

## CAPÍTULO X

### ALGUNOS RÉGIMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD

**460. Los regímenes especiales de responsabilidad en el plan general de este libro.** a) En los capítulos anteriores, luego de una introducción general a la responsabilidad civil (*Capítulo I*), han sido analizados los requisitos generales de la responsabilidad civil por negligencia, esto es, el régimen ordinario de responsabilidad civil: la imputabilidad subjetiva (*Capítulo II*), la culpa (*Capítulo III*), el daño (*Capítulo IV*) y la causalidad (*Capítulo V*). Enseguida se ha estudiado el régimen de responsabilidad estricta o por riesgo, como alternativo al basado en la negligencia (*Capítulo VI*). En circunstancias que la responsabilidad del Estado es un régimen general, que necesariamente participa de categorías esenciales de la responsabilidad civil en razón de la larga tradición jurisprudencial y dogmática de esta disciplina, es razonable que sea definida a partir de las diferencias específicas con esta última; por eso, se ha optado por dedicarle un capítulo de la parte general del libro (*Capítulo VII*).

A continuación, se trataron la privacidad y la honra, que presentan la peculiaridad de constituir bienes jurídicos que ponen al derecho civil en la frontera del orden constitucional (*Capítulo VIII*) y el abuso de derecho, que da lugar a un instituto general del derecho privado, que tiene importancia a efectos de responsabilidad civil, pero que se ubica, en verdad, en la frontera de la autonomía privada; por eso, el análisis ha estado antecedido de una explicación analítica de los distintos tipos de derechos subjetivos y de las principales doctrinas jurídicas acerca de sus límites (*Capítulo IX*).

En los capítulos que siguen al que aquí se inicia, el libro se cierra con un análisis del sistema de acciones (*Capítulo XI*); con una revisión crítica de las relaciones entre responsabilidad contractual y extracontractual, que incluye los ilícitos extracontractuales en que se puede incurrir a consecuencia de celebrar un contrato o con ocasión de su negociación (*Capítulo XII*); y, finalmente, el libro finaliza con un análisis que comprende los contratos y convenciones que tienen por objeto la responsabilidad civil: ante todo, una breve reseña del contrato de seguro de responsabilidad civil y la influencia que éste puede tener en el régimen general de responsabilidad; y, en seguida, las convenciones modificatorias del régimen común de responsabilidad (*Capítulo XIII*).



b) El presente capítulo trata en particular la responsabilidad por algunos ilícitos, que no han sido tratados en otros lugares de este libro. Es importante aclarar que no está concebido como una parte especial del derecho de la responsabilidad civil, sino como casos de aplicación de la doctrina jurídica general, que permiten dilucidar las preguntas relativas a los requisitos de culpa (esto es, de deberes de cuidado), daño y causalidad en materias específicas de particular importancia práctica o doctrinaria. En otras partes de este libro se tratan algunos ilícitos especiales que tienen marcada relación con la formación del contrato y con los efectos en obligaciones contractuales (*infra* §§ 65 y 66), así como los sujetos a estatutos legales de responsabilidad estricta (*supra* § 37).

**461. Plan de exposición.** En este capítulo se analizan ciertos regímenes de responsabilidad extracontractual que plantean cuestiones especialmente delicadas en la definición de los deberes de cuidado y, muy especialmente, los que afectan a amplios grupos de personas. El orden de exposición es el siguiente: i) responsabilidad médica (§ 50); ii) responsabilidad por accidentes del trabajo (§ 51); iii) responsabilidad por accidentes del tránsito (§ 52); iv) responsabilidad por productos defectuosos (§ 53); v) responsabilidad por defectos de construcción (§ 54); vi) responsabilidad por daño ambiental (§ 55); y vii) responsabilidad de directores y gerentes de sociedades (§ 56).

## § 50. RESPONSABILIDAD MÉDICA

### a. *Introducción: notas sobre la responsabilidad profesional en general*

#### 1. Calificación y concurso de responsabilidades

**462. Naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad profesional.** a) La responsabilidad profesional pertenece, por lo general, al ámbito *contractual*, pues está antecedida de una convención entre quien hace el encargo y quien presta el servicio.<sup>1</sup> Se trata típicamente de contratos a los que resultan aplicables las reglas del mandato (artículo 2118) y supletoriamente las del arrendamiento de servicios inmateriales (artículo 2012).<sup>2</sup> Por

<sup>1</sup> Alessandri 1943 75 y 79.

<sup>2</sup> Se ha fallado que “los servicios de las profesiones liberales se sujetan a las reglas del mandato, sin que importe, en realidad, un contrato de esta naturaleza la prestación de tales servicios” (Corte de Concepción, 18.7.1918, G. de los T., 1918, 2º sem., Nº 361, 1102). En un caso de responsabilidad de un odontólogo se ha resuelto que “los servicios de este profesional se rigen por las reglas del mandato (artículo 2118 del Código Civil) y las correspondientes al arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarias a aquellas disposiciones (artículo 2012 del texto legal citado)”, Corte de San Miguel, 15.4.1993, GJ 143, 75, también publicada en RDJ, t. LXXXIX, sec. 2ª, 39.

otra parte, en circunstancias que se trata de contratos consensuales, el consentimiento del médico o de los demás profesionales puede ser generalmente inferido como una voluntad tácita que se muestra en los respectivos actos de ejecución (artículo 2124 II).

Las relaciones profesionales anteceditas de un acuerdo de voluntad, aunque sea elemental, deben ser calificadas de contractuales. Sin embargo, a menos que las obligaciones de servicio contraídas por el profesional sean objeto de convenciones expresas, ellas quedan sujetas a los *deberes generales de cuidado* de quienes actúan en el ámbito de intereses y de riesgos de terceros. En la práctica, esta es la regla general, porque no es usual que las relaciones profesionales estén contractualmente precisadas. En consecuencia, la definición del deber de cuidado se plantea usualmente en términos análogos si la responsabilidad invocada es de naturaleza contractual o cuasidelictual: en ambos casos esos deberes son definidos por el derecho y no por la convención, y no hay razones de principio para que su alcance sea diferente si alguien solicita voluntariamente un servicio médico (responsabilidad contractual) o si llega inconsciente al hospital (responsabilidad extracontractual).<sup>3</sup>

b) Por lo mismo, no es extraño que la responsabilidad profesional, y muy especialmente la del médico, suela dar lugar en el derecho comparado a una situación típica de *concurso de responsabilidades*, que en cada sistema jurídico tiende a ser resuelta de conformidad con las reglas generales sobre la materia.<sup>4</sup> En la práctica, como se verá, la negligencia médica ha sido frecuentemente planteada en sede de responsabilidad civil extracontractual y no existen impedimentos lógicos ni normativos para que así ocurra (*infra* N° 843). Para ello no existen grandes problemas prácticos, porque, más allá de ciertos aspectos importantes, pero no estructurales (como ocurre en materia de prescripción), no existen diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual del profesional en cuestiones fundamentales, como son la naturaleza y prueba del deber de cuidado, el estándar de cuidado debido y los deberes conexos de información. En los párrafos siguientes estas materias son referidas en general; más adelante se las analiza en particular respecto de la responsabilidad médica.

## 2. Naturaleza y prueba de la culpa

### 463. Obligaciones contractuales de medios y deberes generales de cuidado profesional. a) Los profesionales pueden contraer *obligaciones contractuales*

<sup>3</sup> Tunc 1989 40.

<sup>4</sup> Zelaya 1997 27, con una nota comparada en que se refiere a la aceptación, en general, del cúmulo u opción; Viney 1997 446, Palandt/Thomas § 823 66, Asúa en Reglero 2002 a 973; Markesinis/Deakin *et al.* 2003 288, Prosser/Keeton *et al.* 1984 186 destacan la analogía en sus respectivos sistemas jurídicos entre la construcción contractual y la extracontractual de deberes de cuidado profesionales.



de medios o de resultado, según sean las expectativas que el derecho cautela a quienes hacen el encargo. Contraen una obligación de medios cuando el deber profesional es aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por la contraparte. Son de resultado si el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que éste pretende obtener.

La *regla general es que las obligaciones profesionales sean de medios*, esto es, que den lugar a deberes de prudencia y diligencia, pues lo que usualmente se exige del experto es el empleo del cuidado debido para procurar el interés que se persigue, pero de la circunstancia de no haberse obtenido ese beneficio no se infiere que haya incumplido su obligación. En otras palabras, el fin que pretende el acreedor de una obligación de medios es contingente desde el punto de vista de la relación obligatoria, de modo que su frustración no puede ser tenida por incumplimiento.<sup>5</sup> Del profesional se espera que adopte las medidas de seguridad que exige su actividad de acuerdo con los criterios generales de la responsabilidad por culpa.<sup>6</sup> Un típico ejemplo es el deber del abogado de representar al cliente en un juicio, que no se extiende a la obtención de una sentencia favorable; y aunque un médico pueda contractualmente obligarse a curar un enfermo, lo usual es que no asegure ni garantice ese resultado, de modo que el fracaso en la obtención del beneficio perseguido no puede ser calificado por sí solo de incumplimiento.<sup>7</sup> De lo anterior se siguen efectos probatorios significativos.

Por lo mismo, a falta de convenciones que precisen los deberes de quien se obliga a prestar un servicio, *el contenido de una obligación contractual de medios es equivalente a los deberes de prudencia y diligencia que rigen en sede extracontractual*. En uno y otro caso, por lo general, estos deberes no tienen por antecedente la convención que los determina, sino las exigencias de cuidado impuestas por el derecho. Por cierto que las circunstancias hacen variar la intensidad de estos deberes (*supra* N° 46), pero el camino intelectual para su determinación judicial en concreto es el mismo en la responsabilidad contractual que en la extracontractual.

b) Las *obligaciones de medios* plantean preguntas respecto al alcance de las *normas reguladoras de la prueba* de los artículos 1698 y 1547, conforme a

<sup>5</sup> Mazeaud/Chabas 1998 14; un interesante análisis de la distinción entre obligaciones de medio y resultado, con referencia al derecho chileno, en Pizarro 2003 b 126; una buena síntesis en Jordano 1987 456.

<sup>6</sup> Palandt/Thomas § 823 58.

<sup>7</sup> En relación con la obligación del abogado, se ha fallado que “el mandato judicial no es un mandato de garantía de resultados, implica sólo una obligación de hacer que debe cumplirse conforme lo previenen los artículos 2131 y siguientes del Código Civil en lo que resulte aplicable. Dicha característica reviste especial importancia si se tiene en consideración el carácter esencialmente aleatorio de los juicios, circunstancia que es indispensable tomar en consideración al momento de analizar el cumplimiento del encargo por parte del abogado mandatario” (Corte de Valparaíso, 1.4.2003, rol N° 2.362-2000, confirmada por CS [cas. fondo], 29.12.2003, rol N° 1.900-2003).

los cuales, cumplida la carga de probar la existencia de la obligación contractual por el acreedor, el deudor debe probar su cumplimiento o el caso fortuito; y, si no lo logra, el incumplimiento se presume culpable. Estas normas operan sin dificultades respecto de las obligaciones de resultado, pero plantean dificultades de aplicación en el caso de las obligaciones de medios, como típicamente ocurre con las profesionales.

Supongamos un caso de responsabilidad médica, donde la víctima argumenta que un diagnóstico erróneo, debido a una descuidada lectura de los exámenes pertinentes, le impidió sanarse de una enfermedad que luego le ha provocado severos daños corporales. De acuerdo con la regla del artículo 1698, corresponde al paciente probar los hechos constitutivos de las obligaciones que nacen del contrato de prestación de servicios. Esta prueba de la obligación contractual no provocará normalmente dificultades, porque, aun a falta de formalidades, el consentimiento puede ser acreditado a partir de los actos de ejecución que expresan una voluntad tácita.

Una vez probada la obligación, corresponde al médico probar su extinción usualmente mediante el pago (esto es, su cumplimiento). A tal efecto, el demandado probará como hechos extintivos de su obligación profesional las prestaciones médicas efectivamente realizadas y argumentará que no se le puede hacer responsable por el solo hecho de que la víctima no haya sanado (porque la obligación es de medios). A falta de otra prueba, proporcionada por el demandante, que permita inferir la negligencia del profesional, los actos de ejecución debidamente probados por el profesional serán prueba suficiente de que él cumplió su obligación. Por eso, una vez probados los actos de ejecución, la discusión relevante en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios recae en si tales actos de ejecución pueden ser tenidos por cumplimiento de lo debido. Y esta cuestión inevitablemente exige preguntarse, ya al momento de determinar si se incurrió en incumplimiento, si el profesional hizo prestación diligente o negligente de lo debido.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Sobre las obligaciones de *medios* y de *resultado* en la doctrina francesa, Mazeaud/Chabas 1998 13, Viney/Jourdain 1998 440. No es este el lugar para desarrollar las condiciones de la responsabilidad contractual en el derecho chileno, y la relevancia que a ese efecto tiene la distinción entre obligaciones de medios y de resultado. El origen doctrinario de la distinción en el derecho francés se remonta a Demogue 1923/31 V N° 1237 y VI N° 599, y ha sido aceptada por la jurisprudencia (Carbonnier 2000 298). En referencia comparada con el derecho chileno, conviene destacar que las normas del Código francés sobre responsabilidad contractual también están construidas teniendo en vista las obligaciones de resultado (Cód., fr., artículos 1147 y 1148). Tan ilustrativa como la distinción que atiende a la naturaleza de la obligación es la que atiende al grado de *determinación de la obligación* del deudor contractual: las obligaciones de medios son indeterminadas, porque no comprenden una prestación precisa, sino que exigen aplicar genéricamente el cuidado debido, de modo que para probarlas es necesario mostrar la diligencia exigible del deudor; por el contrario, las obligaciones determinadas son de resultado porque lo debido es por completo inequívoco (Mazeaud/Chabas 1998 369).



En consecuencia, a pesar de que la ley dispone claramente que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo” (artículo 1547 III), la pretensión del demandante sólo prosperará si logra que el juez tenga por probado que la conducta invocada por el médico como un acto extintivo de la obligación no ha observado los estándares de cuidado requeridos. En otras palabras, la situación estratégica de las partes es análoga en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios a la de un juicio de responsabilidad extracontractual regido por el estatuto general de la culpa probada, porque, en uno y otro caso, quien demanda soporta el riesgo de que no sea posible mostrar la negligencia del demandado.

La conclusión anterior no supone una torcedura del sentido inequívoco de la norma del artículo 1547 III, sino emana de la naturaleza de la obligación de medios, como es usualmente la profesional, donde la prestación debida no es un hecho preciso y determinado, como ocurre con las obligaciones de resultado del vendedor de entregar la cosa o del transportista de llevarla a destino en el estado que la recibió. Por el contrario, la disputa central entre el acreedor y el deudor de una obligación de medios radica precisamente en si los actos alegados por el demandado como actos de ejecución de la obligación constituyen en efecto la conducta debida. Por eso, la cuestión de la diligencia es inevitablemente dirimida a aplicar la regla reguladora de la prueba del artículo 1698, y no en el nivel de la norma de responsabilidad contractual del artículo 1547 III.

En otras palabras, para que la distribución de la carga probatoria de los artículos 1698 y 1547 III opere con completa simplicidad se requiere *que el incumplimiento no esté en discusión*.<sup>9</sup> No es ese el caso en las obligaciones de medios: el demandante, salvo los casos groseros de culpa que constituyen hechos públicos y notorios, tendrá que mostrar que los exámenes, alegados por el demandado como actos de cumplimiento, fueron insuficientes atendidos los síntomas del paciente, que el diagnóstico no responde a los estándares profesionales exigibles u otra negligencia semejante. Así, la distinción entre obligaciones de medios y resultado tiene ‘a lo menos un valor sugestivo’, porque muestra que la prueba de la culpa no se

<sup>9</sup> Alessandri 1943 53 (nota 2) afirma que la distinción entre obligaciones de medio y resultado no puede aplicarse en el derecho chileno en razón del inequívoco texto del artículo 1547 III; para llegar a esa conclusión, sin embargo, no considera la posibilidad de que la cuestión se plantee ya en el nivel de la regla probatoria más general del artículo 1698, porque en las obligaciones de medios, a diferencia de las de resultado, ya al momento de preguntarse por el cumplimiento se suscita la discusión acerca de la diligencia del deudor; las dificultades de conciliación entre las normas relativas a la prueba del cumplimiento y a la prueba de la diligencia se muestran en Corral 2003 281, quien sostiene, por un lado, que resulta aplicable la regla del artículo 1547, que lleva a presumir la responsabilidad del médico, pero, al mismo tiempo, tiene que asumir que la prueba del incumplimiento exige acreditar la negligencia; sobre la recepción de la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado en el derecho chileno, Pizarro 2003 b 126.



plantea siempre de la misma manera en los distintos tipos de obligación, pues mientras es inequívocamente presumida en las obligaciones de resultado, usualmente debe ser probada en las de medios.<sup>10</sup> Ello también lleva a que *tampoco hay diferencias esenciales en la prueba* de la infracción a un deber general de cuidado en sede extracontractual y la de la negligencia en el cumplimiento de una obligación contractual de medios.

**464. Obligaciones contractuales de resultado y presunciones de culpa extracontractual.** a) Exactamente lo inverso ocurre en materia probatoria con las *obligaciones de resultado*, que el legislador tiene en vista en la norma del artículo 1547 III. Así, a falta de prueba de la entrega de la cosa en el plazo estipulado, se da por acreditado el incumplimiento del vendedor, sin necesidad de referencia alguna a si ello es atribuible a su negligencia, de acuerdo con la regla del artículo 1698. Ante una situación inequívoca de incumplimiento (porque el deudor no puede probar el acto preciso de ejecución), entra en juego sin dificultad la presunción de culpa del artículo 1547 III, con la consecuencia de que el deudor soporta la carga de probar que el incumplimiento se produjo por causa que no es atribuible a su negligencia o por caso fortuito.<sup>11</sup>

Al menos en el derecho chileno, la *situación probatoria* es análoga si la responsabilidad se funda en la infracción a una obligación de resultado o en una culpa extracontractual presumida (*supra* §§ 14, 17, 18 a y 19 b). Así

<sup>10</sup> Carbonnier 2000 298. La jurisprudencia ha sido más bien tímida en la recepción de la distinción, pero tiende a imponerse en materia de responsabilidad profesional; véase Corte de Valparaíso, 1.4.2003, rol N° 2.362-2000, confirmada por CS [cas. fondo], 29.12.03, rol N° 1.900-2003, donde se desestima la acción de responsabilidad profesional contra el abogado litigante por no tratarse de una obligación de resultado, pero sin entrar explícitamente a la conclusión asumida por el fallo de la instancia, en orden a que, por tratarse de una obligación de medios, no puede darse lugar a la demanda a falta de prueba de la negligencia.

<sup>11</sup> No es este el lugar para discutir en extenso las excusas aceptables ante el incumplimiento de una obligación contractual de resultado en el derecho chileno. En el derecho francés, con fundamento en el texto del artículo 1147 del Código de ese país, que sólo acepta la ‘causa extraña’ como excusa para el incumplimiento contractual, se ha entendido que la excusa de diligencia no es suficiente, precisamente porque no se trata de una causa extraña (Carbonnier 2000 299); a la misma conclusión se llega en el derecho español (L. Díez-Picazo 1993 II 586, Pantaleón 1991 1064). Aunque en el derecho chileno las excusas a las obligaciones de resultado plantean dificultades análogas desde el punto de vista lógico (porque la obligación de resultado no es simplemente de ‘mejores esfuerzos’), debe concluirse que al deudor le es también admitida la prueba de que el incumplimiento se produjo por una causa que no es atribuible a la falta de la diligencia debida (artículo 1547 III). Sin embargo, también podría argumentarse que en una obligación de resultado, la culpa es puramente infraccional: el deudor se comprometería a la obtención de un objeto preciso y su sola inexecución constituye una prueba de la culpa (Mazeaud/Chabas 1998 442). Así y todo, la obligación contractual de resultado no debe ser confundida con la responsabilidad estricta, pues, a diferencia de lo que usualmente ocurre en esta última, es admisible al menos la excusa de fuerza mayor (*supra* N° 329). Sobre las obligaciones contractuales de resultado, véase también *infra* N° 781.



como en las obligaciones contractuales de resultado la responsabilidad se infiere del incumplimiento, en las hipótesis de culpa presumida la responsabilidad se infiere del daño sufrido por el tercero, sin perjuicio de las excusas de diligencia y de fuerza mayor que resulten admisibles al autor del daño.<sup>12</sup>

b) Excepcionalmente, *las obligaciones profesionales pueden ser de resultado*, cuando de acuerdo con los estándares de la respectiva actividad el acreedor tiene derecho a esperar derechamente el beneficio perseguido. A falta de disposición contractual expresa, son obligaciones contractuales de resultado (y no de meros medios) aquellas en que el profesional se obliga a obtener el fin perseguido por el acreedor. Y todo indica que ese es el caso cuando el deudor debe controlar de tal modo el riesgo, que la experiencia enseñe *prima facie* que el error se debe a la culpa del deudor. En otras palabras, también al momento de interpretar los deberes contractuales como obligaciones de resultado existe una analogía con las presunciones extracontractuales de culpa. Todo ello con la reserva de que las hipótesis de obligaciones contractuales de resultado y la presunción extracontractual de culpa son por completo excepcionales en materia de responsabilidad profesional.

c) En la medida que las obligaciones contractuales de resultado admiten excusas, no deben ser confundidas con las *obligaciones de garantía*, a cuyo respecto no es admisible excusa alguna, como suele ocurrir con las reglas de *responsabilidad estricta* (*supra* N°s 325 y 329). En materia profesional, como en general en el derecho de los contratos, las obligaciones de garantía son de derecho estricto.

### 3. Estándar de cuidado debido y deberes de información

**465. Estándar de cuidado profesional.** a) En pocas materias del derecho de la responsabilidad civil se aplican con tanta nitidez las *reglas generales sobre determinación del debido cuidado* como en el ámbito profesional (*supra* § 10). Los profesionales tienen el deber de adoptar, dentro de lo que resulta económicamente exigible, las medidas que satisfacen las expectativas normativas de seguridad que los terceros tienen respecto de su capacidad como expertos.<sup>13</sup> Si alguien actúa en una condición profesional, los demás tienen derecho a asumir que ella dispone de destrezas, conocimientos, entrenamiento y aun de una inteligencia superior al promedio, porque ese es el estándar que usualmente se posee y resulta exigible de

<sup>12</sup> En verdad la analogía entre la obligación de resultado y la infracción presumida de deberes de cuidado es relativa al riesgo probatorio, pero existen diferencias respecto de los efectos: mientras la obligación de resultado es una categoría abstracta, que sólo puede ser desvirtuada alegando caso fortuito y eventualmente diligencia, las presunciones de culpa por el hecho propio son más vaporosas y tienden a operar como prueba *prima facie*, que el demandado puede desvirtuar mostrando que los hechos en que la presunción se funda son rebatibles (*supra* N° 97).

<sup>13</sup> Palandt/Thomas § 823 58, con referencia a la jurisprudencia del BGH.



quienes actúan en esa condición.<sup>14</sup> Por eso, aunque, por lo general, los profesionales no garanticen el resultado deseado por el tercero, se entiende que tienen el deber de actuar de acuerdo con la *lex artis* de su actividad, esto es, de conformidad con los estándares de buen ejercicio profesional (*supra* N°s 56 y 57).

b) Siguiendo los criterios generales, en la determinación del estándar no resultan indiferentes las circunstancias en que el profesional actúa, porque, en los extremos, no se puede esperar lo mismo del médico especialista, que actúa con el respaldo de un equipamiento de alta tecnología, que respecto del médico generalista que debe atender una situación de emergencia (*supra* N° 46). Por eso, el estándar de cuidado se aprecia en concreto respecto de cada profesión y para las distintas circunstancias en que ellas se ejercen.<sup>15</sup>

**466. Deberes de información y consejo.** Es también un aspecto común a los diversos tipos de responsabilidad profesional el rol activo que se exige al especialista en orden a informar al lego acerca de aspectos esenciales del riesgo a que éste queda sometido. En verdad, una de las características más acentuadas del derecho moderno de los contratos se refiere a los deberes que tiene el especialista de informar al inexperto acerca de lo que éste no está en condición natural de conocer y que resulta determinante para su consentimiento (*infra* N° 815). El mismo criterio rige cuando la actuación del médico o de otro profesional es juzgada a la luz de la responsabilidad extracontractual. El principio rector de los deberes de información y de consejo es que *toda persona que se relaciona con un experto tiene derecho a decidir informadamente acerca de los riesgos que asume*, especialmente cuando afectan bienes importantes, como ocurre en el caso de la responsabilidad médica (*infra* N° 483).

#### b. Notas generales sobre la responsabilidad médica<sup>16</sup>

**467. Tendencia expansiva de la responsabilidad médica y procedimientos de mediación.** a) La medicina es una de las actividades más expuestas al

<sup>14</sup> Prosser/Keeton *et al.* 1984 185. Sobre la importancia de la condición de experto en la determinación del cuidado debido (*supra* N° 47 c).

<sup>15</sup> Es interesante comprobar cómo las definiciones jurisprudenciales de los deberes de cuidado en los comentarios de jurisprudencia suelen contener diferenciaciones por profesiones y éstas, a su vez, distinciones relativas a las más diversas actividades concretas generadoras de riesgo (así, para el derecho francés, Méga Code § 1147 188; para el derecho alemán, Palandt/Thomas § 823 64, en materia extracontractual; y Palandt/Heinrichs § 823 59, en materia contractual).

