una falta de diligencia y cuidado por parte del demandado, que lo obliga a reparar el medio ambiente dañado" (15º Juzg. Civ. de Santiago, 6.8.2002, rol Nº 65-1999); en la sentencia resultó evidente que de la existencia de un daño ambiental significativo se infirió la culpa del demandado.

4. La causalidad en la responsabilidad ambiental

590. Preguntas específicas de causalidad en materia ambiental. a) Los problemas de causalidad suelen ser especialmente incisos en materia de responsabilidad por daño ambiental.<sup>590</sup> Ojalquiera que haya tenido experiencia como parte o como juez en un juicio de responsabilidad emanada de daño ambiental conoce las particularidades probatorias que plantea la causalidad.

Muy a menudo los daños ambientales provienen de causas difusas, atribuibles a diversos agentes, respecto de ninguno de los cuales es posible establecer una relación causal directa. Además, el daño es con frecuencia sostenido o se produce con retardo, de modo que es atribuirlo, *ex post*, a las más variadas causas eventuales. Finalmente, los daños ambientales se vinculan usualmente a la acción de diversos contaminadores.

A ello se agrega, con frecuencia, la falta de conocimiento científico respecto de los agentes contaminantes y acerca de los daños que en concreto produce cada uno de ellos. Incluso si están establecidas las conexiones estadísticas entre un agente contaminante y un daño, puede ser difícil probar la prueba en concreto de la causalidad; es el caso de las sustancias susceptibles de producir cáncer, cuyas causas precisas en muchos casos no se pueden determinar, incluido el rol que pueden haber jugado factores ambientales potencialmente cancerígenos.<sup>591</sup>

A lo anterior se agrega, en el caso de la acción indemnizatoria, el carácter indirecto del daño indemnizable, en tanto el objeto de la reparación no es el daño ambiental propiamente tal, sino sus efectos medidos en bienes patrimoniales o de la personalidad. De este modo, en los juicios en que se ejerce la acción indemnizatoria, al demandante le es necesario acreditar dos relaciones causales sucesivas: por una parte, entre la acción del ofensor y el daño ambiental y, por otra, entre éste y los daños patrimoniales o morales que pretende le sean indemnizados.

b) En la materia sólo cabe recurrir a los criterios generales ya desarrollados en materia de causalidad (*Código* V). Sin perjuicio de que en materia ambiental resulten relevantes todas las cuestiones de causalidad allí tratadas, hay algunas preguntas que merecen particular referencia. Ante todo, es necesario enfrentar la pregunta relativa al grado de certeza que es necesario tener para dar por establecida la relación causal, especialmente en casos en que existe una probabilidad significativa de que el daño se haya producido a consecuencia de la intervención ambiental del demandado (*supra* N° 246). Enseguida es necesario preguntarse por la

<sup>590</sup> Es significativo que la Directiva 2004/35/CE no haya regulado cuestiones de causalidad, a pesar de las múltiples preguntas que plantea la materia; sólo se aplica por la directiva de endofos que tienen de la materia la doctrina y los derechos europeos nacionales. M. Carré 2000 894.

carga probatoria, cuando existen indicios, aunque no pruebas concluyentes, acerca de la intervención causal del demandado (*supra* N° 272).<sup>592</sup> Además, se deben enfrentar las hipótesis en que se sabe que varios agentes de un conjunto determinado de candidatos han provocado el daño ambiental (*supra* N° 280).<sup>593</sup>

591. La relación de causalidad en la Ley del medio ambiente. a) A pesar que la norma del artículo 52 I de la Ley del medio ambiente parece indicar que la infracción a normas legales o administrativas da lugar a una presunción general de responsabilidad, lo cierto es que esa disposición (ver *supra* N° 586). La única norma pertinente de la ley en materia de causalidad se limita a reiterar el principio general de responsabilidad civil, esto es, que debe ser acreditada una relación causal entre la infracción y el daño (Ley del medio ambiente, artículo 52 II, *supra* § 29).

b) Así, este tema crucial de la responsabilidad ambiental no está resuelto por la ley. El régimen general de responsabilidad civil permite recurrir a la norma del artículo 2829, que establece una presunción general de responsabilidad por el hecho propio respecto de daños que, atendida su naturaleza, pueden ser atribuidos *en principio* a un tercero. Esta inferencia puede entenderse efectuada implícitamente por la norma del artículo 52 I

<sup>592</sup> La legislación alemana en materia de responsabilidad civil ambiental ha operado, en razón de las dificultades probatorias que plantea el daño ambiental, por una presunción general de causalidad: si una instalación es idéntica, atendidas las características del caso específico, para provocar los daños ocurridos, se presume la causalidad la aptitud es juzgada, de acuerdo con la ley, según la información disponible acerca del modo de producción, la instalación, la clase y concentración de las materias primas y de las emanaciones, las dimensiones meteorológicas, así como de cualesquiera otras circunstancias aprendidas por expertos. La empresa en tales casos debe mostrar que cumplió con las reglas de funcionamiento para inventar nuevamente la carga de la prueba (Ley alemana de responsabilidad por el medio ambiente, *Umweltabfeggesetz*, artículo 5 I y II); en especial, sobre los problemas de causalidad en materia ambiental, Häger 1991 194.

<sup>593</sup> La jurisprudencia norteamericana suele recurrir al criterio de las respectivas participaciones de mercado para atribuir responsabilidad a las empresas candidatas a ser causantes del daño (*Shell v. Amstar Laboratories*, 26 Cal. 3d 888, 163 Cal. Rptr. 132, 607 P. 2d 924, 1980); también se suele recurrir a los criterios de probabilidad estadística complicados en caso de emanaciones dañinas (*supra* N° 246). Los resultados, con todo, no parecen ser auspiciosos: se ha aumentado exponencialmente el riesgo de enfrentar secciones ambientales respecto de personas raramente vinculadas al daño (incluso bancos y otras financieras) y se han aumentado los casos de transacción de modo coludicante. Un comentario crítico acerca de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* promulgada en el año II del Libro Verde, que fue el primer documento preparatorio para la directiva europea de 2004. En definitiva, la Directiva 2004/35/CE resulta aplicable en caso de daños causados por una contaminación de carácter difuso sólo "cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores sancionados" (ver artículo 4 N° 5).



de la ley. De este modo, a la manera de la ley alemana,<sup>54</sup> cuando existen *indicia clara y consistentes de que el daño se debió a la actividad de una cierta industria, se extiende el principio *res iure laqueitur*, de modo que las cosas habrán por sí mismas, al terreno de la causalidad (*supra* N° 272).<sup>55</sup>*

Resulta evidente que siempre queda abierta para la empresa la posibilidad de desahucarse de responsabilidad, allegado al proceso pruebas específicas que declaren la evidencia *prima facie* acerca de su intervención causal en la producción efectiva del daño.

c) A falta de antecedentes para asumir una presunción legal, los jueces pueden conlucir una *presunción judicial* en concreto sobre la base del juicio de expertos. La ley establece disposiciones especiales en la materia tanto respecto a la designación de los peritos como a la ponderación de sus opiniones (Ley del medio ambiente, artículo 61). A la construcción judicial de una presunción en materia de causalidad contribuye, además, la regla del artículo 62 de la Ley del medio ambiente, que autoriza al juez para apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y declarar admisible todo medio de prueba, además de los referidos en el Código de Procedimiento Civil.

### 5. Extinción de la acción

592. Prescripción de las acciones de responsabilidad ambiental. En materia de responsabilidad por daño ambiental existen ciertas modificaciones respecto del estatuto general de prescripción. Ante todo, se establece que la acción se extingue en el término de *seis años* de modo que el plazo correponde al de prescripción ordinaria (Ley del medio ambiente, artículo 63). Además, el plazo se cuenta desde la *manifestación evidente del daño* y no desde la perpetración del hecho, como señala el artículo 2339, de este

<sup>54</sup> Ley alemana de responsabilidad ambiental (*Umwelthaftungsgesetz*), artículo 6: "Si una instalación es apropiada en atención a las circunstancias del caso particular para producir el daño, entonces se presume que el daño ha sido causado por esa instalación. La disposición de una instalación para producir el daño se valora de acuerdo con el funcionamiento del establecimiento, los dispositivos utilizados, la clase y concentración de las materias empleadas y emanadas, las circunstancias meteorológicas, atendido el tiempo y lugar de producción del daño, y los aspectos generales del daño, así como en consideración de todas las otras circunstancias que resulten relevantes en favor y en contra de dar por establecida la causalidad" (artículo 6.1). La presunción no opera si se muestra que la instalación funciona de acuerdo con las reglas especiales de funcionamiento que le han sido impuestas en las autorizaciones administrativas respectivas (artículo 6.2).

<sup>55</sup> Con fundamento en el artículo 52 de la Ley del medio ambiente, que establece el fábulo de la causalidad, se ha plibado que "a relación de causalidad entre la acción de la empresa demandada y el daño producido a los sitios de Bahía Igube, se encuentra amparada por la presunción de responsabilidad de tal norma, pues con su actuar ha infringido normas que definen relación con la conservación, preservación y protecciones ambientales" (Corte de Puerto Montt, 2.4.2004, rol N° 11.652.9003).

modo la ley incorpora un criterio que la jurisprudencia ha aceptado al interpretar extensivamente el artículo 2332 (*infra* N° 711): la acción no puede extinguirse por prescripción antes que se manifieste el daño, esto es, antes que se configuren los requisitos sustantivos de la pretensión.<sup>56</sup>

### c. Acción ambiental: reparación en naturaleza

593. Acción ambiental y acción indemnizatoria. Producido el daño ambiental la ley concede acción para obtener la reparación del medio ambiente afectado (artículo 53). De acuerdo con la misma disposición legal, esta acción de reparación en naturaleza no obsta al ejercicio de las acciones indemnizatorias por los demás efectos dañosos que haya provocado ese daño ambiental (*infra* § 55 d). La acción ambiental y la indemnizatoria son compatibles en atención a su diferente naturaleza y finalidad. El límite de esta concurrencia está dado, con todo, por la eventual superposición de sus objetos: la reparación en naturaleza suele consistir por sí misma un sustituto de la indemnización, porque su efecto es precisamente neutralizar el daño.

594. La culpa o el dolo como requisitos de la acción ambiental. a) La acción ambiental está regulada en el mismo título que la acción indemnizatoria y se rige por idénticos principios normativos que esta última. En esencia se trata de una pretensión de reparación en naturaleza que está sujeta a las condiciones generales de la responsabilidad civil (*infra* N° 649).

La Ley del medio ambiente reitera estos principios. Ante todo, establece que, sin perjuicio de las sanciones administrativas, quien culposa o dolosamente cause un daño al medio ambiente estará obligado a *repararlo materialmente* a su costo, si ello fuere posible, y a indemnizarlo en conformidad a la ley (artículo 39). Esta idea está reiterada al tratarse la responsabilidad por daño ambiental, donde se establece que en todo lo no previsto por la propia Ley del medio ambiente o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Se ha sugerido, por razones de seguridad jurídica, la necesidad de contar con un plazo que fije un límite dentro del cual definitivamente se extingue la acción (Valenzuela 1998 71). En el derecho chileno, salvo una modificación legal que establece un término especial, este plazo no podría ser sino el de prescripción extraordinaria de diez años. Con todo, el largo espacio de tiempo que demora el daño ambiental en manifestarse y su gravedad llevan a pensar que se trata de una interpretación demasiado favorable al demandador (Valenzuela, 1998 66).

<sup>57</sup> La jurisprudencia es constante en exigir culpa o dolo en la acción de reparación ambiental, en general, se trata de supuestos de culpa in rectorum; en este sentido, se ha acogido la acción de reparación ambiental por infracción a la Ley (CS, 30.12.2003, X del M, 517.3400) por exceder en terreno en un plan de manejo forestal (Corte de Temuco, 7.8.2008, rol N° 1.405.2000); y por actuar sin previa autorización del órgano administrativo competente (Corte de La Serena, 31.1.2003, rol N° 26.992.2002).



En consecuencia, lo expresado a propósito de los requisitos de la acción indemnizatoria (*supra* § 55 d) resulta aplicable a la acción ambiental, con las calificaciones que se señalan en los párrafos siguientes.

b) Aunque, en general, en el *derecho comparado* existe una tendencia hacia el establecimiento de responsabilidades estrictas u objetivas en materia de reparación del medio ambiente, se suelen establecer requisitos más o menos fuertes para hacerla efectiva. Incluso en sistemas jurídicos procedes a establecer estatutos de responsabilidad estricta, la regla suele ser matizada. A su vez, esta tendencia se muestra en el derecho comparado más reciente, como es el caso de la directiva europea sobre responsabilidad ambiental, que establece un régimen de responsabilidad estricta para ciertas actividades peligrosas y uno de responsabilidad por negligencia o dolo respecto de las demás.<sup>58</sup> además, permite a los Estados examinar de responsabilidad a los operadores cuando acrediten que han actuado conforme a las autorizaciones y reglamentaciones nacionales (artículo 8 N° 4 letra a).

Por su parte, también la doctrina tiende a ser más diferenciada que hace algunos años, incluyéndose proposiciones bien fundadas en orden a tomar como base general el sistema de responsabilidad por negligencia, sin perjuicio de ciertas hipótesis de responsabilidad estricta para el caso de actividades especialmente peligrosas.<sup>59</sup>

59b. **Tiularidad de la acción de daño ambiental.** a) La tiularidad de la acción de daño ambiental tiene una naturaleza privada y pública. En efecto, la acción pertenece, por igual, tanto a las personas -naturales o jurídicas, públicas o privadas- que hayan sufrido el daño, como es típico del derecho privado, y a las municipalidades y al Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado, en resguardo del bien general.

<sup>58</sup> Así ocurre típicamente en el derecho francés, en razón del principio jurisprudencial de responsabilidad estricta por el hecho de las cosas (Viney/Jourdain 1998 609; Ziegler/Kötz 1996 659); sin embargo, los daños ambientales que afectan a personas determinadas son tratados en el derecho francés como turbaciones de vecindad, que están típicamente caracterizadas por el principio de que deben ser tolerados los problemas que normalmente se siguen de la convivencia (*supra* N° 447 c).

<sup>59</sup> La Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo establece que "La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco de responsabilidad medioambiental, basado en el principio de que "quien contamina paga", para la preservación y la reparación de los daños medioambientales" (artículo 1) y, sin embargo, el principio se materializa en distintos estatutos de responsabilidad; la responsabilidad es estricta tratándose de actividades que se deman por especialmente peligrosas, definidas en el anexo III (por ejemplo, instalaciones que por su naturaleza están sujetas a permisos de funcionamiento, actividades de gestión de residuos, vertidos en aguas interiores superficiales o subterráneas, explotación, tratamiento o almacenamiento de sustancias peligrosas); simploriamente, en los casos que no están previstos en el referido anexo III, la responsabilidad depende de que se haya incurrido en culpa o dolo por el operador (artículo 3.1).

<sup>59</sup> Una argumentación muy fuerte en este sentido en Berkamp 2001 *passim*, especialmente 86.

De este modo, la ley excluye la posibilidad de que el interés general sea asumido por personas privadas. Queda asimismo descartada esa especie de carácter jurídico que consiste en atribuir a la propia naturaleza el carácter de sujeto de derecho. El ordenamiento legal asume que en materias de daño ambiental está en juego el interés de la comunidad, cuya representación la ley radica en las autoridades públicas que la ley designa. Las organizaciones ciudadanas que no representen intereses de quienes son personalmente afectados carecen de legitimidad activa para ejercer la acción ambiental, pero se abre el camino para que induzcan a la municipalidad para que la ejerza.<sup>60</sup>

b) El procedimiento indirecto que la ley establece tiene por finalidad que la municipalidad tenga que tomar una posición frente a la denuncia del particular. Cualquiera persona puede solicitar a la municipalidad, en cuyo territorio se desarrollan actividades que producen daño ambiental, que ejerza la acción, proporcionándole los antecedentes en que sustenta su petición. La municipalidad, dentro de 45 días, debe emitir la acción o resolver fundadamente en contrario, esto es, expresando las razones por las cuales la solicitud no fue acogida. La omisión de la municipalidad en pronunciarse sobre la solicitud (sea ejerciendo la acción, sea negando lugar con fundamento a la petición) la hace solidariamente responsable de los perjuicios sufridos por el afectado (Ley del medio ambiente, artículo 54 II). Nada impide que varias personas exhiban conjuntamente esta petición.

La norma evita, por un lado, que la acción de responsabilidad ambiental sea ejercida por personas privadas, asumiéndose de este modo que no corresponde a éstas la causa del interés general en la reparación (véase también *supra* N° 580); por otro, fuerza a la municipalidad a adoptar una posición con debida y pública consideración de los intereses en juego. Sin embargo, adolece de una cierta inconsistencia lógica, que disminuye su eficacia práctica: se supone que el particular agremita a la municipalidad para que ejerza la acción que le corresponde en causa del bien general. Pero ocurre que si la municipalidad omite pronunciarse sobre la petición, debe indemnizar al solicitante sus propios perjuicios. Así así, que cualesquiera personas del pueblo que se sientan típicamente afectadas por un daño ambiental puedan forzar a la municipalidad a considerar la conveniencia de iniciar una acción ambiental tiene el efecto político de que recarga sobre ella la apreciación prudencial de los hechos denunciados.<sup>61</sup>

59c. **Finalidad y alcance de la acción ambiental.** a) La ley establece que la acción ambiental persigue "la reparación del medio ambiente dañado". La reparación consiste en "la acción de reponer el medio ambiente u uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al

<sup>60</sup> Comienza hacer presente que por regla general en el derecho comparado no se concede a las organizaciones ciudadanas una acción reparatoria, sino más bien una acción cautelar para evitar la producción del daño, como ocurre en Chile con la acción de protección (*supra* N° 589).

<sup>61</sup> En diversas jurisdicciones se puede hacer valer un interés general por el defensor del pueblo o por el ombudsman (Pinochet/Concursos 2004 137).

daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas" (Ley del medio ambiente, artículo 2º letra s). De este modo, debe entenderse que la reparación da lugar a una obligación de hacer,<sup>597</sup> que originalmente está sujeta a las reglas de ejecución del artículo 1553 del Código Civil y de los artículos 530 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.<sup>598</sup>

b) La efectividad de la acción está condicionada por la posibilidad de reparar el medio ambiente dañado.<sup>599</sup> Para ello, el juez puede disponer de las medidas para controlar, poner término y eliminar la fuente del daño ambiental y las medidas reparadoras que resulten razonables.<sup>600</sup> Sin embargo, puede ocurrir que el daño no sea reparable en términos de una restitución en naturaleza, como puede ser el caso de la tala de un bosque centenario o la extinción de una especie marina. Asimismo pueden estar envueltos costos desproporcionados que hagan la reparación económicamente imposible. En estos casos, la reparación en naturaleza suele detener

<sup>597</sup> Vélez Sarsfield 1993 66.

<sup>598</sup> Puede argumentarse al respecto una analogía más fuerte con las obligaciones de no hacer porque se ha hecho lo indelible, debe restituirse la situación al estado anterior. Lo interesante de esta interpretación es que podría resultar admisible la excusa del deudor de satisfacer el bien perseguido por medios equivalentes (Código Civil, artículo 1553; Código de Procedimiento Civil, artículo 544). Desde un punto de vista estrictamente técnico no se deben confundir dos conceptos jurídicos diferentes: el deber de cuidado y la obligación. En efecto, antes de la infracción existe un deber de cuidado, no una obligación de no hacer; la obligación reparadora sólo surge una vez que se infringe el deber; y esa obligación es de hacer. En otra parte de este libro se hace precisamente una distinción de grado entre la responsabilidad contractual, que supone la infracción de una obligación, y la responsabilidad extracontractual, que supone una infracción de un deber, y sólo entonces da lugar a la obligación (ver pp. 5 y, véase Nº 777). Sin embargo, son imaginables hipótesis en que por analogía se aplique el artículo 1553, en la medida que el juez estime que hay medidas reparadoras de efecto sustitutamente equivalente, como se verá a continuación.

<sup>599</sup> Durante la discusión del proyecto de ley no se especificaron los medios que debían emplearse para reparar el daño ambiental, pero se dejó expresa constancia de que la reparación procedía en la medida de lo posible (Dictado de Secciones del Senado, Sesión 14, 8.3.1993, 2289). En general, la forma de reparación es variable en función de las características del daño, lo que debe en la imprecisión de obligaciones cuya cumplimiento es también variable. En un caso de empazamiento de una antena de telecomunicaciones en una zona agrícola del centro histórico de La Serena, se condenó a la parte demandada a restaurar y reparar materialmente el medio ambiente afectado, mediante el retiro de la antena y a un estado del daño o impacto causado, todo dentro de un plazo de 10 días (CS. 50.12.2004, R. del M. 817.8400). En sentido análogo, Corte de La Serena, 31.1.2005, rol Nº 26.932-2005; en otro caso, se condenó a los demandados a reparar el daño ambiental causado, mediante la reconstrucción de una edificación empalizada en un barrio histórico, previamente declarado zona típica (CS. 50.8.2006, rol Nº 1.911.2004).  
<sup>600</sup> La Directiva 2004/35/CE establece en su artículo las medidas reparadoras respecto de distintos tipos de daños ambientales, distinguiendo la reparación primaria (restauración al estado anterior al daño), la *reparación complementaria*, que tiene por objeto compensar el daño que no puede ser objeto de reparación primaria, y la *reparación compensatoria*, que persigue compensar las pérdidas preventivas ocurridas hasta que se efectúe la reparación primaria o complementaria, en cada caso se valoran las opciones reparadoras de conformidad a un listado prestablecido de criterios (anexo II).

en una prestación en equivalencia. Queda abierta la pregunta acerca de si el juez puede ordenar reparaciones en equivalencia que no tengan una finalidad indemnizatoria (la que está excluida en el caso de la acción por daño ambiental puro). La norma del artículo 2º letra s abre el camino para ordenar una restauración ambiental en sus calidades básicas, si resulta imposible la restitución al estado anterior. Esta regla abre un ámbito de competencia relativamente amplio a los jueces. Así se explica que la negociación de prestaciones complementarias, que persiguen una satisfacción en equivalencia del daño causado, sea usualmente objeto de negociación del Estado o de la municipalidad respectiva con el demandado; ello explica también que muchos juicios en que se ha ejercido la acción ambiental terminen con transacciones, en cuya virtud el demandado se obliga a realizar actos reparatorios y a regularizar su funcionamiento.<sup>601</sup>

c) Por otro lado, el daño ambiental supone riesgos extensos e impredecibles, a cuyo respecto no existen datos actuables, de modo que usualmente tampoco pueden ser cubiertos extensivamente por seguros.<sup>602</sup> Una posible solución consiste en establecer límites de responsabilidad, pero ello está normalmente asociado al establecimiento de estatutos de responsabilidad estricta (en cuyo caso es usual que esos límites no rijan si el daño es atribuible a culpa o a culpa grave), como ocurre en la Ley de navegación con la contaminación por hidrocarburos (artículo 145 I) o en materia de actividades nucleares (supra Nº 821). Con todo, en la medida que la responsabilidad por daño ambiental tiene por antecedente la culpa o dolo del demandado, en el derecho chileno no existe urgencia alguna por establecer esos límites.

§ 56. RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y GERENTES DE SOCIEDADES

2. Delimitaciones<sup>603</sup>

597. Responsabilidad de socios y administradores: sociedades colectivas, en comunidad y en ómnibus abiertas y cerradas, a) Los socios y administradores de sociedades colectivas abiertas y cerradas, a) Las reglas generales de la

<sup>597</sup> Las municipalidades y el Consejo de Defensa del Estado asumen una función causal del medio ambiente mediante el ejercicio de esta acción; es particularmente significativa la proporción de juicios que terminan con una transacción, cuyo contenido difiere de una regulación específica. En este sentido, véase las transacciones acompañadas y aprobadas en: 1º Juzg. Civ. de Viña del Mar, rol Nº 1.705.2002; 1º Juzg. Civ. de Santiago, rol Nº 5.018.2006; 2º Juzg. Civ. de Puerto Montt, rol Nº 2.674.2000; 2º Juzg. de La Serena, rol Nº 1.233.2006; y 3º Juzg. Civ. de San Bernardo, rol Nº 8.790-1999.

<sup>598</sup> Véase sobre el daño ecológico 2.111.  
<sup>599</sup> En la materia de esta sección quisiera hacer referencia a la memoria de prueba de Diego Barrow (Universidad de Chile, 2006), en fase de conclusión al momento de escribir este libro, y de cuyos avances y ayudas observaciones he obtenido significativo provecho en la preparación del texto que sigue.



responsabilidad contractual. El encargo de administración es concebido como un mandato (artículo 2077), que está regido por las normas de ese contrato y por las especiales del contrato de sociedad (que sólo marginalmente se aplican de los principios que rigen la relación entre mandante y mandatario).

El ordenamiento sobre *societades colectivas comerciales* no alteró esencialmente las reglas del derecho civil, pero introdujo algunas prohibiciones que adelantan algunos importantes deberes de lealtad, que luego fueron desarrollados por la legislación sobre sociedades anónimas. Estos deberes expresan la relación fiduciaria que existe entre los socios y quien ejerce la administración con la sociedad; así, se prohibió la aplicación de fondos o el uso de la firma social para negocios particulares y la explotación por cuenta propia del ramo empresarial de la sociedad (Código de Comercio, artículo 404 N° 2 y 4).

En suma, el régimen legal de las sociedades colectivas establece indistintamente para los socios y administradores deberes generales de cuidado característicos de una relación que es al menos análoga al mandato, así como límites a las actuaciones en que el interés del socio se superpone al de la sociedad.

b) Las *societades anónimas* son esencialmente sociedades de capital, de modo que las relaciones fiduciarias entre los accionistas son sustancialmente menos intensas que en las sociedades colectivas. Ello se manifiesta, por ejemplo, en que ninguna prohibición limita el derecho del accionista a desarrollar separadamente negocios del giro social. Por cierto que la ley impone a quienes tienen poder de control de una sociedad anónima ciertas limitaciones básicas para que su poder de voto no sea usado abusivamente, en interés de los propios negocios y no de la sociedad (supra N° 183). Con esta reserva, en la sociedad anónima, en contraste con la sociedad colectiva, se reconoce una marcada diferencia entre la propiedad (que se expresa en la junta de accionistas) y la administración (que está a cargo de un directorio y de los gerentes que éste designa).

La sociedad anónima es un instrumento de inversión, en que los accionistas no tienen la carga de administrar por sí mismos los negocios sociales (Ley de sociedades anónimas, artículo 31).<sup>40</sup> Esta estructura facilita la captación de capitales del público, lo que, a su vez, suele establecer una creciente distancia entre los accionistas (al menos, aquellos que no tienen influencia decisiva en la junta de accionistas) y la administración. Por eso, es en el derecho de las sociedades anónimas donde con más detalle se ha desarrollado una doctrina jurídica respecto de los deberes y responsabilidades de los administradores. En lo sucesivo se tomará como modelo de

referencia la *societad anónima abierta*, según la definición del artículo 2° de la Ley de sociedades anónimas.

Las *societades anónimas cerradas* responden, por lo general, a propósitos asociados análogos a los de las sociedades colectivas de responsabilidad limitada. Sin embargo, los poderes de la mayoría son usualmente más fuertes en las primeras. De ello se sigue que en la medida que la propiedad y la administración estén separadas y que en la propiedad concurren diversos grupos de accionistas, los principios de responsabilidad son semejantes en las sociedades anónimas abiertas y cerradas. La diferencia específica está dada porque en las cerradas no existe un interés público comprometido, de modo que no existe fiscalización administrativa protectora de los derechos de los accionistas minoritarios. Por eso, las relaciones entre accionistas de sociedades anónimas cerradas tienen un carácter más marcadamente fiduciario que en las abiertas, de modo que los deberes recíprocos de lealtad tienden a ser más exigentes en la sociedad anónima cerrada. En el derecho norteamericano, de donde proviene la distinción entre sociedades anónimas cerradas y abiertas, se entiende que los accionistas de una sociedad cerrada están sujetos a deberes de lealtad y buena fe calificados, en atención a que las minorías no gozan de igual protección que en las abiertas, precisamente porque las reglas protectoras de orden público son sólo aplicables a aquéllas.<sup>41</sup>

c) Aunque en este apartado sólo se analizará la responsabilidad de quienes administran sociedades anónimas, en lo que sigue se asume que los principios desarrollados respecto de las *societades anónimas son aplicables por extensión a los administradores de societades colectivas y en comandita*. En general, los deberes de cuidado, de lealtad y de rendición de cuentas e información desarrollados respecto de las sociedades anónimas también responden a la naturaleza de la relación entre los socios y los administradores de sociedades de personas o en comandita (e, incluso, de corporaciones sin fines de lucro).

El desarrollo del derecho de las sociedades anónimas tiene sólo parcialmente por antecedente las particularidades de este tipo de compañías, más generalmente da cuenta de problemas que se presentan cada vez que un emprendimiento empresarial es administrado por sólo alguno de los socios o por terceros. En otras palabras, la importancia de las sociedades anónimas en el desarrollo de los negocios y como vehículos de ahorro e inversión en los mercados de capitales ha justificado un desarrollo y progresiva precisión, por vía legal, administrativa y judicial, de los deberes a que están sujetos sus administradores; pero de ello no se sigue que el desarrollo de reglas más precisas a partir de esos principios, típicamente de derecho privado, no sea extensible por analogía a otras relaciones fiduciarias. Por eso, a menos que la específica condición *intra personae* de las sociedades de personas establezca una diferencia relevante, esos principios de responsabilidad tienen un valor bastante universal.

<sup>40</sup> Clark 1936/798.



Esta aplicación extensiva de los principios y normas que rigen la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas excluye, desde luego, las reglas administrativas que persiguen cautelar la fe pública, la que, por lo general, no está comprometida en sociedades de personas, a menos que sean emisoras de títulos de deuda de colocación en el público, de conformidad con las normas de la Ley de valores; también excluye las materias que son objeto de convenciones entre los socios, que en este tipo de sociedades disponen de un ámbito de autonomía privada del que carecen los accionistas de una sociedad anónima (*infra* N° 604).

**598. Responsabilidad de la sociedad por el hecho de sus órganos y responsabilidad personal de los administradores.** a) Según un principio generalmente aceptado en el derecho civil, las sociedades responden de los actos de sus *órganos y representantes* como hechos propios, tanto contractual como extrcontractualmente (*supra* N° 34 y 128 b).

El directorio y los gerentes son órganos sociales, porque por su intermedio actúa la sociedad en el desarrollo de su giro (Ley de sociedades anónimas, artículos 31 I y 40 I, respecto del directorio, y 44 y 50, respecto de los gerentes). La persona jurídica resulta obligada y es responsable por la actuación de sus órganos, incluso con prescindencia de si éstos han actuado en el marco del objeto social o de sus atribuciones.<sup>48</sup> En consecuencia, los ilícitos cometidos por los administradores de sociedades en el ejercicio de su cargo dan lugar a responsabilidad personal de la persona jurídica. De otro modo, si en estos casos no es necesario construir la responsabilidad bajo la presunción de culpa por el hecho ajeno de los artículos 2320 y 2332 del Código Civil.

b) Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a la sociedad, también los administradores pueden ser personalmente responsables por los ilícitos en que incurrían en perjuicio directo de terceros. Atendida la regla de responsabilidad personal de la sociedad por la actuación de sus directores y gerentes, en la práctica, la responsabilidad personal de estos últimos es especialmente relevante en casos de insolvencia de la sociedad que resulte causalmente atribuible a la actuación dolosa o negligente de sus administradores (*supra* N° 138). Además, las leyes de sociedades anónimas y de mercadería de valores también establecen la responsabilidad personal de directores y gerentes de sociedades anónimas en protección de los accionistas e inversionistas, respectivamente (*infra* N° 602).

**599. Relaciones de poder entre los accionistas y los administradores.** a) En las sociedades anónimas, la separación entre la propiedad y la administración es clara desde el punto de vista de la estructura de potestades: los accionistas controlan la junta de accionistas que designa el directorio. Esta estructura jurídica de potestades suele tomar un carácter diferente desde

<sup>48</sup> Lyon 2003 145, 159; Von Bar 1998 I 188, con referencias a la generalizada aceptación de este principio en el derecho comparado.

un punto de vista funcional. En un extremo, la propiedad está de tal manera difundida que ningún accionista en particular tiene influencia decisiva en la junta de accionistas; en el otro, la propiedad está de tal manera concentrada que la sociedad es controlada por un accionista o por un grupo empresarial.

En el primer caso, surgen riesgos de que los administradores confundan sus propios intereses con los de la sociedad, entrando en colisión con el mejor interés de los accionistas, quienes no están en condiciones de ejercer de ejercer control mediante el voto en la junta de accionistas. En el segundo caso, no existe el peligro de que los administradores actúen a espaldas de los accionistas, porque éstos están en posición de ejercer un escrutinio efectivo de la gestión, de modo que los eventuales conflictos de interés se presentan al nivel de los controladores, en la medida que éstos pueden usar su poder para obtener beneficios injustificados en perjuicio de la sociedad.

Que la administración intente bloquear la adquisición de la compañía por un tercero o que establezca para sí remuneraciones excesivas, en perjuicio de los accionistas, son riesgos típicos de la primera estructura de propiedad y de control efectivo por la administración,<sup>49</sup> por el contrario, la regulación de la conducta de grupos de empresas que tienen intereses entrecruzados es una necesidad particularmente intensa en el segundo modelo de propiedad.

b) La estructura de propiedad de las compañías es muy distinta en las diversas tradiciones empresariales. Así, en Chile es claramente dominante un modelo en que las sociedades tienen controladores definidos: ello presenta la ventaja que la administración está sujeta a controles directos del accionista que concentra la propiedad, pero envuelve el riesgo correlativo del surgimiento de conflictos de interés en los negocios de la sociedad con otras sociedades o empresas pertenecientes al controlador. Por el contrario, en economías anglosajonas es usual la dispersión de la propiedad, de modo que los riesgos más bien radican en que la compañía sea manejada a espaldas de los accionistas, en beneficio de quienes se han hecho del poder de administración. La legislación sobre sociedades anónimas y sobre mercadería de valores asume ambas hipótesis de riesgo, como se verá en los párrafos siguientes. Es convenientemente tener en consideración los riesgos que surgen de los distintos tipos de organización empresarial, porque para determinar el alcance de la responsabilidad civil, conviene tener claridad acerca de los fines reguladores de las normas infringidas, y efectos de determinar si el daño es de aquellos que ellas perseguían prevenir (*supra* § 29).

#### b. Responsabilidad externa e interna de los administradores

**600. Planteamiento.** Los administradores de sociedades pueden ser personalmente responsables ante terceros ajenos a la sociedad, en razón de los ilícitos

<sup>49</sup> Klein/CofEcc 2002 168.

cometidos en su gestión (*supra* Nº 598). En este ámbito de relaciones, tiene lugar su *responsabilidad externa* a la sociedad, que, con las calificaciones que ensuéguida se revisarán, sigue las reglas generales de la responsabilidad por hechos personales. Además, los directores y gerentes están sujetos a la responsabilidad que surge para con la sociedad y con los accionistas en razón de su cargo, en cuyo caso se puede hablar de *responsabilidad interna*. Las más importantes reglas de la legislación sobre sociedades anónimas se refieren precisamente a este ámbito de responsabilidad. Por eso, luego de una sucinta exposición de los aspectos esenciales de la responsabilidad externa (esto es, con terceros), los párrafos siguientes se concentrarán en el análisis de las hipótesis de responsabilidad interna y las acciones para hacerla efectiva.<sup>44</sup>

### 1. Responsabilidad externa

601. Principio: Intransmisibilidad de la responsabilidad de la sociedad a quienes actúan como sus órganos. a) Los terceros no tienen en el *ámbito estructural* una relación personal con quienes actúan como órganos de la sociedad. En consecuencia, los acreedores, proveedores, clientes, trabajadores y todos quienes tengan una relación contractual con la sociedad carecen de acción contra los directores y gerentes por los incumplimientos en que incurra la sociedad, de conformidad con el principio general de relatividad del contrato. En sentido técnico, son también terceros los accionistas de la sociedad, porque los directores y gerentes carecen de relación personal con ellos; sin embargo, la ley crecientemente los incorpora en el ámbito de protección, de modo que su situación será analizada desde la perspectiva de las relaciones internas.

En el *ámbito extrainstitucional* no rige el principio de relatividad del contrato, en cuya virtud sólo resultan obligados quienes son partes; pero también acá resulta difícil separar los hechos de quienes actúan como órganos o representantes de los hechos de la sociedad en cuyo interés actúan. De ello se sigue que es inequívoca la responsabilidad extrainstitucional de la sociedad por el hecho de sus órganos y representantes (*supra* Nº 128). Assumit la responsabilidad de la sociedad, cabe plantearse la pregunta por la responsabilidad personal frente a terceros de las personas que actúan como sus órganos o representantes. De acuerdo con la llamada doctrina del órgano, debe entenderse que es completa la identidad entre la persona jurídica y sus órganos, de modo que la responsabilidad es siempre privada de la persona jurídica.<sup>45</sup> Esta solución resulta aceptable en la mayoría de las situaciones, pero puede llegar a resultar contraria a la justicia correctiva y a niveles óptimos de prevención de ilícitos si es adoptada mecánicamente. Por lo mismo, es explicable que la regla sea objeto de calificaciones.

<sup>44</sup> La distinción entre responsabilidad interna y externa ha sido tomada del derecho alemán; al respecto, Thammann 2003 28.

<sup>45</sup> Al respecto, Lyon 2003 134; Vidal en Varas/Turrier 2005 735.



b) En principio, debe entenderse que quienes conforman los órganos de la persona jurídica no tienen un deber de cuidado específico respecto de terceros, como si los tiene la sociedad que realiza una actividad riesgosa. Sin embargo, aunque sea aceptada la identificación doctrinal entre el órgano y la persona jurídica, ello no es impedimento para que los administradores de una sociedad sean personalmente responsables si se les puede imputar la infracción de un deber de cuidado en relación con el tercero (*supra* Nº 151).<sup>46</sup> Con todo, no es tarea sencilla identificar esos deberes de cuidado frente a terceros, distintos de la sociedad y de los accionistas.<sup>47</sup> Por lo demás, como se ha aludido, la responsabilidad personal del representante tiene usualmente poca importancia práctica para la víctima que posee ya una acción personal contra la sociedad.

c) A su vez, la sociedad tiene *acción de reembolso* contra las personas naturales que actúan como sus órganos o representantes si han incurrido en culpa en sus relaciones internas con la compañía. En tal caso, la obligación de indemnizar no tiene por antecedente el ilícito respecto del tercero (que, por lo general, da lugar a responsabilidad de la sociedad), sino el cometido en infracción de los deberes de cuidado que tienen esas personas para con la propia sociedad, que les obliga a reparar a ésta el costo de indemnizar al tercero. En otras palabras, la causa de pedir de la acción del tercero contra la sociedad es el ilícito en que ésta incurrió en razón de lo actuado por sus administradores; por el contrario, la causa de pedir de la acción de reembolso de la sociedad contra esos administradores tiene por antecedente la actuación ilícita de éstos en sus relaciones internas con la sociedad. La diferencia sustantiva radica en que no siempre la actuación de los administradores que da lugar a responsabilidad de la sociedad es también un ilícito en las relaciones internas de esos administradores con la sociedad (como ocurrirá si el ilícito que causa daño al tercero fue cometido en el mejor interés de la sociedad).

A la inversa, el mismo razonamiento puede resultar determinante al preguntarse si el ejecutivo que es hecho personalmente responsable por el tercero tiene una acción de reembolso contra la sociedad en cuyo interés actuó al causar el daño. El límite se encuentra en la prohibición que recae sobre directores y gerentes de actuar de una manera contraria a la ley y a los estatutos (artículo 42 Nº 7 primera parte). Sin embargo, todo indica que esas normas están establecidas respecto de las relaciones internas de los administradores con la sociedad. Aunque es inintuitivamente discutible

<sup>46</sup> Por una responsabilidad para con terceros de conformidad con las reglas generales de la responsabilidad civil, esto es, sin entrar a calificar si quienes actúan por la persona jurídica tienen un deber de cuidado con los terceros, Lyon 2003 158; con reservas Vidal en Varas/Turrier 2005 735. La tendencia a aceptar la responsabilidad extrainstitucional personal de los administradores por los daños que sean imputables a sus ilícitos personales en el gobierno no o administración de sociedades parece ser característica de la tradición del derecho civil (ver, para en Reglero 2002 a 1271, para el derecho español; Thammann 2003 135, para el derecho alemán; Van Kampel en Pijno/Venkant 1998 156, para el derecho holandés).

<sup>47</sup> Para en Reglero 2002 a 1271.

<sup>48</sup> Para en Reglero 2002 a 1271.



que los directores o gerentes puedan hacer que la sociedad soporte las consecuencias indemnizatorias de sus propios actos ilegales que han causado perjuicio a terceros, hay razones para afirmar que el administrador puede pretender restitución, argumentando haber actuado legalmente, pero en el mejor interés de la sociedad (*supra* N° 131). Con todo, parece que el seguro, más que una acción restitutoria, es el mejor camino para delimitar los riesgos de gestión.<sup>48</sup>

d) Hay al menos dos grupos de situaciones en que la responsabilidad personal de directores y gerentes frente a terceros es inequívocamente reconocida. Por una parte, si la acción persigue hacer valer su responsabilidad por infracciones a las leyes de sociedades anónimas y de valores, que otorgan indistintamente acción contra la sociedad y los administradores por los perjuicios sufridos no sólo por accionistas, sino también por cualquier otra persona, a consecuencia de los ilícitos infraccionales que les son atribuibles (*Ley* de sociedades anónimas, artículo 133 II; *Ley* de valores, artículo 55 II); a pesar de las remisiones legales genéricas, estos ilícitos infraccionales deben ser juzgados en atención al fin de la norma, según lo expresado precedentemente y de conformidad con los principios generales. Por otra parte, también son responsables los administradores que hayan incurrido en ilícitos que afectan los intereses de los acreedores en la quiebra de la sociedad (*Ley* de quiebras, artículo 132; *Ley* de sociedades anónimas, artículos 45 N° 3, 78, 79, 101 I, 102). Estas dos situaciones serán analizadas en los párrafos siguientes.

602. Responsabilidad de directores y gerentes con terceros no accionistas de conformidad con las leyes de sociedades anónimas y de mercado de valores a) Los ordenamientos legales sobre sociedades anónimas y mercado de valores son muy comprensivos en cuanto a la responsabilidad de directores y de gerentes de sociedades. Resulta evidente que la finalidad perseguida es incentivar el cumplimiento de sus respectivos deberes de cuidado y procurar grados significativos de transparencia y lealtad en la gestión de las compañías. La confianza es un bien muy preciado en los mercados de capitales, de modo que el legislador ha optado por establecer responsabilidades civiles, administrativas e incluso penales a quienes la afectan incumpliendo las normas que procuran asegurarla.<sup>49</sup>

48 El instrumento básico para cubrir que los directores y gerentes soporten el riesgo de actuación que causan daño a terceros es el seguro de responsabilidad civil. La Superintendencia tiene en su sitio web al menos cinco modelos de pólizas registradas de responsabilidad civil de directores y gerentes (GAD 195091, POL 198015, POL 199008, POL 109021 y POL 105061).

49 Las sanciones administrativas que puede imponer la Superintendencia comprenden: la cesantía, multas de hasta 15.000 unidades de fomento (que en caso de reincidencia pueden llegar hasta tres veces ese monto) o de hasta el 30% del valor de la operación ilícita; la revocación de la autorización de existencia de la sociedad, cuando proceda, como es el caso, por ejemplo, de las compañías de seguros (*Ley* SVS, artículos 27, 28 y 29).

b) La culpa incurrida por una sociedad en infracción a la ley, al reglamento (DS 587/1982, del Ministerio de Hacienda), a las normas dadas por la Superintendencia o a los estatutos sociales da lugar a la responsabilidad de los administradores y representantes, a menos que éstos prueben que no tuvieron participación en el ilícito o se opusieron a su realización (artículo 133 II). La norma se refiere genéricamente a los daños causados a otros, de modo que debe entenderse que no sólo se aplica respecto de los accionistas de la sociedad, sino también de terceros que se vean afectados por la culpa infraccional de quienes ofician como sus órganos de gobierno y de gestión. A su vez, la responsabilidad de los administradores y representantes es solidaria con la que recae sobre la sociedad.

c) Con mayor intensidad que la legislación sobre sociedades anónimas, la Ley de valores establece reglas igualmente estrictas en protección de terceros (artículos 59 a 63). Allí se establecen ilícitos penales especiales, que sancionan diversos hechos susceptibles de causar daño a terceros, como, por ejemplo, proporcionar o certificar maliciosamente antecedentes o hechos falsos a la Superintendencia, a las bolsas de valores o al público (artículo 59 letra a); realizar operaciones que tienen por finalidad estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios de valores o realizar cotizaciones u operaciones ficticias (artículo 59 letra e); efectuar declaraciones falsas con ocasión de la emisión de valores de oferta pública (artículo 59 letra f); valerse, usar o revelar información privilegiada (artículo 60 letras e, g y h). Además de estos tipos penales, la Superintendencia puede aplicar sanciones administrativas, como en el caso de las infracciones a la Ley de sociedades anónimas (artículo 59).<sup>49</sup>

Si una persona jurídica, que no sea el emisor de valores, incurra en infracción de las normas legales o administrativas y de ello se sigue "daño a otro" (por ejemplo, por uso de información privilegiada), se presume la responsabilidad civil personal de los administradores y representantes legales, a menos que se pruebe su falta de participación o su oposición al hecho (artículo 55 II). Si el infractor es la propia emisora de valores de oferta pública, ésta responde personalmente, sin perjuicio de que la responsabilidad se extienda solidariamente a sus directores, liquidadores, administradores, gerentes y auditores, en la medida que el ilícito constituya una infracción a sus respectivos deberes de cuidado (artículo 55 III).

d) Para que de la infracción de la norma legal o de una regulación administrativa se siga responsabilidad civil, es necesario que el daño sufrido por el demandante sea de aquellos que la regla incumplida pretendía prevenir (*supra* § 29). Así, no podrá un tercero invocar en su favor la infracción de una norma que tiene por fin inquirir la protección de la sociedad o de los accionistas.

603. Responsabilidad de los administradores respecto de acreedores por insolvencia de la sociedad. a) La insolvencia de la sociedad es un hecho

<sup>49</sup> Ver nota anterior.



incentivo para que terceros hagan valer una acción contra otros candidatos a ser responsables. Antes han sido sucesivamente analizadas las restricciones condicionales para accionar en contra de los controladores de la sociedad insolvente, alegando la doctrina del levantamiento del velo societario (*Síntez* N° 134). Pero también son candidatos a ser responsables los directores y gerentes de la sociedad.

b) La insolvencia de la sociedad no es *per se* siquiera un indicio de la comisión de ilícitos. Los acreedores concurrales tuvieron la posibilidad de exigir garantías para evitar el riesgo de que sus créditos quedaran impagos. A su vez, aunque los acreedores por ilícitos civiles no estuvieron en situación de negociar garantías, carecen usualmente de acción contra los administradores (*Síntez* N° 601), a menos que la insolvencia sea atribuible a ilícitos.

En consecuencia, los administradores de sociedades no son responsables de las obligaciones de la sociedad para con terceros (salvo el caso, hoy excepcional, de la sociedad colectiva simple). Sin embargo, la insolvencia puede ser consecuencia de actos u omisiones ilícitas de los administradores. En este caso, no es el mal juicio en los negocios lo que constituye la ilicitud, sino la actuación ilícita que daña el interés de los acreedores como finclara del derecho de prenda general. Por eso, en la generalidad de los sistemas jurídicos el derecho civil somete a los directores y gerentes a deberes de cuidado en protección de los acreedores.<sup>41</sup>

c) Determinar deberes de cuidado específicos en la materia, sobre la base de la cláusula general del artículo 2314 es una tarea en extremo delicada. Todo parece indicar que en ausencia de una infracción a la legislación sobre quiebras, el director no debería verse afecto a responsabilidad si ha actuado en la honesta creencia de que aún hay luz al final del túnel.<sup>42</sup> Pero también es posible asumir una regla más estricta, que establezca la responsabilidad de los directores si, atendidas las circunstancias, debieron concluir que no había expectativas razonables de evitar la quiebra y no adoptaron las medidas que podrían haber evitado un daño marginal a los acreedores.<sup>43</sup> Sin embargo, una regla tan exigente e impracticable puede resultar excesiva: ante todo, porque los propios acreedores tienen la posibilidad de incluir en sus contratos deberes precisos acerca de la conducta de los administradores (como usualmente ocurre en contratos de crédito); además, porque los directores no suelen ser los mejores candidatos a soportar el riesgo de insolvencia; y finalmente porque, a falta de ilícitos precisos, no resulta justo que quienes han actuado de buena fe queden sujetos a una regla que deja entregada la responsabilidad a conje-

<sup>41</sup> Herzig/Kanda en Kratzman *et al.* 2004: 89, con referencias comparadas.

<sup>42</sup> Chetinas 1997: 538, con referencia al Informe sobre derecho de insolvencia del llamado *Cost Commission* (1989); sin embargo, la legislación inglesa con posterioridad se ha valido más exigente con los directores de las compañías.

<sup>43</sup> Una regla de este tipo ha sido introducida en el Reino Unido por la *Insolvency Act* de 1985 (S 241.2).

turas y especulaciones acerca de cómo habrían sido las cosas si se hubiese actuado de otra manera.<sup>44</sup> A ello se agrega que es distinta la valoración *ex post* que el juez realiza una vez que la quiebra ya se ha producido, que la realizada *ex ante* por el directorio: la abnición de riesgos puede resultar razonable al momento de adoptarla como decisión, aunque no aparezca de la misma manera una vez que la debacle ya ha ocurrido.