<sup>16</sup> El texto de esta sección toma reiteradamente en consideración un excelente manuscrito proporcionado al autor por Mauricio Tapia; sus ideas están publicadas en M. Tapia 2003 c.



riesgo de acciones indemnizatorias.<sup>17</sup> La expansión de la responsabilidad médica puede ser atribuida a diversas razones concomitantes:<sup>18</sup>

- la aceptación generalizada de la reparación del daño moral por daños corporales, tanto en sede extracontractual como contractual (*supra* §§ 24 e y 24 i);

- el interés particular que nuestra época presta a la vida y a la salud,<sup>19</sup> y, en particular, una menor tolerancia a los riesgos de la vida;

- los avances de la medicina, que aumentan exponencialmente los riesgos de error y permiten distinguir con relativa precisión un diagnóstico o tratamiento incorrecto, sobre una base científica y de experiencia;<sup>20</sup>

- la despersonalización de la relación entre el médico y el paciente, que debilita la antigua relación de confianza con el ‘médico de cabecera’;<sup>21</sup>

- el abandono correlativo del respeto reverencial que el paciente debía al profesional, y al médico en particular, fundado en una especie de mágico conocimiento de la *lex artis*;

- la progresiva tipificación de derechos del paciente, cuyo cumplimiento puede ser exigido ante los tribunales, como, por ejemplo, los derechos a ser tratado con dignidad, a la confidencialidad del expediente, a adoptar decisiones informadas, y las garantías de prestaciones de salud;<sup>22</sup> y

- el incentivo de los abogados a plantear acciones con baja probabilidad de éxito, pero respaldadas en convenios de *quota litis*, en atención a que la entidad de los perjuicios que se siguen de daños corporales crea expectativas de indemnizaciones significativas.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Cifras sobre los aumentos de las denuncias de negligencia médica, en R. Vásquez 1996 145, M. Tapia 2003 c 80. No hay estadísticas desagregadas de ingresos judiciales por demandas de responsabilidad civil de médicos y de hospitales.

<sup>18</sup> Una reseña de las causas en M. Tapia 2003 c 76.

<sup>19</sup> Carbonnier 2000 374.

<sup>20</sup> Rabin en Rabin 1983 63, explica que tradicionalmente la mayor dificultad en el *common law* para construir casos de responsabilidad médica residía precisamente en las dificultades para acreditar la negligencia; en parte, en razón de privilegios profesionales, pero también por las dificultades del sistema probatorio.

<sup>21</sup> Zelaya 1997 12; M. Foucault deploraba el hecho de que “somos únicamente clientes de la medicina” (citado por M. Tapia 2003 c 77). El paciente deviene progresivamente en un consumidor de servicios médicos. Por esto, usualmente es el hospital o la clínica quien determina las condiciones de contratación de esta relación contractual, no quedando al paciente otra opción que aceptar o rechazar los cuidados médicos que se le proponen y que serán prestados por profesionales que en muchas ocasiones desconoce; sobre esta relación contractual por adhesión en contratos con laboratorios médicos, Jana/Tapia 2004.

<sup>22</sup> La Ley de garantías de salud está estructurada en torno a la idea de que el Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional están obligadas a prestar ciertas garantías explícitas en salud, referidas al acceso, calidad, protección financiera y oportunidad en que deben ser otorgadas las respectivas prestaciones (artículo 2); los órganos de la Administración del Estado son responsables por los daños causados por falta de servicio (artículo 38) y las Instituciones de Salud Previsional por el incumplimiento negligente de su obligación de asegurar las garantías explícitas de salud (artículo 42).

<sup>23</sup> Cooter/Ullen 1997 463.

b) A efectos de facilitar la obtención expedita de reparaciones y de evitar una expansión descontrolada de la litigiosidad, la Ley de garantías de salud ha establecido un mecanismo de mediación en materia de responsabilidad médica (*infra* N° 494).

**468. La responsabilidad por culpa como estatuto que propende al equilibrio.** a) En términos económicos, el riesgo de una expansión excesiva de la litigiosidad en materia médica puede desincentivar algunas especialidades, disminuyendo por debajo del nivel óptimo social el ejercicio de ciertas actividades (como ha ocurrido en algunos países con los anestelistas, neurólogos y obstetras). Asimismo puede generar un aumento del costo de los servicios, en la medida que los médicos se vean forzados a adoptar medidas de precaución excesivas (como, por ejemplo, la prescripción de exámenes que serían prescindibles bajo una consideración prudencial de costos), y de los seguros de responsabilidad, el valor de cuyas primas también es transferido al precio de los servicios.

Por eso, la responsabilidad por culpa parece proponer un justo equilibrio, en la medida que los riesgos del tratamiento frustrado y del error inevitable, aun empleando el cuidado debido, recaen en el paciente portador del riesgo de salud; éste, a su vez, queda protegido en sus bienes más esenciales frente al descuido o la ineptitud.

b) La responsabilidad por culpa es también suficientemente flexible para hacerse cargo de la escasez de recursos que puede enfrentar un sistema de salud, de manera que la conducta no sea juzgada de conformidad con óptimos absolutos de la ciencia médica comparada, cuyos costos alcanzan niveles inalcanzables para la medicina general. La culpa atiende a las conductas que resultan exigibles en concreto, atendidas las circunstancias (*supra* N° 46).<sup>24</sup>

En definitiva, los costos influyen decisivamente en la definición del nivel de servicio exigible, porque el presupuesto disponible tiende a ser una variable independiente de la cual depende el nivel de cuidado exigible. Así, los jueces pueden exigir de la medicina privada que se recurra a los tratamientos más costosos, disponibles en algún centro clínico especializado. Ni corresponde, en materia de salud pública, que los jueces definan cuánto se debe gastar en salud y la forma como se deben distribuir los recursos. Por eso, también desde el punto de vista de las políticas públicas, no es inocuo el criterio para atribuir responsabilidad. En definitiva, un sistema de responsabilidad por culpa, en el ámbito privado, y su análogo de la falta de servicio, en la salud pública, son los únicos que pueden hacerse cargo de que el costo de la prevención sea un factor determinante del cuidado debido (*supra* N° 62).

<sup>24</sup> En CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, también publicado en F. del M. 476, 1141, se reconoció que la carencia de medios y de personal calificado puede ser un factor relevante al momento de juzgar la responsabilidad, aceptando implícitamente que esa carencia puede justificar que alumnos de medicina cumplan las funciones de anestesta.



c. *Calificación de la responsabilidad médica (contractual y extracontractual)*

**469. Predominio del contrato.** a) En virtud del principio de autonomía privada las personas tienen libertad para dar forma contractual a sus relaciones recíprocas. Aunque el contrato médico se reduce con frecuencia a una simple aceptación a ser sometido a un tratamiento, este papel elemental de la voluntad del paciente y del médico es suficiente, porque recae sobre los elementos esenciales del contrato, como son los servicios que se prestarán y la remuneración.<sup>25</sup> Por otra parte, como se ha visto, los contratos profesionales son consensuales, de modo que basta que el consentimiento sea expresado por actos inequívocos que muestran una voluntad tácita, como ocurre con la conducta típica del paciente de visitar al médico o acudir al hospital, y la de ellos de asumir el tratamiento (*supra* N° 462). No es siquiera necesario que se haya acordado un honorario profesional, porque en tal caso el contrato se entiende convenido bajo la remuneración usual (artículos 2117 y 2118). No debe extrañar, entonces, que la responsabilidad médica generalmente pueda ser calificada de contractual.<sup>26</sup>

b) La responsabilidad médica también puede carecer de fundamento contractual. No existe contrato, por ejemplo, si faltó el consentimiento siquiera tácito del paciente (como cuando ingresó a la clínica en estado de inconsciencia). Tampoco lo hay en la relación del médico con las víctimas de daño reflejo que se sigue de la muerte o lesiones graves de la víctima principal. Sin embargo, también en estos casos la responsabilidad puede ser construida indirectamente bajo un estatuto contractual, asumiéndose que se ha configurado una *estipulación por otro*,<sup>27</sup> en que los beneficiarios son el propio paciente, que ha llegado en estado de inconsciencia o que es derivado al médico u hospital a través del sistema de salud respectivo;<sup>28</sup> lo mismo

<sup>25</sup> G. Ripert sostenía que quien sin discutir otorga su adhesión está decidido a contratar; podría agregarse que quien contrata participa de una práctica que está recogida por el derecho dispositivo y los usos normativos (artículo 1546).

<sup>26</sup> Una reseña de las razones de esta calificación en L. de la Maza 1989 2.

<sup>27</sup> Alessandri 1943 77.

<sup>28</sup> Corte de San Miguel, 15.4.1992, GJ 143, 75, también publicada en RDJ, t. LXXXIX, sec. 2ª, 39. En el mismo sentido, se ha fallado que si el demandante se ha internado en un hospital de la mutual a la que pertenecía, y producto de una infección intrahospitalaria allí contraída se le ha debido amputar una pierna, la responsabilidad de la mutual resulta ser contractual, ya que la demandada ha reconocido “la existencia de un contrato entre ella y la empleadora del actor; que originó la atención hospitalaria de éste y, si así fuera, en tal caso se configuraría a favor del paciente una estipulación a favor de otro” en que “el estipulante sería la empleadora del demandante, el promitente la mutual demandada, y el beneficiario el actor” (Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93); asimismo, se ha entendido que la responsabilidad que afecta a la sociedad propietaria de un banco de sangre respecto del paciente, por la provisión de sangre incompatible, es también de naturaleza contractual “ya que se ha configurado una verdadera estipulación a favor de un tercero, en cuya virtud la referida sociedad (promitente) se encontraba obligada para con la Clínica Portales (estipulante) a proveer a la señora Avendaño Godoy (beneficiaria) de una determinada cantidad y calidad de sangre, para ser usada en la intervención médica de que ella sería objeto” (Corte de Santiago, 28.4.2000, GJ 238, 79).

vale para los afectados de modo reflejo por el daño sufrido por la víctima directa.<sup>29</sup>

c) Definitivamente extracontractual es el estatuto aplicable a los servicios sociales de medicina preventiva o curativa. Usualmente el estatuto aplicable es el de responsabilidad por falta de servicio (Ley de garantías de salud, artículo 38 I). De especial interés a este respecto es la definición *ex ante* de las prestaciones de salud garantizadas de conformidad a esa ley y que el Estado se obliga a satisfacer, y el establecimiento de un procedimiento obligatorio de mediación a ese respecto (*infra* § 50 g).

**470. Relativa irrelevancia de la calificación.** La calificación de la responsabilidad médica como contractual o extracontractual ha sido una de las cuestiones más intensamente tratadas por la doctrina en la materia.<sup>30</sup> Con todo, como se ha visto al comenzar este apartado, la calificación es relativamente irrelevante desde el punto de vista de las condiciones de la responsabilidad, pues los deberes de cuidado y las reglas probatorias son análogos si la responsabilidad se plantea en sede contractual o extracontractual (*supra* § 50 b).<sup>31</sup> Por otra parte, incluso en materia de solidaridad, la tendencia comparada ha sido entender que los responsables, lo sean en virtud de un contrato o de un deber general de diligencia, hacen una contribución indivisible a la realización del daño dando lugar a una obligación reparatoria *in solidum*.<sup>32</sup> Además, el orden público de protección de los consumidores de servicios

<sup>29</sup> Sobre esta estipulación en favor de otro, utilizada sobre todo para beneficiar a terceros de una obligación de seguridad (que de acuerdo con la jurisprudencia francesa se entiende inserta en algunos contratos, como los de transporte y médico), Chabas 2000 b N° 70.

<sup>30</sup> En el derecho chileno pueden consultarse Acosta 1990, Carreño s/f, Court 1998, L. de la Maza 1988 y 1989, Paillas 1997, R. Palma 1939, M. Tapia 2003 c, Tomasello 1994, R. Vásquez 1996, Vidal 2002 y Zelaya 1997.

<sup>31</sup> Precisamente sobre la indiferencia de la calificación a efectos de determinar los deberes de cuidado, Deutsch 2002 b 588; sobre la aproximación de ambos estatutos en materia de responsabilidad médica, Viney 1995 445, Pizarro 2003 a 203; por lo mismo, carece de sentido material la pregunta retórica de Malaurie/Aynès 1995 317, “¿cuál es la consciencia y la libertad del ‘sí doctor’ otorgado por un inexperto, un desposeído o un enfermo crónico?”, porque, en definitiva, la calificación es indiferente en la medida que usualmente los deberes del médico están definidos por el derecho (y no por la convención), sea que se dé por establecida una relación contractual o una extracontractual. En Chile se ha fallado que “la negligencia médica y hospitalaria con daños al paciente puede incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la normativa contractual (arts. 1547 y siguientes del Código Civil) y extracontractual (arts. 2314 y siguientes del mismo Código)” y que “la línea divisora entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquellos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros, es muy borrosa en ciertos ámbitos del quehacer humano, y, sobre todo, en los servicios de atención médica empresarialmente organizada” (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38).

<sup>32</sup> En el derecho francés tal conclusión parece asentada en la jurisprudencia desde la década de 1950 (Viney 1997 309). Para el derecho chileno, Zelaya 1997 40. Sobre las obligaciones *in solidum* en casos de concurrencia de varias negligencias, *supra* N° 278.



médicos y hospitalarios permite el control de las condiciones generales de contratación que establezcan limitaciones o exenciones de responsabilidad que alteran unilateral e injustificadamente los deberes de cuidado de aquéllos para con el paciente;<sup>33</sup> el efecto que de ello se sigue es la incorporación a los contratos médicos celebrados bajo condiciones generales de contratación de los deberes esenciales de cuidado que rigen también en sede extracontractual. Por último, de conformidad con una jurisprudencia que puede darse por establecida, la reparación por incumplimientos contractuales alcanza al daño moral cuando el riesgo cubierto por el contrato se extiende inequívocamente a bienes extrapatrimoniales, como ocurre con los perjuicios provenientes del incumplimiento de un contrato médico (*supra* § 24 i).<sup>34</sup>

**471. Tendencias en la práctica judicial chilena.** En circunstancias que, por lo general, no existen diferencias en la construcción del ilícito médico con fundamento contractual y extracontractual, todo indica que debe reconocerse a la víctima la opción de hacer valer su pretensión indemnizatoria basándose en uno y en otro estatuto de responsabilidad (*infra* N° 843). Por lo mismo, una mayor tolerancia jurisprudencial frente a la opción o cúmulo de responsabilidades puede terminar de transformar en meramente académica esta discusión acerca de la naturaleza de la responsabilidad ci-

<sup>33</sup> La Ley de consumidores, aplicable a los contratos de prestación de servicios, considera abusivas las cláusulas contenidas en contratos de adhesión que establezcan limitaciones absolutas de responsabilidad del proveedor (artículo 16 letra e) y, en general, las contrarias a la buena fe contractual, entendiéndose por tales las que de acuerdo con parámetros objetivos causen perjuicio al consumidor, en la forma de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato (artículo 16 letra g); luego de la reforma introducida por la ley N° 19.955 (DO 14.7.2004), la protección se extiende a los actos celebrados o ejecutados con ocasión de los servicios de salud, sin perjuicio de que las prestaciones y el estándar de calidad puedan ser regulados (de buena fe) en las condiciones generales o según dispongan las leyes especiales de servicios públicos de salud (especialmente la Ley de garantías de salud). Sobre estas cláusulas abusivas (antes de la reforma legal), Tapia/Valdivia 2002 101. Es ejemplar del cambio ocurrido en la cultura jurídica contractual la eliminación por el Hospital San Juan de Dios de algunas disposiciones de un reglamento interno del año 1990 que obligaba a los pacientes, antes de la operación, a firmar un documento (jurídicamente ineficaz, por lo demás, de acuerdo con las reglas que protegen el consentimiento y la buena fe contractual), en el que asumían la entera responsabilidad si la operación no resultaba exitosa (La Tercera, Santiago de Chile, 17.9.2003).

<sup>34</sup> La jurisprudencia ha concedido indemnización por el daño moral que se sigue del incumplimiento contractual en materia médica: así, en un caso en que se efectuó una transfusión de sangre incompatible (Corte de Santiago, 28.4.2000, GJ 238, 79); en un caso de diagnóstico errado de sida por un laboratorio (CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 234, también publicada en GJ 257, 39); y en otro en que fue amputada una pierna del paciente producto de una infección contraída en el hospital (Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93, confirmada por CS [cas. fondo], 12.6.2003, rol N° 2.174-2002).



vil médica.<sup>35</sup> A pesar de que existe un acuerdo más bien amplio de que la responsabilidad médica es predominantemente contractual,<sup>36</sup> los casos son resueltos con frecuencia en sede extracontractual.<sup>37</sup> Ello se debe a algunas ventajas de este estatuto: se evita la discusión, hasta hace poco latente en el derecho chileno, acerca de la procedencia de reparación del daño moral en materia contractual; favorece la acción por daño reflejo, sin necesidad de recurrir a la figura, frecuentemente artificiosa, de la estipulación por otro; y permite plantear la responsabilidad civil en sede penal, donde tradicionalmente se interpone accesoriamente la acción civil de indemnización de perjuicios.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Zelaya 1997 23 sostiene la procedencia del cúmulo de responsabilidades médicas en el derecho chileno, concluyendo que ello ha llevado a que la responsabilidad médica sea eminentemente extracontractual; dos fallos de la Corte de Concepción se refieren a la posibilidad de opción en materia médica, citando a P. Zelaya: Corte de Concepción, 10.8.2000, GJ 259, 38; Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93. La misma opción fue previamente reconocida por Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 54. Sobre la reticencia a la opción en el derecho francés y los caminos jurisprudenciales para acercar los deberes contractuales de cuidado a los deberes generales de la responsabilidad extracontractual, Mazeaud/Chabas 1998 404; en el derecho español Asúa en Reglero 2002 a 972 critica la liberalidad doctrinaria de la jurisprudencia de ese país al admitir una doble calificación, pero acepta que la solución tiene explicaciones prácticas, especialmente por las dificultades para deslindar los planos contractual y extracontractual respecto de cada uno de los sujetos de responsabilidad. En este libro la materia es discutida en *infra* § 68.

<sup>36</sup> La doctrina chilena reconoce casi unánimemente este carácter (Acosta 1990, Alessandri 1943, Carreño s/f, Court 1998, L. de la Maza 1988 y 1989, Paillas 1997, R. Palma 1939, M. Tapia 2003 c, Tomasello 1994, R. Vásquez 1996, Vidal 2002 y Zelaya 1997); sobre la materia puede consultarse un fallo de la Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93, que cita en apoyo de la naturaleza contractual de esta responsabilidad los estudios de Alessandri y Court; sobre la naturaleza contractual de la responsabilidad de hospitales y clínicas, Pizarro 2003 a 196.

<sup>37</sup> Acosta 1990 3, Court 1998 282, M. Tapia 2003 c 85. Esta práctica tiene un grado de artificialidad: en una conocida decisión del año 1995 contra los médicos que operaron por error la cadera izquierda y no la derecha del paciente, se concluyó, retóricamente y para extraer los hechos del ámbito contractual, que la víctima sólo había prestado consentimiento para la operación de la cadera con problemas y no de la erróneamente operada (Corte de Santiago, 28.3.1995, rol N° 43.556-1993, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 20.6.1996, F. del M. 451, 1228); sobre esta sentencia, Court 1998 281.

<sup>38</sup> Por eso, se ha sostenido que la responsabilidad civil aparece en el derecho chileno actual como un apéndice de la jurisprudencia penal (R. Domínguez Á. 1989 N° 107). Para casos de responsabilidad civil extracontractual médica resueltos en sede penal: CS, 4.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4ª, 206; CS, 16.5.1985, F. del M. 318, 245; Corte de Santiago, 5.6.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 166; CS, 20.5.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 4ª, 53; CS, 25.10.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4ª, 14; Corte de Santiago, 31.7.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4ª, 90; Corte de Santiago, 23.10.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4ª, 159; CS, 2.6.1993, RDJ, t. XC, sec. 4ª, 70; Corte de Santiago, 28.3.1995, rol N° 43.556-93, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 20.6.1996, F. del M. 451, 1228; CS, 15.12.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 4ª, 192; CS, 16.3.1998, GJ 213, 112; CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, publicada también en GJ 217, 113 y F. del M. 476, 1141; CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 71; Corte de Iquique, 9.1.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 2.4.2003, GJ 274, 194; Corte de Copiapó, 25.3.2002, GJ 265, 127; Corte de Santiago,



Sin embargo, las restricciones que plantea el nuevo derecho procesal penal para el ejercicio de la acción civil por personas distintas de la víctima (víctimas de daño reflejo) y contra personas diferentes al imputado (responsabilidad por el hecho ajeno) debieran conducir a un desplazamiento hacia la justicia civil (*infra* § 62).<sup>39</sup> Este regreso a la jurisdicción civil puede provocar que los problemas de calificación pasen a ser más relevantes, como se ha mostrado en otras materias. Aun así, la cuestión es de secundaria importancia si la jurisprudencia aceptare la opción de acciones en este ámbito de responsabilidad; o, si así no lo hiciera, admitiere, al menos, que la calificación de la responsabilidad efectuada por el demandante puede ser alterada por el juez en su sentencia (*infra* N° 848).

d. *Deberes de cuidado de los médicos y auxiliares (culpa civil)*<sup>40</sup>

1. Fundamento de la responsabilidad en la culpa

**472. La responsabilidad médica es por negligencia.** La culpa médica es simplemente un caso de aplicación de la culpa civil, de modo que se le aplican las reglas generales sobre deberes de cuidado, prueba y responsabilidad por el hecho ajeno (*Capítulo III*). Por lo mismo, los médicos responden por su negligencia definida de acuerdo a las reglas generales y no solamente por culpa grave, como se sostuvo en el pasado.<sup>41</sup> A su vez, se ha mostrado en las secciones anteriores que la negligencia, como criterio de atribución de responsabilidad, no presenta diferencias, cualquiera sea la forma jurídica bajo la cual sea calificada la relación de quien presta el servicio de salud con el paciente (contrato, responsabilidad extracontractual, falta de servicio).

10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83; CS, 2.6.2004, GJ 288, 177; y CS, 19.1.2005, rol N° 9-2003. Es probable que en esta práctica haya influido la opinión tradicional de la doctrina que estimaba que en el juicio penal sólo podía acumularse la acción de responsabilidad civil extracontractual (Court 1998 283). Por otra parte, no deberían despreciarse las diferencias que plantean los requisitos más estrictos para dar por establecida la existencia de un cuasidelito penal (en comparación con la negligencia civil), lo que debería alejar la disputa de la sede más exigente, como resulta ser la penal (por mucho que la absolución en materia penal no signifique pronunciamiento sobre la eventual negligencia civil).

<sup>39</sup> Código Procesal Penal, artículo 59 III; sobre estas restricciones, Horvitz/López 2002/04 II 610, de la Fuente 2002 111, Pfeffer 2001 495.

<sup>40</sup> Aun en conciencia de que los deberes médicos pueden asumir una dimensión contractual o extracontractual, se adopta en el análisis predominantemente el lenguaje contractual, que es el más usual en la terminología comparada. Como se ha visto (*supra* § 50 a), de ello no se siguen diferencias respecto de los deberes generales de cuidado que dan lugar a responsabilidad extracontractual. Una revisión de la doctrina chilena en materia de responsabilidad médica en M. Tapia 2003 c 82.

<sup>41</sup> Sobre estas discusiones, Mazeaud/Chabas 1998 484.

**473. Deberes de prudencia y diligencia que dan lugar a responsabilidad.**

a) El deber esencial del médico es poner a disposición del paciente sus capacidades profesionales de acuerdo a un estándar general de diligencia. Por eso, a efectos de determinar si se ha empleado el cuidado debido, es necesario comparar la conducta efectiva con la de un profesional competente y diligente.

De acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil profesional (*supra* N° 465), el juicio de reproche a la conducta del médico se efectúa en abstracto, comparando el comportamiento efectivo con el esperado de un médico competente en la respectiva especialidad,<sup>42</sup> pero también en concreto, considerando las circunstancias externas en que intervino.<sup>43</sup> Por lo mismo, los deberes de cuidado tienden a ser más ajustados en el caso de especialistas (a quienes resulta exigible un conocimiento que responda a ese estándar más exigente) y en la medicina privada (donde el precio de los servicios es a menudo un índice de la contraprestación que se tiene derecho a esperar).<sup>44</sup> En contraste, la diligencia se juzga de manera fundamentalmente objetiva, sin atender a las capacidades del médico tratante, sino de acuerdo con el estándar típico de un especialista o de un médico general que se encuentre en igual situación que el demandado.<sup>45</sup>

b) La naturaleza predominantemente contractual de la relación se muestra en que los deberes del médico suelen ser calificados como obligaciones de medios, esto es, de acuerdo con conceptos que pertenecen típicamente a la responsabilidad contractual, aunque la acción sea planteada en sede extracontractual.<sup>46</sup> En verdad, los jueces parecen aceptar que es inocua la imprecisión técnica de usar conceptos provenientes de la doctrina del contrato en sede extracontractual, porque las obligaciones de medios dan lugar a deberes de prudencia y diligencia que en nada se diferencian de la culpa extracontractual. Al momento del diagnóstico, de la información y consejo al paciente, y del tratamiento u operación, lo

<sup>42</sup> Jones 2002 208.

<sup>43</sup> Así, por ejemplo, se ha resuelto que existiendo un solo cardiovector en el hospital público de Puerto Natales, no era necesario que estuviera en la sala donde se intervenía a un paciente que presentaba condiciones normales antes de la operación (CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, publicada también en GJ 217, 113, y F. del M. 476, 1141). Atendida la tendencia a la universalización de la formación profesional y del conocimiento, se puede asumir que los estándares de cuidado tenderán progresivamente a ser más homogéneos (Epstein 1999 142); más cautela exige la universalización de los requisitos de equipamiento médico y hospitalario, como inequívocamente asume el fallo.

<sup>44</sup> Jones 2002 210.

<sup>45</sup> Deutsch 2002 b 589.