Por estas razones, parece prudente limitar la responsabilidad de los directores y gerentes a los actos fraudulentos o de culpa grave, dejando, en lo demás, un espacio suficientemente amplio de discreción a la apreciación de los negocios. Al respecto, conviene tener presente que son los acreedores quienes corren con el riesgo de que los administradores del deudor adopten erróneas decisiones de negocios, de modo que la responsabilidad de estos últimos sólo puede tener lugar en casos de imprudencias temerarias o de actos que afectan severamente la *par tenentis medietas* o posponen los intereses de los acreedores frente a los de los accionistas de una sociedad amenazada por insolvencia. Se entiende que lo anterior es sin perjuicio de los ilícitos específicos de la Ley de quiebras.

d) La quiebra de una sociedad autónoma está sujeta a las normas generales del derecho concursal. Si los administradores no condenados criminalmente por quiebra culpable o fraudulenta (Ley de quiebras, artículos 219 y 220), son también civilmente responsables de los ilícitos que les sean personalmente atribuibles, en virtud del efecto de cosa juzgada de las sentencias condenatorias penales en materia civil (*Síntez* N° 759). Cada ilícito en particular supone un agente que lo haya ejecutado o aprobado, de modo que la responsabilidad civil derivada sólo puede surgir de esa atribución personal del hecho al director, gerente o administrador respectivo. En otras palabras, la quiebra culpable o fraudulenta no afecta *per se* a todos quienes tienen funciones de administración, sino sólo a quienes han participado en el acto sancionado y han actuado con conocimiento de la situación del fallido (artículo 232). Como se verá a continuación, la ley establece un importante correctivo probatorio respecto de algunos de estos ilícitos.

e) Más allá de los ilícitos generales del derecho concursal, la ley establece algunas normas especiales protectoras de los intereses de los acreedores, y eventualmente de los accionistas, cuya infracción puede dar lugar a responsabilidad de directores, liquidadores y gerentes en caso de insolvencia de la sociedad. Entre ellas, destacan las siguientes:

• El directorio de una sociedad anónima que ha cesado en el pago de una o más de sus obligaciones o ha sido declarada en quiebra por resolución ejecutoriada debe citar a la junta de accionistas que se celebrará dentro de los 30 días siguientes de ocurridos estos hechos con el fin de informar de la situación legal, económica y financiera de la sociedad (artículo 101 N). Esta norma tiene efectos particularmente fuertes en el ámbito de las relaciones internas del directorio con la sociedad y con los accionistas; sólo muy excepcionalmente su incumplimiento puede producir perjuicio a los

<sup>44</sup> Chetinas 1997: 541.

acreedores, como ocurriría si el ocultamiento de la cesación de pagos es tenido por causa cierta de la imposibilidad de obtener los capitales que habrían permitido superar la insolvencia (lo que impone una prueba de la causalidad en extremo difícil de abordar).

• Como se ha referido, la Ley de quiebras contiene un largo listado de supuestos bajo los cuales la quiebra es tenuta por culpable o fraudulenta (artículos 219 y 220). Los directores y gerentes son responsables si se les prueba participación en dichos actos y conocimiento de que su realización perjudica a la masa o atenta contra el principio de igualdad de los acreedores. La ley establece un derecho probatorio al presentar el conocimiento de los directores, liquidadores y gerentes de la sociedad fallida si la sociedad: f) ha celebrado convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de los demás; y g) si después de la cesación de pagos, la sociedad ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás (artículo 108). Aunque la norma ha perdido su referencia original, todo indica que su contenido normativo permanece vigente (al menos en lo que se refiere a la responsabilidad civil), esto es, que los directores, liquidadores y gerentes tienen que probar que esos hechos les eran desconocidos si quisieran exonerarse de la responsabilidad.

• El reparto de dividendos es una manera de disminuir el patrimonio social en casos de insolvencia. Por eso, la ley establece ciertas reglas que tienen por preciso objeto evitar ese riesgo: f) se establece que los dividendos sólo pueden ser pagados de las utilidades líquidas del ejercicio, o de las retenidas, provenientes de balances aprobados por la junta de accionistas y que no pueden repartirse si hubiere pérdidas acumuladas (artículo 78); g) se autoriza el reparto de dividendos provisionales con cargo al ejercicio actual en curso, pero bajo la responsabilidad personal de los directores que concurren al acuerdo (artículo 79); y h) se presume la culpabilidad de los directores que concurren al acuerdo de repartir dividendos provisionales, a pesar de existir pérdidas acumuladas.

• Finalmente, la ley establece una presunción legal de conocimiento de los directores, si la sociedad incurre en graves actos dolosos, como son el ocultamiento de bienes, el reconocimiento de deudas supuestas o la simulación de enajenaciones, en cuyo caso responden los administradores de los perjuicios causados a la sociedad, a los accionistas o a terceros (artículo 85 N° 3).

A las normas referidas se agregan las que tienen por objeto el deber de llevar los libros y registros (a cuyo respecto también se presume legalmente la culpa de los directores), así como las de observar los principios contables aceptados (infra N° 680), de presentar la memoria, balance y estados financieros (infra N° 681) y de divulgación de información sobre los negocios sociales a los accionistas y al público en general (infra N° 682). Aunque las normas respectivas tienen por finalidad cautelar los derechos de accionistas e inversionistas, pueden tener un importante efecto rebote a favor de los acreedores de la sociedad.

<sup>413</sup> El artículo 102 de la Ley de sociedades anónimas hace referencia al antiguo artículo 203 de la Ley de quiebras, que hoy regula una materia que resulta imprudente.

f) Es importante tener presente la exigencia de una relación de causalidad entre los ilícitos de los administradores y el daño, porque no es la insolvencia de la sociedad, sino su culpa o dolo, el antecedente de la responsabilidad. Suele ocurrir que el estado de insolvencia se deba a malos negocios (a cuyo respecto los administradores no responden) y que sólo marginalmente sea atribuible a esos ilícitos. En tales casos, la obligación indemnizatoria sólo cubre la pérdida marginal sufrida por los acreedores precisamente a consecuencias de la conducta que da lugar a responsabilidad.

2. Responsabilidad interna

604. Naturaleza jurídica de la relación de los administradores con la sociedad y los accionistas. a) En este libro se sostiene que tradicionalmente la doctrina ha exigido las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extrac contractual (véanse especialmente infra § 64 y supra § 60 a). La más importante diferencia entre ambos estatutos de responsabilidad reside en la posibilidad de regular convencionalmente las relaciones contractuales, en ejercicio del principio de autonomía privada, a diferencia de la responsabilidad extrac contractual, que está impresa por el derecho (a menos que intervengan convenciones modificatorias).

Conviene tener en cuenta esa diferencia al momento de juzgar la relevancia de la calificación como contractual o extrac contractual de la responsabilidad de directores y gerentes de sociedades anónimas. En efecto, cualquiera sea esa calificación, los deberes de cuidado están establecidos por la ley (en el sentido amplio, incluso de normas administrativas) y por un ordenamiento corporativo, como son los estatutos sociales. A ello se agrega que la responsabilidad de quienes ejercen esas funciones es de orden público, porque la ley se encarga de señalar que es nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de la junta de accionistas que tienda a borrar o limitar la responsabilidad legal de los directores y gerentes (artículos 41 II y 60). En consecuencia, en una materia crítica a efectos de la distinción entre responsabilidad contractual y extrac contractual, como es la potestad de determinar el contenido de los deberes de conducta y el alcance de la responsabilidad, la ley cierra todo espacio a la autonomía privada en materia de estatutos, salvo en cuanto sea para hacer más extensa la responsabilidad de los administradores.

b) La designación del directorio y de los gerentes proviene de un acto corporativo, de la junta de accionistas y del directorio, respectivamente. De la circunstancia que la designación deba ser aceptada no se sigue que haya contrato entre la sociedad y quienes conforman sus órganos.<sup>416</sup> Por otro

<sup>416</sup> Una referencia doctrinaria en Lyon 2003 131; la materia es discutible, porque el acuerdo de la junta de accionistas puede ser tenido por un acto que está condicionado a la aceptación (Cass. 1898 100); parece primar, sin embargo, el acto corporativo de designación, que no presenta la forma de una oferta contractual, a pesar de que la sanción del cargo suponga aceptación; en igual sentido Vidal en Vaux/Turner 2005 740).

lado, como se ha señalado, los deberes de cuidado están establecidos por la ley y por los estatutos sociales, de modo que no existe propiamente un consentimiento en el sentido contractual. Finalmente, los directores y gerentes (sin perjuicio de la relación laboral que éstos puedan tener además con la compañía) no tienen propiamente obligaciones para con la sociedad (que den lugar a las acciones que otorga el artículo 1853 respecto de las obligaciones de hacer); ello se explica porque tienen *potestades* como órganos de la sociedad (*infra* N° 606) y *deberes de conducta* correlativos a aquéllas, de modo que no existen propiamente relaciones obligatorias, en cuya virtud pueda exigirse una cierta prestación. Todo lo anterior habla a favor de una calificación como *organiza* y no como contractual de la relación de los directores con la sociedad.

Por otro lado, sin embargo, entre la sociedad y sus directores y gerentes existe una relación fiduciaria, que es determinante en la definición de sus deberes de cuidado. En este sentido, puede decirse que las relaciones de los administradores con la sociedad y metáforicamente con los accionistas presentan una *estructura contractual*,<sup>47</sup> que reproduce los deberes que serían objeto de negociación, si ello resultare posible. Así se explica que las relaciones del directorio con la sociedad presenten fuertes analogías con el mandato, a pesar de no tener técnicamente esa naturaleza contractual. Al respecto conviene tener presente que la ley expresa la particular relación de los directores y gerentes con la sociedad, reproduciendo y ampliando un desarrollo normativo de los deberes fiduciarios que se han producido a partir del derecho de contratos (mandato, sociedad, representación legal).

c) En suma, *existen razones para calificar la responsabilidad de los directores y gerentes frente a la sociedad como contractual o extrcontractual*. Para argumentar en este último sentido basta atender a que los deberes de los directores y gerentes surgen de su relación orgánica con la sociedad, que no posee formalmente una naturaleza contractual. A eso se agrega que los deberes de los directores y gerentes están definidos por la ley y por actos corporativos unilaterales, como son los estatutos y los acuerdos de directorio, respectivamente.<sup>48</sup> Por eso, se puede entender que la infracción a los diversos deberes de cuidado da lugar a una responsabilidad extrcontractual para con la sociedad, bajo el supuesto de que éste es el estatuto general y simple tomo de la responsabilidad civil (*infra* N° 834).

Sin embargo, en la tarea de definir concretamente esos deberes de conducta está siempre subyacente la naturaleza fiduciaria de la relación, que tiene su origen en los actos jurídicos de designación y de aceptación correlativa de un encargo que se basa en la confianza. De ahí que la relación entre la sociedad y los directores tenga una *estructura contractual*, como se ha visto.

<sup>47</sup> Eisenbrock/Bachel 1891 92.  
<sup>48</sup> Lyon 2303 153, quien, a diferencia de lo sostenido en este libro, califica de obligatoria estas deberes de conducta.



Esta relativa incertidumbre acerca de la calificación es relativamente indiferente en la práctica, porque, como se ha visto, de la circunstancia que la responsabilidad sea contractual o extrcontractual no se siguen diferencias relevantes en materia probatoria y de derecho aplicable. Todo lleva a concluir entonces, que debe reconocerse al demandante el derecho a calificar su acción como contractual o extrcontractual, o demandar una en subsidio de la otra (*infra* N° 843).<sup>49</sup>

d) Por el contrario, no se plantean dudas acerca de la naturaleza extrcontractual de la *responsabilidad de los administradores con los accionistas*, porque los administradores carecen de vínculo jurídico preexistente con ellos. Sin embargo, conviene tratarla en paralelo con la responsabilidad de directores y gerentes para con la sociedad, porque el derecho les reconoce acciones indemnizatorias individuales (en interés personal) y derivativas (en interés de la sociedad). La titularidad activa y pasiva de las acciones será analizada en *infra* § 56 f.

605. Tipos de deberes de los administradores respecto de la sociedad y los accionistas. a) Los deberes de cuidado de los directores de sociedades anónimas comprenden, por un lado, la asistencia a las sesiones de directorio, el ejercicio de sus funciones sobre una base informada, con la diligencia y cuidado que corresponda al cargo, y, por otro lado, la actuación de buena fe, en el mejor interés de la sociedad y de sus accionistas.<sup>50</sup> De esta enumeración, generalmente aceptada, se sigue que los directores tienen deberes de *diligencia* y de *lealtad*; a ello se agregan otros deberes específicos de *información* y *rendición de cuentas* a los accionistas.

Existen diferencias específicas, que atienden a la naturaleza de sus respectivas funciones, entre los gerentes de sociedades anónimas y los administradores de otros tipos de sociedades; pero la clasificación de deberes referida parece comprender los principales deberes de los administradores de sociedades de cualquier tipo.

b) Los directores y gerentes tienen, ante todo, el *deber general de cuidado administrativo*, que es correlativo a las potestades que les son conferidas. Aunque la relación personal entre la sociedad y quienes ejercen como sus órganos no es la proveniente de un mandato o de un contrato de prestación de servicios (aunque pueda haberlo, como ocurre con los gerentes), las potestades de administración y los deberes correlativos que establecen la ley, los estatutos o el acto corporativo del directorio, en su caso, presentan analogías con las que derivan de esas relaciones contractuales (*infra* § 56 c).

En segundo lugar, los directores y gerentes tienen los *deberes de lealtad* con la sociedad que resultan de la relación fiduciaria que surge por el

<sup>49</sup> Para efectos prácticos, nada debiera impedir que el juez efectúe la calificación con independencia de lo pedido por las partes, porque ella es irrelevante para la discusión jurídica y para la prueba en casos de responsabilidad de directores y gerentes, de modo que rigen plenamente las supuestas de aplicación del principio *inter novum causa* (*infra* N° 843).  
<sup>50</sup> *Principles of Corporate Governance*, OECD, 1999, § VA.



hecho de administrar intereses ajenos. En esencia, este deber exige que el director o gerente subordine sus propios intereses a los de la sociedad cuando actúa en ejercicio de su cargo.<sup>41</sup> Pocas áreas del derecho privado han tenido una expansión más intensa que la referente a estos deberes de lealtad de los administradores de sociedades. Los principios rectores se encuentran substancialmente ya en las normas sobre sociedades colectivas del Código de Comercio (artículo 40-4). Sin embargo, en las sociedades anónimas suele ser mayor la distancia entre propietarios y administradores, así como de los accionistas entre sí; a ello se agrega que en las sociedades anónimas abiertas concurre el interés privado con el público. Todo ello ha llevado al desarrollo de reglas progresivamente más extensas y precisas, tanto a partir de la lógica del derecho privado como del derecho administrativo económico (véase § 56 d).

Finalmente, los directores y gerentes tienen respecto de los accionistas los deberes de *rendición de cuentas* propios de quienes administran negocios ajenos. A ello se agregan *deberes de información*, que se establecen tanto respecto de los accionistas, en sus relaciones internas con la sociedad, como del público en general, en resguardo de la confianza y transparencia en los mercados de valores (véase § 56 e).

#### c. Deberes de cuidado en la administración

606. *Distinción entre potestades y deberes de cuidado del directorio de una sociedad anónima.* a) La ley dispone que "la administración de la sociedad anónima la ejerce un directorio elegido por la junta de accionistas" (artículo 31). En el ejercicio de su función, "el directorio de una sociedad anónima la representa judicial y extrajudicialmente y para el cumplimiento del objeto social, lo que no será necesario acreditar ante terceros, está investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativas de la junta de accionistas, sin que sea necesario otorgarle poder especial alguno, incluso para aquellos actos o contratos respecto de los cuales las leyes exigen esta circunstancia" (artículo 40).

De estas disposiciones se sigue que el directorio tiene una suma residual de *potestades jurídicas para obligar y dirigir la sociedad anónima*, salvo en aquello que es de competencia de la junta de accionistas, el directorio tiene todas las facultades de gobierno y administración de la sociedad. Asumiendo la doctrina del órgano, la ley incluso establece que si el directorio actúa *ultra vires*, esto es, más allá del objeto social, obliga a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad interna que puedan tener sus miembros frente a los accionistas por los perjuicios que de ello se sigan; ello es consecuencia de la regla referida, que hace

<sup>41</sup> Corte de Santiago, 8.7.2004, rol N° 7.594-2002, considerando 33, confirmada por CS (caso forma y fondo), 7.7.2005, rol N° 4.261-2004, conocido como caso *Chilpa*.

presumir frente a terceros que el directorio actúa dentro del objeto social.

b) De la circunstancia que el directorio tenga un ámbito tan extenso de poderes no se sigue que sea su deber ejercerlos directamente. El derecho distingue los poderes otorgados a un órgano o representante, que permiten la actuación ante terceros o hacia el interior de la organización, de los deberes y responsabilidades que directamente le pertenecen en las relaciones internas de la organización empresarial. La propia ley establece que esas amplias facultades del directorio pueden ser delegadas en gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en uno o más directores y para objetos específicos, en otras personas (artículo 40 II). Por eso, la pregunta crítica que debe responderse en materia de responsabilidad de los directores se refiere a las tareas que el directorio *debe* realizar, y no a aquellas que está *facultado* para realizar.<sup>42</sup>

607. *Estándar general de cuidado: culpa leve.* La ley dispone que "los directores deberán cumplir en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios" (artículo 41 I). De esta norma se sigue que el estándar de cuidado es el de la persona diligente que se encuentra en la posición de dirigir desde un directorio, negocios en los que tiene comprometido un interés personal. De la definición se colige que los directores responden por culpa leve. Según las reglas generales de la responsabilidad civil, el estándar es objetivo, esto es, atende a las calificaciones intelectuales y profesionales que se pueden esperar en abstracto de quien tiene la tarea de participar en la dirección superior de una sociedad anónima (véase N° 44 y 47).

El estándar de cuidado nada indica acerca de los deberes concretos que supone el ejercicio del cargo de manera diligente y en el mejor interés de la sociedad (véase N° 46 d). Por eso, en los párrafos siguientes se intentará precisar esos deberes de cuidado en el ejercicio de la función de dirección de los negocios sociales, con referencias al derecho comparado, especialmente anglosajón (donde se ha desarrollado la más completa doctrina del buen gobierno societario y que fue la más importante fuente material de la legislación chilena y comparada).

608. *Rol del directorio.* Es un principio aceptado de gobierno societario que las sociedades anónimas no son administradas directamente por el

<sup>42</sup> En el análisis se toma, en general, el modelo de la sociedad anónima abierta. Lo cierto es que existen sustanciales diferencias en las funciones del directorio de una sociedad anónima abierta y de una cerrada, donde usualmente las funciones gerenciales y de dirección superior están confundidas y donde no hay interés público alguno comprometido, de modo que presentan analogías sustanciales con las sociedades colectivas. Es sintomático de ello que sólo en las sociedades abiertas haya la prohibición de que el gerente sea también director (artículo 49 III). Aunque las normas de la Ley de sociedades anónimas se aplican genéricamente a ambos grupos de sociedades, para interpretarlos suele ser necesario tener presentes los dos modelos de propiedad y organización empresarial.

directorío, sino *lojo la dirección* de este órgano.<sup>43</sup> En otras palabras, el directorío no tiene a su cargo la administración corriente de los asuntos de la compañía, sino la dirección superior. El directorío debe cuidar que la sociedad tenga una alta administración profesional y una estrategia de desarrollo de sus negocios; controlar la ejecución de esta última por la administración; cuidar que la sociedad tenga sistemas contables, de información, de control y de auditoría apropiados; proveer la existencia de un control de los estándares legales y éticos en el funcionamiento de la compañía; y aprobar las decisiones de negocios e inversión más importantes, usualmente a proposición de la administración.<sup>44</sup> En otras palabras, el directorío es el órgano político de la sociedad y su función es de dirección, observación y seguimiento de la marcha de la compañía, para cuyo efecto está dotado de los amplios poderes de administración antes referidos.

Así se explica que los directores no tengan una declaración completa a la sociedad. De hecho, buena parte de sus aportes proviene de su experiencia externa en diversas actividades. La propia legislación dispone que el directorío de las sociedades anónimas abiertas se reúna a lo menos una vez al mes (Reglamento de sociedades anónimas, artículo 38), lo típico es que colectivamente sesione con esa periodicidad. Por otro lado, su autoridad es sólo colectiva (Ley de sociedades anónimas, artículo 89 J), de modo que los directores carecen personalmente de todo poder resolutorio en la marcha de la sociedad. En definitiva, las restricciones de tiempo y de información (en comparación con los gerentes de dedicación completa) y la forma corporativa de ejercicio de su cargo conducen a que los directores tengan una función estratégica y de supervisión, pero en ningún caso ejecutiva.<sup>45</sup> Todo ello es determinativo al momento de definir sus deberes de cuidado a efectos de su responsabilidad.

609. Principio de la libre apreciación de los negocios. a) El derecho opera deficientemente como instrumento de control del buen gobierno y administración de las sociedades anónimas. Las decisiones de negocios supo-

<sup>43</sup> Clark 1985 108, Klein/Coffee 2002 128, aludiendo a una tendencia legal dominante en Estados Unidos, recogida por la *Model Business Corporation Act* de 1984, § 8.04 a.

<sup>44</sup> Un análisis de la función del directorío como órgano de dirección superior de la compañía en Conger/Finkegold/Lawler 1998 138; los principios de gobierno societario de la OECD establecen análogas tareas claves de gestión a los directores (*Principles of Corporate Governance* OECD, 1999, § VI); el muy influyente *Cashbury Report*, elaborado en 1992 por la Bolsa de Valores de Londres y que luego dio lugar al más importante intento corporativo de autorregulación del gobierno societario, recomendaba que el directorío establezca un protocolo con las decisiones fundamentales que se reservara para sí, como una manera de asegurar que la dirección de la compañía esté firmemente en sus manos y de resguardar de que no ocurran hechos imprevistos o ilegales (§ 4.23); entre esas materias, se recomendaba que el directorío concierte para sí la decisión acerca de la disposición y adquisición de activos esenciales, así como las políticas de inversión, financiamiento (*capital structure*), definición de las niveles de autoridad dentro de la compañía, contadora, administración de riesgos y códigos internos de conducta (§§ 4.24 y 4.25).

<sup>45</sup> Clark 1986 106.

nen experiencia acerca de lo que resulta relevante y una disposición a tomar riesgos, cuya evaluación no se puede exigir a los jueces. Tampoco existen reglas de conducta que permitan determinar *ex ante* cuáles decisiones son prudentes, negligentes o remerasas.

Por otro lado, el buen gobierno de la sociedad es controlado por los accionistas, por los inversionistas, por el mercado profesional y por los analistas. Dentro de un horizonte temporal razonable estos mecanismos resultan eficientes. Desde luego, que es diferente el tipo de supervigilancia según sea la estructura de poder dentro de la sociedad: en una sociedad sujeta al control de un accionista o de un grupo de accionistas, operan los mecanismos de la propiedad; si ésta está muy diseminada, de manera que la administración es quien ejerce el control efectivo, la ineficiencia en la gestión plantea a los administradores el riesgo de que un tercero, con mayores capacidades de gestión, efectúe una oferta de compra ventajosa para los accionistas. En fin, un análisis económico elemental muestra que en las más distintas situaciones existen incentivos espontáneos para que la sociedad sea administrada de un modo que aumente su valor para los accionistas y que, por el contrario, un control judicial de la razonabilidad de las decisiones de negocios afectaría negativamente la propensión al riesgo, propendiendo a disminuir la riqueza de los accionistas.<sup>46</sup>

b) Este conjunto de razones ha llevado a que la doctrina y la jurisprudencia sean reticentes a aceptar, a diferencia de lo que ocurre con el deber de lealtad, un control judicial del mérito en el ejercicio de los deberes de administración del directorío de una sociedad anónima. Por el contrario, la doctrina dominante es que los directores tienen un amplio espacio de discreción para apreciar los negocios de la sociedad y para decidir acerca de los riesgos que conviene asumir.<sup>47</sup> Ello se traduce en una especie de

<sup>46</sup> Easterbrook/Richard 1991 90 y 93, con insistencia en que los controles jurídicos son de importancia marginal frente a los de mercado en el diligente gobierno y administración de las sociedades anónimas abiertas; la similitud está más cerca de las relaciones puramente contractuales en sociedades cerradas (ídem 289). Klein/Coffee 2002 131 estiman que la diligencia, cuidado y prudencia de los directores es un bien aspiracional que no se puede lograr eficientemente por medio del derecho; ante todo, porque está en el interés de las acciones que los directores asuman ciertos riesgos, lo que sería desincentivado con reglas estrictas de responsabilidad; en segundo lugar, porque los tribunales carecen de instrumentos para juzgar la razonabilidad de los riesgos y, finalmente, porque los administradores usualmente no están en una posición estratégica para compensar las pérdidas de valor que acarrea una mala administración, pues no pueden absorber con lo que ganan (por mucho que parezca) los costos de indemnizar a quienes sufren pérdidas; ello explicaría también que sea una práctica extendida que las propias compañías paguen las primas por seguros de responsabilidad de los directores (ídem 156).

<sup>47</sup> Lynn 2003 154. En Estados Unidos, a diferencia del derecho chileno, es usual que las leyes casuales, incluyendo *Danzon*, donde están reguladas buena parte de las compañías abiertas, autoricen que los estatutos excluyan la responsabilidad de los directores por falta de cuidado en su gestión y, de hecho, ésa es una práctica muy generalizada (Hendy/Kanda en Kazarian # del 2004 89); el principio de que los directores sólo responden por





es también una exigencia legal que sea designado al menos un gerente, que cumpla las funciones que establece la ley, los estatutos y el propio directorio (artículo 49).

c) En circunstancias que escape al control jurídico el juicio de mérito de negocios de las decisiones del directorio, a los directores les basta mostrar en el juicio de responsabilidad que escusaron en observancia de los deberes que surgen de la naturaleza esencialmente directiva de su gestión, asistido con razonable periodicidad a las reuniones de directorio,<sup>48</sup> asegurarse de que la compañía tenga una plana de ejecutivos suficientemente calificadas, informarse de los aspectos esenciales de las materias que deben decidir, proveer a que las decisiones importantes estén documentadas y que las demás actuaciones muestren una razonable seriedad en el ejercicio de su cargo.<sup>49</sup>

En lo que concierne a la información requerida por los directores para ejercer su cargo, es conveniente tener presentes dos reglas complementarias entre sí. Ante todo, por mandato legal, "cada director tiene derecho a ser informado plena y documentadamente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa", con la sola reserva de que no se entorpezca la gestión social (artículo 39 II).<sup>50</sup> En contraste, corresponde al ámbito de discrecionalidad del director determinar el tipo de información que necesita para adoptar una decisión y no es su tarea crear esa información, sino que puede confiar en la proporcionada por los ejecutivos de la compañía, salvo que se haya incurrido en culpa en la designación de ejecutivos manifiestamente incompetentes) o por profesionales expertos, en quienes se puede razonablemente depositar confianza, atendidos sus antecedentes.<sup>51</sup>

f) Por estas razones, no debe extrañar que en todas las jurisdicciones sean muy inusuales los juicios de responsabilidad que persiguen la responsabilidad de los directores por haber ejecutado negligentemente su función de administrar la compañía.

Lo contrario ocurre con los deberes de lealtad, que tienen por objeto evitar que los intereses personales de los directores y gerentes se super-

<sup>48</sup> La Ley general de bancos establece una sanción pecuniaria a este respecto, sea en su cargo el miembro del directorio que sin permiso de ésta, dejare de concurrir a sesiones durante un lapso de tres meses (artículo 49 N° 9).

<sup>49</sup> En esencia, éste es el estándar de conducta que los jueces norteamericanos consideran para determinar si los directores han cumplido con su deber de cuidado directorio (Clark 1986 125, especialmente nota 9).

<sup>50</sup> El *Cadbury Report*, antes citado, va más allá y recomienda específicamente que los directores deben tener la autoridad para encargarse por cuenta de la sociedad informes legales o económicos relativos sobre las materias que deben decidir (§ 4.16). Sin embargo, este derecho no constituye estrictamente un deber, porque pertenece al ámbito de discreción en la apreciación de negocios que el propio director evalúa cuál es la información requerida para adoptar una decisión razonada (Farrington/Kitchin 1991 107).

<sup>51</sup> Klein/Coiffe 2002 154; la completa falta de racionalidad económica de un contrato peticionario para la sociedad puede ser un antecedente determinante de la culpa (Cari Fardow 2006, con referencia a Corte de Santiago, 11.10.2006, rol N° 3782-1997).

pongan a los de la sociedad, como se verá en la sección siguiente. De hecho, una de las maneras más fuertes para probar la inobservancia del deber de cuidado es precisamente mostrando que la actuación de los directores cede en beneficio de los propios directores o de un tercero, de modo que se puede inferir deslealtad para con la sociedad.<sup>52</sup>

611. Responsabilidad en caso de disolución por decisión judicial o administrativa. La ley establece una regla especial de responsabilidad de los directores y gerentes por los daños causados a los accionistas si la sociedad ha sido declarada disuelta por sentencia judicial ejecutoriada o revocada por resolución fundada de la Superintendencia, a menos que se pruebe su falta de participación o su oposición al o a los hechos que han servido de fundamento a la resolución judicial o administrativa (artículo 106). La disolución de una sociedad por sentencia judicial requiere de norma expresa que la sociedad sea de aquellas que son constituidas por un acto administrativo de autorización, que pueda ser dejado sin efecto por resolución de la Superintendencia.<sup>53</sup>

612. Responsabilidad de los gerentes. a) La ley señala al gerente general (o simplemente al gerente) como órgano de la sociedad designado por el directorio (artículo 49). Aunque la ley sólo señala la función de representa-

<sup>48</sup> La resolución en detalle de las sentencias de segunda instancia y de casación del caso *Chilpa* muestra que el principal lídulo atribuido a quienes detenían simultáneamente la calidad de accionistas preferentes y de directores y ejecutivos de Bancos fue el haber dispuesto como propio del control que detenían sobre la operación de la compañía, en su calidad de directores, concierne en un contrato esa actuación en detrimento a la decisión de un tercero (Corte de Santiago, 8/7/2004, rol N° 7584-2002; CS, 7/23/2005, rol N° 4361-2004, considerando 241).

Un importante caso europeo sirve para ilustrar este aspecto. Con ocasión de una oferta de compra de acciones que pertenecía a *Wolfgang Aitzma* por la adquisición del control de la empresa alemana Mannesmann AG, miembros del directorio (*Verbands*) de esta última institución neutralizar el cambio de control, que los hacía perder sus preferencias, a pesar de que la mayoría de los accionistas estaban dispuestos a aceptar la oferta. Luego, los miembros del directorio demandados solicitaron indemnizaciones por varios millones de euros en su favor (con el acuerdo de la adquisición), como recompensa por el aumento de valor que habían generado en la compañía. El Tribunal Supremo aleman estimó que los directores habían incurrido en el dolo de apropiación indebida, porque el acuerdo no fue adoptado en interés alguno de la compañía, en la medida que no había por objeto otorgar estímulos al mantenimiento futuro de los negocios y carencia de otra justificación legítima, de modo que sólo podía ser calificada como un acto dolo, contrario a la realidad que los directores deben a la sociedad. En los fundamentos del fallo se declara que no es legítimo que los directores reclamen compensación para facilitar la toma de control por parte de un tercero, porque esa no es una decisión que pueda ser tomada en el mejor interés de la compañía. (BGH, 21.12.2005, 3 StR 470/04).

<sup>49</sup> En el caso del artículo 261 II b del DL 211/1973 sobre libre competencia.

<sup>50</sup> Como ocurre con las compañías de seguros según dispone el artículo 41 N° 5 del DL 251/1991.





Enseguida, se ha promovido la creación de un comité de directores, integrado con directores independientes, encargado de revisar los informes contables, las remuneraciones de ejecutivos superiores y las operaciones en conflicto de interés, lo que agrega una instancia de control adicional en las sociedades anónimas abiertas (artículo 50 bis). En tercer lugar, los procedimientos de aprobación de las operaciones que pueden susitar conflictos de interés propenden a garantizar publicidad y una decisión informada del directorio (artículo 44). Finalmente, la participación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de los tenedores de valores convertibles en el extranjero tiende a representar intereses independientes del controlador (Ley de valores, Título XVI, Ley de fondos de pensiones, artículo 155).

Los mecanismos institucionales pueden operar por la vía de códigos de buenas prácticas o de otras formas de autorregulación (que agregan valor de mercado a las compañías que se adhieren) o de regulaciones administrativas o legales.<sup>445</sup> Es una materia de políticas públicas la opción por uno u otro camino; sólo cabe señalar que las regulaciones de la autoridad presentan las ventajas de la rapidez, precisión y generalidad y las limitaciones que significan los costos de administración y los riesgos de efectos negativos indeseados que resultan de un exceso de regulación,<sup>446</sup> el segundo responde a las necesidades que plantea el propio mercado, pero suele ser de más lento y progresivo establecimiento.<sup>448</sup>

615. Principio de lealtad con la sociedad: contenido y alcance. a) El principio de lealtad con la sociedad surge de la naturaleza fiduciaria de la relación que los directores tienen con ella y se traduce en la prohibición de usar su cargo para obtener beneficios para sí o personas relacionadas en perjuicio de la sociedad. El principio se expresa legalmente en la regla de que los directores elegidos por un grupo de accionistas se deben a la sociedad y no a quienes los designaron (artículo 89 II) y en la prohibición de usar el cargo para la obtención de ventajas indebidas para sí o terceros en perjuicio de la sociedad (artículo 42 N° 6 y 7).<sup>449</sup>

b) Mientras los directores gozan de suaves criterios de responsabilidad civil por la calidad de su gestión, la naturaleza fiduciaria de su relación con la sociedad y los accionistas ha provocado un refinamiento de la in-

<sup>445</sup> Una tesis comparada en Hannamann/Krakman #4 en Krakman et al. 2004 §4.

<sup>447</sup> A veces se ignora un riesgo adicional de las regulaciones, como es que tienden a sustituir a los principios de derecho privado, que son más flexibles y adaptables a los cambios de la mala fe. Por eso, conviene tener presente que las regulaciones generalmente no agotan, desde el punto de vista civil, los deberes de lealtad (*supra* N° 53).

<sup>448</sup> Una discusión de los fundamentos económicos de las regulaciones legales y administrativas en el derecho de sociedades en Cheffins 1997 §3, con énfasis en la función de las normas sancionatorias, fincas de naturaleza penal. Hefendeh 2006 130.

<sup>449</sup> La Ley de fondos de pensiones contiene un título especial dedicado a los conflictos de interés que puede haber entre la administradora y el fondo (DL 5.500/1980, Título XIV).

terinidad y extensión de los deberes de lealtad cuando actúan en conflicto de interés.<sup>450</sup> Según una doctrina aceptada, los administradores de sociedades deben preferir el interés social al propio cuando enfrentan un conflicto de interés,<sup>451</sup> lo que es consistente con el deber general de cuidado que les obliga a actuar en interés de la sociedad con el cuidado que los hombres emplean en sus propios negocios (artículo 41 J).

Las reglas legales y administrativas que establecen reglas de publicidad y definen ilícitos de deslealtad contra la sociedad, existe el propósito de contener una forma solapada de corrupción. En materia civil, sin embargo, el juicio de dolo es objetivo, de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad por culpa: en consecuencia, se exige comparar la conducta efectiva con la que debió ser observada, porque quien obtiene un beneficio para sí, en perjuicio de aquel a cuyo respecto tiene un deber fiduciario, comete un ilícito civil sin necesidad de juzgar si hubo fraude o si actuó de mala fe.<sup>452</sup> Aunque en la práctica ocurra que la infracción de deberes fiduciarios es indicio de que se ha actuado con dolo o culpa grave, en materia civil ello no es relevante y la culpa es objetivamente constituida.

c) En circunstancias que los directores tienen deberes de lealtad con la compañía, con independencia de los accionistas que los eligieron, es ilícito actuar en beneficio de estos últimos si de ello se sigue perjuicio para la sociedad. A su vez, los accionistas pueden participar como cómplices de estas infracciones a deberes de lealtad, según las reglas generales de participación en los ilícitos civiles (*infra* N° 724). En consecuencia, si se les prohíbe esa participación, son responsables solidarios con el director o gerente. Por otro lado, en circunstancias que el acto desleal con la sociedad usualmente será cometido con culpa intencional o al menos con culpa grave, debe entenderse que rige la obligación resarcitoria en contra del principal que se ha aprovechado del dolo o culpa grave ajenos (artículo 2316 y *supra* N° 101).

616. Principales deberes de lealtad para directores y gerentes. a) Los deberes de lealtad con la compañía surgen aun en ausencia de conflicto de interés, pues su objeto es que los directores sólo atiendan al interés de los accionistas al adoptar sus decisiones.<sup>453</sup> Sin embargo, los incentivos para

<sup>449</sup> Herdig/Kanda en Krakman #4 al 2004 116, como conclusión general del derecho comparado, véase también Zenger/Arcelega 2004 235.

<sup>450</sup> Conte de Santogero, 8/2004, rol N° 7.654-2002, considerando 53; Ewertbrock/Erchel 1991 108.

<sup>451</sup> Así expresamente en *Pegel (Heitberg) Ltd v. Galtner*, 1942, 1 All ER 578, citado por MacCrath 2003 133.

<sup>452</sup> La pregunta se plantea, por ejemplo, respecto de las contribuciones públicas o a obras de caridad, aunque se estime que son un aporte al bien público que no está en colisión con el interés de la compañía, supuestos ciertos límites se plantean preguntas acerca de si son consistentes con el mejor interés de todos los accionistas; un detallado análisis en Clark 1986 676.



después de esa directiva están especialmente dados si existe tal conflicto de interés.

b) Los conflictos de interés se pueden producir por distintos conceptos, como ocurre en los siguientes casos:

1. en situaciones de analogía con la autocontratación, a) en operaciones de un director o de sus personas relacionadas con la sociedad (artículo 44) y b) en contratos entre sociedades en que participen intereses entrecruzados (artículo 89);

2. si un director usurpa a la sociedad oportunidades de negocios de las que ha tomado conocimiento en razón de su relación con la compañía y en perjuicio de ésta (artículo 42 N° 6);

3. si los ejecutivos se fijan a sí mismos remuneraciones o participaciones, en circunstancias que son de hecho también los controladores de la sociedad (artículo 50, en relación con artículos 42 N° 7 y 44);

4. en la misma hipótesis anterior, si los ejecutivos difunden una oferta de control que es adversa a sus intereses, pero favorable al de los accionistas (artículo 50, en relación con artículo 42 N° 7);

5. si los accionistas mayoritarios pretenden excluir a los minoritarios (*freezeouts*), abusando de su poder de mayoría (artículo 100 y *supra* N° 405);

6. si se utiliza información privilegiada, en perjuicio de quienes negocian sus valores en desconocimiento de los hechos relevantes (*tiping* N° 827); y

7. si se usan bienes sociales para fines que no puedan estimarse vinculados al ejercicio del cargo de director (artículo 42 N° 5).

c) En los ejemplos anteriores se muestra que la ley establece tres tipos de reglas a efectos de disminuir los conflictos de interés: ante todo, puede autorizarla, a condición de que se cumplan ciertos requisitos procedimentales y materiales (caso 1 a y 2); tercero, puede simplemente exigir que se cumplan condiciones materiales de equidad (caso 1 b).

No corresponde analizar aquí los efectos que tiene la infracción de esas reglas en lo que concierne a la eficacia del acto jurídico celebrado en conflicto de interés (plena eficacia, nulidad o inoponibilidad). Queda claro que, en todo caso, de acuerdo al artículo 44 XV no afectan la validez de la operación, en esas hipótesis hay lugar a responsabilidad civil si de la actuación ilícita en conflicto de interés se sigue daño para la sociedad, los accionistas o un tercero (artículo 133 II).

617. Extensión de los deberes de lealtad a los gerentes y ejecutivos superiores. La ley establece una regla de aplicación extensiva de las principales normas que rigen los conflictos de interés de los directores a los gerentes y ejecutivos principales de la sociedad (artículo 50 I); tampoco hace distinción entre directores, liquidadores y gerentes a efectos de la responsabilidad civil por los daños dejados por el incumplimiento de los deberes legales administrativos y estatutarios (artículo 189 II). En consecuencia, cuando en este apartado se hace referencia a los directores, deben entenderse igualmente comprendidos los gerentes y principales

ejecutivos de la sociedad que participan en la negociación de un contrato en conflicto de interés.<sup>44</sup>

2. Actos y contratos en conflicto de interés sujetos a requisitos de admisibilidad

618. Principios que rigen la autocontratación en el derecho privado. Según una antigua doctrina jurídica, espuesta con lucidez por Alessandrí en la primera parte del siglo pasado, el autocontrato está generalmente permitido, a menos que haya sido prohibido por la ley o por la convención o exista conflicto de interés.<sup>45</sup> El propio Código Civil establece múltiples prohibiciones o restricciones a la autocontratación, atendiendo al riesgo que ella envuelve de que los intereses ajenos objeto de un encargo fiduciario sean subordinados a los intereses personales de quien autocontata (artículos 410, 412, 1796, 1798, 1800, 2144, 2145). La doctrina ha inferido la regla general de que no hay impedimentos técnicos-jurídicos para que el autoritario sea válido, excepto cuando él está prohibido por la ley, caso en el cual es nulo absolutamente; cuando está prohibido por el contrato, situación en que tiene lugar un incumplimiento contractual y la inoponibilidad respecto del mandante (al menos si la limitación era conocida por el tercero); o la autonación del principal, en cuyo caso, a falta de esa formalidad habilitante, debe entenderse que el contrato es relativamente nulo.<sup>46</sup>

619. Aplicación al derecho de sociedades. Aunque técnicamente no es una autocontrata (salvo en el caso del gerente que contrata consigo mismo), porque quien toma la decisión no es la persona afectada por conflicto de interés, sino corporativamente el directorio, un negocio entre la sociedad y un director o una empresa relacionada con un director presenta analogías suficientes para que sea asimilada a esa figura contractual.<sup>47</sup>

Las posibles soluciones del derecho de sociedades a los riesgos de la autocontratación son prohibita en absoluto o autorizada bajo ciertos res-

<sup>44</sup> Aunque el artículo 50 hace indistintamente aplicables a los gerentes las restricciones de procedimiento y de fondo del artículo 44, debería entenderse, atendiendo al fin de la norma, que ello resulta aplicable respecto del gerente general, pero que respecto de los demás gerentes sólo lo es en la medida que hayan tenido alguna participación en la negociación.

<sup>45</sup> Alessandrí 1981 89; en el mismo sentido Stibichkin 1990 895, con rebatido al mandato.

<sup>46</sup> Así, Alessandrí 1981 62, 105 con referencias a las normas del Reglamento de sociedades suizas N° 3.030 de 23.12.1920 y del DFL 2501/1931, respectivamente. Ya esta última norma exige como requisito de admisibilidad de la operación que el director divulgue su interés y que ésta sea aprobada por el directorio con la abstención del interesado. El mejor desarrollo de las analogías entre los deberes fiduciarios conexos a la autocontratación y la autonación de directores en conflicto de interés, en Parvor 2006 (con referencia a que si la relación es fiduciaria no sólo se exige simple honestidad, sino que ésta debe ser evaluada de manera más estricta e ilustre).

guardos procedimentales y de fondo. Sin embargo, algunos de los más calificados candidatos a miembros del directorio están vinculados a negocios conexos a la compañía; además suele ocurrir que una sociedad, especialmente en sus primeros tiempos, requiera de una estrecha relación con sus accionistas.<sup>458</sup> Por eso, la ley chilena, siguiendo una orientación generalizada del derecho comparado,<sup>459</sup> establece que los contratos en conflicto de interés son válidos, pero dan lugar a responsabilidad civil, además de las sanciones administrativas y penales que procedan, si no se cumplen las condiciones de admisibilidad que la propia ley establece (artículos 44 XV y 139 II).

620. **Noción y alcance personal de los conflictos de interés.** a) La ley define en términos a la vez extensos y precisos el conflicto de interés. A diferencia de otras legislaciones, que se contentan con una declaración más bien general al estimar que el conflicto puede estar determinado por un interés 'directo o indirecto', la Ley de sociedades anónimas opta por una conceptualización genérica y por diversas presunciones de derecho relativas al interés del director en la contraparte de un negocio que realiza la sociedad.

b) Ante todo, la ley establece la *regla general* de que las limitaciones se aplican a los actos o contratos de una sociedad anónima en que algún director tenga interés por sí o como representante de otra persona (artículo 44 I).<sup>460</sup>

Luego, se establece la *presunción de derecho* de que existe ese interés de un director en toda negociación, acto, contrato u operación que se celebre con alguna de las siguientes personas: i) el mismo director; ii) su cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; iii) sociedades o empresas en que sea director; iv) sociedades o empresas en que sea dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más del capital; v) sociedades o empresas en que alguna de las personas

<sup>458</sup> Sobre las razones que explica el surgimiento de la regla 'sí (...) pero' en materia de contratos en conflicto de interés, Clark 1986 148 y 160, Klein/Coffee 2002 165.

<sup>459</sup> Herzig/Kanda en Kraakman *et al.* 2004 102, concluyen en un estudio comparado que sólo los préstamos de la compañía a los directores son prohibidos en algunas jurisdicciones, estableciéndose respecto de las demás requisitos de admisibilidad; en el derecho chileno en la materia, los préstamos a los directores están sometidos a los requisitos generales de las operaciones en que el director tiene interés (artículo 42 N° 5).

<sup>460</sup> La ley entiende que una persona no actúa como representante de otra en el caso de directores de sociedades filiales designadas por la matriz (sin perjuicio de que el contrato deba ser equitativo, en los términos del artículo 89), ni los que representan al Estado, a los organismos de administración autónoma, empresas fiscales, semifiscales o de administración autónoma, que, conforme a la ley, deben tener representantes en la administración de la sociedad o ser accionistas mayoritarios de ésta. La segunda parte de esta norma ha perdido relevancia en la medida que se han derogado los estatutos legales que le daban sentido. La primera parte debe ser interpretada con cuidado, porque es evidente que puede existir un conflicto de interés entre el controlador (matriz) y la sociedad controlada (filial), que debe ser resuelto de conformidad con las reglas de los artículos 44 y 89.

designadas en ii) sea director o dueño directo o indirecto de 10% o más del capital; y vi) las personas de las cuales actúe como representante.

Esta regla se limita a establecer casos en que se presume de derecho el conflicto de interés, de modo que no puede ser tenida por una enumeración exhaustiva, excluyente de otras hipótesis de aplicación del principio; sólo que en los casos no previstos por la ley deben ser probadas por el demandante las circunstancias de hecho que dan lugar al interés personal del director o gerente, a consecuencias de su relación con el tercero que contrata con la sociedad.<sup>461</sup>

621. **Requisitos de operaciones de directores y gerentes en que haya conflicto de interés.** La ley establece requisitos generales para las operaciones que planteen conflictos de interés (artículo 44 I) y requisitos especiales para las llamadas operaciones por motivos relevantes (artículo 44 IV). En este párrafo serán analizados los requisitos generales.

a) **Primer requisito: declaración del conflicto de interés.** El mayor riesgo de las operaciones en conflicto de interés es el fraude que puede suponer la participación en la decisión de un contrato en que la bolsa más significativa está puesta en la contraparte. Por eso, el más elemental deber de lealtad del director es informar acerca de su interés real o presunto en un acto o contrato que está negociando o pretende celebrar la sociedad. El director que mantiene en silencio un interés contrapuesto al de la compañía está en situación de ejercer influencia solapada en la decisión. El correctivo más elemental es que el conflicto sea dado a conocer, a menos que sea público y notorio para todos los demás miembros del directorio.

El deber de divulgación supone conocimiento de los elementos de la operación en conflicto. El requisito no es trivial tratándose de operaciones en que el interés se presume de derecho; como ese conocimiento usualmente no puede ser probado por el demandante con hechos positivos, debe estarse a la antigua fórmula romana de que no sólo se tienen por conocidos los hechos que el director conoce, sino también los que debía conocer en atención a sus relaciones electivas (Código Civil, artículos 1861, 1935 II, 2000 II N° 3, 2326 II).

Para que se cumplan los fines de la regla, el deber de divulgación comprende todos los aspectos relevantes de la operación y la naturaleza del interés del director, salvo que sean sabidamente conocidos de los demás directores.<sup>462</sup>

b) **Segundo requisito: aprobación por el directorio e información a la junta de accionistas.** La aprobación es el requisito formal por excelencia

<sup>461</sup> Los números 5 y 7 del artículo 42, que establecen dos situaciones muy importantes de contratación en conflicto de interés, se refieren genéricamente al interés personal o de personas relacionadas; en el lenguaje de la legislación de sociedades anónimas y de valores, que entraron simultáneamente en vigencia, el concepto de personas relacionadas parece estar genéricamente dado por la definición del artículo 100 de la Ley de valores.

<sup>462</sup> Este estándar es la regla general en el derecho norteamericano (Klein/Coffee 2002 169).



para que resulten admisibles los autocontratos en conflicto de interés (ejemplarmente, Código Civil, artículos 2144 y 2145). En materia de sociedades anónimas, ha regido desde antiguo en Chile la regla de que las operaciones en que tenga interés el director deben ser aprobadas por el directorio, sin la participación del director implicado.<sup>463</sup> La legislación vigente ha adoptado, en esencia, esa tradición, al disponer que las operaciones en que un director o gerente tenga interés deben ser conocidas y aprobadas por el directorio antes de su celebración y los acuerdos deben ser comunicados en la próxima junta de accionistas, por quien la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en la citación (artículo 44 J).<sup>464</sup>

Si la sociedad tiene constituido un comité de directores, la operación en conflicto de interés está sujeta a un régimen de revisión preventiva: el comité debe revisar los antecedentes y evaluar un informe a su respecto, que será entregado al directorio, por intermedio del presidente, quien debe leerlo en la sesión citada para la aprobación o rechazo de la operación respectiva (artículo 50 bis III §).<sup>465</sup>

Si se trata de operaciones correspondientes a la marcha ordinaria de la sociedad (contratos de cuenta corriente o de préstamos bancarios, servicios profesionales ordinarios convenientes a tarifas estandarizadas), es aceptado en la práctica que la revisión y aprobación sólo se refieran a las condiciones generales y al hecho de que periódicamente ocurran.