<sup>46</sup> La jurisprudencia ha declarado en sede extracontractual la existencia de una obligación de medios por culpa probada del médico, al concluir que no se puede dar por establecida la negligencia si no se acredita que una agravación del estado inicial del paciente se debió a una deficiencia de la atención médica recibida (CS, 28.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 157); o si no se prueba que la anestesia haya sido mal administrada (CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, publicada también en GJ 217, 113, y F. del M. 476, 1141).



determinante es si el médico conocía lo que debía conocer e hizo lo que debía hacer, atendiendo a un estándar general de diligencia y destreza.

c) De especial importancia en el ámbito médico es la pregunta por los deberes positivos de actuación en protección de terceros. De acuerdo con las reglas generales (*supra* § 11), los deberes positivos de actuar en beneficio de terceros o para evitar un mal a otras personas suelen ser distintivamente morales y no jurídicos. Sin embargo, todo indica que frente a bienes relevantes en peligro, el deber general de rescate opera con especial intensidad respecto del médico, a menos que ello le resulte inexigible atendidas las circunstancias. Así, puede inferirse un deber de cuidado positivo respecto de las víctimas de un accidente en que el médico haya participado, aunque no haya incurrido en culpa. Desde luego que ese deber se impone indiscutiblemente si el médico tiene un deber jurídico de actuar, porque, en ese caso, la omisión constituye una culpa infraccional que no requiere de la apreciación de circunstancias excepcionales que hagan exigibles los cuidados.<sup>47</sup>

#### 474. Estándar de cuidado: contravención a la *lex artis* y culpa infraccional.

a) Al médico se le exige la destreza, la dedicación y el cuidado que definen a un buen profesional según reglas de prácticas correctas (*supra* N° 56).<sup>48</sup> La obligación de medios del médico le exige prestar sus servicios conforme a la *lex artis*.<sup>49</sup> Por eso, las buenas prácticas tienen especial valor en materia médica, de modo que el demandante puede dar por establecida la culpa profesional probando que ellas no han sido observadas.<sup>50</sup>

En principio, ‘un médico no es culpable de negligencia si ha actuado de acuerdo con una práctica aceptada como correcta por un cuerpo responsable compuesto de médicos calificados’;<sup>51</sup> este concepto ha sido asumido explícita o implícitamente en los fallos sobre responsabilidad

<sup>47</sup> Es el caso de un médico de turno que se niega a atender a un paciente que muere a consecuencia de la omisión (CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 71).

<sup>48</sup> Palandt/Thomas § 823 66, Prosser/Keeton *et al.* 1984 187; con referencia a jurisprudencia chilena M. Tapia 2003 c 90.

<sup>49</sup> CS, 28.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 157, que afirma que la responsabilidad médica exige la infracción de la *lex artis* y que debe ser acreditada en el juicio. Sobre la culpa médica se ha fallado que “este tipo de negligencia culpable se halla ejemplificado por la conducta del médico que apartándose de las precauciones aconsejadas para la ciencia que él profesa, para el caso de que se trata, ocasiona un daño a la salud de su paciente, que el facultativo no deseaba, pero que no pudo menos que prever y que estaba en su mano evitar” (CS, 15.12.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 4ª, 192). En el mismo sentido, se ha resuelto que “los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para diagnosticar el mal y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curarlo. En otra forma, el acto médico tiene como presupuesto que se realiza de modo debido, de la manera como se indica según la *lex artis*. El médico no debe olvidarse de la norma de cuidado que pesa sobre su acción y, por tanto, la infracción de la *lex artis* es el fundamento de la culpa médica” (CS, 19.1.2005, rol N° 9-2003).

<sup>50</sup> Epstein 1999 140.

<sup>51</sup> Argumento del juez McNair en el caso líder inglés sobre la materia (*Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, 1957, 1 WLR 582).

médica.<sup>52</sup> La referencia a la *lex artis* resulta ser con frecuencia el único camino eficaz para la prueba de la negligencia; especialmente si se toma en consideración las dificultades probatorias que suelen tener las víctimas, atendida la protección corporativa que dificulta obtener testimonios de otros médicos acerca de aspectos técnicos más sutiles de la negligencia incurrida. Por otro lado, la *lex artis* puede ser probada con referencia a la literatura médica que puede ser tenida por estándar de desempeño profesional.<sup>53</sup>

Las prácticas que el médico debe observar no sólo se refieren a la calidad del diagnóstico y a la destreza en la operación o tratamiento, sino también a la oportunidad y a los deberes presenciales cuando se trata de riesgos típicos (que hacen exigible la disponibilidad del anestesista durante la operación y hasta que el paciente recupere la conciencia, por ejemplo).<sup>54</sup>

b) Sin embargo, nada obsta a que los jueces puedan calificar como insuficientes las prácticas profesionales convencionales (*supra* N° 57). Aunque en la mayoría de los casos la observancia de una práctica profesional establecida es prueba suficiente de la diligencia, si se demuestra que esa convención no soporta un análisis mínimo de razonabilidad, porque no constituye un resguardo suficiente de los intereses de la víctima, el juez puede estimar que la misma no puede ser tenida por estándar de conducta debida<sup>55</sup> (*supra* N° 56). Sin embargo, por mucho que las prácticas aceptadas no cubran todos los casos de negligencia, ellas son determinantes para establecer un piso normativo de base sólida y son de extrema utilidad probatoria para poner al descubierto la notoria incompetencia o descuido.<sup>56</sup>

Asimismo, el recurso a la *lex artis* supone excluir como estándar de cuidado innovaciones recientes, aún no asentadas como prácticas usuales, porque los tribunales definitivamente no son el lugar para discutir acerca de avances científicos y de problemas conexos a la innovación.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Así, se ha fallado que no es posible adjudicar responsabilidad médica por la muerte de una recién nacida si se ha dado por establecido que la aplicación del 'fórceps' era la maniobra adecuada para la extracción de la niña del vientre materno, que ésta fue efectuada en forma correcta y que el fórceps fue debidamente aplicado (Corte de Santiago, 31.7.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4ª, 90); en el mismo sentido, se excluyó la responsabilidad de un grupo médico que utilizó un instrumento eléctrico en la cavidad abdominal para sujetar el intestino mientras se completaba una cirugía vaginal, que se activó provocando una peritonitis bacteriana que condujo a la muerte de la paciente, en atención a que en la época en que ocurrieron los hechos esa maniobra quirúrgica era aceptada y normalmente usada en ese tipo de intervenciones (Corte de Copiapó, 25.3.2002, GJ 265, 127).

<sup>53</sup> Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83, en que se hace referencia a guías médicas y manuales de tratamiento para dar por acreditada la negligencia.

<sup>54</sup> Palandt/Thomas § 823 66 b.

<sup>55</sup> En Inglaterra se tuvo por largo tiempo la práctica establecida como un criterio definitivo de diligencia; sin embargo, los jueces pueden revisar su razonabilidad a partir de *Bolitho v. City and Hackney Health Authority* (1997), 4 All. ER 771 (Markesinis/Deakin *et al.* 2003 318 y Jones 2002 205, con la advertencia de que es raro que los jueces desatiendan prácticas profesionales establecidas).

<sup>56</sup> Epstein 1999 140.

<sup>57</sup> Ídem 143.



Si no se prueba que existe una práctica obvia y establecida, y ninguna de las diversas alternativas de tratamiento resulta irracional, el médico tiene un ámbito de juicio prudencial, de modo que la negligencia no se sigue del solo hecho de que no haya seguido un tratamiento alternativo, aunque se pruebe que éste habría conducido a sanar al enfermo.<sup>58</sup> El mero error de juicio, en circunstancias que el cuadro clínico no mostraba a un médico experimentado y diligente un camino terapéutico inequívoco, no da lugar a responsabilidad.<sup>59</sup> Por el contrario, si el error supone una contravención del estándar de correcto ejercicio profesional, el juicio clínico debe ser calificado de acuerdo a los estándares exigibles.<sup>60</sup>

c) Finalmente, la culpa médica también puede ser *infraccional* (*supra* N° 53), si han sido infringidas reglas de cuidado establecidas por la autoridad.<sup>61</sup> En esta categoría no sólo deben entenderse comprendidas las regulaciones generales que rigen la actividad, sino también los ordenamientos internos de clínicas y hospitales. A falta de justificación, la infracción a deberes preestablecidos es suficiente para dar por establecida la responsabilidad, a condición de que el daño sufrido por el paciente pueda ser atribuido a esa infracción (*supra* § 29).

**475. Culpa y error.** a) El error excusable no debe ser confundido con la negligencia (*supra* N° 49). La cuestión es especialmente delicada en casos de responsabilidad médica.<sup>62</sup> El comportamiento culpable supone que el riesgo pueda ser evitado con el debido cuidado; por eso, no da lugar a responsabilidad el error que se produce a pesar de haberse desplegado el cuidado y la destreza exigible a un buen profesional.<sup>63</sup> El acto culpable es el que no hubiese sido realizado por una persona diligente y razonable; sin embargo, ésta no puede evitar tropiezos estadísticamente ineludibles.<sup>64</sup> Por

<sup>58</sup> Epstein 1999 142.

<sup>59</sup> Jones 2002 206, con referencia a la opinión de Lord Denning comentando *Hucks v. Cole* (1993), 4 Med. LR 393.

<sup>60</sup> Prosser/Keeton *et al.* 1984 186, Jones 2002 208, con referencias jurisprudenciales.

<sup>61</sup> Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83, en que el ilícito se tuvo por constituido por infracción al Reglamento de hospitales y clínicas privadas, contenido en el DS 161/1982, del Ministerio de Salud.

<sup>62</sup> En el derecho francés, la tendencia de la jurisprudencia fue hacer responsable a los médicos por sus errores (Viney/Jourdain 2001 374), pero una jurisprudencia posterior ha desplazado el llamado *riesgo terapéutico* del ámbito de la responsabilidad de los médicos, alejando en sede civil el fantasma de la responsabilidad por hechos que pudieren ser técnicamente calificables de fuerza mayor (cass. civ., 8.11.2000); a ello se agrega una ley de 2002, que atribuyó al seguro social la indemnización por accidentes médicos que producen consecuencias graves para el paciente, como muerte o incapacidad (M. Tapia 2003 a 26).

<sup>63</sup> Deutsch 2002 b 591; Tunc 1989 114; Le Tourneau/Cadiet 2002/03 N°s 41 y 1199.

<sup>64</sup> Un análisis de la deformación de la culpa en el derecho chileno, por su confusión con el error de conducta, en R. Domínguez Á. 1989 N° 107. Corral 2003 278 alude a esta confusión entre la culpa y estos errores médicos imprevisibles; sin embargo, la imprevisibilidad no parece ser el criterio determinante, pues se trata de errores que son normal y estadísticamente previsibles por todo buen profesional; lo determinante en sede de culpa es que al médico no resulte posible evitarlos, usando el grado de diligencia exigido por la ley.



esto, no se justifica calificar *per se* de negligente a un médico por la lesión accidental de un nervio o el corte de una arteria durante una intervención, si se asume que en un porcentaje de las operaciones difíciles ese daño se produce inevitablemente, aunque se emplee la diligencia debida.<sup>65</sup> Por lo demás, la calificación del riesgo como inevitable se relaciona con el estándar de cuidado debido, porque puede ocurrir que la eliminación de todo riesgo sea técnicamente posible, pero que satisfacer esa meta imponga una carga inexigible para el médico o la clínica. El daño que se debe al error no imputable pertenece, en definitiva, a los riesgos generales de la vida que son soportados por la víctima.<sup>66</sup> En este punto reside, en definitiva, la diferencia más esencial entre la responsabilidad estricta y la por culpa.

b) El interés de garantizar reparación a las víctimas puede llevar a confundir el comportamiento negligente con el simple error de conducta, esto es, a “asimilar una anomalía accidental de comportamiento ligada a la falibilidad humana a una anomalía culpable”.<sup>67</sup> Sin embargo, la responsabilidad civil es desnaturalizada si se la confunde con los instrumentos de socialización del daño, como son los seguros privados obligatorios y la seguridad social (*supra* § 2, en especial N° 5). En definitiva, el médico u hospital no es un asegurador, de modo que la responsabilidad civil médica no puede ser un instrumento para desplazar hacia el profesional o hacia el hospital el riesgo propio del paciente, por doloroso que ello resulte, ya que para esos fines existen otros instrumentos jurídicos y de política social. Lo anterior no se opone, como se verá enseguida, a que ciertos accidentes puedan dar lugar excepcionalmente a presunciones de culpa por el hecho propio, de acuerdo con los principios probatorios generales del derecho de la responsabilidad civil.

c) Una cuestión distinta a determinar quién asume en definitiva el riesgo del error, es la influencia que el error debidamente acreditado puede tener en la prueba de la culpa. Asumido que el médico contrae el deber de actuar con la destreza y diligencia que normalmente se puede esperar de un profesional de la salud, por lo general no es suficiente un error de diagnóstico o una decisión equivocada respecto del tratamiento para que se pueda dar por establecida su negligencia.<sup>68</sup> Por eso, por lo general debe probarse que el error no habría sido cometido por un médi-

<sup>65</sup> Chabas 2000 a 99; sobre el error excusable, Palandt/Thomas § 823 170, Jones 2002 208, Prosser/Keeton *et al.* 1984 186. En Chile se ha fallado que la circunstancia de que la encargada de un niño recién nacido prematuramente puncionara por error la arteria humeral en vez de la vena humeral, no puede considerarse culpable si se considera que “no es posible dar cifras exactas acerca de la posibilidad de puncionar erróneamente una arteria en un adulto, un recién nacido normal y un prematuro, y que si bien en todos esos casos ello puede ocurrir, es muchísimo más probable que suceda en el caso de un prematuro” (Corte de Santiago, 5.6.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 166).

<sup>66</sup> Deutsch/Ahrens 2002 67.

<sup>67</sup> J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris: LGDJ, 1973, 204, citado por M. Tapia 2003 c 91.

<sup>68</sup> Prosser/Keeton *et al.* 1984 256.



co que tuviera la destreza y diligencia exigible. En otras palabras, la regla debiera señalar que no basta imputar un error para dar por establecida una presunción de culpa.<sup>69</sup>

La regla tiende a ser diferente si el error es de tal modo evidente que justifique la aplicación de una presunción de culpa por el hecho ajeno, porque en esos casos la obviedad del error muestra que lo más razonable de acuerdo a la experiencia es atribuir ese resultado a una negligencia. Si un médico deja instrumental quirúrgico en el interior del paciente, o lee equivocadamente un examen de sangre a efectos de adoptar precauciones operatorias, o si interviene una parte equivocada del cuerpo del paciente, el efecto natural será que la negligencia se presuma, porque se trata de actividades que estaban bajo el deber de cuidado (control) del médico y porque la experiencia enseña que esos errores se deben a la negligencia de quien los ha cometido.<sup>70</sup> En ese caso, esa inferencia *prima facie* obliga a que quien incurrió en el error manifiesto pruebe que el error estaba fuera del control que le impone la diligencia (*supra* 94 b).<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Así, en un caso en que con ocasión de una operación quirúrgica se realizó por error una transfusión de sangre incompatible, la que fue enviada por el banco de sangre y se entregó al anestesista que se encontraba en el pabellón, se falló que “de los antecedentes reunidos en autos es posible concluir que el anestesista realizó su labor en buena forma y que después de haberse realizado una primera transfusión al ordenarse una segunda en medio de la operación, hubo de estar a la lógica de que la segunda remesa de sangre, que venía a nombre de la paciente, debía corresponder a la adecuada. No es posible que en medio de una intervención quirúrgica complicada en la que la labor del anestesista debe estar dirigida no sólo a suministrar la anestesia sino también a vigilar los índices vitales del paciente, su trabajo también deba ser de supervigilancia de cada uno de los actos de las demás personas que intervengan en el proceso médico que se lleva a cabo. En esta situación concreta no ha podido ser previsible para el encausado que desde la unidad de sangre del hospital se haya enviado bajo los rótulos de la paciente, sangre no compatible” (CS, 19.1.2005, rol N° 9-2003).

<sup>70</sup> Es el caso de la pabellonera que con ocasión de una operación quirúrgica incurre en un error en la identificación de un frasco de sorbitol, vaciando en él una solución diversa con la cual se irriga la vejiga del paciente, circunstancia que permite inferir responsabilidad de la clínica demandada, ya que “la gravedad de los hechos ocurridos revelan de su parte falta del debido control en el cumplimiento de los deberes de sus dependientes, especialmente en lo relativo a la perfecta identificación y localización de todas las sustancias o medicamentos que se deben usar en una intervención quirúrgica” (Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 54).

<sup>71</sup> Prosser/Keeton *et al.* 1984 256; Palandt/Heinrichs § 280 42, con referencia a que no es frecuente la excusa exitosa de un error debidamente acreditado; en la práctica jurisprudencial inglesa la presunción sólo es asumida en casos obvios, como, por ejemplo, cuando un fórceps es dejado al interior del cuerpo, un cirujano corta el pie equivocado, o el paciente despierta durante una intervención quirúrgica habiendo recibido anestesia general; pero en casos difíciles, complejos y técnicos resulta definitivamente menos efectiva para el demandante (Markesinis/Deakin *et al.* 2003 315, con referencias jurisprudenciales).

## 2. Prueba de la culpa

**476. Prueba de la culpa: deberes de colaboración.** a) Es una materia pacífica en la jurisprudencia que la infracción a los deberes de diligencia debe ser mostrada por el demandante, pues, de lo contrario, la conducta del médico no puede ser calificada de incumplimiento contractual (*supra* N° 463), ni se pueden dar por incumplidos los deberes extracontractuales de cuidado.<sup>72</sup> Esta regla probatoria define la posición estratégica de las partes en el juicio y plantea a la víctima la dificultad de que la prueba de la negligencia usualmente se encuentra con una ‘solidaridad corporativa subliminal, que intenta descubrir ámbitos de libre apreciación profesional’.<sup>73</sup>

b) La posición del médico y del hospital es de evidente ventaja probatoria, porque controlan la información relevante respecto al estado inicial del paciente, a los exámenes que le fueron realizados, al diagnóstico que llevó a tomar decisiones pretendidamente negligentes, a los detalles del tratamiento intentado o de la operación practicada y, en definitiva, a las causas precisas de la muerte o del daño corporal. Por eso, en resguardo del *principio de igualdad de los medios probatorios*, se han desarrollado correctivos que asignan a los especialistas la carga de proporcionar la información que permita determinar su propia diligencia. No se trata de una inversión de la carga de la prueba, sino de la imposición de *deberes de colaboración*, cuya inobservancia puede conducir a la construcción de una presunción judicial de negligencia, o bien a que al médico u hospital le sea rechazada la prueba de los hechos extintivos invocados. Ese es el caso, por ejemplo, si no existe una ficha médica completa, si no están disponibles los exámenes que sirvieron de base al diagnóstico y al tratamiento o si existen inexactitudes o falsedades en la información proporcionada. En otras palabras, el deber de información del médico y del hospital se extiende a los antecedentes que están bajo el control del demandado y que resultan necesarios para luego valorar la conducta observada.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Así, por ejemplo, se asumió en sede extracontractual la existencia de una obligación de medios por culpa probada del médico, al concluirse que no resulta establecida la negligencia si no se acredita que una agravación del estado inicial del paciente se debía a la deficiente atención médica recibida (CS, 28.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 157); o si no se probó que la anestesia haya sido administrada en contravención a la *lex artis* (CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, publicada también en GJ 217, 113, y F. del M. 476, 1141).

<sup>73</sup> Así expresamente el tribunal supremo alemán, citado por Kötz 1991 38.

<sup>74</sup> El criterio ha sido desarrollado explícitamente por la jurisprudencia alemana, que, en general, estima suficiente que se proporcione la ficha médica completa y el informe de la operación, si fuere el caso (Palandt/Thomas § 823 169); puede consultarse también Cabanillas 1991 911. En el extremo, cuando las circunstancias así lo justifican, este deber de ilustración puede derivar en que la incertidumbre acerca de la causa de la muerte sea un riesgo del médico o del establecimiento hospitalario (Visintini 1996 I 284). En Corte de Iquique, 9.1.2002, GJ 274, 194, la culpa de la clínica demandada por el mal funcionamiento de un electrobisturí utilizado en una operación fue inferida del hecho de no haber enviado al tribunal los informes de mantención y la fecha de adquisición de la máquina, pese a que le fue solicitado.



**477. Responsabilidades concurrentes y por el hecho ajeno.** a) La responsabilidad médica plantea delicados problemas de responsabilidades concurrentes, porque es usual que en la prestación de servicios de salud intervengan médicos, auxiliares y clínicas y hospitales. Una de las razones que con mayor intensidad justifica el cúmulo de responsabilidades en materia médica es precisamente la ventaja de evitar que el estatuto legal aplicable a unos y otros influya inequitativamente en la atribución de responsabilidades, en la medida que persisten las diferencias técnicas (más que sustantivas) entre la responsabilidad médica contractual y la extracontractual.

b) Como se podrá comprender, es incontable el número de variables que pueden tener influencia en la titularidad pasiva de la acción de responsabilidad: se puede tratar de responsabilidad contractual respecto de unos y extracontractual respecto de otros; las relaciones contractuales del paciente pueden ser con un médico en particular, que gestiona los otros servicios médicos u hospitalarios, o con un hospital o clínica, o con un conjunto de médicos; las relaciones entre las personas que interactúan pueden ser horizontales o de dependencia. Por eso, aquí sólo se hará referencia a las orientaciones más generales, sin ánimo alguno de exhaustividad.<sup>75</sup>

c) Es usual que el paciente contrate con un *médico*, quien, a su vez, encarga a otros especialistas exámenes o actuaciones médicas específicas. Esa responsabilidad contractual por el hecho ajeno es independiente de toda culpa del médico, quien está personalmente obligado con el paciente, en virtud del antiguo principio de que en sede contractual se responde como propios por los hechos de los auxiliares en la ejecución de la prestación convenida:<sup>76</sup> se trata de una responsabilidad estricta por la culpa ajena, que tiene su antecedente en la obligación contractual.

En sede extracontractual, el médico que dirige el tratamiento u operación sólo responde del hecho de quienes son sus dependientes, según las reglas sobre presunciones de culpa por el hecho ajeno (*supra* § 17).<sup>77</sup> Si no es posible establecer esa dependencia, cada profesional del equipo médico sólo responde por el hecho propio, sin perjuicio de los deberes recíprocos de coordinación.<sup>78</sup> La eventual concurrencia de responsabilidades queda regida en esos casos por las reglas generales (*supra* N° 277).

La cuestión se presenta de modo diferente si la relación contractual o el deber de cuidado son atribuibles a una clínica u hospital, en cuyo caso

<sup>75</sup> Un análisis de las diversas hipótesis de responsabilidad médica y de clínicas u hospitales por el hecho de dos o más personas en Pizarro 2003 a.

<sup>76</sup> Aunque no existe en Chile una disposición general que establezca la responsabilidad contractual por el hecho de auxiliares, ella está asentada en la tradición comparada del derecho civil y puede ser inferida de la norma del artículo 1679; otras normas de la parte especial del derecho de contratos observan el mismo principio (artículos 1925, 1926, 1941, 2014 y 2015); en el mismo sentido, P. Rodríguez 1999 29.

<sup>77</sup> Así, el médico tratante es tenido presuntamente por culpable de la negligencia incurrida por la partera que lo auxilia; de igual modo, responde de las torpezas incurridas por el reemplazante que haya designado (Mega Code § 1147, 229, Palandt/Thomas § 823 70 a).

<sup>78</sup> Palandt/Thomas § 823 70.

la responsabilidad se rige por los principios aplicables a los empresarios (*supra* § 18, *infra* N° 489) o del respectivo órgano de la Administración del Estado (*supra* N°s 349 y 352), según corresponda, sin perjuicio de las responsabilidades personales en que puedan incurrir los médicos por su negligencia, que en tales casos se rige por las reglas generales de la responsabilidad extracontractual.

e. *Obligaciones de resultado y culpa presumida en la responsabilidad médica*

**478. Carácter excepcional de la inversión del peso de la prueba.** En circunstancias que el paciente (o las víctimas de daño reflejo) deben probar los hechos que muestran la negligencia para que pueda tener éxito su pretensión indemnizatoria, el *riesgo probatorio de la culpa es soportado por el demandante* de la responsabilidad. Este principio se relaciona con la idea de que “la perfección es un ideal social, pero no una exigencia jurídica; todo lo que se le puede pedir al médico es un esfuerzo honesto de conformidad con los estándares acostumbrados”.<sup>79</sup>

La *inversión del peso de la prueba*, con el efecto de que la negligencia se tenga *prima facie* por acreditada, es excepcional, porque supone el riesgo de desconocer la naturaleza meramente instrumental de los deberes médicos de cuidado. El camino conceptual para construir una presunción de culpa es diferente en los distintos tipos de responsabilidad: mientras en la responsabilidad extracontractual la inversión del peso de la prueba exige construir una presunción de culpa por el hecho propio, en materia contractual ese efecto se produce si la obligación del médico u hospital es calificada como una obligación de resultado. Sin embargo, los efectos son análogos en uno y otro caso.

**479. Presunción de culpa médica en la responsabilidad extracontractual.** Si la responsabilidad es planteada en sede extracontractual, la inversión de la carga probatoria exige que los hechos cumplan las condiciones que se infieren del artículo 2329, para asumir una presunción de culpa por el hecho propio (*supra* N° 94). Por lo expresado, esta presunción de culpa está sujeta a requisitos exigentes en materia de accidentes médicos.

Ante todo, puede asumirse que la culpa se infiere si los *efectos* de una intervención médica son en extremo *desproporcionados respecto del riesgo* que naturalmente se sigue de ella. En consecuencia, todo indica que de la magnitud del daño, atendida la presumible inocuidad de la intervención, en principio se puede inferir que aquél ocurrió a causa de alguna negligencia.<sup>80</sup> En segundo lugar, la presunción procede si quedan en evidencia errores médicos u hospitalarios obvios, de aquellos que no suelen ocurrir si se actúa diligentemente (*supra* N° 475). En uno y otro caso los hechos

<sup>79</sup> Epstein 1999 141.

<sup>80</sup> Asúa en Reglero 2002 a 986, con referencias jurisprudenciales españolas.



muestran *prima facie* que el daño puede ser atribuido a la negligencia médica. Fuera de estas hipótesis, el derecho comparado es reticente a dar por establecida una presunción de culpa.

**480. Obligaciones contractuales de resultado.** Para que la relación contractual del médico u hospital con el paciente dé lugar a una *obligación de resultado*, en cuya virtud el médico o la clínica se obligan a proporcionar el beneficio perseguido por el paciente (y no sólo a actuar indeterminadamente con diligencia y cuidado), se requiere un acuerdo expreso (lo que es inusual) o una interpretación de la voluntad común de las partes. La pregunta en este último caso se refiere a los tipos de situaciones en que puede asumirse que el acuerdo contractual no sólo tiene por objeto que el agente médico realice diligentemente una gestión o prestación profesional, sino que se obliga a que el paciente obtenga el beneficio perseguido.