La aprobación no inmuniza la operación contra la revisión judicial. En consecuencia, aunque el contrato haya sido aprobado en la forma legal, puede alegarse que no se han observado condiciones de equidad. La ley es inequívoca en que esta exigencia material de justicia de la operación es copulativa a los requisitos de procedimiento, esto es, no es excusa *per se* suficiente que el conflicto de interés haya sido declarado y la operación aprobada por el directorio. Sin embargo, es una tendencia del derecho comparado que la aprobación por los directores no atacados por el conflicto lleva a invertir el peso de la prueba, de modo que hace presumir la

equidad de la operación, especialmente si ha sido revisada por el comité de directores y al acuerdo han concurrido directores independientes.<sup>466</sup> Con mayor razón, debe entenderse que esta presunción de equidad resulta aplicable si la operación representa montos relevantes, y se ha seguido el procedimiento de evaluación previsto por la ley (artículo 622).

c) Tercer requisito: equidad de la operación. Desde un punto de vista material se requiere que la operación se ajuste a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. El cumplimiento del requisito puede ser acreditado en comparación con operaciones efectivas que realicen en bienes semejantes. Si la operación no es comparable con otras realizadas en el mercado, la equidad sólo se puede mostrar en comparación con un contrato hipotético celebrado con un tercero independiente.<sup>467</sup> La determinación puede suponer en estos casos una evaluación independiente; así se exige expresamente si la operación es por un monto relevante (artículo 622).

Debe tenerse presente que el requisito de equidad es el determinante en el juicio de responsabilidad civil, porque sólo si el acto en conflicto de interés es injusto para la sociedad puede causarle daño.<sup>468</sup> En consecuencia, la sola inobservancia de los requisitos procedimentales puede justificar sanciones administrativas (por la infracción legal que representa), pero no da lugar a acción indemnizatoria. Por lo mismo, la equidad de la operación es la más fuerte de las defensas de las que dispone el director demandado, especialmente cuando no se han observado los requisitos procedimentales.<sup>469</sup>

622. Requisitos especiales para actos o contratos que involucren montos relevantes. a) Si el acto o contrato que celebre la sociedad con directores o personas relacionadas involucra *montos relevantes*, la ley establece ciertos requisitos procedimentales adicionales. Para los efectos de esta norma, se entiende por *monto relevante* del acto o contrato el que tenga un valor superior a 1) el 1% del patrimonio social y, además, a 2.000 unidades de fomento; o 2) 20.000 unidades de fomento.

<sup>463</sup> Reglamento de sociedades anónimas N° 3.090 de 23.12.1920, artículo 3 N° 2, que exige aprobación por las tres cuartas partes de los directores en acuerdo adoptado sin presencia de los directores o gerentes implicados; DFL 251/1931, que estableció que la declaración sobre la operación debía efectuarse con presidencia del director implicado y que el acuerdo aprobatorio debía comunicarse a la junta de accionistas.

<sup>464</sup> En Oficio N° 4.099/1990 la Superintendencia señaló que la facultad que la norma del artículo 44 confiere a una sociedad anónima de celebrar actos y contratos en los que uno o más de sus directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona puede ejercerse sólo cuando las respectivas operaciones, además de ajustarse a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, sean correspondientes actos y contratos.

<sup>465</sup> La competencia del comité de directores se extiende a la supervisión de otro factor de conflicto de interés, como pueden llegar a serlo los sistemas de remuneraciones y planes de compensación de gerentes y ejecutivos principales.

<sup>466</sup> Herzig/Kanda en Krakaman et al. 2004 115, con referencias al derecho norteamericano, japonés y europeo, que parecen coincidir en este respecto; en el derecho norteamericano, la *Model Business Corporation Act* de 1950 establece que las operaciones no son impugnables si han sido autorizadas o son equitativas; sin embargo, la mayoría de las tribunales sólo aceptan, como efecto de la autorización del directorio, la inversión del peso de la prueba acerca de esa equitatividad (en el sentido de que el demandante debe probar que no es equitativa); la prueba es en extremo exigente si en la aprobación han participado directores independientes (Klein/Coffee 2002 169).

<sup>467</sup> Clark 1986 148.

<sup>468</sup> Se ha fallado que lo contrario ocurre con la responsabilidad infraccional administrativa (artículo 141); en el caso *Chilpas* se entendió que la rescisión del contrato impugnado no producía el efecto de extinguir la acción de la Superintendencia, que se fundaba en sus facultades fiscalizadoras (CS, 7.7.2005, rol N° 4.161-2004, considerando 216).

<sup>469</sup> Clark 1986 169.



b) Los requisitos para que la sociedad pueda celebrar operaciones con directores o sus personas relacionadas son en extremo reglamentarios, de modo que conviene separarlos con cuidado.

• Primeramente, el directorio debe discernir si es o no posible determinar un valor de mercado que permita apreciar la equidad del acto o contrato de valor relevante:

— si estima que es posible hacer esa determinación, el directorio puede aprobar la operación sobre la base de la información de mercado que le sea conocida o reciba de buena fe, sin la participación del director implicado, a cuyo efecto también se entiende que está en conflicto de interés el director que, por sí o por medio de empresas relacionadas, preste servicios de asesoría para el acto o contrato (artículo 44 XI);

— si estima que no es posible determinar un precio de mercado, el directorio puede tomar tres caminos alternativos: con la abstención del director con interés, puede: i) aprobar la operación en los términos propuestos y con los antecedentes disponibles; ii) rechazarla; o iii) designar dos evaluadores independientes (artículo 44 IV);

• Si el directorio opta por solicitar informe a evaluadores independientes rigen las reglas siguientes:

— Los informes deben pronunciarse sobre las condiciones de la operación y la forma en que se propone pagar el precio, cuando sea en bienes que no consistan en dinero, como, por ejemplo, un terreno, las acciones de una sociedad anónima cerrada u otros valores (artículo 44 VI);

— Los informes deben ser puestos por 30 días en conocimiento de los accionistas, que previamente deben ser informados de esta circunstancia; sin embargo, con la abstención del interesado, el directorio puede darle el carácter de reservada a la operación y a los informes (artículo 44 VII);

— Una vez vencido el plazo anterior, pueden presentarse dos situaciones: i) si accionistas que representen al menos el 5% de las acciones emitidas con derecho a voto estimaran que las condiciones no son favorables a los intereses sociales o las evaluaciones fueren substancialmente diferentes entre sí, podrán solicitar al directorio, dentro del referido plazo de 30 días, que se cite a la junta extraordinaria de accionistas, en cuyo caso esta debe aprobar la operación por las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto; y ii) si lo anterior no ocurriere, el directorio, luego de transcurrido dicho plazo, puede pronunciarse sobre la operación, con la abstención del director implicado (artículo 44 VIII y IX).<sup>470</sup>

<sup>470</sup> La ley también establece un deber para el controlador de la sociedad o la persona relacionada que pretenda realizar la operación, quien debe poner a disposición del directorio, en forma oportuna, todos los antecedentes, informes, documentos y comunicaciones referidos a esa operación que hayan sido remitidos a entidades supervisoras o reguladoras o a bolsas de valores extranjeras; el directorio debe, a su vez, ponerlos a disposición de los accionistas (artículo 44 X); esta norma tuvo su origen en operaciones de toma de control en que los adquirentes estaban obligados a entregar información a entes públicos y bolsas extranjeras, que, sin embargo, no era obligatoria en Chile, donde la operación producía sus efectos más substanciales (caso *Chispas*).

• En el acta de la sesión de directorio respectiva se debe dejar constancia de las deliberaciones del directorio para aprobar los términos y condiciones de los respectivos contratos (artículo 44 XII).

• Los actos o contratos por un monto relevante, así como la designación de evaluadores independientes dan lugar a un hecho esencial de la compañía (artículo 44 Y, en relación con Ley de valores, artículo 10 II).

• En la citación a la junta de accionistas en que se informe de la operación debe indicarse nominativamente la manera como votó cada director en el respectivo acuerdo.

e) La norma que se analiza presenta el contrasentido de que la operación pueda ser aprobada por el directorio, aunque se trate de una operación que carece de un valor de mercado de referencia, sobre la base de los antecedentes que el directorio estime suficientes, sin recurrir a informes de evaluadores independientes; por el contrario, si opta por designar evaluadores independientes, se desencadena un proceso de consulta y eventualmente de impugnación de la operación por los accionistas.

En definitiva, si el directorio opta por el camino de solicitar el informe de expertos que valore la operación, las exigencias adicionales de publicidad e incluso de eventual convocatoria de la junta de accionistas resultan desproporcionadas si se compara la situación con el primer camino que puede seguir el directorio. En circunstancias que la ley nada dice acerca de los efectos que se siguen de que el directorio adopte uno u otro camino, todo indica que la operación visada por informes independientes y que ha estado las abundantes medidas de publicidad que la ley ordena en ese caso, están doradas de una presunción de equidad que es prácticamente inexpugnable, a menos que se pruebe fraude o culpa grave de los evaluadores.

628. Válidos de los actos en conflicto de interés realizados sin cumplir con los requisitos de admisibilidad. Los conflictos de interés en los acuerdos de directorio de sociedades anónimas plantearon inicialmente preguntas relativas a la eficacia de los contratos respectivos.<sup>471</sup> La ley ha resuelto expresamente la materia al disponer que la infracción a las disposiciones del artículo 44 no afectará la validez del acto (debe entenderse que tampoco su oponibilidad), sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas y de la acción de responsabilidad civil que corresponda a la sociedad, a los accionistas o a terceros interesados. La norma debe entenderse en el sentido de su formulación: la sola infracción a los requisitos formales de admisibilidad no es constitutiva de una causal de nulidad, pero nada impide entablarla si se alega dolo o error, de conformidad con las reglas generales del derecho de contratos.

<sup>471</sup> Alessandrí 1931 68 concluye que los contratos celebrados en conflicto de interés acordados sin la aprobación del directorio son nulos relativamente, por faltar la formalidad habilitante de autorización del directorio. En el derecho posteriormente se les tuvo inicialmente por nulos con posterioridad se desarrolló la doctrina de que eran válidos, pero sujetos a requisitos procedimentales de aprobación y sustantivos de equidad (Clark 1986 160).



694. Requisitos de la responsabilidad civil por contravención a las reglas de administrabilidad de contratos con personas relacionadas. a) La inobservancia de los deberes legales de declarar los conflictos de interés, de aprobación de la operación respectiva de conformidad con los procedimientos legales y de equidad de sus términos constituye culpa infraccional de conformidad con las reglas generales (*supra* N° 53). Sin embargo, de esa sola omisión no se sigue la responsabilidad civil, porque para que ésta tenga lugar es necesario que el ilícito haya provocado daño. Por eso, la obligación indemnizatoria del artículo 44 XV tiene por antecedente necesario que la operación no haya sido equitativa, pues ésta es la circunstancia determinante del perjuicio (*supra* N° 621 c). Al efecto, la ley establece una presunción de que el acto o contrato no es equitativo cuando uno o más directores se beneficien de modo indebido (esto es, sin justificación legítima) y que correlativamente haya perjuicio para la sociedad (artículo 45 II).

b) Cumplida la condición de ilícito, los problemas de determinación del daño y de causalidad no plantean cuestiones especiales, de modo que sólo cabe hacer referencia a lo expuesto en los capítulos respectivos (*Códigos IV y V*). El daño corresponde a la diferencia entre lo recibido por la sociedad y lo que ella debió haber recibido si la operación se hubiese sustentado en valores de mercado, si existieren, o en criterios de valoración aceptados en las prácticas comerciales, en caso contrario. A su vez, este daño debe ser atribuible causal y normativamente al ilícito de haber faltado a la lealtad con la sociedad al participar en una decisión en que hay conflicto de interés.

695. Contratos de la sociedad con su controladora o con sociedades en relación de propiedad. La responsabilidad de los directores y gerentes tiene por antecedente las decisiones en conflicto de interés que no observen los requisitos legales, formales y materiales, que precisamente persiguen neutralizarlos. Sin embargo, esos conflictos de interés son usualmente un reflejo de los que existen en el nivel de la propiedad. Por eso, la ley también establece que los contratos entre sociedades que tengan intereses entrecruzados deben observar condiciones de equidad, similares a las que usualmente prevalecen en el mercado (artículo 89). En este caso, no se requiere la aprobación del directorio o de la junta de accionistas: la ley se limita a señalar que si el contrato no es equitativo, los administradores son responsables de los perjuicios causados.

A menos que se pruebe participación en la comisión del ilícito, la responsabilidad no puede ser situada a nivel de las sociedades controladoras, porque la gestión de las filiales está a cargo de los directores y gerentes que tienen el deber de actuar en interés de la sociedad; sin embargo, conviene tener presente que también los controladores tienen deberes de actuación de buena fe con la sociedad controlada, en la medida que tienen efectivamente a su cargo el manejo de intereses ajenos (*supra* N° 133).<sup>472</sup>

<sup>472</sup> Clark 1986 254.

A ello se agrega que si se puede imputar mala fe o culpa grave a los administradores que han incurrido en el ilícito, la víctima puede interponer en contra de los controladores beneficiados una acción de restitución de los beneficios que se siguen del ilícito ajeno (*supra* N° 101), sin perjuicio de la acción de responsabilidad que proceda contra los personalmente responsables de haber participado en el ilícito.

### 3. Actos en conflicto de interés prohibidos por la ley

696. Prohibición general de obtener ventajas indebidas para sí o personas relacionadas en perjuicio de la sociedad. a) La más general de las prohibiciones de actuar en conflicto de interés está establecida por el artículo 42 N° 7 de la ley, que declara ilícito practicar actos contrarios al interés social y usar el cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados, en perjuicio del interés social. Salvo un acto irracional o de mera venganza, el acto contrario al interés social causa perjuicio a la sociedad precisamente por la subordinación del interés de la sociedad al interés propio o de personas relacionadas (entendidas en el sentido de la Ley de valores).

Esta regla está completada por la prohibición que la ley impone a los directores de proponer modificaciones de estatutos, acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados (artículo 42 N° 1). Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, debe entenderse que esta norma opera de modo reflejo respecto de los propios accionistas controladores que actúan en ejecución de alguno de estos ilícitos en la junta de accionistas (*supra* N° 133).

b) En el derecho comparado, especialmente norteamericano, las principales hipótesis de aplicación de estas reglas se refieren a los actos desleales de sus posiciones en la compañía de los directores y gerentes de una sociedad, quienes la controlan de hecho en razón de la dispersión del capital, frente a intentos de terceros de tomar el control de la compañía; a la misma clase de ilícitos pertenecen los autocontratos exorbitantemente ventajosos en perjuicio de la sociedad. En uno y otro caso, el ilícito está en obtener un provecho personal a costa del interés de la sociedad; en atención a que estos riesgos son menores en sociedades anónimas de propiedad concentrada, como suele ser el caso en Chile (*supra* N° 599), no se hará referencia más detallada a estos ilícitos, ampliamente desarrollados por el derecho norteamericano.<sup>473</sup>

c) En el derecho chileno se ha invocado el uso de la posición en la administración para obtener ventajas personales de la venta de acciones, así como en la obtención de otros beneficios futuros por parte de directores y ejecutivos superiores que también eran accionistas de una sociedad

<sup>473</sup> Klein/Coiffe 2002 168, Clark 1986 143 y 571; para un abuso extremo en este sentido, el caso *Mannemann* (*supra* nota a N° 610).



(caso *Chibayaz*). En circunstancias que los contratos impugnados no llegaron a producir efectos (ni favorables, ni perjudiciales), en razón de una rescisión previa, los sancionados alegaron que los actos no habían producido alguno, de modo que no podían ser tenidos por contratos al artículo 42 N° 6 de la ley, que exige una actuación en perjuicio del interés social. La sentencia que rechazó el reclamo contra la sanción administrativa estimó que el apoderamiento personal ilegítimo de una oportunidad de negocios priva a la sociedad de un beneficio que debió pertenecerle.<sup>474</sup> Asimismo, se estimó lícito haber contratado con un tercero acerca de la manera como se habría de ejercer el cargo de director, en contravención con el carácter personal e indelegable que tiene esa función (*supra* N° 610 b).

627. Apropiación, goce o uso de bienes sociales. Tomar dinero o bienes sociales en préstamo o usar en beneficio propio o de personas relacionadas los bienes, servicios y créditos de la sociedad es típicamente una operación en que existe conflicto de interés y que debe ser informada por el director y aprobada por el directorio de conformidad con la regla del artículo 44 de la ley (*supra* N° 621). La regla tiene antigua filiación en el derecho de sociedades (Código Civil, artículo 2081 regla 2°; Código de Comercio, artículo 404 N° 2); está reiterada entre las prohibiciones a que están sujetos los directores de acuerdo con la Ley de sociedades anónimas (artículo 42 N° 5). Técnicamente, sin embargo, no es una prohibición, sino una norma imperativa que exige las formalidades habilitantes del artículo 44 para realizar tales actos.

628. Prohibición de tomar para sí oportunidades de negocios pertenecientes a la sociedad. 2) Bajo las reglas del Código de Comercio, a los socios de una sociedad colectiva les está prohibido "explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad, y hacer sin consentimiento de todos los socios operaciones particulares de cualquiera especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio" (artículo 404 N° 4). Esta regla, en extremo estricta, asume que el socio compromete todo su interés de negocios en el giro de la sociedad.

La sociedad anónima moderna se aleja sustancialmente de estos principios. Los accionistas suelen tener inversiones en sociedades del mismo giro y la dedicación de los directores al negocio social no es incompatible con la realización de actividades o negocios paralelos a los sociales. A diferencia de lo que ocurre en las sociedades de personas, no rige para los accionistas la prohibición de efectuar o tener interés en otras actividades, incluso competitivas con la sociedad. En consecuencia, en un grupo de empresas es perfectamente lícito, por ejemplo, desarrollar un negocio del mismo giro, sea por medio de la matriz de la sociedad respectiva o de su filial.<sup>475</sup>

<sup>474</sup> Corte de Santiago, 8.7.2004, rol N° 7.534-2002, considerando 34; CS, 7.5.2005, rol N° 4.261-2004, considerando 232 y siguientes.  
<sup>475</sup> Eastbrook/Fischel 1991 140.



Pero esa regla no rige con la misma intensidad respecto de los directores y gerentes (en especial estos últimos, que tienen por cláusula contractual explícita o implícita una dedicación exclusiva con la sociedad). La diferencia se justifica en razón de la particular relación fiduciaria que los administradores tienen con la sociedad, que intensifica sus deberes de lealtad para con ella.

Sobre la base de estas premisas, conviene analizar la importante norma de la Ley de sociedades anónimas que establece la prohibición a los directores de *apropiarse para sí o para terceros relacionados de oportunidades de negocios a los que hayan accedido en razón de su cargo* (artículo 42 N° 6).

b) El lícito del artículo 42 N° 6 de la ley tiene dos partes: primero, el director tiene que haber usado para sí o en beneficio de personas relacionadas las oportunidades comerciales de las que haya tomado conocimiento en razón del cargo; segundo, de ello se debe seguir perjuicio para la sociedad. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil es particularmente relevante la definición de la conducta lícita, como acto de usurpación de lo que naturalmente pertenece a la sociedad, porque la segunda parte se limita a reiterar el principio general de que sin daño nada hay que indemnizar (*supra* § 20, a).

En consecuencia, la pregunta que plantea este lícito se puede expresar así: ¿cuándo se apropia el director o gerente, a favor propio o de una persona relacionada, de una oportunidad que ha conocido en razón de su cargo? Así formulada, la pregunta parece comprender varias cuestiones diferentes: la primera se refiere a las circunstancias que muestran que el director tuvo conocimiento de esa oportunidad *en razón de su cargo (subparagraph a)*; la segunda, a lo que puede entenderse como una oportunidad que *pertenecía a la sociedad (subparagraph b)*; la tercera, a las circunstancias que autorizan a los directores y gerentes para tomar para sí y sus personas relacionadas una oportunidad de negocios que, en principio, pertenece a la sociedad (*subparagraph c*); la cuarta, a la exigencia de que la apropiación de la oportunidad haya causado perjuicio a la sociedad (*subparagraph d*); la quinta, finalmente, a quienes deben haberse aprovechado ilícitamente de la oportunidad de negocios para que haya lugar a la responsabilidad (*subparagraph g*).<sup>476</sup>

<sup>476</sup> En el análisis se sigue cercanamente a Clark 1986 223; me permito recomendar al interesado recurrir a esa fuente principal, porque éste no es el lugar para analizar todos los aspectos económicos y jurídicos relevantes que naturalmente pertenecen al derecho de sociedades; asimismo, se han seguido textos más generales que tratan esas cuestiones desde un punto de vista jurídico y económico (Eastbrook/Fischel 1991 140, Klein/Coffe 2002 167, Thummal 2008 99 y 136); la literatura más significativa es la norteamericana, que también en materia de deberes relativos a la apropiación de oportunidades de negocios es la fuente doctrinal que se ha tendido a adoptar en las jurisdicciones más diversas; véase Herzog/Kanda en Krakaman et al 2004 116, con referencias a las similitudes del derecho alemán (Ley de sociedades anónimas alemana § 11(5)), francés (Código de Comercio francés, artículo 242-6), así como del británico y japonés.



c) *¿Cuándo la oportunidad de negocios es conocida en razón del cargo?* El conocimiento de una oportunidad de negocios se produce en razón del cargo cuando es adquirido en situaciones que pertenecen o tocan a sus funciones de director o gerente, esto es, cuando la información es adquirida *en ejercicio o con ocasión de sus tareas*. El caso más obvio consiste en informarse en ejercicio de director del cargo, como típicamente ocurre para un director en una sesión sobre negocios transmitida en reuniones o conversaciones con ejecutivos de la compañía; o las oportunidades de negocios que se reciben de terceros precisamente en su calidad de director o ejecutivo de la sociedad, y que estando dirigidas a la sociedad, el director usa para sí mismo. También es obtenida *con ocasión de sus funciones* la información referida a negocios futuros de la sociedad, como ocurre si en conocimiento de los planes de inversión de la sociedad, el director adquiere terrenos que para ésta tienen un valor estratégico que aún es desconocido por el público abusando de su conocimiento de la curva de demanda de la compañía.<sup>47</sup> En tal caso, el director opera con una especie de información privilegiada para actuar en un mercado diferente al de valores, pero apropiándose de información que sólo puede usarse en beneficio de la compañía.<sup>48</sup> El principio que cubre las distintas hipótesis parece expresarse en una regla de causalidad: el director tiene que haber conocido la oportunidad *porque es director de la compañía y no por una causa diferente*. El caso que se sínta más allá del límite impuesto por el deber de lealtad está dado por el director que conoce privatamente una oportunidad de negocios, pero que sabe que pudiera resultar de interés a la compañía. En esta situación no se cumple la condición de que haya tomado conocimiento en razón del cargo, de modo que no tiene deber respecto de la compañía.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Clark 1986 226.

<sup>48</sup> El *Illicito civil* está dado por haber usado información adquirida en razón del cargo, aunque luego haya dejado las funciones; así, en un caso británico se estimó que era responsable el director ejecutivo de una sociedad que toma conocimiento de una oportunidad y, ocultándose a la sociedad, la aprovecha luego de renunciar al cargo, con el fundamento de que el demandado "se embarcó en una política y en un curso de acciones [prescindentes y continuas como director ejecutivo de los demandantes" (*Industrial Development Consultants v. Cooley*, 1972, 2 All ER 162, citado por McGrath 2003 133).

<sup>49</sup> Sin embargo, en el derecho norteamericano ha habido intentos de extender el deber de cuidado a los casos en que la oportunidad de negocios es suficientemente cercana al giro de negocios de la sociedad (*Elkin/Coiffe* 2002 167, con la observación que la exigencia de que el director subordine su interés o de sus empresas relacionadas a los de la sociedad es más amplia y exigente que la prohibición de "apropiarse" de oportunidades de negocios de la sociedad). Con todo, el *Illicito civil* está inequívocamente limitado a las oportunidades conocidas en razón del cargo. Aun así, parece convenientemente distinguir a las oportunidades conocidas de vinculación que pueden tener los administradores con la compañía de un director se espera que pueda tener negocios independientes de la sociedad en la que sirve el cargo (en algunos casos concurrentes o complementarios con los de ésta); por eso, son más extensos en la materia los deberes de un gerente de dedicación exclusiva a la sociedad.

d) *¿Cuándo puede entenderse que una oportunidad pertenece a la sociedad?* Cumplido el requisito de que la oportunidad de negocios haya sido conocida con ocasión de las funciones de administración, debe entenderse que ella pertenece a la sociedad si cae dentro del ámbito de negocios sociales.<sup>50</sup> Para estos efectos, desde luego que no son sólo determinantes los estímulos, sino también el conjunto de negocios conexos al giro social principal, como puede ser el mercado inmobiliario para una empresa de supermercados o la adquisición de una marca conocida en la misma categoría en que opera la sociedad. Las hipótesis de negocios conexos son muchas. Por eso, la *relevancia* es una cuestión de hecho que debe responderse atendiendo a si la oportunidad *podría haber sido tomada por la sociedad*; así esto es, si el director podía esperar que ella fuera considerada seriamente por los ejecutivos o por el directorio de la sociedad, atendido su ámbito efectivo de negocios.<sup>51</sup>

Estos factores llevan a dos tradicionales tests de relevancia de la oportunidad de negocios del derecho norteamericano, que comprueban, alternativamente, si la sociedad tenía un interés o expectativa razonable en el negocio o si era esencial para su línea efectiva de negocios.<sup>52</sup> Cumplida alguna de esas condiciones, el director no puede actuar en su propio interés, de modo que afecte negativamente el posible interés de la sociedad, ni menos tomar para sí o para sus personas relacionadas lo que pertenece a la sociedad. Es una forma de uso o apropiación de bienes sociales, aunque la sociedad no tenga en sentido técnico un derecho de exclusividad.

e) *¿Qué debe hacer el director que toma conocimiento de una oportunidad de negocios de la sociedad, que él o sus empresas relacionadas quisieran tomar por su cuenta?* El deber básico que tiene el director, gerente o ejecutivo principal de la sociedad es informar la oportunidad de negocios al directorio o a los gerentes competentes.<sup>53</sup> Si él mismo tiene interés cierto o eventual en el negocio, también debería declararlo, a efectos de

<sup>50</sup> En un caso elemental de apropiación de oportunidades de negocios, se falló en Alemania que era *ilícito* que una sociedad, en cuya propiedad participaba el gerente de una sociedad dedicada al desarrollo de espacios de utilidad pública, comprara terrenos que le eran ofrecidos en tal carácter, para luego ofrecerlos a mayor valor a la compañía que administraba (BGH, BB 1989, 1637, citado por Thimmmeel 2003 100).

<sup>51</sup> *Elkin/Coiffe* 2002 167.

<sup>52</sup> Thimmmeel 2003 99.

<sup>53</sup> Clark 1986 225; es interesante el contenido que la Corte Suprema de Delaware ha dado a esta idea en un caso líder en la materia: "puede ser dicho con toda propiedad que la oportunidad está en la línea de los negocios de la sociedad si ésta participa en un cierto negocio, y le es presentada una oportunidad respecto de la cual posee el conocimiento fundamental, la experiencia práctica y la capacidad para llevarla a cabo, y la cual es lógica y naturalmente adaptable a sus negocios teniendo en cuenta su posición financiera, y es consistente con sus razonables necesidades y aspiraciones de expansión" (*Guth v. Loft Inc.*, 5 A.2d 503, 1939, citado por Clark 1986 227).

<sup>54</sup> Eastbrook/Fischel 1991 140.

forzar a la sociedad a adoptar una decisión y, de lo contrario, quedar liberado de la prohibición. Se puede entender que la sociedad no toma para sí la oportunidad si el órgano competente formalmente la desecha o si autoriza al director para tomarla para sí (sin la intervención de este último); mayores dudas plantea la cuestión acerca de bajo qué circunstancias el silencio de los respectivos órganos de decisión puede ser entendido como una aquiescencia tácita; en todo caso parecería que el director o gerente interesado debe solicitar un pronunciamiento formal, y sólo entonces se plantea la cuestión de hecho, que dependerá de las circunstancias, de si el silencio debe ser entendido de buena fe como una autorización.

**¿ Cuándo la privación de la oportunidad causa perjuicio a la sociedad?**  Como es usual en materia de responsabilidad civil, el test final para determinar la procedencia de la pretensión indemnizatoria es si el ilícito ha causado daño a la sociedad. En consecuencia, aunque se haya declarado la oportunidad de negocios y se haya reconocido a la sociedad un derecho preferente para tomarla, no habrá responsabilidad si no se prueba el perjuicio sufrido por aquélla. La prueba es tanto más sencilla cuanto más esencial es el negocio en cuestión, porque el monto de los perjuicios corresponde precisamente al lucro cesante que provoca no haber podido celebrar el negocio.

En todo caso, tanto la posibilidad de realización del negocio como los beneficios que se habrán seguido, deben ser oportunidades reales y no meras especulaciones, pues de lo contrario no hay daño cierto. Por lo mismo, aunque el demandado haya omitido informar de una oportunidad de negocios (lo que puede dar lugar a una presunción en su contra, como es usual si no se cumplen deberes de información), siempre le será aceptable probar que ella no podía ser tomada para sí por la sociedad; por ejemplo, por razones legales (como ocurre con las limitaciones del derecho de la competencia), por carecer de los recursos financieros o técnicos para emprenderla, o porque era inverosímil que la tomara atendida la inequívoca focalización actual de sus negocios. Y por otro lado, corresponde a la demandante probar los beneficios que la oportunidad de negocios le habría generado (supra Nº 154).

En el derecho chileno se ha invocado el aprovechamiento de la posición en la administración para obtener ventajas personales en la venta de acciones, así como en la obtención de otros beneficios futuros por parte de directores y ejecutivos superiores, que también controlaban acciones preferentes de la sociedad (caso *Chibays*). En circunstancias que los contratos impugnados no llegaron a producir efectos (favorables ni perjudiciales), en razón de una rescisión previa, los sancionados alegaron que los actos no habían producido daño alguno, de modo que no podían ser tenidos por contratos al artículo 42 Nº 6 de la ley, porque esta norma exige una actuación en perjuicio del interés social. La sentencia que rechazó el reclamo contra la sanción administrativa estimó que el apoderamiento personal ilegítimo de una oportunidad de negocios comprende la privación a la sociedad de un beneficio que debió pertenecerle, porque el

daño no sólo se produce por una disminución efectiva del patrimonio, sino también por la privación de una expectativa de ganancia.<sup>436</sup>

**g) ¿ Quiénes pueden aprovecharse de la oportunidad de negocios?**  La prohibición legal a directores y gerentes de la sociedad de apropiarse de una oportunidad de negocios de la sociedad no sólo comprende la actuación en propio beneficio, sino también en favor de empresas relacionadas. La responsabilidad civil es personal de quienes ejecutan el ilícito, que usualmente serán los administradores de la sociedad. Pero también los accionistas controladores tienen deberes fiduciarios para con la compañía, en atención a su poder de gobierno de intereses ajenos,<sup>437</sup> de modo que si las personas relacionadas han tenido participación en la comisión del ilícito son también personalmente responsables (supra Nº 133 b, infra Nº 724). Por otra parte, en la medida que el ilícito de apropiarse de una oportunidad de negocios de la sociedad es usualmente intencional (o atribuible al menos a culpa grave), por lo general habrá acción resarcitoria contra las personas relacionadas que se aprovecharon de su comisión por los directores o gerentes (supra Nº 101 c y 62b).

#### e. Deberes de rendición de cuentas y de información

**629. Fundamento de los deberes de llevar y rendir cuentas.** La obligación de llevar y rendir cuentas es de la naturaleza de las relaciones fiduciarias. Así, el Código Civil la establece respecto del guardador (artículos 41b y siguientes), del albacea (artículo 130b), del socio administrador de la sociedad colectiva (artículo 208b), del mandatario (artículo 215b). A ello se agregan los deberes generales de los comerciantes de llevar ordenadamente sus libros (Código de Comercio, artículos 25 y siguientes), que persiguen la protección de quienes contratan con la sociedad y de sus acreedores.

En el caso de las sociedades anónimas, esos deberes son particularmente extensos y reglamentados, en atención a lo dispersa que puede estar la propiedad y, tratándose de compañías de oferta pública de valores, a los intereses públicos comprometidos en el correcto manejo de los negocios y en la información al público y los accionistas. Desde el punto vista del derecho privado, sin embargo, el fundamento jurídico más elemental de estos deberes de llevar y de rendir cuentas está dado por la protección de los acreedores y por las expectativas de confianza de quienes confían a terceros el manejo de sus intereses.

**630. Deber de llevar la contabilidad y los libros de acuerdo a principios contables aceptados.** El deber de llevar cuentas se plantea de manera dife-

<sup>436</sup> Corte de Santiago, 8.7.2004, rol Nº 7.534.8009, considerando 34; CS, 7.5.2005, rol Nº 4.931.3004, considerandos 222 y siguientes, sobre el argumento de haberse contratado con un tercero respecto de cómo se habría de ejercer el cargo de director, en contravención con el carácter personal e ineludible que tiene esa función, supra Nº 610 b.

<sup>437</sup> Chile 1996 254.



rente respecto de los directores que de los gerentes. De modo coherente con la distribución de funciones entre el directorio y la administración en una sociedad anónima abierta (*supra* N° 608), la ley atribuye responsabilidad a los directores si la sociedad no lleva sus libros o registros (artículo 46 N° 1),<sup>47</sup> haciendo radicar en el gerente el deber de custodiar los libros y registros sociales y que éstos sean llevados con la regularidad exigida por la ley y las regulaciones administrativas (artículo 49 III). Este deber, a su vez, se distribuye entre el gerente general y los encargados de la administración y finanzas de conformidad a sus respectivas responsabilidades. Las normas de la Ley de sociedades anónimas constituyen un desarrollo de la antigua regla de que los administradores de sociedades colectivas comerciales deben llevar los libros que señala la ley y exhibirlos a los socios que lo requieran (Código de Comercio, artículo 403).

Los libros deben ser llevados de conformidad con la ley y en el caso de las sociedades anónimas abiertas, deben observarse, además, las reglas específicas dadas por la Superintendencia; más allá de estas regulaciones rige el principio de que los libros deben ser llevados observando los principios y prácticas de contabilidad generalmente tenidos por aceptables (artículo 73). A efectos de responsabilidad civil, se trata, en consecuencia, de hipótesis de culpa infraccional y de incumplimiento de deberes establecidos por los usos normativos (*supra* § 10 d I y 2).

631. Deberes de rendición de cuentas. El directorio rinde cuentas anualmente a la junta ordinaria de accionistas (o a la junta extraordinaria que haga sus veces), a la que debe presentar la memoria razonada acerca de la situación de la sociedad, el balance general, el estado de resultados del ejercicio, así como los informes de los inspectores de cuentas o de los auditores externos, según corresponda (artículo 74),<sup>48</sup> La junta, a su vez, tiene competencia para examinar la situación de la sociedad y los informes de los inspectores o auditores y para aprobar o rechazar la memoria, el balance o los estados financieros (artículo 56 N° 1); si la junta los rechaza, deben ser nuevamente presentados y un segundo rechazo hace efectiva la responsabilidad política del directorio, cuyo nombramiento, por ese solo hecho, se entiende revocado (artículo 77 II).

<sup>47</sup> En las sociedades donde se ha constituido un *comité de directores*, sus miembros tienen tareas específicas que anteceden y son más fuertes que las de los otros miembros del directorio. La era del comité no está limitada a la cambio del deber de lealtad, sino también debe revisar previamente los informes de los inspectores de cuentas o de los auditores externos respecto del balance y de los estados financieros de la sociedad (Ley de sociedades anónimas, artículo 50 bis III N° 1).

<sup>48</sup> Este deber es completado por la prohibición que pesa sobre el directorio de presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y de ocultar información (artículo 49 N° 4); esta prohibición (que, en verdad, constituye una regla imperativa que ordena que las cuentas sean regulares, las informaciones verídicas y se cumpla con los deberes de información) debe ser entendida como una obligación que se distribuye entre los directores y gerentes de conformidad con sus respectivos deberes de cuidado (*supra* N° 608).

En suma, el deber general de rendición de cuentas tiene ciertas particularidades formales en las sociedades anónimas, atendida la naturaleza de los destinatarios y el interés público que suele estar comprometido. Para determinar la culpa de los directores y de los gerentes por las omisiones o falsedades de estos informes es necesario volver hacia los deberes de diligencia y de lealtad que tienen los directores en consonancia con la naturaleza fiduciaria de sus cargos.<sup>49</sup> Entre los *deberes de diligencia* esenciales está cuidar que haya gerentes competentes, de quienes se pueda esperar una información correcta y completa, y que existan procedimientos que permitan supervisar la observancia de esos deberes legales (*supra* N° 607 y 608); naturalmente que estos deberes son más concretos y extensos respecto de los gerentes que tienen la responsabilidad de manejar y preparar la información que sirve de base a la rendición de cuentas. Desde el punto de vista de los *deberes de lealtad*, la ley sanciona a los directores que presentan cuentas irregulares, informaciones falsas u ocultan información (artículo 49 N° 4) y, correlativamente, a quienes induzcan a los gerentes, ejecutivos, dependientes, inspectores de cuentas o auditores, a rendir esas cuentas irregulares, a presentar informaciones falsas o a ocultar información (artículo 42 N° 3).

632. Deberes legales de información. a) No existe otra área del derecho privado donde los deberes de información se hayan extendido con tal amplitud como en el derecho de las sociedades anónimas y de mercado de valores. En esta evolución resulta determinante la concurrencia del interés por neutralizar, al menos en parte, la asimetría de información de los accionistas que carecen de influencia en el manejo de los negocios,<sup>50</sup> y del interés público en el funcionamiento del mercado de valores (*supra* N° 816). En consideración a estos dos grupos de intereses, coexisten deberes de información que se orientan hacia el público en general y otros que se plantean en las relaciones internas del directorio con la sociedad y los accionistas.

<sup>49</sup> En general, respecto de la responsabilidad de los auditores, *supra* N° 824.

<sup>50</sup> En verdad, la información accede al público en un proceso que comprende dos etapas: ante todo, se entrega de manera estandarizada por regulaciones administrativas (especialmente en la Norma General N° 30 de la Superintendencia) y tiene un nivel técnico que no la hace plenamente accesible por un inversionista común; de ello se sigue que los inversiones acceden en verdad a esa información por medio de analistas o asesores de inversión que operan en condiciones de mercado (esto es, en razón de contratos). De este modo, el derecho contropositorio sobre sociedades anónimas y mercado de valores encubierta una opción de equilibrio para la antigua disputa teórica acerca de si la información debiera ser un bien privado, privado para una base contractual por especialistas, o un bien público, que se distribuye entre todos los interesados por igual: el suministro de información es considerado un bien público, pero su procesamiento es uno únicamente privado (de modo que su análisis se provee sobre una base contractual). Un análisis económico de los requerimientos legales de información en Radtchok/Fischel 1991 286; sobre los aspectos puramente regulatorios y de mercado concisos a los deberes legales de información, Kitch/Coffee 2002 202.

En principio, la distinción es relevante a efectos de determinar el alcance de la responsabilidad de los administradores, porque sólo la sociedad y los accionistas pueden hacer valer la responsabilidad civil que se sigue del incumplimiento de los deberes de directores y gerentes en las relaciones internas. En la práctica, sin embargo, la ley establece deberes genéricos de información no sólo en beneficio de los accionistas, sino del público en general (artículo 45); y la regla general de responsabilidad civil por incumplimiento de deberes legales, administrativos o estatutarios establece la obligación de reparar los perjuicios ocasionados o evitar, sin restringir el conjunto de los titulares activos (artículo 133). Las limitaciones de la titularidad actúa sólo pueden ser consuetudas, en consecuencia, atendiendo a los fines particulares que persiguen las normas: en la medida que la norma legal infringida persiga proteger a los accionistas o a la sociedad, no puede ser invocada en su favor por terceros (supra § 29).

b) La ley dispone que el directorio debe proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y la Superintendencia determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad (artículo 46 I).<sup>48</sup> La norma es comprensiva de todos los deberes de información que recaen sobre una sociedad anónima, que difieren según sea abierta o cerrada. Si del incumplimiento de cualquiera de estos deberes se sigue perjuicio para los accionistas o para terceros, hay lugar a la responsabilidad civil de la sociedad, sin perjuicio de las acciones civiles y administrativas que se pueden dirigir contra los directores o gerentes (artículo 46 II). Se trata de un típico deber de diligencia, cuyo cumplimiento debe ser controlado por el directorio y ejecutado por los gerentes de acuerdo con sus respectivas funciones (supra N° 607, 608 y 612).

633. Deberes de reserva y de divulgación de la información relevante. a) A las normas sobre información relevante se hará referencia al tratar los límites precontractuales, que amenazan la presunción de justicia de que gozan los contratos libremente consentidos (infra § 66 b). En ese contexto, la prohibición del uso y comunicación de información privilegiada persigue el fin de justicia comunitaria de proteger a los accionistas que enajenan y a los inversionistas que adquirieren valores sin manejar antecedentes relevantes que son conocidos secretamente por la contraparte. Esas reglas sobre información privilegiada han sido desarrolladas a propósito de los emisores de valores de oferta pública, entre ellos, muy especialmente, las sociedades anónimas abiertas (Ley de valores, Título XXI).

En concordancia con esas normas, la Ley de sociedades anónimas dispone que los directores, gerentes y ejecutivos principales están sujetos a

<sup>48</sup> Los deberes de información que recaen sobre los emisores de valores de oferta pública, incluidas las acciones de sociedades anónimas abiertas, están reglamentados en la Norma General N° 30 de la Superintendencia, que establece deberes genéricos de información (sección II) y deberes especiales para los emisores de acciones (sección III § 9), de bonos (sección IV 4, 5) y de efectos de comercio (sección V 4, 5).

deberes de reserva en relación con la información que recaen respecto de la sociedad a la que tengan acceso en razón de su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía (artículo 43 I, en relación con Ley de valores, artículo 165 J).

b) La Ley de sociedades anónimas contiene excepciones a esta regla. Así, no existe un deber de reserva respecto de la información referida a hechos u omisiones que puedan constituir una infracción a los estatutos sociales o a cualquier regulación aplicable a las sociedades anónimas, y de información cuya reserva lesione los intereses de la compañía (artículo 43 II). Corresponde a los directores considerar prudentemente si la revelación de información se efectúa en mejor interés de la sociedad. Como es obvio, la revelación de información en cumplimiento del deber general de actuar en el mejor interés de la sociedad debe ser compatible, por una parte, con las obligaciones contractuales de confidencialidad de ciertos negociadores convenidas por la compañía.

A la inversa, el deber de reserva encuentra su límite en los deberes de publicidad establecidos por la legislación sobre mercado de valores. Es explicable, en atención a sus fines, que las leyes de valores y de sociedades anónimas pongan énfasis diferentes en materia de información. En el primer caso, la ley cautela la equidad y la transparencia del mercado, de forma tal que el precio de los valores emitidos refleje toda la información pública, de modo que el énfasis está puesto en la publicidad y en el abnucio de información privada a efectos de transacciones de valores. El ordenamiento legal sobre sociedades anónimas, a su vez, tiene por objeto esencial proteger los intereses de la compañía y de sus accionistas. Lo que explica el énfasis en la reserva (en la medida que la divulgación de hechos que aún no son públicos afecte los intereses de la sociedad), en la apropiación de oportunidades de negocios y en los demás casos en que el aprovechamiento de información confidencial afecte el interés de la sociedad.

Conviene tener presente que las normas pueden ser comprendidas de un modo que no se plante conflicto entre ambos ordenamientos, porque puede ocurrir que una información relevante aún no sea hecho esencial en los términos de la Ley de valores (indicios sobre evolución del mercado con posterioridad a la última información pública, por ejemplo). En tal evento, los directores y gerentes no pueden acuar selectivamente en la divulgación de esos hechos o bien están sujetos al deber de reserva que les impone la Ley de sociedades anónimas, o bien difunden la información en los términos previstos por la Ley de valores, que garantiza el acceso de todo el público a la información determinante en decisiones de negocios.

c) El deber de no usar la información que conozcan en razón de su cargo, en beneficio propio o de terceros relacionados y provocando daño a la sociedad (artículo 42 N° 6 y N° 7, en relación con Ley de valores, artículo 165 II), ha sido analizado entre los deberes de lealtad de los directores para con la sociedad (supra N° 626 y 628); los principios que inspiran estas normas son semejantes, pero tienen finalidades distintas en la Ley de valores, por lo que aquí sólo cabe hacer referencia a lo que se dijo a propósito de la llamada información privilegiada (infra § 66 h).



d) En el caso de las sociedades anónimas, las restricciones al abuso de información también cumplen funciones protectoras de la propia sociedad emisora de valores de oferta pública, porque un mercado de valores transparente y equitativo aumenta la confianza en las empresas, con los efectos salutíferos de facilitar y abaratar el crédito y el financiamiento de las empresas por vía de aumentos de capital. Así, las infracciones a las reglas sobre transparencia, lealtad y en particular las relativas al abuso de información privilegiada, se traducen en perjuicios para las propias sociedades emisoras, en la medida que de ello se siga daño a su prestigio comercial. En la materia, son muy evidentes las analogías con los efectos patrimoniales de los atentados a la honra de una persona (*supra* Nº 420).

*F. Juicio de responsabilidad civil contra directores y gerentes*

1. Generalidades

634. Elementos de la responsabilidad civil. Referencia. Las acciones de responsabilidad civil contra directores y gerentes de sociedades anónimas presentan peculiaridades en cuanto al requisito de la culpa (*supra* Nº 385). Por eso, este apartado ha estado esencialmente dedicado a exponer los diversos deberes de conducta que atañen a los administradores.

Por el contrario, los requisitos de *dolo* y de *causalidad* presentan escasos rasgos específicos. El daño que se sigue a la sociedad y a los accionistas a consecuencias de los ilícitos de los administradores es generalmente de naturaleza puramente patrimonial (*supra* Nº 188). La causalidad plantea las características preguntas acerca de si el ilícito es condición necesaria del daño y de si éste es, además, objetivamente atribuible a la culpa del demandado (esto es, que el daño sea directo); a ello se agregan los usuales problemas de coparticipación, si varios fueron los responsables. Algunos de estos aspectos han sido referidos al tratar de los deberes de cuidado en particular, en lo demás, sólo cabe hacer referencia a los capítulos en que se han tratado en general el daño y la causalidad como elementos de la responsabilidad civil (*Capítulos IV y V*).

635. Acciones resarcitorias e indemnizatorias. a) Los ilícitos de los directores y gerentes son relevantes a efectos de la responsabilidad civil a condición de que provoquen daño a la sociedad, a los accionistas o a terceros. Por eso, la acción más general que se sigue de los ilícitos civiles es la indemnizatoria.

b) Los ilícitos de los directores y gerentes suelen traducirse en perjuicios para la sociedad que van asociados a un enriquecimiento ilícito de los administradores. En esta hipótesis, la ley reconoce a la sociedad una acción resarcitoria, de modo que la pretensión es equivalente al valor de los beneficios ilícitamente percibidos (artículos 42 Nº 7 *in fine* y 44 XV, véase también *infra* § 60 a). En circunstancias que la resarcición supone que la sociedad exija lo que le pertenece (por ejemplo, la utilidad que el director

o gerente ha obtenido de la apropiación de una oportunidad de negocio), la ley dispone que a ella (y no a los accionistas) pertenece privativamente esta acción.

636. Normas de orden público. La responsabilidad de los directores y gerentes es de orden público de conformidad con la ley, que declara nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de la junta de accionistas que persiga limitar *ex ante* (artículo 41 II). La norma no hace distinción entre sociedades abiertas y cerradas, de modo que resulta aplicable a unas y otras, aunque todo indica que en estas últimas debiera reconocerse una mayor amplitud a la libertad de las convenciones sobre responsabilidad.

A lo anterior se agrega que la aprobación *ex post* por la junta de accionistas de la memoria y balance de la sociedad tampoco exonera de responsabilidad a los directores y gerentes por los ilícitos incurridos en actos o negocios determinados, ni la aprobación específica de un cierto acto los exonera si éste ha sido realizado con culpa leve, grave o dolo (artículo 41 III). De este modo, se evita que los directores queden liberados de responsabilidad por ilícitos ya cometidos por el órgano político superior, donde el conflicto de intereses puede producirse simplemente en un grado superior (entre los accionistas controladores y los minoritarios).

637. Deber de colaboración en la investigación. a) Aunque establecida negativamente en la forma de una prohibición de obstrucción, la ley establece implícitamente un deber de colaboración en la investigación de hechos que persigan establecer la responsabilidad de los directores, gerentes o ejecutivos en la gestión de la empresa (artículo 42 Nº 2). Este deber se extiende, desde luego, a la presentación en juicio de los antecedentes que están en posesión de los demandados o de otros directores o gerentes y que sean pertinentes en el juicio de responsabilidad civil.

b) A su vez, la Superintendencia tiene facultades para inspeccionar, por medio de sus empleados o de auditores externos, a las personas o entidades fiscalizadas; asimismo, puede citar a declarar a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas fiscalizadas y a cualquiera otra persona que hubiere celebrado con ellas actos o convenciones de cualquiera naturaleza respecto de los hechos que investigue (Ley SVS, artículo 4º letras f y h). Para asegurar la colaboración en estas actuaciones de fiscalización, la Superintendencia dispone de potestades para declarar apremios y sanciones (artículos 36 y 38).