En atención a la excepcionalidad de esta convención deben establecerse supuestos más bien estrictos para que ella pueda ser inferida a partir de una interpretación del contrato. Para ello es necesario recurrir a las *convenciones implícitas en el tráfico profesional* (artículo 1546). La pregunta pertinente se refiere, entonces, a las situaciones en que el paciente tiene derecho a esperar que la intervención médica no le acarree riesgos, de modo que el sentido de la convención es que el médico u hospital se obligan derechamente a proveer el resultado perseguido. Así ocurre, por ejemplo, si una grave consecuencia vital se sigue de una cirugía estética menor o si el donante sufre una infección con ocasión de una transfusión de sangre.<sup>81</sup> En definitiva, de modo análogo a lo que en sede extracontractual ocurre con la presunción de culpa, la notoria desproporción entre el riesgo asumido y el efecto que el paciente soporta es el antecedente más claro para dar por establecida una obligación médica de resultado.

Un efecto práctico de la obligación de resultado es excluir la excusa del error, lo que es coherente con las limitaciones a la excusa de diligencia, de modo que, por lo general, al médico sólo le queda abierto probar un caso fortuito o fuerza mayor (*infra* N° 781).

**481. Productos o instrumental defectuosos.** a) Los servicios médicos suponen la *utilización de medicamentos y otros productos de salud* (por ejemplo, prótesis). Su empleo adecuado forma parte del cumplimiento de la obligación principal de medios del médico,<sup>82</sup> pero su naturaleza defectuosa da típicamente lugar a la aplicación de las reglas generales sobre productos defectuosos: del defecto se puede inferir la culpa de quien lo ha fabricado

<sup>81</sup> Méga Code § 1147 221, Penneau 1996 10, Asúa en Reglero 2002 a 989; sobre la *contaminación* de la sangre, *infra* N° 481.

<sup>82</sup> Palandt/Thomas § 823 71, con indicación de que el médico debe comprobar el debido funcionamiento de instrumentos de importancia vital.



o proveído (*infra* § 53); y si la relación es de carácter contractual, usualmente se trata de una obligación de resultado.<sup>83</sup>

b) Como en cualesquiera otros productos defectuosos, a efectos de definir la *responsabilidad del fabricante* conviene distinguir, también en esta materia, entre distintos tipos de defectos. Los *defectos de producción*, caracterizados porque el producto no responde al diseño previsto, están sujetos a presunciones de culpa muy fuertes (que en el derecho comparado dan lugar a una responsabilidad estricta calificada por el solo hecho del defecto); los *defectos de diseño* sólo pueden darse por acreditados cuando “los riesgos previsibles de daño impuestos por el producto pudieron haberse evitado o reducido si se hubiese adoptado un razonable diseño alternativo”,<sup>84</sup> de modo que más bien están sujetos a las reglas generales de responsabilidad por culpa probada; y los *defectos de información* a los médicos y demás proveedores de servicios de salud acerca de los riesgos del producto sólo pueden dar lugar a presunciones de culpa en la medida que la omisión de instrucciones claras puede ser tenida *prima facie* por negligente (esto es, si de acuerdo con la experiencia, una información correcta y completa habría podido evitar el riesgo de daño). Por otra parte, si los materiales y productos se encuentran en un estado de experimentación, y el paciente conoce y acepta informadamente su utilización, el médico sólo será obligado al deber general de prudencia y diligencia en su instalación o administración.

Las reglas sobre productos defectuosos pueden ser extendidas a las transfusiones de sangre contaminada, bajo el supuesto de que se pruebe el vicio que la afecta.<sup>85</sup>

c) La *responsabilidad de los hospitales y clínicas* por la mantención del instrumental, infraestructura (salas de operaciones) y material quirúrgico en condiciones de ser usado puede dar lugar a presunciones de culpa por el hecho propio, porque se dan todos los requisitos para su aplicación: se trata de riesgos que están bajo el control del establecimiento y, de acuerdo con la experiencia, de su inadecuada condición se puede inferir la negligencia (*supra* N° 94).

d) En principio, la responsabilidad por productos defectuosos o por material en mal estado no recae sobre el médico, salvo que se le pueda imputar personalmente negligencia, según las reglas generales. La misma regla es aplicable a hospitales y clínicas por los medicamentos e instrumentos proporcionados por proveedores y fabricantes correctamente seleccionados.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> Chabas 2000 b N°s 57 y 76. En un ámbito cercano al médico, luego de los contagios por sangre contaminada con VIH, en Francia se hace responsable a los centros de transfusión sanguínea de una obligación de resultado en cuanto a la inocuidad de la sangre que suministran; aunque las clínicas, imposibilitadas de controlar la calidad de la sangre que reciben de terceros proveedores, siguen sujetas a una obligación de medios (cass. civ., 12.4.1995, *Droit et patrimoine*, enero 1996, 96, con nota de F. Chabas, referido en Chabas 2000 77).

<sup>84</sup> Restatement/Torts III 2 a).

<sup>85</sup> Méga Code § 1147 243.

<sup>86</sup> Asúa en Reglero 2002 a 983.



**482. Errores en exámenes y análisis.** a) La interpretación que debe efectuar el profesional del alcance y relevancia de los exámenes médicos es una actividad sometida a la regla general de las obligaciones de medios, que exige una conducta prudencial en el diagnóstico que se sigue de esos antecedentes.

b) Distinta suele ser la situación respecto de los laboratorios, establecimientos y expertos que realizan exámenes o análisis, de quienes el paciente puede legítimamente esperar un resultado exento de errores (como ocurre, por ejemplo, con la determinación del grupo sanguíneo). Así, la tendencia es a imponer a los laboratorios médicos una obligación contractual de resultado; o someterlos a una presunción de culpa extracontractual, que tiene por fundamento el simple hecho del error (*supra* N° 475 c).<sup>87</sup> Con todo, la presunción es *prima facie*, de modo que puede ser desvirtuada si se muestra que la complejidad del examen excluye que del mero error se pueda inferir la negligencia.

f. *Deberes de información, consejo y consentimiento*

**483. Principio del consentimiento informado.** a) Las relaciones del médico u hospital con el paciente están regidas por el principio de que no se puede realizar una intervención quirúrgica o aplicar un tratamiento riesgoso o doloroso sin el consentimiento ilustrado y libre del interesado, a menos que la autorización no pueda ser razonablemente obtenida y, además, la operación o tratamiento se imponga como una necesidad médica o en razón de un peligro inmediato.<sup>88</sup> En verdad, este deber de cuidado del profesional se descompone en tres aspectos diferentes: informar acerca de los riesgos y las alternativas de tratamiento, dar un consejo profesional serio, y obtener el consentimiento. El médico ya no puede actuar, como se entendió en el pasado, como un déspota benevolente respecto del paciente.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> CS, 5.11.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 234, también publicada en GJ 257, 39, comentada en Jana/Tapia 2004, donde se condena a un laboratorio médico a indemnizar a un cliente que contrató sus servicios para efectuarse un test de sida y a quien se informó erróneamente que su sangre estaba contaminada con el VIH, en circunstancias que tres años más tarde se comprobó que nunca lo había portado. La sentencia de instancia había declarado que por tratarse del sida, el laboratorio debió extremar los cuidados en la identificación de la muestra, exigiendo incluso gestiones que iban más allá de los deberes legales vigentes a esa fecha, lo que es consistente con los criterios de determinación del estándar de cuidado cuando se trata de daños potencialmente graves (*supra* N°s 59 y 88). En igual sentido, en sede extracontractual se ha resuelto que “un errado diagnóstico del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, sin haber agotado los procedimientos necesarios para rectificar tal diagnóstico y que dio origen a los daños que sufrió la actora, hacen también responsable a la demandada” (Corte de Santiago, 28.12.1999, GJ 234, 63). En general, la obligación de tomar y etiquetar correctamente una muestra de sangre es también una obligación de resultado; sobre la responsabilidad por exámenes, Penneau 1996 10.

<sup>88</sup> Cass. civ., 11.10.1988 (Mega Code § 1147 2).

<sup>89</sup> Epstein 1999 143.

En definitiva, los deberes de información están orientados precisamente a satisfacer este *principio de autodeterminación* del paciente o de su familia, en su caso. Rigen por igual si la relación del paciente con el médico se plantea en el terreno contractual, donde se trata de un deber precontractual de información del experto con el lego (*infra* N° 815), o si la relación no está regida por contrato, en cuyo caso se trata de un deber general de cuidado con el paciente.<sup>90</sup> Siguiendo una directiva general aplicable a las relaciones entre expertos y legos, los deberes de información del médico se justifican como el medio más eficaz para compensar el desequilibrio entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del inexperto.<sup>91</sup>

b) La información que el médico debe entregar al paciente debe ser comprensible y suficiente para que éste pueda adoptar una decisión razonada.<sup>92</sup> La exigencia de que la información sea comprensible se deriva del deber de lealtad impuesto por la buena fe. Por lo mismo, no es necesario que sea por completo precisa desde el punto de vista técnico; así, a la inversa, una información técnicamente completa y detallada podrá resultar ininteligible y puede ser tenida como por inadecuada. La información es suficiente cuando da cuenta de la condición del paciente, de los riesgos del tratamiento o intervención y de los riesgos de un eventual método alternativo de tratamiento o de no emprender tratamiento alguno.<sup>93</sup> En definitiva, se trata de ilustrarle acerca de los riesgos graves que el paciente asume y los males que se le pretende evitar.<sup>94</sup> Además, cuando se trate de riesgos graves, la información deberá ser entregada aunque no sea solicitada por el paciente o su familia.<sup>95</sup>

La obligación de informar exige un juicio prudencial del médico, que debe ser valorado en concreto. Todo indica, por ejemplo, que un riesgo de baja probabilidad y de moderada intensidad no tiene que ser informa-

<sup>90</sup> Sobre la evolución de estos deberes de información, Chabas 2000 b N° 28.

<sup>91</sup> Epstein 1999 146.

<sup>92</sup> Palandt/Thomas § 823 45, Asúa en Reglero 2002 a 990. La jurisprudencia francesa ha estimado que “un médico debe dar a su paciente una información real, ilustrativa y apropiada sobre los riesgos graves relacionados con los tratamientos propuestos y no está dispensado de este deber si los riesgos son excepcionales” (cass. civ., 7.12.1999, referido en Méga Code § 1147, 210; sobre la doctrina francesa en la materia M. Tapia 2003 c 94, con referencia a Penneau 1996 17 y Castelletta 2002 77; en un sentido análogo, la jurisprudencia alemana (Medicus 2002 157).

<sup>93</sup> Prosser/Keeton *et al.* 1984 191.

<sup>94</sup> La Corte de Casación francesa ha expresado estas ideas en la exigencia de que “fueran de los casos de urgencia, de imposibilidad o de rechazo del paciente, un médico debe entregar una información leal, clara y apropiada sobre los riesgos graves relacionados con las investigaciones y cuidados propuestos y no está dispensado de este deber si esos riesgos son excepcionales” (cass. civ., 7.10.1998, Méga Code § 1147 35); ese tribunal luego ha reconocido una regla más limitada respecto del alcance de los deberes (cass. civ., 13.11.2002, con nota de P. Jourdain, RTDC, 2003, 98).

<sup>95</sup> Epstein 1999 143.



do;<sup>96</sup> y rige lo mismo si el riesgo no es catastrófico y de extremadamente baja probabilidad. Tampoco pertenecen al deber de información los riesgos que pertenecen pública y notoriamente a la intervención.<sup>97</sup>

La obligación de información médica está siempre amenazada por los peligros de amedrentar al paciente, dificultando la decisión racional que justifica la imposición de ese deber; o de transformarse en una carga rutinaria carente de toda sustancia.<sup>98</sup> Entre esos extremos se mueve el deber de diligencia y cuidado profesional del médico o del establecimiento hospitalario, asumiendo que el deber tiene por finalidad radicar en el paciente la decisión, en la medida de lo posible y de manera razonable. Por eso, parece razonable exigir del médico una *ilustración escalonada*, que advierta al paciente en general sobre los riesgos y luego en detalle responda las preguntas que éste plantee.<sup>99</sup> Es un camino para conciliar el interés de que sea el paciente quien tome una decisión informada y, al mismo tiempo, ser respetuoso en cuanto a la cantidad de información que él puede requerir.

En atención a que el profesional es el mejor capacitado para acreditar la entrega de la información, así como su pertinencia y suficiencia, se tiende a invertir el peso de la prueba en su contra, con la reserva de que cualquier medio de prueba es admisible, porque no le resultan aplicables las restricciones probatorias de los artículos 1708 y 1709; lo anterior es especialmente importante si se atiende a que usualmente la información será proporcionada verbalmente, porque en la relación con el paciente una información personal resulta preferible a un protocolo burocrático.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> La jurisprudencia francesa reconoció desde 1942 obligaciones médicas de información, pero más recientemente ha puesto límites, tanto en materia de determinación del deber, como de causalidad; en el primer sentido, se ha fallado que no hay infracción al deber de información si no se ha advertido al paciente acerca del riesgo muy extraño de que la ablación de un nódulo en la glándula tiroidea derivara en una lesión, por causa desconocida, de un nervio recurrente (cass. civ., 13.11.2002, con nota de P. Jourdain, RTDC, 2003, 98); sobre las preguntas de causalidad que envuelve la infracción a deberes de información, *infra* § 50 g.

<sup>97</sup> Palandt/Thomas § 823 47 y 56.

<sup>98</sup> Sobre los riesgos de exigir en exceso, F. Chabas, *L'obligation médicale d'information en danger*, en JCP *La Semaine juridique*, G 2000, 212, citado por M. Tapia 2003 c 95; acerca del riesgo de que el deber de información se transforme en un trámite formulario, Kötz 1991 38. En la medida que puedan ser entendidas como elemento de un contrato de adhesión, a la información formularia se le aplican las reglas sobre condiciones generales de contratación con consumidores (ley N° 19.496, artículos 2 letra f y 16 y siguientes).

<sup>99</sup> Medicus 2003 b 157, con expresa preferencia por una información verbal de la que luego el médico deje protocolo escrito.

<sup>100</sup> Palandt/Thomas § 823 47 y 56. En el derecho francés se habla de una obligación de *medios agravada*, en cuya virtud el obligado tiene la carga probatoria de haberla entregado (cass. civ., 25.2.1997, RTDC, 1997, 494, con nota P. Jourdain); la ley N° 2002-303, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud, confirmó esta regla, autorizando al médico probar por cualesquiera medios el cumplimiento del deber (lo que tiene por evidente objeto evitar que se transforme en un trámite burocrático).

c) El deber de información es completado por el *deber de consejo*, que supone recomendar un camino de acción de conformidad con el estado del arte médico, incluso en contra de la opinión del paciente.<sup>101</sup> Así, por ejemplo, no cumple su deber profesional el médico que omite reenviar al paciente a un especialista, en circunstancias que sus propios conocimientos no son suficientes, de acuerdo con la *lex artis*, para evaluar el riesgo; o el que no advierte de los riesgos informados por el fabricante de un instrumento o medicamento.<sup>102</sup> Como se puede comprender, la omisión de un consejo se puede traducir en un daño incremental o en la pérdida de una oportunidad de sanar (*infra* N° 486).

d) Para que la infracción a deberes de información dé lugar a responsabilidad civil se requiere que el daño sufrido por la víctima pueda ser atribuido causalmente a la omisión. La cuestión será tratada a continuación, conjuntamente con otros temas de causalidad en materia de responsabilidad médica (*infra* sección g siguiente). Entretanto, basta advertir que un riesgo de la expansión de los deberes de información, sin consideración de su relevancia práctica en el desenlace médico del paciente, lleva a que esos deberes tengan el efecto de transformar en estricta, por un camino insospechado, una responsabilidad médica que está naturalmente sostenida en el principio de negligencia.<sup>103</sup> Por lo mismo, debe entenderse que los deberes de información presentan analogía con las obligaciones contractuales de medios, pues están sujetos a una regla de razón, que exige ponderar las circunstancias del caso para su determinación en concreto.

#### g. Daño y causalidad

**484. Aplicación de las reglas generales sobre daño y causalidad.** a) En el capítulo de daño se han tratado algunos aspectos esenciales de la reparación del daño corporal (*supra* N° 182). Aquí sólo cabe hacer referencia a lo entonces desarrollado.

b) La responsabilidad médica también plantea las preguntas generales que son calificadas bajo el requisito de causalidad: la negligencia debe haber sido determinante en la ocurrencia del daño; el deber de diligencia que se tiene por incumplido debe tener por fin proteger al paciente de los daños efectivamente sufridos; el daño debe ser directo, en el sentido de ser objetivamente atribuible al ilícito (*Capítulo IV*). En consecuencia, en este párrafo sólo serán referidas, sin pretensión alguna de exhaustividad, algunas preguntas especiales que se aplican a la actividad de los médicos y establecimientos de salud.

**485. Conexión de causalidad en la responsabilidad médica.** a) Para que haya lugar a la responsabilidad se requiere, ante todo, que el *daño sea consecuencia de la acción u omisión negligente*, de modo que si un médico es

<sup>101</sup> Palandt/Thomas § 823 45.

<sup>102</sup> Méga Code § 1147 218, Palandt/Heinrichs § 823 69.

<sup>103</sup> Epstein 1999 146.



demandado por haber efectuado negligentemente un diagnóstico equivocado o por no haber aplicado el tratamiento adecuado, debe mostrarse que el paciente no habría sufrido el daño si el médico hubiese actuado con diligencia;<sup>104</sup> a la inversa, siempre le será admisible al médico la prueba de que el daño de igual modo se habría producido en la hipótesis de haberse actuado de acuerdo con la *lex artis*<sup>105</sup> (*supra* N° 265).

b) De especial interés es la pregunta por la causalidad en el caso de incumplimiento de *deberes de información*. La infracción del deber de información da lugar a responsabilidad cuando de ella se sigue un perjuicio, de modo que no hay responsabilidad cuando la omisión no es causalmente determinante del daño. Acreditado que el médico no dio la información debida (sea por omisión o por falsedad), éste puede excusarse probando la voluntad hipotética del paciente en el evento de haber sido informado, atendiendo a las características generales de la enfermedad y a la situación en que se produjo la omisión.<sup>106</sup> Este correctivo de causalidad es decisivo para evitar que los deberes médicos de información desplacen a los deberes propiamente de diligencia en el diagnóstico y tratamiento, expandiendo artificiosamente la responsabilidad más allá de sus límites naturales.<sup>107</sup>

En verdad, el ilícito del médico que determina la responsabilidad médica es no haber dado al paciente la oportunidad de rechazar el riesgo,<sup>108</sup> lo que supone analizar si el daño podría haberse omitido siguiendo un camino de acción alternativo.<sup>109</sup> Si bien el derecho moderno no abre las puertas al paternalismo de los profesionales respecto de sus clientes (especialmente en el caso de los médicos), pueden haber justificaciones serias para no entregar información, atendido el estado del paciente y los efectos que se pueden seguir para éste si fuese por completo ilustrado acerca de su estado. Aun descartada una actitud simplemente paternalista, que lleva a que no sea el paciente quien toma la decisión, subsiste la cuestión fundamental de que el discernimiento práctico acerca de la extensión del deber de informar (culpa) y acerca de los efectos que se siguen de su omisión (causalidad) es necesariamente prudencial en muchos casos.

#### **486. Incertidumbre acerca de la causalidad: pérdida de oportunidades de sanar.** Con frecuencia la pregunta relevante en materia de causalidad no

<sup>104</sup> Para fallos que se refieren a la relación de causalidad entre la infracción al deber de cuidado del médico y el daño: CS, 16.5.1985, F. del M. 318, 245; Corte de Santiago, 31.7.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 4ª, 90; Corte de San Miguel, 15.4.1993, GJ 143, 75, también publicada en RDJ, t. LXXXIX, sec. 2ª, 39; CS, 20.6.1996, F. del M. 451, 1228; CS, 2.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 4ª, 95, publicada también en GJ 217, 113, y F. del M. 476, 1141; CS, 16.3.1998, GJ 213, 112; CS, 28.1.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4ª, 71; y Corte de Copiapó, 25.3.2002, GJ 265, 127.

<sup>105</sup> Kötz 1991 56, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 319.

<sup>106</sup> Asúa en Reglero 2002 a 992, Palandt/Thomas § 823 51, Böcker 2005 925 (con referencia a que el ‘consentimiento hipotético’ excluye el nexo causal entre el defecto de información y el daño), Prosser/Keeton *et al.* 1984 191, Epstein 1999 145.

<sup>107</sup> Sobre los riesgos de que la falta de información se transforme en el criterio principal de atribución de responsabilidad, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 324.

<sup>108</sup> P. Jourdain, comentando jurisprudencia en RTDC, 2003, 98.

<sup>109</sup> Epstein 1999 145.



se refiere a si el daño corporal fue un resultado cierto e inequívoco de la negligencia médica, sino a si en razón de esa negligencia el paciente perdió una oportunidad de sanarse. Tomada literalmente, la exigencia de que el daño sea cierto tiende a restringir en exceso la responsabilidad médica, pues la negligencia *puede* haber tenido por efecto que el paciente no haya sanado o que su estado no se haya agravado (*supra* § 21 a). La cuestión es crucial en la distribución de riesgos cuando la causalidad del hecho del demandado respecto del daño es meramente probable. Por eso, no es extraño que en los sistemas jurídicos más diversos la idea de pérdida de oportunidades de sanar o de no agravamiento plantee preguntas críticas de causalidad en sentido estricto: ¿cuál es el umbral de certeza del vínculo causal para que pueda estimarse que la negligencia es causa necesaria del daño?; ¿basta una probabilidad alta para reconocer al hecho del demandado como causa del daño?; ¿es correcto desde un punto de vista sistemático y práctico considerar la probabilidad al momento de fijar la indemnización o resulta preferible una opción ‘todo o nada’, que es necesariamente una representación impropia de lo probado en la causa? Aunque estas preguntas son particularmente importantes en materia de responsabilidad médica, su lugar sistemático se vincula al requisito estructural de toda responsabilidad civil, que exige una relación de causalidad entre la conducta negligente del médico demandado y el daño alegado por el demandante. Por eso, aquí cabe referirse a lo dicho al tratar en general ese requisito de la responsabilidad (*supra* N° 246).<sup>110</sup>

**487. Imputación de daños subsecuentes al error médico inicial.** Por regla general, los daños subsecuentes, que se siguen del daño inicial causado por la negligencia médica, son atribuibles a quien la cometió, porque lo usual es que esos daños derivados puedan ser tenidos por directos (*supra* § 30). En verdad, estas cuestiones son relativamente infrecuentes en casos de responsabilidad médica, porque rara vez hay razones para asumir que los daños subsecuentes, debidos causalmente a la negligencia, no están en una relación directa con la conducta descuidada.<sup>111</sup> Así, por ejemplo, si el paciente se quiebra una pierna y este accidente tiene por causa la torpeza incurrida por el cirujano en una operación anterior, este segundo daño está en relación de causa adecuada y pertenece naturalmente al riesgo creado por aquella negligencia; y lo mismo vale si a consecuencia de un tratamiento contrario a la *lex artis*, el paciente queda en un estado de vulnerabilidad que luego lo hace susceptible a contraer otra enfermedad más grave.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> Markesinis/Deakin *et al.* 2003 324.

<sup>111</sup> Ídem 318.

<sup>112</sup> Prosser/Keeton *et al.* 1984 309; en un fallo que consolida una doctrina en la materia, en el derecho alemán se ha dispuesto que si a consecuencia de un error médico resulta necesaria una nueva intervención, el médico no sólo responde de los costos de esta última, sino también de las consecuencias que se siguen de la falta del médico que trata con posterioridad a la víctima, porque entre la negligencia inicial y el segundo daño existe una relación de causa adecuada y el daño consecuente materializa un riesgo creado por esa negligencia inicial (BGH, 6.5.2003).



**488. Prueba de la causalidad.** a) De acuerdo con las reglas generales, la prueba de la relación causal pertenece al demandante.<sup>113</sup> En circunstancias que la prueba puede ser difícil para el demandante, suele ser de gran importancia práctica la construcción de presunciones de causalidad. Sin embargo, una mera probabilidad de que el daño se deba a la negligencia no es suficiente para invertir el peso de la prueba. En cambio, si está probada la negligencia y el daño es de aquellos que usualmente se producen a consecuencia de una falta de cuidado, se puede tener *prima facie* por probada la relación causal (*supra* N° 272). Esta inferencia es particularmente razonable si se ha acreditado una grave falta de diligencia médica, a menos que ésta sea una causa improbable del daño;<sup>114</sup> lo mismo vale en el caso que el paciente contraiga infecciones intrahospitalarias, esto es, que no son de aquellas que pueden derivarse de la propia intervención quirúrgica a que ha sido sometido (*infra* N° 493).

#### h. Responsabilidad de hospitales y clínicas

**489. Principios que rigen la responsabilidad de hospitales y clínicas.** Del mismo modo que en el ámbito más general de la responsabilidad médica, a los hospitales y clínicas resultan ejemplarmente aplicables las reglas generales de la responsabilidad patrimonial por daños.<sup>115</sup> En consecuencia, los establecimientos responden por negligencia, la que debe ser probada por el demandante, a menos que proceda construir una presunción de culpa por el hecho propio o ajeno,<sup>116</sup> o se trate de un caso de culpa infraccional.<sup>117</sup> Además, la negligencia debe ser causa del daño y, en el caso de ocurrencia de daños consecuentes, debe haber una relación directa de éstos con el ilícito inicial. En fin, la fortaleza de la doctrina general de la responsabilidad civil y de la responsabilidad patrimonial del Estado se muestra muy especialmente en la responsabilidad médica, lo que es extensible a la de clínicas y hospitales.

**490. Dificultad de unificar los distintos tipos de responsabilidad de hospitales y clínicas.** a) Ante todo, la actividad de los hospitales y clínicas está

<sup>113</sup> CS, 28.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, 157; asimismo, se ha fallado que no puede darse por probada la supuesta negligencia médica de olvidar unas pinzas en la zona abdominal, si ese hecho podía atribuirse a otras intervenciones anteriores que había sufrido la víctima (CS, 16.3.1998, GJ 213, 112).

<sup>114</sup> Palandt/Thomas § 823 170; C. Katzenmeier, en JZ 2004, 1030.

<sup>115</sup> Las bases para el análisis de la responsabilidad de hospitales y clínicas a la luz de los principios generales de la responsabilidad civil en Zelaya 1997.

<sup>116</sup> Por lo mismo, las obligaciones contractuales de clínicas y hospitales son de medios, como en el caso de los médicos (Méga Code § 1147 238).

<sup>117</sup> Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 83, con referencia a la inobservancia por la clínica demandada del Reglamento de hospitales y clínicas privadas, con lo que se da por acreditada la negligencia.

sujeta a las reglas de la responsabilidad patrimonial aplicables al tipo de relación que tienen con el paciente, de modo que les resultan aplicables los principios que rigen la responsabilidad del empresario por el hecho propio y ajeno (*supra* § 15) o de la Administración del Estado (*supra* § 40 d), según corresponda. Aunque en la materia las diferencias entre ambos estatutos de responsabilidad no son esenciales, conviene tener presente que la responsabilidad debe ser construida de conformidad con el concepto de culpa civil, en el caso de los establecimientos que actúan bajo un estatuto de derecho privado, y de falta de servicio, si lo hacen bajo un régimen de derecho público.<sup>118</sup>

b) Enseguida, no es posible establecer un criterio único de atribución de responsabilidad a hospitales o clínicas, porque éstos prestan servicios de muy diversas índoles:

- hospedan al paciente durante su internación;
- proporcionan equipamiento e infraestructura para los exámenes e intervenciones quirúrgicas;
- proporcionan personal médico, paramédico y auxiliar que complementa la actividad del médico tratante contratado por el paciente; y
- eventualmente, asumen personalmente el cuidado médico del paciente, sin intervención independiente de un médico tratante, suministrando el equipo profesional médico y auxiliar, los exámenes y los demás medios profesionales y físicos para realizar diagnósticos e intervenciones.<sup>119</sup>

La clínica u hospital puede estar en una o más de éstas situaciones, lo que será determinante al momento de establecer su responsabilidad. Así, por ejemplo, si el paciente ha contratado con el médico, quien, a su vez, contrata uno o más servicios con el establecimiento hospitalario, éste no puede ser hecho responsable de la negligencia incurrida por el médico o por los auxiliares que haya personalmente contratado para servicios profesionales; pero sí puede serlo como administrador de la infraestructura, instalaciones y equipos puestos a disposición de la víctima.

Por otro lado, como se puede comprender, cada una de las prestaciones hospitalarias está sujeta a las reglas de cuidado y, en general, al estatuto de responsabilidad que les resulta aplicable según su naturaleza. Así, por ejemplo, los hospitales responden del servicio de hotelería de la manera que lo hace el posadero; del cuidado de la infraestructura hospitalaria, y particularmente de su esterilización, de acuerdo con los estándares exigibles a quienes tienen bajo su control riesgos significativos; de la mantención de los equipos médicos utilizados, según las reglas aplicables a daños provocados

<sup>118</sup> La distinción atiende a la índole de la relación con el paciente y no al estatuto jurídico personal del establecimiento, porque un hospital público puede actuar bajo relaciones de derecho privado (CS, 24.1.2002, GJ 259, 38).

<sup>119</sup> Un panorama de los diversos tipos de relaciones que pueden surgir a propósito de un tratamiento médico en Zelaya 1997 13. Sobre la influencia de los seguros de instituciones de salud previsional (Isapres) en la contratación de médicos y de servicios médicos integrales con las clínicas asociadas al sistema respectivo, con referencia a la responsabilidad de aquéllas, R. Vásquez 1995 154, quien cita Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 54.



por los productos defectuosos; de los servicios médicos que sean prestados sin intermediación del médico tratante, de acuerdo con los principios de la responsabilidad por el hecho ajeno, o bien de la responsabilidad del empresario o de los servicios públicos, según sea el caso.<sup>120</sup>

c) A lo anterior se agrega que la relación con el paciente, en una o varias de las funciones que asuma el hospital, puede tener naturaleza contractual o extracontractual, dependiendo de si se puede dar por establecida una convención (a la que le resultan aplicables los principios de buena fe contractual y, especialmente, las reglas de la Ley de consumidores),<sup>121</sup> o si la recepción del paciente se produce de acuerdo con las obligaciones generales de servicio público o de cualquier otro modo que excluya una convención entre el establecimiento hospitalario y el paciente. Así, por ejemplo, ocurre con frecuencia que la relación contractual sólo puede ser construida a partir de una estipulación en favor del paciente que el médico tratante hace con el hospital o clínica donde efectúa la operación o tratamiento.<sup>122</sup>

d) De lo anterior se sigue la dificultad para subsumir la responsabilidad de hospitales y clínicas bajo un régimen especial y unívoco de responsabilidad. En efecto, en esta materia convergen, como en pocas otras, los más diversos institutos generales de la responsabilidad civil; además de las reglas aplicables a la responsabilidad médica, que resultan pertinentes en razón de su objeto, son especialmente relevantes las reglas y principios que rigen la responsabilidad del empresario y de los órganos de la Administración del Estado (según sea el caso, atendido el tipo de relación del paciente con el establecimiento).

<sup>120</sup> Los hospitales responden extracontractualmente, bajo un régimen de culpa presunta, de los daños causados por la negligencia de los médicos que son dependientes de la organización, pero la tendencia doctrinaria y jurisprudencial tiende a ser extensiva en el reconocimiento de esa dependencia, entendiéndose que ella existe, por ejemplo, respecto de los profesionales que trabajan a honorarios (Zelaya 1997 47); por el contrario, la responsabilidad contractual de esos establecimientos por el hecho de cualesquiera personas en quienes deleguen la ejecución de prestaciones es estricta o vicaria, bajo el supuesto, como es obvio, de que el auxiliar haya incurrido en negligencia (*supra* N° 477, *infra* N° 782 b).

<sup>121</sup> De acuerdo con el artículo 2 letra f de la Ley de consumidores, quedan sujetos a ese ordenamiento protector los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios de salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de éstas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean estos públicos o privados, individuales o institucionales y, en general, de cualquiera otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales. En particular resultan relevantes, al menos, los siguientes estatutos: DL 2763/1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud; ley N° 18.469, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud; ley N° 18.933 que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapres; y ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud (Ley de garantías de salud).

<sup>122</sup> Alessandri 1943 77, Zelaya 1997 20.

**491. Riesgo terapéutico y seguridad sanitaria.** a) En la dimensión del derecho privado, el *riesgo terapéutico* reside en el paciente, a menos que exista una razón para atribuir responsabilidad al hospital o clínica tratante. Ello plantea, por cierto, preguntas que no pertenecen propiamente al ámbito de la responsabilidad patrimonial, sino de la seguridad sanitaria y del sistema de seguros de salud.

b) La *seguridad sanitaria* es cautelada por diversos ordenamientos que garantizan el acceso a prestaciones de salud. Pero, como lo expresa la ley que establece un régimen general de garantías en salud, el alcance preciso de estas últimas resulta de una decisión política, que, de acuerdo con la ley, se materializa en un plan nacional de salud, que es definido de conformidad con los recursos de que disponga el país (Ley de garantías de salud, artículo 1).<sup>123</sup> En definitiva, no corresponde a los jueces definir las funciones que debe asumir el sistema público de salud, porque no es su tarea atribuir porciones presupuestarias (*supra* N° 35); lo anterior no obsta a que se dé por establecida la culpa infraccional o la responsabilidad por falta de servicio si se omite la prestación o el financiamiento de las prestaciones garantizadas por la ley (Ley de garantías de salud, artículos 38 y 42).

Por otra parte, a menos que exista un estatuto especial de responsabilidad estricta, la responsabilidad civil sólo es un correctivo respecto de las conductas impropias que causan daño a los pacientes, pero no constituye un sistema de seguridad social que permita proteger genéricamente contra accidentes (*supra* N° 5). La seguridad social y los seguros privados de riesgo personal son los caminos para proteger a las víctimas de accidentes terapéuticos que no sean atribuibles a negligencia médica u hospitalaria.<sup>124</sup>

**492. Responsabilidad de la clínica u hospital por el hecho propio y por el hecho ajeno.** a) La responsabilidad de clínicas y hospitales por el *hecho propio* tiene por antecedente típico no haber dispuesto de los medios necesarios para prestar los servicios. Se trata de una culpa en la organización, cuya fuente es no haberse observado los deberes de cuidado en la administración de los equipos de trabajo, infraestructura e instalaciones. Metafóricamente puede hablarse de una culpa difusa, porque la infracción al deber de cuidado no recae en persona identificable, sino que se muestra

<sup>123</sup> Corresponde a la Superintendencia de Salud regular los procedimientos para reclamar la prestación de los servicios garantizados (Ley de garantías de salud, artículo 29). La naturaleza política de las decisiones presupuestarias vinculadas a la seguridad médica y social se muestra en el porcentaje que éstas representan en el gasto de un país; en Estados Unidos se estima que en 2030 esos gastos representarán el 14% del producto geográfico bruto (D. Brooks, *The New York Times*, 19.3.2005).

<sup>124</sup> Es interesante la evolución del derecho francés, donde se ha reconocido que la responsabilidad civil no puede ser una forma de enfrentar la fatalidad médica y se ha establecido un fondo público de garantía por accidentes, incluyendo las infecciones intrahospitalarias (M. Tapia 2003 c 98, citando a F. Chabas, *La réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique*, en JPC, 2001, 2, 10493).



en que el establecimiento no haya objetivamente observado los estándares exigibles a una clínica u hospital de su tipo y características.<sup>125</sup>

Análogas características presenta la responsabilidad de los servicios públicos de salud por falta de servicio, porque ésta está referida a la deficiente organización, que provoca la ejecución anormal o deficiente del servicio, sin que sea necesario individualizar al órgano o funcionario a quien pueda atribuirse el daño.<sup>126</sup>

b) Los deberes de cuidado que recaen sobre los médicos se transmiten en la forma de presunciones de culpa a los establecimientos de los cuales son dependientes. Los hospitales y clínicas responden por el *hecho ajeno* según las reglas generales (*supra* § 18 a y N° 339). Así, se ha fallado que la clínica o servicio de salud responde por el hecho de la pabellonera que yerra en la identificación de la sustancia contenida en un frasco;<sup>127</sup> por la imprudencia de un enfermero que sin consulta médica aplica un calmante inapropiado;<sup>128</sup> por el tardío diagnóstico de los médicos funcionarios de una tuberculosis, sumado a la impericia en el tratamiento con una sustancia reconocidamente tóxica.<sup>129</sup> En definitiva, el establecimiento hospitalario responde por el hecho propio, por no haber dispuesto los medios necesarios para prestar el servicio; o por el hecho ajeno, porque probada la culpa del dependiente, sea profesional o auxiliar, se presume la del establecimiento de salud.<sup>130</sup>

**493. Infecciones intrahospitalarias.** a) Las infecciones intrahospitalarias son aquéllas adquiridas por el paciente en la clínica u hospital con ocasión de una intervención médica, sin que sean atribuibles al desarrollo del riesgo terapéutico que supone esa operación o tratamiento. La participación causal de una fuente externa que debiera estar bajo el control del establecimiento caracteriza a estas infecciones, que no son excepcionales, sino que constituyen una realidad extendida en todo el mundo y plantean problemas recurrentes de responsabilidad.<sup>131</sup>

<sup>125</sup> MünchKomm/Mertens § 823 404.

<sup>126</sup> Conociendo de un caso de negligencia médica ocurrido en un hospital público, se ha resuelto que “para demandar civilmente al hospital demandado no es necesario acreditar cuál fue el específico dependiente culpable del daño, pues basta probar que alguien dentro de la organización hospitalaria incurrió en culpa y que dicha negligencia fue la causa del daño” (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38); en el mismo sentido, CS, 30.4.2003, GJ 274, 59.

<sup>127</sup> Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 54.

<sup>128</sup> Corte de Copiapó, 28.6.2002, GJ 268, 133, confirmada por CS [cas. fondo], 2.6.2004, GJ 288, 177.

<sup>129</sup> Corte de Santiago, 28.12.1999, GJ 234, 63.

<sup>130</sup> En verdad, la concurrencia de responsabilidades puede adoptar formas muy diversas; así, por ejemplo, el médico tratante puede ser responsable conjuntamente con la clínica si un auxiliar dependiente de esta última incurre en una negligencia, que también es atribuible a la falta de cuidado que debe emplear el médico responsable de la intervención (Méga Code § 1147, 229).

<sup>131</sup> En Estados Unidos se estima que 90 mil personas murieron el 2002 de infecciones contraídas en clínicas y hospitales (*Harper's Magazine*, junio 2004).



b) Desde luego que si se prueba que la infección se debió a instrumental médico que no estaba debidamente esterilizado, la responsabilidad recae en quien lo tenga bajo su cuidado. Si ha sido suministrado por el médico, puede ser hecho responsable de haber omitido las precauciones que le imponen las buenas prácticas profesionales. Por el contrario, si lo ha sido por la clínica u hospital, la acción sólo puede prosperar en su contra. Como se ha visto (*supra* N° 481), en casos de instrumental contaminado o en malas condiciones de operación, existen buenas razones para dar por establecida una presunción de culpa.

c) Algo semejante ocurre si el paciente adquiere un mal que no es atribuible a instrumento o medicamento alguno, sino a infecciones de fuente indeterminada, pero probadamente ajena a la dolencia o intervención médica que el paciente haya soportado. En tales circunstancias, los jueces tienden a dar por establecida una obligación contractual de resultado porque “no parece justo que una persona que se interna en un hospital para atenderse de una determinada enfermedad fallezca a consecuencia de otra distinta contraída en el mismo establecimiento”,<sup>132</sup> y si la responsabilidad es calificada de extracontractual, se da por establecida una presunción de culpa por el hecho propio de la clínica u hospital o por falta de servicio, según sea el caso, porque una enfermedad contraída durante la permanencia en el establecimiento es evidencia *prima facie* de la negligencia incurrida en los deberes preventivos que recaen sobre la clínica u hospital o de la falta de servicio del hospital público.<sup>133</sup> En la jurisprudencia chilena, se ha dado esa calificación, por ejemplo, a casos de una infección mortal contraída sin relación causal alguna con una operación de la vesícula;<sup>134</sup> de una infección desligada de la intervención inicial, que llevó a la amputación de una pierna;<sup>135</sup> de una necrosis del tejido mamario y pérdida de un pezón a consecuencia de una infección adquirida en el período postoperatorio.<sup>136</sup>

<sup>132</sup> Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38, sin referencia a obligaciones de resultado, pero calificando de contractual la responsabilidad; en igual sentido, haciendo aplicación directa del artículo 1547, como es típico de las obligaciones de resultado, Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93; la inmunización del establecimiento hospitalario fue calificada expresamente como obligación de resultado por la jurisprudencia francesa (Méga Code § 1147, 241); la ley francesa ha recogido luego este principio al establecer que los establecimientos, servicios y organismos son responsables de los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo si ellos proporcionan la prueba de una causa inimputable (ley N° 2002-303).

<sup>133</sup> Deutsch 2002 b 592; es interesante que al menos en dos ocasiones la Corte Suprema haya confirmado fallos en que la Corte de Apelaciones respectiva había calificado la responsabilidad del hospital público como ‘objetiva’, con la reserva de que el tribunal no compartía esa calificación, la que, sin embargo, no había influido en lo resolutivo de la sentencia recurrida; CS, 24.1.2002, GJ 259, 38, publicada también en F. del M. 497, 370, y CS, 30.4.2003, GJ 274, 59.

<sup>134</sup> Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38, bajo calificación de la responsabilidad como contractual.

<sup>135</sup> Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93, también bajo una calificación contractual.

<sup>136</sup> CS, 30.4.2003, GJ 274, 59.



i. *Procedimiento de mediación*

**494. Mediación en materia de responsabilidad médica.** a) La Ley de garantías de salud ha establecido un procedimiento de mediación en materia de responsabilidad médica. La mediación es definida como un procedimiento no adversarial, cuyo objetivo es propender a una solución extrajudicial de la controversia mediante la comunicación directa entre las partes con intervención de un mediador (artículo 43 III). Las normas tienen por objeto facilitar a la víctima la obtención de una reparación mediante un procedimiento expedito, donde los costos se mantengan bajo control; asimismo, debe servir para neutralizar la explosión de los montos indemnizatorios que aleatoriamente benefician a algunas víctimas, como ha ocurrido en otras jurisdicciones.

b) Las reglas son diferentes respecto de las prestaciones de salud pública y privada. Están sujetas a un proceso de mediación obligatorio las acciones judiciales que tengan por antecedente prestaciones asistenciales otorgadas por el *sistema público de salud*.<sup>137</sup> Esta exigencia se extiende por igual si la acción se dirige contra los prestadores institucionales o contra los funcionarios (médicos, auxiliares o directivos). El reclamo debe ser sometido ante el Consejo de Defensa del Estado; éste puede designar como mediador a uno de sus funcionarios, un funcionario en comisión de servicios o un profesional inscrito en el registro de mediadores (artículo 43 I).<sup>138</sup> La ley autoriza la interposición de acciones judiciales sólo cuando haya fracasado ese procedimiento de mediación, lo que se entiende ocurrido si no hay acuerdo dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la primera citación al reclamado, o de la prórroga convenida, si este fuere el caso. Mientras dura la mediación se entiende suspendida la prescripción (artículo 45).

c) Las acciones contra clínicas y médicos privados están sujetas a una mediación que deviene facultativa, porque ésta se entiende fracasada si falta acuerdo entre las partes acerca de la persona del mediador. Con todo, debe entenderse que las acciones judiciales sólo pueden intentarse si se muestra que ha fracasado esa gestión previa de designación (artículo 43 II).

## § 51. ACCIDENTES DEL TRABAJO

a. *Introducción*

**495. Evolución del régimen legal de los accidentes del trabajo.** a) Bajo un régimen de responsabilidad por culpa probada el riesgo de accidentes del

<sup>137</sup> Se entienden referidas las instituciones de salud indicadas en el artículo 16 bis del DL 2763/1979, del Ministerio de Salud (Ley de garantías de salud, artículo 43 I).

<sup>138</sup> El registro de mediadores está regulado por el Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud, contenido en el DS 47/2005, del Ministerio de Salud (DO 23.6.2005). La ley establece los requisitos generales para la inscripción (Ley de garantías de salud, artículo 54). La Superintendencia de Salud lleva el registro.

trabajo corre por cuenta del trabajador, a menos que se acredite la negligencia del empleador. Atendida la relación de dependencia entre las partes y el trasfondo social de un accidente del trabajo, no debe extrañar que el régimen general de responsabilidad por culpa haya sido puesto a prueba en la fase de consolidación de la revolución industrial. Las principales razones que justifican el establecimiento de seguros obligatorios o de estatutos de responsabilidad estricta se presentan con absoluta nitidez en el caso de los accidentes del trabajo: se trata de peligros graves para las víctimas, que no pueden quedar sujetos a un infalible control preventivo y en cuya materialización se presenta una asimetría estratégica en la posición del empleador y de la víctima (*supra* N° 308).

b) Los regímenes especiales de responsabilidad por accidentes del trabajo tuvieron generalmente por fuente la legislación social que estableció sistemas de seguro obligatorio o de responsabilidad estricta; donde ello no ocurrió oportunamente, la interpretación del derecho vigente tendió a expandir la responsabilidad por la vía de acoger presunciones de culpa o de establecer derechamente ámbitos de responsabilidad estricta.<sup>139</sup> Con el correr del tiempo, se ha tendido a imponer un sistema de seguro obligatorio de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales, que resulta preferible a un régimen de responsabilidad estricta, porque no afecta la relación entre el trabajador y el empleador y evita los riesgos que acarrea la insolvencia de este último.<sup>140</sup>

**496. Estatutos jurídicos aplicables a los accidentes del trabajo en el derecho chileno.** El derecho chileno ha establecido desde antiguo un seguro obligatorio, que asegura al trabajador y a su familia contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, reconociendo ciertas prestaciones que son determinadas por la propia ley (ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales).<sup>141</sup>

Si el empleador o un tercero ha causado por su culpa el accidente, la ley concede, *además*, dos acciones de responsabilidad civil: ante todo, al

<sup>139</sup> El caso más clásico es la jurisprudencia francesa que a fines del siglo XIX ‘descubrió’ una responsabilidad estricta por el hecho de las cosas en la norma del artículo 1384 del Código Civil francés, precisamente en caso de accidentes industriales. El contraste está dado por alguna jurisprudencia norteamericana anterior a la Primera Guerra Mundial, que declaró inconstitucional la legislación que estableció la responsabilidad estricta respecto de los accidentes del trabajo, en atención a que “esa legislación sólo invierte las leyes de la naturaleza, porque en cada cosa que caiga dentro de la esfera de la actividad humana, los riesgos inherentes e inevitables deben recaer sobre quienes están expuestos a ellos” (*Ives v. South Buffalo Railway Co.*, 201 NY 271 (1911), citado por Zweigert/Kötz 1996 652).

<sup>140</sup> La primera ley de seguro obligatorio por accidentes del trabajo fue establecida en Alemania en 1884; luego de su exitosa experiencia el sistema de seguro obligatorio se expandió como práctica generalizada en las sociedades industrializadas (Kötz 1991 206).

<sup>141</sup> En lo sucesivo, a menos que del contexto resulte que se hace referencia al Código Civil o a otra ley especial, cada vez que en este título se mencione un artículo, la referencia se entenderá hecha a la ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.



organismo asegurador que haya pagado las prestaciones legales, para recuperar los desembolsos realizados; además, al trabajador y a las demás personas a quienes el accidente cause daño (víctimas de daño reflejo, *supra* N° 156), por los perjuicios que no quedan cubiertos por el seguro social, como el daño moral, el daño a las cosas o los gastos extraordinarios de cuidado (artículo 69).

En consecuencia, los efectos de un accidente del trabajo o enfermedad profesional quedan regidos por un seguro que cubre en todo evento el riesgo de accidente y, en caso que éste se deba a negligencia, por el estatuto común y general de la responsabilidad civil.

#### b. Características generales del seguro de accidentes del trabajo

#### 497. Naturaleza jurídica, administración y financiamiento del seguro.

a) La ley se refiere a un *seguro social* de accidentes del trabajo. Esa denominación se justifica, porque se trata de un seguro obligatorio, cuya administración y prestaciones están determinadas por el ordenamiento legal, que resultan aplicables por el solo ministerio de la ley cumplidas las condiciones legales (artículo 4°).

b) La *administración* del sistema puede ser pública o privada. Puede ser asumida por las cajas de previsión (por las que el trabajador haya optado) o por entidades sin fines de lucro (mutualidades de empleadores), que agrupan a empresarios interesados en administrar el seguro de accidentes a favor de sus respectivos trabajadores. Subsidiariamente, corresponde a los organismos públicos con funciones previsionales (artículos 8° y siguientes).

Cualquiera sea el órgano administrador, las prestaciones mínimas que el seguro garantiza están establecidas por la ley (*infra* N° 499).

c) El seguro se *financia* esencialmente con cotizaciones empresariales, que se calculan como un porcentaje de la renta imponible del trabajador; esta cotización se compone de un porcentaje fijo, igual para todos los trabajadores, y uno variable, determinado en función de la actividad y riesgo de la empresa o actividad empleadora. El régimen incorpora un incentivo a la prevención, porque las empresas que invierten con ese fin pagan cotizaciones adicionales inferiores. Otros ingresos están dados por las rentas que producen los dineros depositados en el fondo, las multas que se aplican a las empresas que no cumplen sus deberes legales y los reembolsos que se obtienen de los civilmente responsables de los accidentes (artículos 15 y siguientes).

El fondo formado por estos ingresos constituye un patrimonio de afectación, gestionado por los respectivos administradores, y cuyo único fin es solventar las prestaciones que el sistema de seguro garantiza. El fondo distribuye en la forma de prestaciones los ingresos que recibe por mandato legal. Para prevenir desvíos de recursos, la ley regula los gastos de gestión en que los órganos administradores pueden incurrir con cargo al fondo (artículo 14). En suma, se trata de un régimen de contratos forzosos y dirigidos, que deja, sin embargo, ámbitos de libertad en su administración.

d) Las prestaciones a que da lugar el seguro por accidentes del trabajo tienen naturaleza indemnizatoria. Por eso, cuando el seguro concurre con una acción de responsabilidad civil (§ 51 c), ambas prestaciones no se acumulan, reconociendo la ley al asegurador una acción para recuperar lo pagado de quien resulte civilmente responsable (artículo 69 letra b; *infra* N° 696).

**498. Riesgos y personas protegidas por el seguro.** a) El seguro cubre los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Se entiende por *accidente del trabajo* ‘toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo y que le produzca incapacidad o muerte’. Se incluyen los riesgos de accidentes ocurridos durante el trayecto desde la casa del trabajador hasta el lugar de trabajo y viceversa;<sup>142</sup> asimismo, los sufridos por dirigentes sindicales con ocasión de sus funciones. Por el contrario, no son accidentes del trabajo los producidos por fuerza mayor ajena al trabajo (artículo 5°). En circunstancias que el criterio de atribución es la causalidad y no la negligencia, puede estimarse que la fuerza mayor es el hecho externo, que escapa al ámbito de prevención de la empresa,<sup>143</sup> y cuya materialización es por completo independiente de la relación laboral, esto es, que no ocurre ‘con ocasión’ de esta última.

Son *enfermedades profesionales* las causadas de manera directa por el ejercicio de la profesión o por el trabajo que realiza una persona, y que le producen incapacidad o muerte. Aunque la ley delega en el reglamento la determinación de las enfermedades que se tendrán por profesionales, nada impide que se pruebe que una enfermedad diferente debe ser atribuida a la actividad laboral del afectado (artículo 7). La relación directa que la ley exige entre la actividad y el daño puede ser correctamente entendida de acuerdo con los criterios analizados en el capítulo de causalidad (*supra* § 30).

b) Las personas protegidas por el seguro son todos los *trabajadores dependientes*, del sector privado y público, cualquiera sea la naturaleza de sus labores. La cobertura también alcanza a los *estudiantes* que realizan trabajos que generen ingresos al respectivo establecimiento.<sup>144</sup> Los *trabajadores*

<sup>142</sup> Lo que se justifica porque, si bien la víctima se accidenta por circunstancias que no se relacionan directamente con el trabajo, “podría no haberse expuesto a ellas si no hubiera efectuado el recorrido a que la obligaba su relación laboral”; pero no deben entenderse cubiertos los riesgos incrementales que el trabajador introduce fuera del curso razonable de su actividad de desplazamiento, como ocurre con la riña callejera en que se ve envuelto, ya que en ese caso se trata de un conflicto privado al que no se le puede dar el carácter de riesgo profesional consumado (CS 13.5.2003, GJ 275, 222); lo mismo ocurre con el accidente que tiene lugar en razón de haber tomado el trabajador un rodeo en el camino o un modo de transporte injustificadamente riesgoso o impropio (Cerdea 1999 20).