2. Titularidad activa y pasiva de la acción

638. Planteamiento: titularidad activa de las acciones contra directores y gerentes de sociedades. a) Es materia discutida por la doctrina la titularidad activa de las acciones contra directores y gerentes de sociedades anónimas. La respuesta a esta pregunta depende, ante todo, de la calificación jurídica que se otorgue a la relación de los administradores de una sociedad anóni-



ma (*infra* N° 604). Pero también se plantean cuestiones relativas a quienes puedan ejercer la acción a nombre de la sociedad (*infra* N° 639 y siguientes) y a la extensión de las acciones de los accionistas pretendiendo la indemnización de daños personalmente sufridos (*infra* N° 643).

b) En esta sección sólo se analizan las acciones de responsabilidad desde el punto de vista interno de las relaciones entre administradores y la sociedad o sus accionistas. Las relaciones externas han sido referidas en *infra* § 56 b 1.

639. Acción directa de la sociedad. a) Es inequívoco el derecho de la sociedad a demandar los perjuicios que le hayan provocado los hechos dolosos o negligentes de directores y gerentes. Por mandato legal, la representación judicial de la sociedad pertenece al gerente o al gerente general, en su caso (artículo 49 II); aunque esta norma tiene más bien por finalidad establecer legalmente una representación judicial pasiva, a favor de los acreedores de la sociedad, debe entenderse que es también comprensiva de la legitimidad activa para demandar a nombre de la sociedad a otros gerentes e incluso a los directores. En verdad, aunque el gerente tiene por mandato de la ley la representación legal de la sociedad, de ello no se sigue que ella sea privada. En efecto, la suma de las potestades de administración corresponde al directorio (artículo 40 I), de modo que también a él pertenece naturalmente la decisión de iniciar acciones en nombre de la sociedad. En circunstancias que el directorio no puede comparecer en juicio, podrá instruir al gerente para que lo haga u otorgar los poderes especiales que estime convenientes (artículo 40 II).

b) Aun así, la experiencia comparada muestra que el directorio no tiene incentivos para iniciar estas acciones, porque es inevitable que algún grado de solidaridad se cree entre sus miembros y entre ellos y los ejecutivos superiores, más aún si se considera, como es razonable, hacerla, que la decisión de iniciar una acción judicial en interés de la compañía pertenece al ámbito de apreciación prudencial del directorio, en atención a los costos y riesgos que ella puede significar.<sup>92</sup> En consecuencia, tampoco es posible constituir un deber preciso de los directores de ejercer las acciones judiciales.

640. Acciones derivadas, justificación y limitaciones de las acciones de los accionistas por cuenta de la sociedad. a) Como se ha visto, la acción directa de la sociedad en contra de sus propios directores y gerentes presenta la seria dificultad que la decisión de demandar pertenece a quienes son candidatos a demandados o colegas de estos últimos. De ahí que incluso en jurisdicciones donde existe una resistencia fuerte a que se pueda litigar contra agente olicioso de otro se ha tendido a estimar admisibles los *gerentes derivados*, en que los accionistas demandan a los directores o gerentes en nombre de la sociedad.<sup>93</sup> De este modo, la acción conferida a los accio-

<sup>92</sup> Eisenbrouck/Fischel 1991 101.

<sup>93</sup> Herzig/Kanba en Kanbanan *et al.* 2004 117.

nistas pretende corregir el natural desinterés de los directores y ejecutivos por actuar en contra de sus colegas o subordinados, constituyendo una excepción al principio de que las decisiones dentro de la sociedad son adoptadas centrándose por el directorio y por los gerentes por el designados.<sup>94</sup>

b) Sin embargo, la experiencia de acciones derivadas muestra algunas serias dificultades. Ante todo, generalmente existe una fuerte asimetría entre los riesgos y costos que se asumen con la acción y la retribución esperada para quienes las ejercen: si la acción tiene un significado patrimonial importante para uno o más accionistas determinados, éstos tienen interés en ejercer personal y no derivadamente la acción que les pertenece; a la inversa, si la acción carece de significado patrimonial, manifestado en el mayor valor que puede alcanzar la acción si la demanda en interés de la sociedad resulta exitosa, el accionista carece de incentivos para demandar. En consecuencia, la experiencia extranjera muestra que la acción sólo se ejerce si tiene un valor positivo para el abogado, en la medida que la razón entre la probabilidad de éxito y los honorarios esperados exceda el costo de litigación. En ese caso, los incentivos están dados para que sea el abogado quien busque un accionista dispuesto a ejercer la acción, aunque el juicio tenga un efecto económico negativo para la sociedad (y, de modo reflejo, para los demás accionistas).<sup>95</sup> Atendido este esquema de incentivos, la efectividad de la acción derivada como medio de control de los deberes de gestión y, especialmente, de lealtad de los directores y gerentes depende de los honorarios que se reconozcan a los abogados por el esfuerzo desplegado.<sup>96</sup> En definitiva, aunque resulta en extremo difícil encontrar un arreglo institucional adecuado que ordene los incentivos de un modo que estén alineados con el mejor interés de todos los accionistas,<sup>97</sup> la experiencia comparada muestra que las acciones derivadas son usualmente necesarias si se pretende que los administradores de la sociedad sean hechos civilmente responsables de los daños causados a la sociedad.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> Clark 1986 95.

<sup>95</sup> Eisenbrouck/Fischel 1991 102 y 106.

<sup>96</sup> Klein/Saifert 2002 139; Herzig/Kanba en Kanbanan *et al.* 2004 117, con referencias al efecto expansivo de las acciones derivadas que tuvieron cambios procesales marginales en una sociedad más bien reticente al litigio como es Japón (con referencias a Mark West, *My Shareholder suit: The evidence just begins*, en *Journal of Legal Studies* 2001, 351).

<sup>97</sup> Eisenbrouck/Fischel 1991 106. Así se explican las restricciones en, en el derecho comparado, se imponen a los accionistas derivados, en el derecho norteamericano, por ejemplo, se exhorta que se esija que los inversores en demandar hagan previamente una solicitud al directorio para que inicie las acciones en representación de la sociedad que involucra un comité de directores independientes, que los demandantes hayan sido propietarios de acciones al momento del litigio; que se otorgue una garantía para subsanar los costos; o que el accionista debe ser vinculado por el tribunal para evitar transacciones colusivas en perjuicio de la sociedad (Clark 1986 610; Klein/Saifert 2002 139; Romano/Diaz 2002 83).

<sup>98</sup> Sobre los requisitos de las acciones derivadas respecto de las acciones colectivas, en relación de los ramos administrativos que estas suponen, Clark 1986 298.

641. Acción derivada en la ley chilena. a) La ley ha introducido una acción derivada para hacer valer la responsabilidad de los administradores que hayan causado pérdidas al patrimonio de la sociedad como consecuencia de la infracción de las normas legales, su reglamento, los estatutos sociales o las normas impartidas por la Superintendencia; son titulares de la acción, alternativamente, un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo menos, el 5% de las acciones emitidas por la sociedad.<sup>299</sup> o cualesquiera de los directores de la sociedad (artículo 133 bis).<sup>300</sup>

En circunstancias que todos los deberes de lealtad y de cuidado de los administradores de sociedades pueden ser reconducidos a principios o normas legales, estatutarias o reglamentarias, la acción derivada opera respecto de cualquier incumplimiento a los deberes de cuidado, lealtad e información y rendición de cuentas analizadas.

Aunque en materia de responsabilidad civil, de "pérdidas al patrimonio de la sociedad", parece inequívoco que el legislador no ha querido ampliar ni restringir el concepto general de daños patrimoniales, propio del derecho de la responsabilidad civil; en consecuencia, se pueden entender comprendidos no sólo los daños que se siguen de una apropiación del demandado, que disminuye los activos de la sociedad, sino también el lucro cesante que resulta de la infracción a cualesquiera deberes de cuidado, lealtad o de información.

b) La ley atribuye las costas al litigante que fuere condenado a solventarlas; a la inversa, si la pretensión indemnizatoria es reconocida, las costas beneficiarán a los demandantes (artículo 133 bis II). En consecuencia, la acción derivada no significa carga alguna para la sociedad. El sistema de atribución de costas es un incentivo para hacer valer las acciones, cuya eficacia depende, como se ha visto en el párrafo anterior, de los criterios que tenga el tribunal para asignarlas. En la medida que la práctica judicial chilena reconozca costas por un valor inferior a los costos efectivos de litigación, no se puede esperar que la norma que concede la acción derivada cumpla eficazmente los fines preventivos y de justicia correctiva que se proponen.

<sup>299</sup> Al referirse a las acciones de la sociedad, la ley ha querido excluir la acción a queeres sufreran mediantemente el dano, no convalidando, debiendo entenderse comprendidos quienes eran accionistas al momento del hecho que genera responsabilidad, como lo ha hecho la práctica legal y jurisprudencial mencionada, así como, en base de principios de derecho privado, porque son ellos quienes tienen interés en el momento del litigio. La regla también previene antejuicios oportunos de acciones para tener legitimación para litigar (Kark, 1988 citado); en comento, muy parecido a la norma del artículo 133 bis en el sentido de ampliar de que no se exige el requisito de la calidad de accionista al tiempo del hecho que da lugar a la responsabilidad, Romero, *ibid.*, págs. 21.

<sup>300</sup> La liberosa elección de directores, así como la de los accionistas de las acciones derivadas en Romero/Díaz, págs. 25, esta referida a los procedimientos ordinarios de litigación que opera la acción y a los de esos procedimientos que plantea la sustitución personal de la sociedad por los accionistas o directores que operan en la acción derivada (indica los riesgos de colisión, en particular, de la sociedad, contra propia y vice versa, con derivada a los demandados).

642. Extinción de las regulaciones. a) Sin perjuicio del desarrollo que pueden tener en el futuro las acciones derivadas de responsabilidad civil, particularmente en casos de especial significación económica, el principal instrumento de resguardo de los accionistas minoritarios frente a la administración de las sociedades es la fiscalización administrativa de la Superintendencia. La naturaleza difusa o fraccionada de los intereses afectados hace necesaria la existencia de órganos administrativos que cuiden el correcto funcionamiento del mercado de valores en protección de los inversionistas (y, de este modo, indirectamente de los accionistas de sociedades anónimas abiertas).<sup>301</sup>

b) El problema de toda regulación radica en la dificultad para encontrar el punto de equilibrio entre los beneficios preventivos y de ordenación de los mercados, por un lado, y, por otro, los costos que imponen desde el punto de vista de los gastos impuestos a las compañías, así como de los efectos colaterales indeseados que se suelen producir. Este juego de *costos y ganancias* positivas y negativas pertenece típicamente al análisis económico de las regulaciones.

Desde el punto de vista civil, las regulaciones son particularmente relevantes, porque la infracción a una norma legal o administrativa suele ser esencial para dar por constituido el hecho o efectos de la responsabilidad (artículo 53); a ello se agrega que la sentencia condenatoria por hechos infraccionales produce cosa juzgada a efectos de dar por establecido el requisito de culpa en materia civil (artículo 63 a). Si no se ha reclamado la decisión administrativa sancionatoria, ella técnicamente no produce efectos, por lo tanto, cabe hacer acerca de la facticidad del juez para dar por acreditada una presunción de culpa con fundamento en la resolución sancionatoria no impugnada de la autoridad administrativa.

643. Acción individual de los accionistas. a) Desde un punto de vista técnico, ninguna relación tienen los accionistas con los directores y gerentes de una sociedad anónima, porque son terceros en la relación que la sociedad interconviene; hace abstenerse indiferentemente a la sociedad y a los accionistas como titulares de la acción de responsabilidad civil (artículos 41 I, 46 II y

<sup>301</sup> El rol crítico de los órganos reguladores y fiscalizadores ha sido desde luego, tiempo reconocido en el derecho internacional, donde la *Sho-Itto, una Exchange Commission* ha asumido funciones muy amplias de regulación y fiscalización (Kuro, *Code*, págs. 204; *Sho* similar ha ocurrido en Europa y Japón (Flecht, *Kanda* en Kurlbaum *et al.* 2001 117).

<sup>302</sup> Desde un punto de vista técnico, el mayor problema que enfrenta la acción de responsabilidad de los accionistas reside en determinar si el dano sufrido es dano en sí, o derivado de un hecho ilícito de los directores o gerentes (Díaz en Romero/Díaz, págs. 21). En el último (artículo 30); la pregunta más bien se plantea en el *caso* *Reza*, donde la responsabilidad supone que se trata de un dano en sí mismo (artículo 163).

133 I). En consecuencia, es inequívoca la intención del legislador de otorgar a los accionistas una acción directa de responsabilidad contra directores y gerentes. En la medida que esa responsabilidad no tiene por fundamento el contrato de sociedad, su naturaleza es extrac contractual, por mucho que sustantivamente, a efectos de la determinación de los deberes fiduciaros que presente una *struttura contractual*, en atención a los deberes fiduciaros que los administradores tienen respecto de la sociedad y, por extensión, con los accionistas (*supra* N° 004). De hecho, la principal justificación de las acciones de los accionistas contra los directores y gerentes de una sociedad es abrir un camino viable para enfrentar a una administración corrupta que contumela los intereses propios con los de la compañía.<sup>265</sup>

b) Aceptado que los accionistas tienen una acción de responsabilidad extrac contractual en contra de los directores, cabe tener presente algunas de las razones que han provocado en determinadas jurisdicciones una cierta reticencia a reconectar, eliminar la multiplicidad de juicios, prevenir una doble indemnización (a la sociedad y a los accionistas), proteger los derechos de los acreedores de la sociedad insolvente.<sup>266</sup>

Los más importantes reparos pueden ser neutralizados de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil. Ante todo, la acción de responsabilidad intentada por la sociedad debe tenerse por excluyente del interés del accionista, porque si la sociedad recibe indemnización, el accionista obtiene su parte en el mayor valor que adquiere la compañía.<sup>267</sup> Enseguida, por regla general, los intereses de los acreedores no debieran verse afectados por una acción de los accionistas en contra de directores o gerentes por su mala administración, salvo en la situación, muy excepcional, que la conducta de los directores haya atentado contra los deberes fiduciaros respecto de la sociedad y de sus accionistas y a la vez, haya alterado ilícitamente los intereses de los acreedores; sólo en tal caso los accionistas y acreedores concurren en sus créditos indemnizatorios contra los administradores de la sociedad insolvente.

644. **Legitimidad pasiva de la acción. Solidaridad.** a) La acción de responsabilidad civil se dirige contra quienes son personalmente responsables del incumplimiento de sus deberes de cuidado, lealtad, información y retención de cuentas. Así, aunque el directorio actúa en solita, la acción de responsabilidad se dirige personalmente contra los directores y gerentes que preteritivamente son autores de los hechos culpables o dolosos que han causado daño.<sup>268</sup> Por lo mismo, si el hecho ilícito es un acto del direc-

<sup>265</sup> Clark 1988 904.

<sup>266</sup> Cane 1986 292; McConit 2003 135, con referencia a la jurisprudencia italiana e italiana.

<sup>267</sup> Es semejante a ese respecto que la norma que regula la responsabilidad por infracción al deber de lealtad de directores y accionistas, señala que pertenecen a la sociedad los hechos similares por aquellos en quien no se va en contra en conflicto de interés con la sociedad (artículo 72 N° 7, parte final).

<sup>268</sup> Lyon 2003 133.

torio, la acción se podrá dirigir individualmente contra todos los directores que hayan participado del acuerdo, pudiendo el director que quiere salvar su responsabilidad hacer constar en el acta su oposición, debiendo informarse esa circunstancia a la próxima junta ordinaria de accionistas (artículo 48 IV). De lo anterior no se sigue, sin embargo, que la oposición sea la única excusa aceptable. De acuerdo con las reglas generales, la responsabilidad supone que se pueda atribuir culpa o dolo individualmente a cada demandado, de modo que cada director puede excusarse por separado, aunque haya participado en el mismo acuerdo (por ejemplo, por haber recibido de buena fe información errónea o incompleta acerca de una operación en conflicto de interés).

b) De acuerdo con las reglas generales, la coparticipación de varias personas en la realización de uno o más ilícitos que provocan daño da lugar a responsabilidad *solidaria* (artículo 2317 y *supra* § 33). Esta regla está reiterada por las normas de los artículos 41 I y 133 III de la ley reactiva a la responsabilidad de directores y gerentes.



razar establecido por la ley o por la jurisprudencia con fundamento en la ley de modo que la omisión puede dar lugar a responsabilidad civil.

En el derecho de la libre competencia, la obligación de contratar es un antidoto contra el poder de mercado (de modo que debe entenderse que sólo existe respecto de quien tiene una posición de dominio de mercado); en el derecho de los consumidores es una poderosa garantía de universalidad de la oferta al público y una limitación a la discrecionalidad arbitraria.<sup>115</sup>

§ 67. RESPONSABILIDAD POR ILICITOS CONTRA EL ORDEN DE LA COMPETENCIA

829. La competencia como marco de una economía de contratos. a) La precocización contemporánea por la competencia libre y leal está determinada por una mayor reflexividad acerca de los supuestos de un orden económico adecuado por un régimen de libertad de contratación.

b) El derecho de la libre competencia tiene por objeto neutralizar posiciones de poder de mercado y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en la libre elección de los consumidores. La competencia es un proceso de descubrimiento por completo imprevisible, porque supone una ordenación descentralizada (esto es, de mercado) del comportamiento empresarial. Por eso, sólo puede ser definida inseguramente, a partir de las restricciones a la competencia.

Un ordenamiento especial señala el complejo ámbito normativo de la libre competencia y establece un tribunal especializado (Tribunal de defensa de la libre competencia) para pronunciarse sobre los actos lícitos o ilícitos que pueden afectar la competencia, así como para establecer las medidas correctivas y aplicar sanciones (DL 211/1973, modificado sustancialmente por la ley N° 19.911).

La competencia puede estar restringida por el desarrollo natural del mercado respectivo o por actos ilícitos dirigidos a construir una posición de dominio de mercado. En el primer caso, el Tribunal de defensa de la libre competencia tiene la facultad de regular la respectiva actividad económica, de modo de neutralizar las posiciones de poder que no resulten desafiadas por otros competidores actuales o potenciales, acumuladas las condiciones del mercado relevante (artículo 18 N° 2); en el segundo de los llamados monopolios naturales la actividad puede estar por completo regulada por la ley, que la sujeta a un régimen de contratos forzados y dirigidos (patente preciente).

En consecuencia, la competencia puede estar impedida por efectos de hechos que no presenten licitud alguna o en razón de actos lícitos. Si la lesión al bien jurídico de la libre competencia se produce por actos lícitos,

<sup>115</sup> Embelenciana el este sentido en el derecho chileno, Caste de Santiago, 7.º 1990, RPL, 1. N° 11, sec. 2; 7º, concebido como caso *Santia Alameda*, sobre los fundamentos constitucionales que puede adoptar el primer grado de un alto tribunal en materia en las mismas patentes, según N° 1024

tos, el Tribunal de defensa de la libre competencia, además de su facultad general de establecer correctivos que promuevan la competencia, tiene la facultad de imponer sanciones; si del hecho se ha seguido daño, procede, además, una acción de responsabilidad civil.

c) De naturaleza por completo diferente a los anteriores a la libre competencia son los actos de *competencia adelantada*. En este caso, el bien protegido no es la estructura competitiva y abierta del mercado, sino la decencia y corrección de la conducta de los competidores en un mercado de estructura competitiva. Por eso, para que haya competencia adelantada no se requiere analizar el poder de mercado; basta calificar la conducta como contraria a la buena fe o a las buenas costumbres competitivas, cualquiera sea la posición relativa de los competidores en el mercado respectivo. Por lo mismo, la calificación de una conducta como de competencia adelantada no requiere el análisis microeconómico que resulta inevitable en materia de libre competencia. Sin embargo, la calificación de decencia en materia de libre competencia puede suponer que ella tiene efectos contrarios a la libre competencia, en la medida que los actos competitivos desleales están orientados por el propósito de obtener ilícitamente una posición de dominio en el mercado (artículo 18 N° 2).

ii. *Libre competencia*

830. Limitaciones naturales a la libre competencia. a) Las limitaciones a la competencia pueden provenir de la naturaleza de la actividad, caso en el cual se habla de monopolios naturales, o de posiciones de dominio de mercado que se han adquirido a consecuencias del desarrollo lícito y exitoso de una actividad. Pero también se puede adquirir mediante actos lícitos dirigidos a obtener o abusar de posiciones de dominio de mercado. Sólo en este segundo caso la conducta es relevante a efectos de responsabilidad civil.

b) En general, tienen la característica de monopolio naturales los mercados donde un participante ya establecido no puede ser desafiado eficazmente por competidores actuales o potenciales. El caso típico está dado por los monopolios naturales, caso es, por las actividades que requieren de una gran inversión inicial y cuya expansión se produce a costos marginales inferiores a los costos medios. En la infraestructura sanitaria, por ejemplo, el caso de limitar la actividad es de tal naturaleza que difícilmente el nuevo participante va a poder competir con empresas ya establecidas, que tienen sus inversiones ya realizadas (fosas húmedas) y que para espaldas pueden contar con el control de las instalaciones ya existentes. El carácter natural del dominio de mercado hace necesaria la regulación de la actividad, mediante normas que establecen la calidad de servicio, el deber de prestación universal a todos quienes se someten en el área de cobertura y la fijación de precios al público asegurando una razonable utilidad bajo el supuesto de una correcta administración.

Los monopolios naturales son el caso más típico de actividades en que la competencia no funciona como orden regulador del sistema de contratos, pero, más allá de esas hipótesis puestas, puede decirse, en general, que

Las regulaciones sobre libre competencia se justifican cuando en el mercado respectivo existe una posición de poder que no puede ser razonablemente desafiada por otros participantes. En la medida que ello sirva para prevenir el futuro, y la competencia se funda en la imprevisible creatividad humana, las regulaciones suelen también tener efectos indeseados, de modo que su establecimiento exige un prudente análisis prospectivo del mercado relevante respectivo.

Por eso, la legislación sobre libre competencia delega en un tribunal especial, de composición mixta, la facultad de establecer reglas que favorezcan precisamente el despliegue de fuerzas competitivas en los diversos mercados (DL 211/1973, artículo 18 N.º 2 y 3). Ello explica, asimismo, que parte importante de la tarea del Tribunal de defensa de la libre competencia radica en analizar la estructura de los mercados y descubrir preventivamente las reglas que hacen posible neutralizar posiciones de poder de mercado que resultan no deseables; esta función preventiva y correctiva, pero no sancionadora, se muestra en las amplias facultades reguladoras que la ley entrega al tribunal (DL/1973 211, artículo 18 N.º 2 y 3). Desde luego que en estas materias el ordenamiento legal de la libre competencia no da lugar a acciones de responsabilidad civil.

831. Hechos contra la libre competencia. a) En materia de competencia se muestra con claridad que no todo daño provocado intencionalmente tiene que ser indemnizado (supra N.º 100): la competencia daña al competidor, pero aumenta la eficiencia económica y permite que los consumidores accedan a los mejores precios, de modo que está justificada por razones de bienestar general (supra N.º 189). Por otra parte, la presunción de justicia de los contratos libremente concertados tiene por supuesto que éstos son convenientes en mercados abiertos, donde los respectivos postores competidores pueden ser legítimamente desafiados por otros competidores.

De lo anterior se siguen dos conclusiones básicas, que se sitúan en las fronteras del derecho de contratos y de la responsabilidad civil. Ante todo, los daños que los competidores se provocan recíprocamente, aunque respondan a estrategias competitivas consistentemente agresivas, no constituyen ilícitos que den lugar a responsabilidad (con el límite de la competencia desleal). En contraste, sin embargo, las ciertas prácticas y reglas básicas que deben observar los competidores a efectos de que el mercado permanezca competitivo o deseable. Estos principios son el tránsito económico estructural de la economía del contrato como ejercicio de la autonomía privada, de modo que expresan las relaciones más profundas entre el orden jurídico de derecho privado y el orden espontáneo del mercado.<sup>157</sup>

b) De lo expuesto se sigue que no deben ser convalidados los daños del derecho de la libre competencia: el del control preventivo y mer-

<sup>157</sup> Una reciente sistemática de esas ideas en Barros 2001 17, sobre sus orígenes en la tradición económica, desde A. Smith. Véase también 1996-396 un análisis de los ilícitos contra la libre competencia y de los daños resultantes en De la Vega 2001 181 y 273, respectivamente.

mente correctivo de posiciones de dominio de mercado y la potestad sancionadora que tiene por antecedente la comisión de ilícitos contra el orden de la competencia.

La responsabilidad civil en materia de libre competencia tiene su antecedente en la comisión de ilícitos competitivos. Por eso, su origen no se encuentra en situaciones "naturales", debidas a la estructura o a la evolución de un mercado, que son corregidas por el Tribunal de defensa de la libre competencia mediante resoluciones que fijan las condiciones para el desarrollo de una actividad (DL 211/1973, artículo 18 N.º 2 y 3). De ello se sigue que la responsabilidad no deriva de la sola circunstancia de adquirirse una posición de dominio de mercado, sino de una conducta torcida dirigida a producir ese efecto monopolístico o del abuso de una posición de dominio de mercado ya existente.