<sup>143</sup> Cerdeza 1999 19.

<sup>144</sup> Los estudiantes de establecimientos fiscales y particulares, por los accidentes que sufran con ocasión de sus estudios o en la realización de su práctica educacional, también están cubiertos por el seguro (artículo 3°).



*independientes* pueden incorporarse al sistema bajo condiciones que regulan estatutos especiales (artículo 2º).<sup>145</sup>

El seguro garantiza pensiones a los *trabajadores afectados por alguna incapacidad* y pensiones de supervivencia a las *personas dependientes del trabajador fallecido*. Los beneficios son otorgados a la cónyuge sobreviviente (y eventualmente al cónyuge inválido), a los hijos y a la madre de los hijos no matrimoniales del trabajador fallecido. En cada caso la ley establece como renta un porcentaje de la pensión que habría correspondido al trabajador, si hubiese quedado inválido, en vez de fallecer (artículos 43 y siguientes).<sup>146</sup> A falta de cónyuge sobreviviente y de hijos, son asignatarios de la pensión los ascendientes y los nietos que causaban asignación familiar a la víctima del accidente; la norma tiene interés porque establece un orden de prelación en la asignación de derechos patrimoniales que se siguen de la muerte de la víctima directa, estableciendo un criterio que ha sido utilizado como argumento jurisprudencial para limitar el conjunto de titulares de la acción de responsabilidad por daño moral reflejo (*supra* N° 231).

**499. Tipos de prestaciones y procedimiento de cálculo.** a) Las *prestaciones* que el sistema garantiza están determinadamente definidas por la ley. Se reconocen a las víctimas prestaciones médicas, por incapacidad temporal, por invalidez y por supervivencia. A estas últimas se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

Las *prestaciones médicas* son comprensivas de la atención médica quirúrgica y dental; de la hospitalización; de los medicamentos y productos farmacéuticos; de prótesis y productos ortopédicos; de la rehabilitación física y reeducación profesional; y de los gastos de traslado necesarios para realizar esas prestaciones (artículo 29).

Las prestaciones por *incapacidad temporal* se otorgan sobre la base de un promedio de la renta imponible del trabajador (deducidos sus aportes previsionales y los impuestos) y se devengan diariamente por un período máximo de 52 semanas, a cuyo término la incapacidad es tenida por invalidez (artículos 30 y siguientes, en relación con el artículo 21 I y II de la ley N° 18.469, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud, y con el artículo 7 del DFL 44/1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que establece normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado).

Las prestaciones por *invalidez* atienden a coeficientes de incapacidad laboral: entre un 15% y un 70%, la incapacidad es calificada de parcial;

<sup>145</sup> Véase al respecto el DL 1.548/1976 que precisó las facultades del Presidente de la República para regular el régimen de incorporación de trabajadores independientes y trabajadores familiares.

<sup>146</sup> La cónyuge tiene derecho a percibir hasta un 50% de lo que habría recibido el trabajador en caso de invalidez total (lo que, a su vez, corresponde al 70% del sueldo base); cada hijo menor de edad o estudiante menor de 24 años tiene derecho a percibir un 20% de la pensión básica; la madre de los hijos no matrimoniales, un 30%.



sobre un 70% es total; si es total y requiere de auxilio de otras personas para realizar actos esenciales de la vida, se trata de una gran invalidez. Las prestaciones son determinadas como un porcentaje del sueldo base, que varía respecto de cada tipo de invalidez (artículos 34 y siguientes, en relación con el artículo 26).

b) El *procedimiento de cálculo* de las prestaciones es por completo *objetivo*. Se atiende a la naturaleza del daño (que califica los tipos de prestaciones otorgadas), su intensidad (que se mide en razón de la gravedad de la incapacidad, en el caso de la víctima directa, y la relación del beneficiario con el trabajador fallecido, en el caso de las pensiones de sobrevivencia), y el sueldo que recibía el trabajador. Los valores de los daños están estandarizados de conformidad con tablas aritméticas.

El procedimiento tiene la ventaja de la simplicidad para el cálculo de las prestaciones; en contraste, éstas pueden resultar inferiores al daño patrimonial efectivamente sufrido (como ocurre cuando el daño efectivo es mayor que la indemnización que resulta de aplicar la tabla o cuando el accidente ha generado gastos adicionales); y las prestaciones excluyen, por definición, la reparación del daño moral (que en el caso del daño corporal puede ser un componente importante de la indemnización total que la víctima recibe en materia civil).

**500. Culpa inexcusable y dolo del trabajador.** En circunstancias que el seguro tiene una función protectora independiente de la culpa, sólo excepcionalmente podrá negarse lugar a la reparación en razón de la conducta impropia del trabajador asegurado. Forma parte de la experiencia cotidiana que quien desarrolla una actividad incurra ocasionalmente en descuidos. Incluso en materia de responsabilidad civil, los descuidos previsibles deben entenderse comprendidos dentro de la marcha ordinaria de la relación laboral, de modo que no dan lugar a compensación de culpas en el juicio respectivo (*supra* N° 285).

Por eso, no es extraño que en materia de seguro de accidentes del trabajo se establezcan requisitos en extremo fuertes para excluir al trabajador de la cobertura. En el derecho comparado se ha establecido con este propósito el estándar de la *culpa inexcusable*. La doctrina francesa, de donde proviene ese concepto, entiende por culpa inexcusable la que tiene una gravedad excepcional, que deriva de un acto voluntario realizado con conciencia del peligro que el autor asumía y en ausencia de toda razón justificatoria, de modo que sólo se diferencia del dolo en sentido estricto, porque no es querido el preciso resultado dañino que se ha producido.<sup>147</sup> En la ley sobre accidentes del trabajo, la culpa inexcusable da lugar a una multa, pero no a la exclusión de la cobertura (artículo 70). En consecuencia, este efecto excluyente de la cobertura del seguro sólo debe entender-

<sup>147</sup> La definición está tomada de una antigua sentencia de la Corte de Casación francesa, recaída precisamente en un caso de exclusión de cobertura del régimen protector por accidentes del trabajo (cass. plen., 15.7.1941, citada por Mazeaud/Chabas 1998 468).



se producido si se configura respecto del trabajador una (extraordinaria) hipótesis de dolo directo, esto es, cuando el trabajador ha provocado intencionalmente el accidente.

c. *Responsabilidad civil por accidentes del trabajo* <sup>148</sup>

**501. Antecedentes legales.** a) En el derecho comparado, el establecimiento de un régimen de responsabilidad estricta o de seguro obligatorio con indemnizaciones tasadas por la ley está generalmente acompañado de una supresión del régimen general de responsabilidad civil.<sup>149</sup> Aunque la indemnización provista por el seguro no compense eventualmente todos los daños sufridos, la exclusividad de este sistema indemnizatorio se justifica porque la estandarización (como lo hace la ley de accidentes del trabajo) favorece la simplicidad de un régimen compensatorio que no exige prueba, ni admite defensas, rebajando sustancialmente sus costos administrativos.<sup>150</sup>

b) El derecho chileno, como se ha visto, sigue un camino excepcional, en que *el régimen de seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales coexiste con el régimen general de responsabilidad civil*. La ley especial dispone que “cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero”, el organismo administrador del seguro tendrá derecho a repetir contra el responsable del accidente, por las prestaciones que haya otorgado (artículo 69 letra a); y la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad causa daño, podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente las otras indemnizaciones a que tengan derecho, incluso el daño moral, con arreglo a las reglas del derecho común (artículo 69 letra b).

En consecuencia, por remisión expresa de la ley especial, corresponde aplicar a la responsabilidad del empleador, o del tercero en su caso, las

<sup>148</sup> En este libro se omite tratar otro aspecto importante de la responsabilidad que nace de relaciones laborales, como es el desarrollado por la jurisprudencia por despido injustificado, en atención a que resulta preferible circunscribirla a la relación contractual del trabajo; una exposición ordenada de la materia en Court 2002 203.

<sup>149</sup> Es el caso del derecho francés (Viney/Jourdain 1998 1113), alemán (Kötz/Wagner 2005 220) y norteamericano (Abraham 2002 239). En el derecho español la jurisprudencia tiene las reparaciones por independientes, lo que da lugar a la crítica de que el accidente permite un enriquecimiento sin causa de la víctima (Yzquierdo en Reglero 2002 a 1398). El principio de la no acumulabilidad de las reparaciones legales, que se derivan de ciertos hechos jurídicos definidos por la ley laboral, con la indemnización de perjuicios regidos por el estatuto general de la responsabilidad por culpa ha sido establecido por la jurisprudencia respecto de la indemnización que recibe el trabajador en caso de despido injustificado, según el Título V del Libro I del Código del Trabajo, considerándola excluyente de la pretensión de reparación del daño moral resultante (así, por ejemplo, CS, 29.1.2004, rol N° 4.681-2003).

<sup>150</sup> Abraham 2002 241, comentando la sustitución norteamericana del sistema de responsabilidad extracontractual (*torts*) por un sistema de compensación legal de daños; en análogo sentido, con reservas acerca de la conveniencia de que las indemnizaciones provenientes de seguros se acumulen a las de responsabilidad civil, Markesinis/Deakin *et al.* 2003 561.

reglas generales del derecho civil (derecho común),<sup>151</sup> y su fundamento es la culpa o el dolo del demandado (sin perjuicio de las reglas generales sobre responsabilidad por el hecho ajeno).

**502. Calificación jurídica de la responsabilidad. Importancia en materia de competencia judicial.** a) La relación entre el trabajador y el empleador es contractual, porque su fuente es el contrato de trabajo. En tal sentido, la *acción de la víctima directa contra el empleador* se rige por las reglas de la responsabilidad contractual.<sup>152</sup>

Sin embargo, debe tenerse presente que las obligaciones relevantes del empleador están definidas por normas de orden público, que le imponen deberes legales de cuidado. En consecuencia, salvo el caso inusual en que el contrato de trabajo contenga deberes más exigentes que los impuestos por la ley, la calificación es indiferente desde un punto de vista sustantivo: se reclame la responsabilidad contractual o extracontractual, el antecedente de la responsabilidad es exactamente el mismo ilícito (*infra* N° 839).<sup>153</sup> Por eso, nada debiera impedir que se demande indiferentemente la responsabilidad extracontractual o la contractual, de acuerdo con la doctrina más aceptada en materia de *cúmulo de responsabilidades* (*infra* N° 843).<sup>154</sup>

b) La calificación de la responsabilidad a la luz del contrato de trabajo suele tener *importancia* desde el punto de vista de la competencia judicial, el procedimiento aplicable, el régimen de calificación de la prueba y la prescripción.

En circunstancias que existe en Chile una extensa jurisdicción laboral especializada, los jueces del trabajo son competentes para conocer de las

<sup>151</sup> Diez 2003 66, con referencia a Corte de Punta Arenas, 22.10.2002, confirmada por CS [cas. fondo], 25.3.2003, F. del M. 508, 278.

<sup>152</sup> La jurisprudencia es constante en la materia: Corte de Santiago, 9.3.1999, GJ 225, 175; CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3ª, 89, publicada también en F. del M. 486, 851; CS, 22.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3ª, 147, publicada también en F. del M. 488, 1523; Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159; Corte de Santiago, 11.3.2002, GJ 273, 229; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; Corte de Concepción, 27.9.2002, GJ 270, 146; Corte de Concepción, 26.8.2003, rol N° 679-2003, confirmada por CS [cas forma y fondo], 2.12.2003, rol N° 4.142-2003.

<sup>153</sup> Diez 2003 77, advirtiendo que las obligaciones de seguridad del empleador son de orden público y que también la acción del tercero tiene por antecedente la infracción de esos deberes.

<sup>154</sup> Sobre el artículo 184 del Código del Trabajo se ha fallado que se trata de una "norma que establece el deber general de todo empleador de proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, *obligación legal* que hace exigible del primero el emplear la debida diligencia y cuidado en la dirección de la empresa, obra o faena, previniendo adecuadamente los riesgos consiguientes a la ejecución del trabajo" (Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196). Afirmado el origen legal de esta obligación y del régimen de responsabilidad se ha fallado que "debe estimarse que la responsabilidad del empleador por accidentes culpables representa una situación jurídica absolutamente independiente de la subsistencia o no del vínculo contractual" (Corte de Santiago, 1.6.1998, GJ 216, 195).



causas de responsabilidad contractual que tengan por antecedente accidentes del trabajo (Código del Trabajo, artículo 420 letra f); y en los juicios respectivos se aplica el procedimiento concentrado de las causas laborales (artículos 425 y siguientes). A su vez, atendida la naturaleza laboral del procedimiento aplicable, se entiende que la prueba es evaluada según las reglas de la sana crítica (artículo 456).<sup>155</sup> A la inversa, con fundamento en el artículo 420 letra f, se ha estimado que los jueces del trabajo son incompetentes para conocer de acciones de responsabilidad extracontractual, aunque los ilícitos alegados sean infracciones a deberes de seguridad impuestas por el Código del Trabajo.<sup>156</sup>

c) Se han planteado dudas respecto de la calificación de la responsabilidad cuando quien demanda no es el trabajador, sino los titulares de la *acción de responsabilidad por el daño reflejo*. Alguna jurisprudencia estimó que la acción de los familiares del trabajador fallecido también tenía por antecedente el daño que resulta de la infracción de deberes contractuales del empleador, de modo que, como en el caso de la acción del trabajador, la responsabilidad podía ser tenida por contractual.<sup>157</sup> Con todo, más recientemente se ha fallado que esta responsabilidad es extracontractual, de modo que la acción debe ser planteada ante la jurisdicción civil ordinaria, con los demás efectos que de ello se siguen (procedimiento de lato conocimiento, valoración reglada de la prueba, jurisdicción civil).<sup>158</sup>

<sup>155</sup> La Corte Suprema ha fallado, respecto de la facultad de ponderación de la prueba de los jueces en los juicios del trabajo, específicamente por accidentes del trabajo, que “en tal actividad ejercida conforme a las reglas de la sana crítica, dichos jueces son soberanos”, CS, 6.1.2003, GJ 271, 186 (*infra* N° 510).

<sup>156</sup> CS, 2.10.2003, rol N° 124-2003.

<sup>157</sup> Corte de Santiago, 13.12.1999, GJ 234, 203; Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199; CS, 14.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 3ª, 91; CS, 11.7.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 3ª, 119, también publicada en GJ 241, 160; y Corte de Santiago, 6.5.2002, GJ 263, 194. En los accidentes con resultado fatal, cuando los actores eran sucesores del trabajador fallecido y actúan en calidad de herederos, se ha estimado que las reglas aplicables son igualmente las de la responsabilidad contractual (CS, 25.3.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3ª, 63; CS, 8.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 3ª, 152, también publicada en GJ 242, 168 y F. del M. 501, 2427; y Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183).

<sup>158</sup> CS, 19.8.2003, GJ 278, 252; CS, 26.8.2003, F. del M. 513, 2155; Corte de Santiago, 11.9.2003, Rev. Fuego 1, 2004, 307; CS, 30.6.2004, Rev. Fuego 3, 2004, las dos últimas con comentario de C. Pizarro; CS, 2.10.2003, F. del M. 515, 2956; CS, 11.5.2004, GJ 287, 247; CS, 7.10.2004, GJ 292, 220; y CS, 24.8.2005, SJ 256, 7. En todos estos fallos se hace una referencia explícita a que la responsabilidad es extracontractual si los demandantes actúan a título personal y no en calidad de sucesores del trabajador fallecido, de lo que se deduce que resultan aplicables las reglas de la responsabilidad contractual para el evento que los mismos demandantes accionen en calidad de sucesores; el efecto práctico de esta doctrina es otorgar una opción a la víctima indirecta que tiene la calidad de sucesor del trabajador fallecido. La jurisprudencia que afirma la naturaleza extracontractual de la responsabilidad por daño reflejo, en caso de muerte del trabajador, se funda en que la extensión de la competencia de los tribunales laborales a materias de responsabilidad derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, dejó excluida la responsabilidad extracontractual referida en el artículo 69 de la Ley de accidentes del trabajo (Código del Trabajo, artículo 420 letra f); véase nota subsiguiente.

Parece discutible esta calificación, porque si bien no existe una relación laboral directa entre las víctimas por rebote y el empleador, ellas reclaman daños producidos por el incumplimiento de deberes que surgían del contrato laboral con el trabajador fallecido, como sostenía la jurisprudencia antes referida. La relación contractual del trabajador con el empleador puede ser calificada, por otra parte, como un contrato que también cede en beneficio de un tercero, porque resulta evidente que las obligaciones de seguridad que contrae el empleador lo son respecto del trabajador y de su familia más inmediata, incluyendo en ésta al conviviente (*infra* N° 790).

Finalmente, no hay razón para que la acción del trabajador y la de las víctimas por rebote queden sujetas a procedimientos diferentes; en verdad, si se quisiera ser estricto en la observancia de la regla del artículo 69 de la Ley de accidentes del trabajo, la responsabilidad debiera regirse radicalmente por el derecho común (incluyendo la jurisdicción), por mucho que los deberes de cuidado del empleador estén determinados por la ley laboral; ello resultaría coherente, además, con la circunstancia de que el ordenamiento específicamente protector del trabajador accidentado se agota en la legislación especial sobre accidentes y enfermedades quedando sujeta la responsabilidad civil a las reglas generales.<sup>159</sup> Pero una vez aceptada la jurisdicción del trabajo, por estimarse que la responsabilidad se sigue del incumplimiento de obligaciones laborales, no debiera discriminarse desde el punto de vista procesal y sustantivo entre la víctima directa y las reflejas, pues en uno y otro caso la pretensión indemnizatoria tiene por antecedente el incumplimiento de deberes de cuidado en el ámbito de la relación laboral.<sup>160</sup>

<sup>159</sup> Larenz 1987 217.

<sup>160</sup> Como se ha señalado, la mayor dificultad para la unificación del sistema de acciones se encuentra en la regla del artículo 420 letra f del Código del Trabajo, que establece la competencia de los juzgados del trabajo para conocer de “los juicios en que se pretende hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual, a la cual será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la ley N° 16.744”. De este texto se ha inferido que la jurisdicción laboral sólo alcanza al trabajador (que queda protegido por el estatuto contractual) y no a las víctimas reflejas, que sólo gozarían de una acción indemnizatoria según las reglas de la responsabilidad extracontractual. En verdad, la norma del Código del Trabajo, introducida por la ley N° 19.447, adolece de una inconsistencia sistemática, que podría ser resuelta por vía interpretativa. En efecto, el régimen de seguro obligatorio de accidentes del trabajo, que en otros ordenamientos excluye la responsabilidad civil, da lugar en el derecho chileno a una pretensión indemnizatoria a favor de “la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño” (artículo 69 letra b), sujetándola al derecho común, sin establecer diferencias según quien ejerza la acción. En consecuencia, corresponde a la jurisprudencia definir cuál es ese derecho común aplicable; y todo indica que es el propio de las relaciones contractuales, en atención a que las obligaciones de seguridad del empleador pueden entenderse establecidas en favor del trabajador y de su familia más inmediata. Sobre la conveniencia práctica y axiológica de uniformar por medio de ley los regímenes de responsabilidad, Díez 2003 76.



d) Ninguna duda se plantea si el responsable del accidente es un *tercero ajeno al empleador*, porque en tal caso la pretensión no tiene fundamento en el contrato de trabajo, de modo que la responsabilidad es inequívocamente extracontractual y la jurisdicción competente es la civil. Lo anterior debe entenderse con la reserva de que si ese tercero se encuentra con el empleador en una situación de dependencia, el empleador suele responder por el hecho ajeno (*infra* N° 508).

**503. Ámbito de la responsabilidad civil del empleador.** A diferencia del régimen de seguro de accidentes y enfermedades, la responsabilidad civil tiene por antecedente la culpa del empleador. En correspondencia, el ámbito de la responsabilidad es más restringido que el riesgo cubierto por el seguro. Mientras este último alcanza todo accidente que haya sucedido con ocasión de la relación laboral, incluso el ocurrido en el trayecto al lugar de trabajo, la responsabilidad civil sólo puede referirse a la esfera de cuidado del empleador.<sup>161</sup> Sin embargo, este inequívoco principio legal ha sido objeto de severas calificaciones por la jurisprudencia, como se verá en los párrafos siguientes.

**504. Naturaleza de la obligación de cuidado.** a) En circunstancias que la responsabilidad civil del empleador se funda en su culpa o dolo, *no tiene por antecedente una obligación de garantía* del empleador que dé lugar a responsabilidad por el solo hecho de producirse el daño en la esfera de cuidado de este último, lo que funcionalmente equivale a una responsabilidad estricta contractual. De hecho, esa función de garantía es cumplida por el seguro de accidentes del trabajo, en su calidad de seguro de daños ocurridos con ocasión de la relación laboral, y cuyas prestaciones se devengan con independencia de la conducta del empleador.

b) Desde un punto de vista jurídico, el deber de cuidado del empleador corresponde a una *obligación de seguridad*,<sup>162</sup> que tiene por objeto la integridad física y psíquica del trabajador. En este caso, la obligación de seguridad no es implícita (como ocurre usualmente en materia contractual), sino que está expresamente consignada en el Código del Trabajo: “El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como tam-

<sup>161</sup> Explicando esta idea y, por lo mismo, afirmando la irresponsabilidad del empleador por los accidentes de trayecto, la Corte Suprema ha fallado que “en este tipo de accidentes, es decir, de trayecto, el empleador no puede ejecutar, ya sea por imposibilidad física y material, el deber de protección de sus asalariados, razón por la cual el artículo 184 del Texto Laboral sólo le impone al ente patronal tal carga de cuidado, de sus asalariados, en las obras o faenas y, en consecuencia, por regla general, no puede asumir responsabilidad en este tipo de imprevistos laborales” (CS, 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 3ª, 101); véase también CS, 13.5.2003, GJ 275, 222.

<sup>162</sup> Sobre la idea de obligación de seguridad en el derecho francés, Mazeaud/Chabas 1998 396, Carbonnier 2000 520.



bién los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales” (Código del Trabajo, artículo 184 I).

c) Las obligaciones de seguridad, a diferencia de las obligaciones de garantía, no tienen por objeto asegurar que el acreedor quedará indemne de todo daño, sino establecen un *deber de cuidado*, que debe ser apreciado según las circunstancias.<sup>163</sup> La equívoca redacción del referido artículo 184 I del Código del Trabajo puede inducir a error en esta materia, porque, por un lado, parece insinuar una obligación de garantía (“el empleador estará obligado a tomar todas las medidas para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores”), aunque, por otro, establece una obligación de diligencia (“manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales”). Sin embargo, la norma se limita a enunciar un principio general en materia de obligaciones de seguridad del empleador y no tiene por finalidad establecer un estatuto de responsabilidad, diferente al general, fundado en la culpa, como parecen insinuar algunos fallos.<sup>164</sup>

Por eso, en el sistema de protección del trabajador en el derecho chileno, la responsabilidad civil que se sigue del accidente del trabajo, que es *complementaria* respecto del seguro, debe ser construida sobre la idea de la culpa del empleador, según dispone expresamente el artículo 69 de la ley sobre accidentes del trabajo.

d) En estricto sentido, el estatuto protector especial del trabajador se agota en el ordenamiento especial sobre seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que establece las mayores garantías que el derecho puede técnicamente ofrecer para la reparación de un daño. Por

<sup>163</sup> Clarificador acerca de la circunstancia de que las obligaciones de seguridad no deben confundirse con las de garantía, ni con la responsabilidad estricta u objetiva, CS, 5.9.2002, F. del M. 502, 2520.

<sup>164</sup> Alguna jurisprudencia ha tendido *de lege ferenda* a derivar hacia una forma de responsabilidad, fundando esta obligación de seguridad en el riesgo que el empleador crea para sus trabajadores. Así se ha fallado que “es el empresario que con su actividad económica crea condiciones de riesgo para sus dependientes quien está obligado a proporcionarles las condiciones de seguridad adecuadas para el normal desarrollo de su trabajo” (Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85); que no es el trabajador quien incurre en negligencia al exponerse a los riesgos de su oficio, sino que es “el empresario el que con su actividad económica crea condiciones particulares de peligrosidad que generan responsabilidad si no las desarrolla con la diligencia que un hombre diligente emplea ordinariamente en sus actividades propias” (Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227); que “el primer responsable por la prevención [de accidentes del trabajo] debe ser el empleador, por cuanto las obligaciones del contrato y el estado de necesidad pueden motivar a la exposición a riesgos del económicamente débil, situación que, como es de justicia evidente, la sociedad quiere y procura evitar” (Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183); también se ha dicho que la obligación del empleador de brindar seguridad y adoptar todas las precauciones para evitar accidentes radica en que el trabajador “ha concedido al empleador el derecho de realizar determinados actos sobre su persona en el desarrollo del contrato de trabajo” (Corte de Concepción, 27.9.2002, GJ 270, 146).



eso, como se ha visto, en muchos ordenamientos jurídicos ese sistema protector excluye otras formas de reparación (*supra* N° 501). Así se explica que la responsabilidad civil, que puede tener lugar *además* de ese estatuto protector, se rija por principios de derecho privado, como expresamente señala el artículo 69 de la Ley de accidentes del trabajo.