En consecuencia, el antecedente de la responsabilidad civil está dado por la calificación jurídica de la conducta como ilícita por el Tribunal de defensa de la libre competencia, esto es, en la culpa civil infraccional (supra § 10 d 1 y DL 211/1973 y N.º 832). Por el contrario, no hay lugar a responsabilidad civil si el Tribunal de la libre competencia se limita a dar directivas, a efectos de facilitar la competencia (como usualmente ocurre al autorizar fusiones o al pronunciar sobre la estructura de ciertos mercados), sin dar por convalidado ningún ilícito que merezca alguna de las sanciones referidas en el artículo 26 del DL 211/1973.<sup>158</sup>

c) Los ilícitos contrarios a la libre competencia están constituidos en la forma de una *cláusula general*, que prohíbe ejercitar o celebrar cualquier acto, hecho o conveniencia que implique, restringa o entorpezca la libre competencia o tienda a producir esos efectos (DL 211/1973, artículo 3). Por vía ejemplar, la ley establece que son ilícitos los acuerdos de precios, de producción, de asignación de zonas o cuotas de mercado (artículo 3º II letra a); el abuso de posición dominante, que se expresa en fijación de precios, imposición de zonas o cuotas de mercado, así como cualquier otro acto abusivo (artículo 3º II letra b); asimismo, se establecen como ilícitos las prácticas predatorias, consistentes en vender bajo los costos con la finalidad de expulsar a un competidor y adquirir luego control del mercado, así como las de competencia desleal que persiguen igual finalidad (artículo 3º II letra c).<sup>159</sup>

<sup>158</sup> Como es usual, es difícilmente determinable en concreto la precisa intención anticompetitiva de un hecho que el tribunal, para dar por establecido el ilícito, sólo puede inferir ese propósito de la conducta que tiene por objeto constituir limitaciones a la competencia en todo caso, por ejemplo, de sanciones punitivas o infraccional, la responsabilidad no puede ser efectiva, porque ella remuneraría los principios sancionados en el derecho penal e infraccional, lo mismo vale en materia civil, porque la competencia inexistente afecta intereses de los competidores, por lo que no es posible inferir la responsabilidad de la mera producción de un daño (gratuidad de clientela o de participación de mercado, por ejemplo).

<sup>159</sup> Las prácticas de competencia desleal son ilícitas por presunción de su eventual finalidad anticompetitiva, aunque también pueden tenerse como se muestra en § 107 b, la conducta desleal en sí misma, por lo general, a la estructura competitiva del mercado, sino a



Se comprueba que la determinación de los ilícitos contra la libre competencia tiene por antecedente una referencia legal genérica en la norma del artículo 3º I, sin perjuicio de establecer ilícitos intencionales más precisos a dicho ejemplo en las reglas siguientes. En verdad, la tarea de definir en concreto si ha existido una conducta contraria al orden del mercado requiere de un análisis jurídico y económico especializado, que atiende dinámicamente a la estructura y funcionamiento del mercado relevante (esto es, considerando sus capacidades de autoadaptación), lo que explica que el Tribunal de defensa de la libre competencia tenga una conformación mixta, de abogados y economistas.

A su vez, la *intencionalidad de la conducta es parte esencial del ilícito*, por que este está caracterizado por la orientación final del acto a producir un efecto, querido o aceptado, que resulte contrario a la libre competencia (hecho, acto o convenio que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, según la cláusula general del artículo 3º I).<sup>109</sup> Así se explica también que la ley establece como criterios de determinación de las multas el beneficio económico obtenido, la gravedad de la conducta y la calidad reincidente del infractor; esto es, factores que atienden a la intensidad del ilícito de ilícito (artículo 26 III).

En ese aspecto significativo difieren las resoluciones sancionadoras del Tribunal de defensa de la libre competencia (función sancionadora punitiva o infraccional), de las ordenadas al propósito de garantizar la competencia en un cierto mercado, sin dar por establecido ilícito competitivo alguno (función preventiva o correctiva de situaciones contrarias a la libre competencia que no dan lugar a ilícito penal o infraccional). La responsabilidad civil no puede tener lugar en el ámbito de la competencia local a menos que la conducta sea ilícita de acuerdo con las normas de la libre competencia, de modo que tiene por supuesto previamente el primer grupo de hipótesis.

a) De especial importancia práctica son las *acciones constitutivas de incompétencia*, que, por ejemplo, suelen seguir a impugnaciones de acciones o hipótesis de abuso de un competidor respecto de otros, aunque de ello no se siga poder de dominio de mercado.

<sup>109</sup> E. Vergara 2006: 61 muestra que la jurisprudencia chilena sobre ilícitos competitivos inasistidamente se refiere a los aspectos objetivos del tipo legal general, en la medida que los ilícitos abarcan a los efectos anticompetitivos de la conducta en posesión por competencia el ilícito contra la libre competencia sin embargo, debe entenderse, precisamente, extensible a los ilícitos infraccionales del DL 211/1973 el principio a menudo por la doctrina penal que ordena "hacer de la suposición de que la realización de un tipo objetivo sea en una parte del ilícito" porque si el tipo objetivo de falta o contrario subjetivo, no es estrictamente in jure (Galdames 1991: 224); en consecuencia, el dolo, aunque sea eventual, es condición para dar por subyacente el ilícito. Distinto, como se ha visto, es el principio penalizador general del derecho de que el juzgador sólo puede acceder a las sanciones por vía de inferencias con ríspidos en la aplicación de principios del derecho positivo en materia de sanciones por infracciones a la libre competencia. Véase 2006: 47, con referencias jurisprudenciales.

de derechos de sociedades. Usualmente, la finalidad de estos acuerdos es impedir que el vendedor compita con el adquirente con la venta de sus contactos comerciales o profesionales. Estos pactos no son contrarios *per se* a la libre competencia, en la medida que no tengan por efecto la reducción de la estructura competitiva del mercado relevante (como ocurre con los carteles). Por eso, es generalmente entendido que las cláusulas que establecen estas limitaciones convencionales son válidas en la medida que tengan una justificación comercial y estén limitadas a un período razonable de tiempo.

832. Efectos civiles de la sentencia condenatoria en materia de libre competencia. a) Atendida la especialidad del Tribunal de defensa de la libre competencia, la ley establece una secuencia para hacer valer la responsabilidad civil en la materia. Ante todo, ese tribunal especializado debe dar por establecidos los supuestos técnicos de la construcción de los ilícitos contra el orden competitivo del mercado. Luego, se puede demandar, en juicio sumario, la intermedización ante el tribunal civil competente, que debe fundar su fallo en las conclusiones, hechos y calificación jurídica establecidos por el Tribunal de defensa de la libre competencia (DL 211/1973, artículo 30).

Por lo mismo, una vez que ha sido establecida una conducta contraria a la libre competencia en la sede jurisdiccional especializada, en el juicio civil no es necesario probar la culpa, sino sólo el daño y la causalidad (*culpa No 765*). A la inversa, la existencia de una justificación especializada para juzgar los ilícitos contra la competencia, atendida su particular complejidad, debe ser tomada como una limitación para que el ilícito sea considerado en el propio juicio de responsabilidad civil, sin que exista una sentencia ejecutoriada del Tribunal de defensa de la libre competencia que declare ilícita la conducta del demandado.

b) Los efectos civiles de los ilícitos contra la competencia: no sólo comprenden acciones indemnatorias, sino también de reparación en naturaleza. El propio DL 211/1973 establece que el Tribunal de defensa de la libre competencia puede ordenar la modificación de actos, contratos, convenientes, sistemas o de otros que sean contrarios a las disposiciones de la ley (artículo 26 II a). Así como ordenar la modificación o disolución de sociedades, corporaciones o demás personas jurídicas de derecho privado que hayan participado en actos ilícitos (artículo 26 II b). Además de las sanciones que procedan, estas medidas tienen por finalidad evitar la repetición de actuaciones ilícitas (y desde esa perspectiva, dan lugar a formas de reparación en naturaleza).

#### b. Competencia de hecho

833. Concepto genérico de competencia de hecho. a) De manera análoga a la regla civil, el límite de la competencia local con la conducta contraria a las buenas costumbres del tráfico comercial o profesional está dado por el es-



entorpecer la actividad de un competidor pueden ser muy variados (desde las dificultades físicas hasta el entorpecimiento mediante el abuso de acciones judiciales). Se puede emplear fuerza física o moral o efectuar maquinaciones que impiden o dificultan llevar a cabo la actividad del demandante, obstruyendo así el demandado una injusta ventaja competitiva en perjuicio de este último.<sup>164</sup>

El ilícito también puede producirse de modo indirecto; es el caso de quien pone como condición para celebrar un contrato, que la otra parte incumpla un contrato con un tercero; en el extremo este tipo de casos, adicionalmente al ilícito de competencia desleal, puede ser calificado como una inducción al incumplimiento contractual (*supra* N° 797) y como actuación contraria a la libre competencia (*supra* N° 831).

c) Un segundo grupo de ilícitos de competencia desleal se refiere a las conductas que persiguen *engañar a los terceros*, especialmente consumidores. En la medida que los flujos de información son esenciales para la libre decisión de los competidores, la libertad de información se extiende a los propios productores y a la comparación con los de la competencia, en la medida que no solo la información positiva produce efectos saludables a favor del público. De ella se sigue que la publicidad comparativa es esencialmente lícita. En consecuencia, el ilícito radica en el engaño respecto de las calidades o proveniencia de los bienes ofrecidos por el demandado o por sus competidores.<sup>165</sup>

La *inicia voluntaria negación de su producto propia* (esto es, el inicio de valor negativo respecto de su calidad o de su precio) no da lugar *per se* a un ilícito reprochable. La expresión respecto de las opiniones relativas a personalidades públicas también vale en el terreno comercial (*supra* N° 407 y 408). Sin embargo, tratándose de productos o servicios, con frecuencia el juicio negativo de valor designatorio lleva implícito un contenido descriptivo acerca de la calidad del producto o la confiabilidad del oferente, de modo que no siempre es fácil distinguir el juicio desdenoso de la información falsa acerca de la calidad de los bienes ofrecidos por el competidor.<sup>166</sup>

<sup>164</sup> Ripstein 1999 894f. Desde el siglo XVII se conoce en el *common law* una acción contra quien maliciosamente siembra dudas acerca de las tierras de propiedad de otro, lo que se reduce en su imposibilidad para vender o arrendar la tierra (*libel of Nonsuitment* a *libel*, 1606, 79 ER 1 15; tomado de Moore 2002 227).

<sup>165</sup> La Ley de consumidores contiene una regla muy concisa sobre publicidad engañosa, que comprende los flujos de información o reglas acerca de los consumidores de un producto, su idoneidad, sus características relevantes, su precio, los componentes de la garantía y su calidad ambiental (artículo 28). En materia de competencia desleal, los artículos de los se extienden a la descripción de los productos de la competencia.

<sup>166</sup> En un antiguo caso, prevaleció por el desdén público o que un distribuidor hizo de los artículos vendidos por un competidor el auto *loggers* un engaño para sus compradores. La Corte Suprema sostuvo que se trataba de una imputación en un sentido amplio y sustantivo y estimó debidamente fundada en los hechos presentados sobre competencia desleal la acción indemnizatoria por los perjuicios patrimoniales provocados (CS, 13.11.1927, RBJ, I, NXX, ser. I, 340). En un sentido análogo, la doctrina alemana estima

d) Finalmente, la competencia desleal puede asumir la forma de una *apropiación del nombre o de la propiedad industrial o intelectual* de un tercero. En estas conductas convergen los ataques contra la primariedad del nombre y de la imagen, con los ilícitos que afectan la propiedad sobre bienes intangibles. Las normas generales sobre protección del nombre se extienden al ámbito empresarial y son antecedente de acciones de reparación indemnizatoria y en naturaleza, de acuerdo con las reglas generales (*supra* § 44 D). Por otra parte, la confusión fraudulenta de la identidad del competidor también significa un engaño a los consumidores y, eventualmente, una lesión a sus derechos de propiedad industrial, de modo que su protección está garantizada adicionalmente por los respectivos ordenamientos.<sup>167</sup>

También pertenece a esta categoría del engaño el propósito de *hacer pasar un producto o servicio propio por uno equivocadamente* *voluntario de la competencia*. En su forma más elemental, el ilícito consiste en hacer creer al público que los productos provienen del tercero, pero hay otras formas más sutiles que obtienen el mismo resultado, especialmente por medio de la propaganda.<sup>168</sup> Estas conductas pueden producir un curioesimulatio de quien hace el aprovechamiento abusivo, en cuyo caso la indemnización podrá medirse en razón de los beneficios injustificados que se derivan del ilícito (*supra* § 60); pero también pueden producir una desvalorización de la marca del competidor afectado, caso en el cual procede indemnizar el daño patrimonial que se sigue del ilícito (*supra* § 23 §).

En el derecho comercial contemporáneo son especialmente importantes las apropiaciones de calidades genéricas de ciertos productos (como ocurre con el falsamiento de las denominaciones de origen). En el extremo, el ilícito se puede producir mediante apropiación dolosa de nombres propios con el fin de crear títulos jurídicos de propiedad (como ocurre con el registro de denominaciones en internet o de marcas conocidas que aún no han sido registradas en el país). Los efectos pueden ser resultativos o indemnizatorios, como en el caso anterior.

835. Jurisprudencia chilena en materia de competencia desleal. Tribunal competente. a) En Chile, hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.911, que modificó sustancialmente la competencia e integración del Tribunal

que la distinción entre expresiones valorativas y descriptivas no depende de la expresión verbal empleada, sino del significado, porque un juicio de valor puede llevar implícito juicios acerca de la realidad que resalta falsos o indeterminables (Lancuz, *Compendio* 1994 709).

<sup>167</sup> La Ley de consumidores establece el ilícito de producto confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas o otros signos distintivos de los consumidores (artículo 28 A). En Ley de propiedad industrial sitúa a quiénes sean marcas o nombres que son materia legal o semejante a otra ya inscrita en la misma clase, a quienes usen una marca ajena y a los que, por cualquier medio de publicidad usen o imiten una marca ajena (artículo 29 letra a hasta letra c).

<sup>168</sup> Ripstein 1999 604, Weir 2002 175.

de defensa de la libre competencia, las antiguas Comisiones Antimonopolio asumieron una amplia jurisdicción en materias de competencia desleal, con independencia de si las conductas tenían un efecto reflejo en la estructura competitiva del respectivo mercado. Así, se controlaban y sancionaban conductas desleales como las siguientes:

- *Actos de confusión* tendientes a emborrotar al consumidor, generalmente usando marcas o modelos similares a los líderes del mercado.<sup>171</sup>
- *Actos de denigración* destinados a perjudicar la imagen de los competidores.<sup>172</sup>

- *Actos de imitación* de nombres, modelos o diseños.<sup>173</sup>
- *Apropiación de la reputación ajena*, mediante utilización de nombres o modelos similares a los líderes del mercado.<sup>174</sup>

- *Publicidad comparativa engañosa* tendiente a resaltar un producto o perjudicar a la competencia, sin ser veraz, objetiva y demostrable a los consumidores.<sup>175</sup>

Esas conductas aparecen conjuntamente vinculadas a conflictos de propiedad *marca*. Así, por ejemplo, las comisiones resolvieron reiteradamente que la inscripción de una marca que tenía por objeto únicamente impedir el ingreso de un competidor con su denominación conocida en el extranjero, y que no era utilizada en Chile, es contraria a la libre competencia, aun cuando la inscripción de propiedad fuera totalmente válida de conformidad con la ley sobre propiedad industrial.<sup>176</sup>

b) Sin embargo, de conformidad con el texto actual del DL 2111/1973, el nuevo Tribunal de defensa de la libre competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante (artículo 3, letra c). Con apoyo en esta norma, el tribunal ha limitado su competencia a las casos en que el supuesto acto de competencia desleal resulta idoneo para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado relevante. En circunstancias que los actos de competencia desleal ejercidos en mucho las situaciones de dominio (estructural) de un mercado, la competencia del Tribunal de defensa de la libre competencia ha quedado sustancialmente reducida en la materia. Así, se ha creado en materias de publicidad comparativa,<sup>177</sup> publicidad engañosa,<sup>178</sup>

<sup>171</sup> Por ejemplo, Comisión Preventiva Central, 8.10.2001, dictamen N° 1.176.

<sup>172</sup> Por ejemplo, Comisión Preventiva Central, 17.1.2003, dictamen N° 1.258, y Comisión Preventiva Central, 04.1.2003, dictamen N° 1.284.

<sup>173</sup> Por ejemplo, Comisión Preventiva Central, 8.8.2003, dictamen N° 1.306 (que rechaza la denuncia, pero describe los fundamentos de ese artículo específico a la competencia leal).

<sup>174</sup> Por ejemplo, Comisión Preventiva Central, 12.1.2001, dictamen N° 1.133.

<sup>175</sup> Por ejemplo, Comisión Resolución 6.10.1992, resolución N° 381.

<sup>176</sup> Así se sostiene, por ejemplo, en Comisión Preventiva Central, 12.1.2001, dictamen N° 1.133.

<sup>177</sup> Tribunal de defensa de la libre competencia, 20.5.2005, sentencia N° 17.290/05.

<sup>178</sup> Tribunal de defensa de la libre competencia, 20.12.2004, sentencia N° 15.290/04.

y denigración comercial.<sup>179</sup> En otro caso fue acogida la denuncia, precisamente porque las conductas de denigración comercial, en opinión del tribunal, eran relevantes a efectos de la libre competencia, porque eran un instrumento para consolidar una posición dominante en el mercado.<sup>180</sup>

La posición del Tribunal de defensa de la libre competencia resulta coherente con la historia del artículo 3 de la ley N° 19.911, que reformó el DL 2111/1973; durante su discusión se planteó incluir ampliamente los actos de competencia desleal entre las conductas conexas a la libre competencia, lo que fue descartado por la Comisión Mixta que estableció la norma actualmente en vigor.

c) Atendidos los cambios legislativos referidos, debe entenderse que la atribución para conocer de actos de competencia desleal corresponde a los tribunales ordinarios en lo civil, a menos que también imponen un accionamiento contra la libre competencia.

836. **Crumpeo de ilícitos.** 1) Los ilícitos de competencia desleal pueden coincidir con los establecidos por el derecho de protección de los consumidores, con los provenientes de las leyes sobre propiedad industrial e intelectual, con el ordenamiento de la libre competencia y con la protección del nombre y de los demás derechos de la personalidad (ver N° 835). Así, por ejemplo, el engaño acerca de los atributos o proveniencia de un producto, además de constituir un caso típico de competencia desleal, puede tener efectos en la estructura competitiva de un mercado, en la medida que su efecto sea construir una posición de dominio de mercado (DL 2111/1973, artículo 3 letra c); constituye un accionamiento contra los derechos de los suministradores, porque su efecto es impedirles tomar decisiones libres e informadas (Ley de consumidores, artículos 28 y 28 A);<sup>181</sup> puede constituir un accionamiento contra el derecho de propiedad industrial del titular (Ley de propiedad industrial, artículo 38); finalmente, puede constituir un ilícito contra el derecho al nombre, como parte de los derechos generales de la personalidad (ver N° 44 D).

El control civil de las brechas prácticas competitivas está entregado principalmente a los propios competidores, que tienen una acción de responsabilidad contra quien les haya causado perjuicios mediante actos de competencia desleal.<sup>182</sup> La acción de competencia desleal ejercida por el competidor produce un efecto reflejo en beneficio de los consumidores

<sup>179</sup> Tribunal de defensa de la libre competencia, 24.1.2004, sentencia N° 10.200/04.

<sup>180</sup> Tribunal de defensa de la libre competencia, 22.9.2004, sentencia N° 8.200/04.

<sup>181</sup> Los consumidores están directamente protegidos por el estatuto protector de la Ley de consumidores, que establece: 1) acciones contra la publicidad engañosa (artículos 38 y siguientes); 2) acciones colectivas que hacen viable el ejercicio judicial de sus derechos (artículos 31 y siguientes); y 3) una instancia administrativa de protección (Servicio Nacional del Consumidor) (artículos 37 y siguientes). Por otro lado, la ley también reconoce las acciones colectivas y las instituciones administrativas de protección antes referidas.

ver Espinosa 1999 (200)



que eran perjudicados por el engaño (sin perjuicio de las acciones que concede a estos la Ley de consumidores).

b) El concurso de normas puede ser *mixto*, en la medida que de la infracción surjan para la víctima acciones de la misma naturaleza (como ocurre con la acción indemnizatoria que se puede entablar con fundamento en actos de competencia desleal y por infracción a normas sobre propiedad industrial), o puede ser *impuro*, si las acciones contienen pretensiones diversas (como ocurre con el hecho de competencia desleal en que concurren perjuicios indemnizables al comprador afectado y a los consumidores engañados).

Como se verá enseguida (*infra* N° 838), el concurso *mixto* de acciones debiera ser resuelto a favor de la *opción*, especialmente si se atiende a que en este caso no existe una concurrencia de distintos ordenamientos de responsabilidad (contractual y extrcontractual), sino de normas legales concurrentes que dan lugar a una acción de responsabilidad extrcontractual.

En el caso de un concurso *impuro*, nada debería obstar a que las acciones se *acumulen*, de modo que puedan ser ejercidas simultáneamente o ante los tribunales que respectivamente resulten competentes, porque si bien los hechos en que se fundan son diferentes, todas las pretensiones tienen por antecedente el mismo hecho (Código de Procedimiento Civil, artículo 18). Si los hechos dan lugar a diferentes hechos penales o infra-civiles, se aplican las reglas y principios sobre concurso ideal de delitos del derecho penal.<sup>151</sup>

c) Además de sostenerse en la *ratio iuris*, las soluciones anteriores tienen el efecto práctico de evitar que los juicios deriven inevitablemente en conflictos de competencia, en la medida que las diversas ordenamientos establecen procedimientos y jurisdicciones diferentes. En efecto, en el caso del concurso propio, el actor puede elegir el ordenamiento más conveniente para hacer valer su pretensión indemnizatoria, o plantearla con fundamento subsidiario en uno u otro ilícito, si son conculchados por el mismo tribunal y de acuerdo con el mismo procedimiento, según las reglas generales.

**837. Instrumentos de protección de los intereses de competidores y consumidores.** a) El interés más inmediato que suele tener el afectado por competencia desleal es la *reparación en naturaleza* del daño que se le está causando (*infra* § 57). Para ese efecto, la acción más pertinente es la de *resolución del hecho* que causa el daño (*infra* § 57 e). Son también medidas que persiguen la reparación en naturaleza aquellas que tienen por objeto la *remoción del daño* (*infra* § 57 d). El cambio de lenguaje es usualmente el conocimiento por parte de proveedores o clientes del acto de competencia desleal, a cuyo efecto puede resultar de interés, por ejemplo, la publicación de la sentencia condenatoria o una excusa pública del agente de daño.

<sup>151</sup> Véase Carr, 2003:683.

En circunstancias que la urgencia en obtener protección frente al acto abusivo usualmente es determinante en el éxito de la acción,<sup>152</sup> debe tenerse presente que el derecho procesal civil chileno sólo abre la posibilidad de solicitar medidas precautorias inominadas, de conformidad con el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil. Entre ellas deben entenderse comprendidas las destinadas a la cesación del acto que presenta caracteres de competencia desleal (*infra* N° 653).

b) La *acción indemnizatoria* es la más general de las pretensiones que se pueden seguir del ilícito de competencia desleal, porque usualmente se puede acumular a las acciones de reparación completa del daño. Los perjuicios que éstas no obtegan una reparación en naturaleza, a condición de que éstas son típicamente representativos de un daño puramente patrimonial (*infra* N° 188) y podrán ser medidos como daño emergente, equivalente a la pérdida de valor del establecimiento de comercio a consecuencias del ilícito, o como lucro cesante, que se mide como la pérdida de utilidades que se sigue de la competencia desleal (a consecuencias de la disminución de operaciones, por ejemplo). En todo caso, se debe evitar que el mismo daño sea incluido de conceptos indemnizatorios conducida a que el mismo daño sea reparado dos veces; así ocurriría si es reconocido un lucro cesante por menores ingresos pasados y futuros y se pretendiere, además, la reparación del daño emergente que se expresa en el menor valor que este último o un establecimiento de comercio, en circunstancias que este último efecto se produce precisamente a consecuencias de que las utilidades esperadas son menores.

Si se ha obtenido alguna reparación en naturaleza, el efecto reparador de esta última debe ser considerado al momento de fijar los perjuicios indemnizables, según las reglas generales (*infra* N° 659 b).

§ 68. CONCURSO DE RESPONSABILIDADES CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

a. *Aspectos sustantivos de la concurrencia de responsabilidades*

**838. Delimitaciones conceptuales.** a) Los mismos hechos (o hechos que parcialmente se superponen) pueden satisfacer los supuestos de aplicación de distintas normas. En general, existen tres hipótesis alternativas para resolver las preguntas de concurrencia que se plantean en esas casos: *i)* puede existir un *conflicto de normas*, que debe ser resuelto mediante exclusión de uno de los ordenamientos en concurrencia, de conformidad con el principio de especialidad; *ii)* puede darse por establecida una *concurrentia cumultiva*, en cuya virtud las pretensiones se acumulan, o

<sup>152</sup> Ejemplarmente, 2004:315 con referencia a que la ley alemana, en la medida sobre la posibilidad de que se dicte una resolución provisional (*vorläufige Verfügungen*) para obtener la suspensión de la actividad competitiva, prescinde de los requisitos de urgencia (artículo 12 IV).