**505. Culpa de la cual se responde.** De acuerdo con las reglas generales del derecho común, el empleador responde de culpa leve (artículo 1547 del Código Civil). Ello no significa que deba emplearse en la seguridad de los trabajadores el mismo nivel relativo de cuidado que el exigido para proteger, por ejemplo, la integridad de las cosas. De acuerdo con las reglas generales, el nivel de cuidado exigible depende del valor de los bienes jurídicos amenazados por la conducta del responsable. El estándar de diligencia del empresario prudente y diligente asume que éste adopta las prevenciones en consideración de la entidad de los bienes comprometidos (*supra* N° 58).<sup>165</sup>

**506. Determinación de los deberes de cuidado del empleador.** De acuerdo con las reglas generales, el empleador está sujeto a deberes de cuidado que provienen de tres fuentes (*supra* N° 52). Ante todo, su conducta está regida por las reglas que señalan la ley, las regulaciones administrativas, así como también los reglamentos internos de seguridad laboral. La infracción a estas reglas da lugar a *culpa infraccional*. Además, está regida por los usos normativos de prevención de riesgo en la industria respectiva. Finalmente, el empleador está sujeto a los deberes generales de cuidado que responden al *estándar del empresario razonable y diligente*. Como se ha visto, en atención a que se trata de reglas de orden público, a efectos de construir en concreto estos estándares, resulta indiferente que la responsabilidad sea calificada bajo un estatuto contractual o extracontractual.

**a) Deberes de cuidado exigidos por los usos normativos de la actividad.** Además de las regulaciones legales y administrativas, la prevención de riesgos es una disciplina especial de la gestión empresarial. Los estándares informales o codificados privadamente son criterios especialmente útiles para determinar los deberes de conducta, pues expresan la expe-

<sup>165</sup> Se ha fallado que atendidos los valores comprometidos en el deber de seguridad, que no son de carácter patrimonial, sino que importan la propia vida, la integridad física y psíquica y la salud del trabajador, el empleador debe aplicar sumo cuidado en proteger al trabajador (CS, 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3ª, 89, publicada también en F. del M. 486, 851; Corte de Santiago, 30.12.1999, GJ 234, 203; CS, 8.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 3ª, 152, publicada también en GJ 242, 168, y F. del M. 501, 2427; Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282; Corte de Concepción, 25.10.2003, rol N° 1.730-2003, confirmada por CS [cas. forma] 28.1.2004, rol N° 5.212-2003). Aunque a veces se hace alusión a que el empleador resulta responsable de la culpa levisima, en razón de los bienes comprometidos, no parece necesario recurrir a esta alteración de *lege ferenda* del grado de culpa del cual se responde, sino que es preferible atender al cuidado que una persona juiciosa pone ordinariamente ante riesgos de esa significación (*supra* N° 46).

riencia acumulada en una materia que ha sido objeto de especial atención en el desarrollo de buenas prácticas empresariales (*supra* N° 56).

**b) Deberes de cuidado construidos de conformidad con el estándar del empresario diligente.** De acuerdo con el principio establecido por el artículo 184 del Código del Trabajo, el empleador tiene el deber de velar por la seguridad de los trabajadores empleando el cuidado necesario para prevenir eficazmente los accidentes y enfermedades profesionales (incluyendo las de carácter psíquico). Los deberes de cuidado dirigidos a este fin pueden ser ordenados en torno a algunos aspectos principales:<sup>166</sup>

- *Personal competente:* El empleador responde si el accidente se debe a la incompetencia de otros trabajadores de la empresa. Si éstos no están habilitados para realizar las tareas preventivas concretas que resultan exigibles, atendidas las circunstancias, la culpa es personal del empleador que no ha dotado a la empresa de los recursos humanos necesarios para prevenir accidentes. A su vez, si el accidente se debe a la culpa de otro trabajador, el empleador responde por el hecho ajeno, de acuerdo con las reglas generales (*supra* § 18 a).<sup>167</sup>

- *Equipamiento adecuado:* Especialmente en el caso de accidentes con maquinarias o equipos de transporte, la causa se puede encontrar en que estos son impropios o están en estado defectuoso. Así, por ejemplo, se ha fallado que hay culpa del empleador si la máquina perforadora que empleaba el trabajador no tenía una envoltura protectora exigida para efectos preventivos, ni estaba en buenas condiciones;<sup>168</sup> si el neumático de un

<sup>166</sup> En la ordenación de los deberes de cuidado del empleador sigo una tipificación de Markesinis/Deakin *et al.* 2003 567; en el derecho inglés existe en materia laboral un régimen análogo al chileno, esto es, de seguridad social complementada por un estatuto general de responsabilidad civil (*torts*).

<sup>167</sup> Se ha fallado que hay responsabilidad de la empresa si en una operación destinada a la inspección de la techumbre de un galpón, no se adoptan por el personal especializado las medidas de seguridad adecuadas, ascendiéndose a la techumbre mediante una grúa horquilla acondicionada al efecto, sin cuerdas, cascos o cinturones de seguridad, a resultas de lo cual se produce un accidente fatal, ya que “la falta de adopción de las medidas de seguridad en la operación descrita importa una conducta culposa de parte de empleados de la demandada que intervinieron en los hechos, por la cual la empresa demandada debe responder civilmente, puesto que tuvieron que prever que constituía una imprudencia efectuar la maniobra proyectada sin las medidas de seguridad del caso, y que ello podría provocar la caída de una persona que efectuara la inspección de la techumbre” (Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 96). Igualmente hay responsabilidad de la empresa si sus supervisores no advierten la fisura de un poste de concreto de nueve metros de altura y ordenan a un trabajador treparlo, produciéndose el quiebre del poste y la posterior caída del trabajador (Corte de Santiago, 11.7.2000, confirmado por CS [cas. fondo], 16.10.2000, GJ 244, 163, publicada también en F. del M. 503, 3695). En el mismo orden de ideas se ha fallado que si el jefe de cuadrilla de una empresa ordena ejecutar una tarea de alto riesgo sin tomar los resguardos requeridos, produciéndose un accidente, “la empresa por tratarse de un accidente del trabajo en condiciones impropias por falta de seguridad adecuada, responde por el hecho del jefe de cuadrilla que dio la orden, y que está a su cuidado” (Corte de Copiapó, 2.10.2001, rol N° 4.383-2001).

<sup>168</sup> Corte de Santiago, 8.3.1999, GJ 225, 175.



gran camión utilizado en operaciones mineras explota porque no ha sido inflado de acuerdo con las prescripciones técnicas;<sup>169</sup> o si el andamio de una construcción ha sido construido de manera incorrecta, provocando la caída de un trabajador.<sup>170</sup>

• *Seguridad del espacio físico donde se trabaja.* No es posible definir en abstracto las condiciones que debe tener el espacio físico donde se trabaja. El estándar de razonabilidad se relaciona con la entidad del riesgo que el empleador debe prevenir (*supra* N<sup>os</sup> 59 y 60) y con los medios disponibles que la diligencia exige introducir.<sup>171</sup>

<sup>169</sup> Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183.

<sup>170</sup> Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281. En el mismo sentido, se ha resuelto que hay responsabilidad del empleador si el accidente se debe a la falta de chalecos salvavidas y flotadores para trabajadores que realizan labores marítimas (Corte de Puerto Montt, 26.5.1999, rol N° 7.721, confirmada por CS [cas. fondo], 22.6.2002, rol N° 2.439-1999); si no existen los elementos adecuados para transportar un pesado tablero eléctrico desde un primero a un quinto piso, efectuándose la maniobra en una plataforma o montacargas no apto para dichos fines (Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195); si al trabajador que está encargado de la revisión y mantención de calderas que se encuentran en un espacio cerrado, no se le ha provisto de algún especial instrumento de seguridad que le permita advertir la excesiva presencia de monóxido de carbono y de mascarillas idóneas (CS, 8.8. 2000, RDJ, t. XCVII, sec. 3<sup>a</sup>, 152, publicada también en GJ 242, 168, y F. del M. 501, 2427); si se ha ordenado la realización de una maniobra de carga de pesados ángulos metálicos sobre un vehículo que no cuenta con ninguna aptitud para ello (Corte de Copiapó, 18.7.2002, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 6.10.2003, GJ 271, 186); y, si para mover cajas que están en altura el trabajador ha debido subirse a la uña de una grúa horquilla, siendo insuficiente para su seguridad que esté provisto sólo de zapatos especiales y cinturón de seguridad (CS, 10.6.2003, F. del M. 511, 1332).

<sup>171</sup> Un caso típico de apreciación de la culpa en atención a la seguridad del lugar de trabajo se muestra en un fallo que condenó a una empresa frutícola porque no contaba con una plataforma estable, ni con otras protecciones que ordenaba la experiencia para que el operador de una máquina no corriera el riesgo de sufrir un accidente (Corte de Rancagua, 7.3.2002, rol N° 18.105, confirmada por CS [cas. fondo], 7.5.2002, rol N° 1.187-2002); aplicando el mismo criterio se ha fallado que el empleador infringe su obligación de seguridad si carecía de sitios adecuados para lavar fondos de casino, disponiendo que dichas labores se efectuaran en un sector destinado a la descarga de camiones, donde, a su vez impropriamente, se encontraba un camión que era objeto de revisión mecánica, que se deslizó hacia una muralla de contención, aprisionando al trabajador que allí efectuaba labores de aseo, el que a causa de ello sufrió la amputación de una pierna (Corte de Concepción, 13.7.1998, confirmado por la CS [cas. forma y fondo], 6.9.1998, GJ 219, 168); se ha resuelto que hay culpa por falta de seguridad del lugar físico en que se trabaja si se dispone de manera permanente que trasvases de bencina se realicen en los vestidores, cerca de una resistencia eléctrica y de equipos de calefacción hechizos, a resultas de lo cual se produce un incendio que causa quemaduras severas a un trabajador (CS 27.5.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 3<sup>a</sup>, 89, publicado también en F. del M. 486, 851); incurre en negligencia la empleadora que autoriza que labores de soldadura y esmerilado se efectúen en un espacio contiguo a un galpón donde se efectúan operaciones que implican la manipulación de productos químicos altamente inflamables, produciéndose un accidente de trabajo debido a que una chispa salta de un lugar a otro (Corte de Santiago, 30.12.1999, GJ 234, 203); no ofrece seguridad el lugar de trabajo cuya cortina metálica de acceso se encuentra en mal estado, a media altura, obstruyendo la circulación de los trabajadores, lo que termina por causar un accidente (Corte de Santiago, 8.9.2004, GJ 291, 238).

• *Organización industrial eficiente.* La mayoría de los casos de responsabilidad civil por accidentes laborales parece tener por antecedente un defecto de organización que el demandante atribuye al empleador. Este defecto se refiere especialmente al establecimiento de un sistema de seguridad proporcionado al riesgo, a instrucciones apropiadas y a un mecanismo de supervisión para comprobar que el sistema y las instrucciones funcionan apropiadamente.<sup>172</sup> A pesar de su aparente simplicidad, en la práctica este concepto adolece de imprecisión. Así se explica que a menudo los fallos se limiten a inferir la falta en la organización del mero hecho de que haya ocurrido el accidente.<sup>173</sup> Como se verá en el próximo párrafo, ello puede ser inobjetable si existen antecedentes para construir una presunción de culpa. Sin embargo, esta forma de ver el asunto adolece del riesgo de que una presunción vagamente construida devenga de hecho en indestructible, con lo que la responsabilidad tiende a transformarse en un régimen de responsabilidad estricta, alterándose así el estatuto de responsabilidad por culpa que la ley establece como complementario del seguro de accidentes y enfermedades laborales. Me parece que una opinión inglesa expresa un buen punto de equilibrio en la materia: “Es deber del empleador considerar la situación, para diseñar un sistema de prevención adecuado, para instruir a su personal acerca de lo que deben hacer y suministrar los elementos que pueden ser requeridos. Por cierto que él no puede estar seguro de que el personal hará lo debido cuando trabaja sin supervisión. Pero si él hace lo que es razonable para asegurar que el sistema sea operado con seguridad, habrá hecho lo que está obligado a hacer”.<sup>174</sup>

En definitiva, la responsabilidad por culpa se sostiene en un juicio acerca de lo que razonablemente se puede esperar de quien tiene un deber de cuidado. En circunstancias que ninguna regulación profesional o legal puede aspirar a la exhaustividad, el más general de los criterios de determinación de los deberes de cuidado es el estándar de la persona razonable. La responsabilidad por culpa supone que el juez se ponga en la situación de un empresario prudente y diligente y compare, sobre la base de los hechos de la causa, si el demandado observó ese estándar de conducta (*supra* § 18). En otras palabras, el juicio de culpabilidad requiere comparar la conducta efectiva con la que debió observarse en concreto.

**c) Culpa infraccional.** No es esta la sede para analizar los innumerables tipos de regulaciones de seguridad laboral (Código del Trabajo; Có-

<sup>172</sup> Markesinis/Deakin *et al.* 2003 569.

<sup>173</sup> Véanse, por ejemplo, Corte de Concepción, 13.7.1998, GJ 219, 168; Corte de Santiago, 7.12.1998, GJ 222, 196; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; CS, 11.7.2000, GJ 241, 160; CS, 24.10.2000, GJ 244, 98, publicado también en F. del M. 503, 3498; Corte de San Miguel, 23.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 3ª, 103; CS, 8.8.2002, RDJ, t. XCVII, sec. 3ª, 152; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; CS, 9.1.2003, F. del M. 506, 5214; Corte de Santiago, 9.7.2003, GJ 275, 227; Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282; y CS, 11.9.2003, GJ 279, 230.

<sup>174</sup> Lord Reid en *General Cleaning Contractors Ltd. v. Christmas*, AC 180, 194 (1953), citado por Markesinis/Deakin *et al.* 2003 569.



digo Sanitario; DS 594/1999, del Ministerio de Salud, que reglamenta las condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo; regulaciones especiales para ciertos tipos de actividades empresariales; normas que establecen deberes de prevención, en la forma de comités de higiene y seguridad y reglamentos internos, entre muchas otras).<sup>175</sup> En principio, la infracción de un deber legal y reglamentario permite dar por acreditada la culpa, a menos que se muestre que la norma infringida no tiene por fin prevenir el accidente por el cual se demanda o que el accidente habría ocurrido de igual modo si se hubiese observado la regla (*supra* N° 53).

**507. Prueba de la culpa.** a) En el ámbito contractual, las obligaciones de seguridad pueden ser de medio o de resultado. Son *obligaciones de medio* si la obligación del deudor consiste en adoptar las medidas razonables de prevención; son *obligaciones de resultado* si la obligación consiste en evitar al trabajador la producción de un accidente.<sup>176</sup> En un caso la responsabilidad requiere que se pruebe la negligencia del empleador; en el otro, la negligencia se infiere de la materialización del daño.<sup>177</sup> De hecho, nada indica que la respuesta tenga que ser rotunda. La distinción entre obligaciones de medio y resultado tiene una función heurística, que facilita la comprensión de la naturaleza de la relación, más que clasificatoria.<sup>178</sup>

La norma del artículo 184 del Código del Trabajo, aunque hace referencia al deber de conducta del empleador de mantener las condiciones adecuadas de higiene y seguridad (lo que típicamente alude a una obligación de medios), parece indicar que se trata de una obligación de seguri-

<sup>175</sup> Un panorama en Cerda 1999 23.

<sup>176</sup> Carbonnier 2000 521.

<sup>177</sup> No es este el lugar para analizar una distinción que pertenece típicamente a la responsabilidad contractual; la distinción atiende a que en algunas relaciones contractuales el deudor está obligado a proporcionar un beneficio al acreedor, de modo que se entiende que la ha infringido si no lo hace (típicamente en las obligaciones de dar y entregar), mientras que en otras, la obligación se refiere a ejecutar diligentemente una prestación, que puede o no traducirse en un resultado beneficioso para el acreedor (como ocurre con frecuencia en las obligaciones profesionales). Las obligaciones de resultado son fácilmente calificables bajo las reglas del artículo 1547; por el contrario, en las obligaciones de medio, el juicio acerca de si el deudor se comportó diligentemente es esencial para saber si hubo incumplimiento. En otras palabras, en la obligación de resultado la culpa se presume, mientras en la obligación de medios es objeto de prueba compartida entre las partes (*supra* N° 463).

<sup>178</sup> Mazeaud/Chabas 1998 14. En el derecho francés, se ha fallado que en virtud del contrato de trabajo que lo une a su trabajador, el empleador se compromete frente a éste a una obligación de seguridad de resultado, *especialmente* en lo concerniente a las enfermedades profesionales contraídas por el trabajador por el hecho de los productos fabricados o utilizados por la empresa (cass. social, 28.2.2002, Bull. Civ. V, N° 81). Fallos posteriores han extendido esta calificación a los accidentes del trabajo: si se acredita la conciencia del peligro y la ausencia de medidas de protección por parte del empresario, la jurisprudencia referida asume que se trata de una culpa inexcusable.



dad calificada por el resultado, en la medida que establece el deber de proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores (*supra* N° 464).

Por otra parte, lo dicho respecto de la presunción de culpa por el hecho propio tiene aplicación extensiva a esta materia (*supra* § 14), porque tratándose de un régimen legal de responsabilidad, las categorías de la responsabilidad extracontractual pueden resultar igualmente pertinentes que las del derecho de los contratos. Aplicando estas reglas, se puede concluir también que se trata de una responsabilidad por culpa presunta, en especial en lo referente a enfermedades profesionales y a accidentes en que inequívocamente han intervenido cosas o personas que pertenecen al ámbito de cuidado del empleador.

b) La *jurisprudencia* no ha sido uniforme en la materia. Por un lado, se ha asumido que la obligación del empleador es de medios, porque del mero hecho de que el trabajador se haya accidentado con ocasión del trabajo no se sigue que exista responsabilidad del empleador, pues debe existir “una conducta ilícita de su parte, que incida en el daño que se trata de indemnizar, como son los incumplimientos o las omisiones de las obligaciones de seguridad y protección que le impone la ley”.<sup>179</sup> Pero, por otro lado, se ha entendido que la obligación es de resultado, porque si bien “en caso alguno puede llegar a entenderse que el empleador se compromete a que no se produzcan accidentes”, también “corresponde al empleador probar que adoptó todas las medidas necesarias y proporcionó todos los elementos o implementos requeridos para evitar accidentes en el trabajo”.<sup>180</sup>

El camino más seguro para interpretar estas diferentes opiniones es asumir que no es sensato forzar un criterio uniforme, sino que es tarea de la jurisprudencia tender una línea divisoria entre los diversos grupos de casos. Así, si el accidente cae dentro del ámbito de actividades que están bajo el control del empleador y se cumplen las condiciones generales para que pueda presumirse en principio su culpa por el hecho propio (*supra* N° 94),<sup>181</sup> la culpa debiera presumirse y la prueba liberatoria debería corresponder al demandado;<sup>182</sup> y, cuando proceda, la jurisprudencia debiera

<sup>179</sup> CS, 21.10.2002, F. del M. 503, 3182, pronunciado respecto de un accidente del tránsito sufrido por un trabajador en cumplimiento de sus deberes, pero causado exclusivamente por la conducta imprudente de un tercero ajeno al ámbito de control del empleador.

<sup>180</sup> Corte de Concepción, 27.9.2002, GJ 270, 146. En concordancia con la doctrina que afirma que la responsabilidad del empleador es contractual, se ha fallado que el orden jurídico “pone el peso de la prueba de cargo del empleador –del demandado, para el caso– quien de acuerdo con las reglas de la responsabilidad civil (artículo 1547 del Código Civil) está gravado con una presunción de culpa que debe desvirtuar” (Corte de Concepción, 26.8.2003, rol N° 679-2003, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 2.12.2003, rol N° 4.142-2003).

<sup>181</sup> En un caso en que la presunción de culpa resultaba evidente (tanto por la peligrosidad de la acción, como por una máxima de la experiencia), se estimó negligente haber admitido faenas en el lugar donde el mismo día se había limpiado un pozo con gran cantidad de ácido sulfúrico (Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85).

<sup>182</sup> Como expresamente se exige en Corte de Concepción, 13.7.1998, GJ 219, 168; Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199; y Corte de Santiago, 22.4.2003, GJ 274, 281.



estar abierta a aceptar la excusa de razonable diligencia.<sup>183</sup> Por el contrario, si el accidente, aunque sea con ocasión del trabajo, escapa al ámbito de cuidado que naturalmente corresponde al empleador (como ocurrió en el caso del accidente del tránsito sufrido por el trabajador en cumplimiento de sus deberes), es sensato que la prueba de la negligencia corresponda al demandante.<sup>184</sup>

c) Lo expresado en el párrafo precedente resulta igualmente aplicable si la responsabilidad que se hace valer tiene fundamento extracontractual (*supra* N° 502).

**508. Responsabilidad por el hecho ajeno.** a) El empleador puede verse obligado a responder por el hecho ajeno en dos hipótesis principales: cuando el accidente es sufrido por un trabajador de un contratista o cuando es provocado por alguna persona por cuyo hecho responde.

b) En el derecho del trabajo, el dueño de una obra, empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los *contratistas* en favor de los trabajadores de éstos; la responsabilidad puede extenderse de igual modo a los subcontratistas (Código del Trabajo, artículo 64). La responsabilidad subsidiaria está limitada al cumplimiento de las obligaciones que suponen prestaciones en dinero, atendido el contexto en que se encuentra esa disposición (Capítulo VI, Título I, Libro I del Código del Trabajo, titulado “De la protección a las remuneraciones”).

En la medida que la responsabilidad del principal no tiene por antecedente la infracción de las obligaciones remuneratorias y previsionales referidas en esa disposición legal, la responsabilidad del empresario que encarga la obra a un subcontratista sólo puede basarse en su propia culpa.<sup>185</sup> Así se ha fallado que esa responsabilidad “debe estimarse extendida sólo a aquellos casos en que el dueño de la obra, faena o empresa ha podido fiscalizar el cumplimiento por el contratista o subcontratista de las obligaciones de las que se pretende hacerlo responsable”.<sup>186</sup> Pero también existe jurisprudencia que entiende que la responsabilidad subsidiaria del principal se

<sup>183</sup> En un caso referido a la acción de un trabajador que sufrió la fractura del quinto metatarso del pie derecho y otras lesiones a consecuencia de un accidente en el taller del demandado, la Corte estimó que el empleador había cumplido los deberes de seguridad en la medida que “dispuso de todas las medidas necesarias para la prevención de accidentes, implementando todos los mecanismos necesarios para desarrollar una faena de alto riesgo, con la mayor precisión y seguridad”, a lo que se agregaba una correcta instrucción y equipamiento del personal, de modo que el accidente era atribuible exclusivamente a la conducta desaprensiva del trabajador (Corte de Concepción, 27.9.2002, GJ 270, 146).

<sup>184</sup> Como expresamente se exige en CS, 30.11.2000, GJ 245, 39, publicada también en F. del M. 504, 4152.

<sup>185</sup> En este sentido, con antecedentes históricos, textuales y sustantivos, Zelaya en Ba-  
raona/Zelaya 2005 114.

<sup>186</sup> Así, CS, 29.4.2004, rol N° 2.297-2003; en distinto sentido, Corte de Santiago, 31.1.2001, GJ 248, 211.

extiende no sólo a la protección de las remuneraciones y prestaciones de seguridad social, sino también a las obligaciones de seguridad del contratista con sus trabajadores.<sup>187</sup> Esta jurisprudencia implícitamente asume, en general, que el principal ha actuado con negligencia en la programación o coordinación de las tareas o en el mantenimiento de las instalaciones.<sup>188</sup> Al establecerse esta responsabilidad por el hecho de los contratistas no puede ignorarse que la economía contemporánea se basa crecientemente en la división del trabajo, que lleva a que las labores complejas sean progresivamente ejecutadas con la participación de contratistas autónomos y especializados, que carecen de vínculos de dependencia con quien hace el encargo, de modo que no hay razón para extender la responsabilidad del principal más allá de su ámbito de cuidado, a menos que pueda imputársele en la relación un abuso de la personalidad jurídica (*supra* N° 135). Y si *de lege ferenda* se aceptare una aplicación extensiva del artículo 64 del Código del Trabajo, se entiende que esta responsabilidad es subsidiaria, de modo que sólo procede si el contratista no cumple con la obligación indemnizatoria que le ha sido impuesta.<sup>189</sup>

c) El empleador responde por el hecho ajeno de quienes están bajo su *dependencia o cuidado*. En la materia existe una diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En la primera, la responsabilidad es vicaria, por interpretación extensiva del artículo 1679 (*infra* N° 782); en la segunda, el principal es responsable en razón de la presunción de culpa del empresario por el hecho de sus dependientes, que la jurisprudencia ha extendido hasta el límite de la responsabilidad vicaria (*supra* § 18).

**509. Culpa concurrente del trabajador.** En circunstancias que se trata de un régimen de responsabilidad de derecho común, que complementa el sistema de seguro social, si la víctima del accidente se ha expuesto imprudentemente al daño, corresponde aplicar a la relación entre el empleador

<sup>187</sup> Se ha fallado que hay responsabilidad del empleador si uno de sus trabajadores sufre un accidente debido a la negligencia de una empresa externa, contratada para el montaje e instalación de un neumático que posteriormente explota (Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183); en sentido análogo, Corte de Santiago, 31.1.2001, GJ 248, 211; CS, 2.1.2004, rol N° 676-2004; CS, 31.5.2004, rol N° 756-2003 (citados estos últimos por Zelaya en Baraona/Zelaya 2005 111).

<sup>188</sup> Exigiendo algún grado de control del dueño de la obra o faena como condición para imponerle responsabilidad por accidentes del trabajo, CS, 8.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 3ª, 101; Zelaya en Baraona/Zelaya 2005 112 entiende que los fallos que dan lugar a la responsabilidad del principal generalmente asumen que éste ha incurrido en negligencia.

<sup>189</sup> Sobre la subsidiariedad de esta responsabilidad, se ha fallado que “conforme a la naturaleza misma de una obligación subsidiaria, no procede demandar ni requerir de pago al dueño de la obra, empresa o faena, sin haber requerido previamente al contratista o subcontratista, respectivamente, como tampoco demandar conjuntamente a ambos” (Corte de Santiago, 17.1.2000, GJ 235, 199); CS, 29.4.2004, rol N° 2.297-2003, establece como criterio de responsabilidad del principal precisamente que éste haya tenido la posibilidad de fiscalizar y controlar las medidas de seguridad del contratista.



y el trabajador la regla de compensación de culpas y de disminución correlativa de la indemnización (artículo 2330 del Código Civil). La relación civil entre el empleador y el trabajador asume que ambos son personas que interactúan sobre la base del respeto recíproco y del debido cuidado de sí mismas, de modo que no es razonable imputar al empleador, en esta sede, las negligencias del trabajador. Ello no impide que en la apreciación de la negligencia laboral sean consideradas las circunstancias concretas del caso, en especial las consecuencias que puede tener la rutina en los niveles de atención que se pueden esperar del trabajador (*supra* N° 285).<sup>190</sup> A falta de esta justificación, la culpa del trabajador debe entenderse determinante en la disminución de la indemnización o en la exclusión de la responsabilidad, según las reglas generales (*supra* N°s 289 y 290).<sup>191</sup>

**510. Valoración de la prueba según el criterio de la sana crítica.** En la medida que las causas de responsabilidad civil en que se invoca la responsabilidad contractual del empleador quedan sujetas a las reglas de procedimiento que el Código del Trabajo establece para la jurisdicción laboral, la prueba queda sometida a la valoración de conformidad con las reglas de la sana crítica (Código del Trabajo, artículo 456). Esa norma dispone que el juez, al apreciar la prueba de esa manera, “deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime”; la disposición luego agrega que “en general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

En consecuencia, la apreciación de conformidad con la sana crítica exige del juez la explicación de las circunstancias concretas que le permiten llegar al convencimiento en la determinación de los hechos. Los jueces son soberanos en obtener sus conclusiones a menos que en la

<sup>190</sup> La jurisprudencia, sin embargo, en materia de responsabilidad civil por accidentes del trabajo, extiende a veces de modo exorbitante el criterio protector del derecho laboral, como se muestra en situaciones que podrían ser consideradas de exclusiva responsabilidad de la víctima; así, por ejemplo, en el caso de un accidente provocado por la caída de un ascensor en un pique minero, en circunstancias que la víctima ordenó una reparación hechiza, sin esperar la llegada del personal especializado (CS, 30.9.2002, rol N° 1.733-2001). En contraste, se ha entendido que no hay lugar a responsabilidad civil respecto del trabajador que sufre un accidente por no emplear la ropa de protección provista y prescrita por la empresa (Cerdea 1999 26).

<sup>191</sup> Véase, por ejemplo, Corte de Puerto Montt, 26.5.1999, rol N° 7.721, confirmada por CS [cas. fondo], 22.6.2002, rol N° 2.439-99; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; CS, 29.1.2001, GJ 247, 199; Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 96; Corte de Santiago, 27.9.2002, GJ 270, 146; CS, 15.10.2002, F. del M. 503, 3258; Corte de Concepción, 26.8.2003, rol N° 679-2003, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 2.12.2003, rol N° 4.142-2003; y Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282.

determinación de tales hechos hayan desatendido las razones que la ley establece como *criterios y requisitos* de convicción.<sup>192</sup>

Por eso, a efectos del recurso de casación, el control jurídico del razonamiento supone exigir que la sentencia contenga materialmente una expresión razonada de los hechos y que la conclusión se siga coherentemente de consideraciones lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, lo que no significa ir contra los hechos establecidos en la instancia, sino velar por el cumplimiento de los requisitos que la ley impone al razonamiento según la sana crítica.<sup>193</sup>

**511. Acciones indemnizatorias. Daños indemnizables.** a) Como se ha visto, la Ley de accidentes del trabajo establece dos acciones (*supra* N° 501). La primera, concedida al asegurador que ha pagado las prestaciones legales (artículo 69 letra a), tiene su antecedente en la subrogación legal que se produce a favor del asegurador de daños que ha pagado a la víctima de los daños; la segunda, concedida al trabajador y a las víctimas del daño reflejo, es indemnizatoria, y cubre los daños patrimoniales y morales que no han sido compensados por el seguro.

Sin embargo, la acción de las víctimas tiene una extensión más amplia que la del asegurador, porque se extiende al daño moral. En circunstancias que las prestaciones del seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales son patrimoniales (daño emergente del tratamiento y lucro cesante de la pérdida de ingresos), la indemnización por el daño moral que obtenga la víctima en el juicio de responsabilidad no concurre con la pretensión restitutoria del organismo asegurador.

La responsabilidad del empleador se rige por el derecho común, de modo que el daño patrimonial y moral son determinados de conformidad con las reglas generales (*Capítulo IV*).<sup>194</sup>

b) El cúmulo de prestaciones del asegurador y del tercero civilmente responsable, así como la concurrencia de acciones del asegurado y del asegurador en contra del responsable, son referidos en el capítulo referido a las acciones (*infra* N° 696).

<sup>192</sup> Así CS, 16.10.2000, GJ 244, 163, publicada también en F. del M. 503, 3659; CS, 6.1.2003, GJ 271, 186; y CS, 2.12.2003, rol N° 4.142-2003.

<sup>193</sup> Un caso de responsabilidad por accidentes del trabajo en que la Corte Suprema invalidó una sentencia por infracción a las exigencias argumentativas que impone la sana crítica en CS, 28.5.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 3ª, 113, publicada también en GJ 263, 170.

<sup>194</sup> Sin embargo, es especialmente destacable la fructífera producción jurisprudencial en esta materia que expresamente declara la procedencia de la indemnización del daño moral en sede contractual; en este sentido, véanse CS, 16.6.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 3ª, 94; Corte de Santiago, 28.10.1999, GJ 232, 195; Corte de Santiago, 10.3.2000, GJ 237, 159; Corte de Santiago, 2.7.2002, GJ 265, 85; Corte de Santiago, 9.7.2002, GJ 275, 227; Corte de Concepción, 28.8.2002, GJ 266, 210; y Corte de Antofagasta, 13.12.2002, GJ 270, 183. Sobre la indemnización del daño moral en sede contractual y su tratamiento en el derecho chileno, *supra* § 24 i.



## § 52. ACCIDENTES DEL TRÁNSITO

a. *Introducción*

**512. Responsabilidad civil y seguro en los accidentes del tránsito.** a) El uso de vehículos motorizados se ha masificado y ha dado lugar a un ámbito de actividad especialmente riesgoso, tanto por la probabilidad de sufrir accidentes, como por la intensidad de los daños que éstos amenazan producir. En razón de ambos factores, la circulación de vehículos motorizados y el tránsito en vías públicas (como peatones, pasajeros o conductores) es la actividad más riesgosa que emprendemos cotidianamente.

Sin embargo, la reducción de los costos del transporte y los beneficios sociales asociados al uso de vehículos motorizados son tan significativos, que justifican la aceptación generalizada de esa actividad riesgosa.<sup>195</sup> En este sentido, la responsabilidad por accidentes del tránsito es sintomática de cómo el derecho está dispuesto a asumir riesgos proporcionalmente mayores cuando una actividad es en particular valiosa y tiene como contrapartida un aumento generalizado de la riqueza y el bienestar. El límite está dado por las reglas que rigen la conducta de los agentes de riesgo, estableciendo un régimen de prevención basado en sanciones penales e infraccionales y un estatuto de responsabilidad civil que cumple funciones preventivas y de justicia correctiva.<sup>196</sup>

A lo anterior, se agrega, como criterio de distribución de los costos de los accidentes, el establecimiento de regímenes de *seguros obligatorios* (que en algunas jurisdicciones significan disminuir sustancialmente la relevancia preventiva y correctiva de la responsabilidad civil).<sup>197</sup>

<sup>195</sup> Calabresi 1985 1 muestra la aceptación del riesgo a partir de una hipótesis moral originaria: un dios maligno ofrece a la comunidad inmensos beneficios a condición de que aleatoriamente pueda elegir cada año un cierto número de víctimas para sus siniestros propósitos; el rechazo moral de este acuerdo es luego comparado con la introducción del automóvil y de los medios masivos de transporte. Desde luego que existen diferencias entre ese pacto y los accidentes de circulación: en el caso del automóvil, se trata del desarrollo espontáneo de una actividad, de modo que no hay acuerdo en un número de víctimas como contraprestación a los beneficios; no se trata de un intercambio, sino de un riesgo estadístico; existen reglas de responsabilidad que tienen por preciso objeto disminuir los accidentes y sistemas de seguros generalizados para compensar a las víctimas. Sin embargo, perdura una analogía más profunda de ese caso con la aceptación social de un riesgo, que trae beneficios inobjectables, pero que estadísticamente supone un cierto número de víctimas.

<sup>196</sup> La Corte Suprema ha resuelto que “ciertamente, la conducción de cualquier vehículo motorizado crea un riesgo, el cual, sin embargo, el ordenamiento jurídico permite, en atención a los beneficios sociales que implica el empleo de esos medios de transporte. Tal autorización, sin embargo, reconoce límites impuestos por el cuidado debido e implica la observancia de una serie de regulaciones tendientes a evitar que se excedan dichos márgenes de tolerancia” (CS, 12.11.2003, GJ 281, 155, también publicada en F. del M. 516, 3253).

<sup>197</sup> Una antigua discusión de la socialización del riesgo como modelo de estatuto legal de los accidentes del tránsito en Tunc 1981 *passim*, con informes de juristas europeos y referencias a la ley neozelandesa de 1978 que estableció un seguro general de accidentes, prescindiendo de su causa.



b) También en el derecho chileno se ha introducido un régimen de seguro obligatorio para accidentes del tránsito (ley N° 18.490), pero el legislador ha establecido coberturas en extremo restringidas, en el espíritu de no encarecer en exceso la tenencia del automóvil.

Asimismo, el tráfico automotriz es típicamente sede de *obligaciones legales de seguro*. En sistemas jurídicos donde el seguro obligatorio es comprensivo de los daños efectivos, a diferencia del seguro más bien básico establecido en Chile por la Ley de seguro obligatorio del tránsito, el efecto es que las partes en los juicios de responsabilidad por accidentes del tránsito sean usualmente compañías de seguros.

En la década de 1960 y 1970 se discutió en todos los países industrializados la conveniencia de suprimir el régimen de responsabilidad civil en materia de accidentes del tránsito, a efectos de poner término a lo que se llamó el carrusel de los seguros, en que unas compañías hacían transferencias a otras a consecuencia de juicios de responsabilidad, que usualmente concluían en transacciones extrajudiciales. Sin embargo, la experiencia ha llevado a concluir que resulta preferible conservar incentivos de conducta, aun en el sistema universal de seguros, en la forma de primas menores como incentivos para quienes no incurrir en responsabilidad civil y, eventualmente, mediante acciones de reembolso que se reconozcan al asegurador en caso de incurrirse en ciertos ilícitos calificados. Por eso, aun en lugares donde el seguro es universal, en cuanto a la cobertura personal y de daños derivados de accidentes, el sistema de responsabilidad civil conserva su función de instancia reguladora de incentivos.

A ello se agregan las razones generales contra el adormecimiento del sentido de lo correcto en nuestras relaciones recíprocas a que podría conducir un sistema generalizado de seguros, que justifican la persistencia de un régimen de responsabilidad civil que permanezca, en lo posible, conceptualmente independiente del seguro, aun en sistemas donde éste es obligatorio y comprensivo de todos los daños (*supra* N° 24 a).

**513. ¿Responsabilidad estricta o por negligencia?** a) En todos los sistemas jurídicos el tráfico automotriz estuvo regido en sus inicios por el régimen general de responsabilidad por negligencia. Con el correr del tiempo los sistemas jurídicos han tendido a separarse: así, mientras en los países europeos rigen estatutos de responsabilidad estricta, en el derecho angloamericano continúa rigiendo el sistema de responsabilidad basado en la negligencia.<sup>198</sup> El derecho chileno extiende a los accidentes del tránsito el régimen general de responsabilidad por negligencia, que se apoya en un amplio conjunto de reglas del tránsito, cuya inobservancia da lugar a múltiples hipótesis de culpa infraccional. Paralelamente se establecen obligaciones de garantía del propietario y tenedor del vehículo, que adquieren la forma de una responsabilidad vicaria (*supra* N° 104), que tiene por antecedente la culpa del conductor, pero que, cumplida esa condición, es estricta respecto de la víctima de esa negligencia.

<sup>198</sup> Kötz/Wagner 2006 209, Shavell 1987 32.



b) En materia de política legislativa, pocas áreas del derecho de la responsabilidad se prestan con más claridad que los accidentes del tránsito para argumentar a favor de uno u otro régimen de responsabilidad, de modo que no cabe reiterar en este lugar la discusión ya referida en extenso al tratar de la responsabilidad estricta (*supra* § 36).

**514. Sujetos de responsabilidad.** a) De acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil, es primariamente responsable del accidente el *conductor* que incurre en una negligencia que resulta determinante en la producción del daño (artículo 174).<sup>199</sup> En circunstancias que el conductor puede resultar insolvente, la ley hace solidariamente responsables al *propietario* y al *tenedor* del vehículo por la obligación indemnizatoria que tiene por antecedente la culpa del primero (artículo 174 II).

A su vez, el *propietario* es responsable por su propia culpa si el accidente es causalmente atribuible al mal estado y condiciones del vehículo (artículo 175 I).

Finalmente, si el accidente es atribuible al mal estado de las vías, o a la ausencia o inadecuada señalización, la responsabilidad es atribuible al *Fisco* o a la respectiva *municipalidad*, en un importante caso de aplicación de la responsabilidad de los órganos públicos por falta de servicio (artículo 174 V).

b) Además de estas hipótesis principales de responsabilidad, la Ley del tránsito hace referencia a ilícitos especiales, conexos con la materialización del accidente. Ante todo, establece la responsabilidad de los *funcionarios que otorguen licencias de conducir en infracción a la ley*, autorizando de este modo a un conductor que luego por impericia o imprudencia provoca un accidente. Además establece la responsabilidad, conexa a la del propietario o tenedor del *concesionario de un servicio de revisión técnica* que haya entregado un certificado falso, sea por no haberse practicado la revisión o por contener afirmaciones contrarias a la verdad (artículo 174 IV). En ambos casos, se trata de una concurrencia de responsabilidad con el conductor, propietario o tenedor del vehículo, que la ley resuelve expresamente sobre la base del principio de solidaridad (*supra* N° 278).

#### b. Responsabilidad del conductor por el hecho propio

**515. Régimen general de responsabilidad por accidentes del tránsito.** La Ley del tránsito dispone que la conducción de un vehículo en forma de hacer peligrar la seguridad de los demás, en virtud de una conducta que no toma en consideración los derechos ajenos o infrinja las reglas del tránsito, da lugar a responsabilidad civil (artículo 170). De este modo, se recoge el principio general de responsabilidad de que el conductor de un vehículo motorizado responde de los daños causados por su culpa, sea por

<sup>199</sup> Las referencias legales de este apartado se entienden hechas a la Ley del tránsito, a menos que del contexto se infiera que lo son al Código Civil.

no actuar con la consideración de los deberes generales de cuidado que resultan exigibles en nuestras relaciones recíprocas, sea por infringir las normas legales que rigen la actividad (*supra* § 10 d). En consecuencia, la Ley del tránsito no modifica el régimen general de responsabilidad, sino que desarrolla deberes legales de cuidado más detalladamente, ampliando así el alcance de la culpa infraccional.

**516. Determinación legal de los deberes de cuidado del conductor: culpa infraccional.** a) Es una práctica común que las actividades que presentan riesgos intensos sean reguladas por el legislador u otra autoridad con potestad normativa. Es el caso del tránsito de vehículos motorizados, donde la ley ha definido numerosas reglas que imponen a los conductores los más diversos deberes de conducta. Las consideraciones que sigue el legislador son preferentemente preventivas y asumen una valoración de los costos de reglas excesivamente exigentes y los beneficios asociados a la circulación de vehículos, buscando alcanzar un grado óptimo de prevención en ese contexto de fines encontrados entre sí.

La infracción a una regla del tránsito definida por el legislador tiene por efecto que el acto sea tenido por culpable sin necesidad de entrar en consideraciones adicionales (*supra* N° 53 b). El principio se encuentra recogido en la Ley del tránsito, en cuya virtud toda persona que conduzca un vehículo infringiendo las reglas legales de circulación o de seguridad resulta responsable de los perjuicios que de ello provengan (artículo 170). En consecuencia, las infracciones relevantes a efectos de la responsabilidad civil son las conductas que contravienen normas legales o reglamentarias y que resultan determinantes en la producción del daño, aunque no den lugar a ilícitos contravencionales sancionados con multa u otras penas (artículos 197 y siguientes).

b) La infracción a reglas legales supone contrastar la regla con la conducta efectiva, de modo que las circunstancias personales del autor en cuya virtud se produjo la infracción resultan irrelevantes. De este modo, quien emprende la conducción de un vehículo motorizado sin tener la aptitud para ello no puede invocar su propia debilidad como excusa.<sup>200</sup> Por eso, en el plano puramente subjetivo, sólo resultan admisibles de un modo particularmente restrictivo las excusas de incapacidad o falta de libertad en la acción (*supra* N° 47).

Adicionalmente, la infracción a una regla del tránsito puede ser excusada invocando una razón más poderosa que ha impedido cumplirla, lo que supone un juicio de ponderación, como es típico de las causales de justificación (*supra* § 12); también puede ser excusa suficiente el caso fortuito o fuerza mayor, que supone la concurrencia de una causa extraña al demandado que ha intervenido en el accidente, situación en que se plan-

<sup>200</sup> Así, la ley prescribe que ninguna persona podrá conducir un vehículo cuando se encuentre en condiciones físicas o síquicas deficientes (artículo 115); y la misma conducta es considerada, a efectos sancionatorios, como una infracción grave (artículo 198 N° 1).



tea un problema de imputación objetiva del daño cuando intervienen varias causas (*supra* N° 270).

En la medida que la infracción de las reglas del tránsito admite las excusas indicadas, el legislador señala que los ilícitos dan lugar a presunciones de responsabilidad (artículo 172). En verdad, se trata de hipótesis de culpa infraccional, que permiten calificar la conducta como ilícita (culpable), a menos que opere una excusa del infractor.

c) En definitiva, la responsabilidad por accidentes del tránsito se funda principalmente en un conjunto de reglas de conducta establecidas en la propia Ley del tránsito. En la práctica, la jurisprudencia tiende a enumerar las infracciones legales incurridas, asumiendo que el solo hecho de la infracción permite calificar la conducta de culpable.<sup>201</sup>

**517. Deberes generales de cuidado en la circulación de vehículos.** a) La circunstancia de que el legislador haya definido múltiples deberes de cuidado que deben ser observados por quien conduce un vehículo motorizado no significa que el deber de diligencia se agote en el cumplimiento de esas reglas, pues la regulación no tiene pretensiones de exhaustividad y autoriza la determinación judicial de cuidados adicionales (*supra* N° 25). Las reglas generales de la responsabilidad civil suponen que el buen padre o madre de familia no sólo se guía por la letra de la ley, sino que también actúa de acuerdo a lo que la prudencia aconseja atendidas las particulares circunstancias de la acción. Por eso, la norma inicial del título sobre responsabilidad civil de la Ley del tránsito dispone que el ilícito de hacer peligrar la seguridad de los demás no sólo se produce por infracción a las reglas legales, sino también, en general, por la actuación desconsiderada con los derechos de los otros (artículo 170).

La determinación adicional de deberes de cuidado resulta del reconocimiento de la imposibilidad del legislador de establecer un catálogo detallado de conductas que considere todas las hipótesis relevantes de cuidado debido en el tráfico de vehículos motorizados. De este modo, si bien el cumplimiento de todas las reglas del tránsito es indicio de un comportamiento correcto, no es una garantía de irresponsabilidad. Las condiciones externas de la acción pueden llevar a que el cumplimiento de las reglas legales del tránsito resulte insuficiente y que los deberes de cuidado deban ser extremados (*supra* N° 55). Así, todo indica que un conductor prudente no imprime el mismo cuidado a su conducta cuando conduce por una

<sup>201</sup> La Corte Suprema ha sentenciado que “habrá culpa por el solo hecho de que el sujeto activo haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues significa que omitió las medidas de prudencia necesarias para evitar un daño” (CS, 10.11.2005, GJ 305, 177; CS, 14.3.2006, rol N° 3.132-2003); enumerando las reglas legales y asumiendo que su infracción supone culpa: Corte de Santiago, 24.5.1999, GJ 227, 138; Corte de San Miguel, 19.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 66, también publicada en GJ 229, 153; CS, 24.1.2001, GJ 247, 134; Corte de Valdivia, 25.6.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 6.5.2002, GJ 263, 120; y Corte de Antofagasta, 15.12.2001, GJ 273, 95.

calle despejada, caso en que el cumplimiento de las reglas legales puede ser suficiente, que cuando lo hace por un vía agolpada de gente que participa en un acto público.

b) En la determinación de estos deberes de cuidado que no están definidos por la ley, los jueces realizan una tarea eminentemente normativa que supone definir en concreto la conducta que debió observar en esas circunstancias un conductor prudente y diligente. La ejecución de esta tarea supone recurrir a distintos criterios de diligencia (*supra* § 10 d 3), que, en el fondo, expresan la orientación práctica asumida por un conductor respetuoso de los demás.

**518. Prueba de la culpa.** a) La prueba de la culpa se refiere al hecho del demandado y a todas las circunstancias que permiten calificar la conducta como negligente (*supra* N° 84). A la víctima de accidentes del tránsito le será generalmente suficiente probar la conducta del demandado, porque, en la mayoría de los casos, ella constituye el supuesto de hecho de una culpa infraccional; en consecuencia, le bastará probar los hechos constitutivos de la infracción para que se tenga por configurada la negligencia (*supra* N° 86). Y si el demandado invoca una excusa, a él corresponderá probar los hechos que desvirtúen la presunción *prima facie* de negligencia que envuelve la infracción a la norma legal o reglamentaria.

b) Por el contrario, si la ilicitud de la conducta se sustenta en la infracción de un uso normativo o de un deber de conducta construido judicialmente, el demandado deberá probar precisamente todas las circunstancias relevantes que permitan al juez calificar el acto como culpable, a pesar de que formalmente no se ha violado norma legal o reglamentaria alguna (*supra* N°s 87 y 88). Para probar la culpa pueden emplearse cualesquiera medios probatorios, sin que opere restricción alguna respecto de la prueba testimonial (*supra* N° 89).

**519. Presunciones de responsabilidad.** a) Además de las hipótesis de delitos, infracciones y contravenciones tipificadas y penadas en el Título XVII, la Ley del tránsito establece un listado de *presunciones de responsabilidad civil* (artículo 172). En algunos casos, estas presunciones reiteran ilícitos sancionados por aquellas normas punitivas (por ejemplo, artículo 172 N° 3, en relación con 196 E); pero también se hace referencia a conductas que no infringen deberes de cuidado establecidos por otras disposiciones de la ley. La interpretación más apropiada de esta norma resulta ser que estas presunciones complementan las diversas hipótesis de culpa infraccional, que tienen por antecedente el incumplimiento de cualesquiera deberes de cuidado establecidos por la ley. En consecuencia, si la conducta del conductor corresponde a alguna de las conductas que dan lugar a las presunciones, se aplica, a efectos del requisito de la culpa, el mismo principio general que rige la infracción a una norma legal, en cuya virtud la conducta es culpable, desde el punto de vista civil, *en razón de la infracción*, a menos que el conductor logre probar una excusa suficiente (*supra* N° 516).



b) La pregunta que queda abierta es si la expresión ‘presunciones de responsabilidad’ se extiende a los otros elementos del ilícito civil, especialmente a la *causalidad*. La materia será tratada enseguida al analizar en particular este requisito de la responsabilidad (*infra* N° 521). En ningún caso, sin embargo, la presunción puede alcanzar al *daño*, que debe ser probado de conformidad con las reglas generales (*supra* §§ 23 d y 24 h).

**520. El manejo bajo la influencia del alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas y en estado de ebriedad.** a) La Ley del tránsito tipifica dos ilícitos relacionados con la ingesta de alcohol, el primero contravencional y el segundo penal: el *manejo bajo la influencia del alcohol* y el *manejo en estado de ebriedad*.<sup>202</sup> La sola realización del tipo infraccional o penal califica de ilícita la conducta y da lugar a la respectiva sanción administrativa o penal; pero para que de ella se siga responsabilidad civil es necesario que el ilícito sea la precisa causa del daño sufrido por el demandante (artículo 171, *infra* N° 521).<sup>203</sup> En verdad, es difícil imaginar un supuesto en que un daño sea exclusivamente imputable a la infracción legal consistente en conducir con una significativa concentración de alcohol en la sangre. Lo determinante desde el punto de vista de la responsabilidad civil es que el manejo bajo la influencia del alcohol o en estado de ebriedad devenga en un incumplimiento de otros deberes de conducción, que sí son causa precisa de accidentes del tránsito. Con todo, el manejo bajo la influencia del alcohol da lugar a una presunción de responsabilidad (artículo 172 N° 3), que exige del demandado la prueba de que su condición no resultó determinante en la materialización del accidente.

b) Lo dicho respecto de la conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol se aplica a hacerlo bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (artículos 115 A II, 172 N° 3 y 196 E).

**521. Causalidad en materia de accidentes del tránsito.** a) La responsabilidad civil tiene por condición una relación de causalidad entre la conducta culpable del demandado y el daño. Este requisito supone, ante todo, que

<sup>202</sup> El tribunal, para la determinación del estado de ebriedad o el hecho de encontrarse el conductor bajo la influencia del alcohol, deberá considerar todos los medios de prueba, evaluando especialmente el estado general del imputado en relación con el control de sus sentidos, como también el nivel de alcohol presente en el flujo sanguíneo, que conste en el informe de alcoholemia o en el resultado de la prueba respiratoria que haya sido practicada por Carabineros (artículo 115 B). Se entiende que hay desempeño bajo la *influencia del alcohol* cuando el informe o prueba arroje una dosificación superior a 0,5 e inferior a 1,0 gramo por mil de alcohol en la sangre o en el organismo. Si el informe o prueba arroja una dosificación igual o superior a 1,0 gramo por mil, se entiende que se trata de una hipótesis de manejo en *estado de ebriedad*.

<sup>203</sup> Se ha resuelto que en un accidente del tránsito no resulta posible dictar sentencia de condena si no se llega a la conclusión de que los daños están en relación causal segura e inequívoca con la conducción culpable de un vehículo motorizado en estado de embriaguez por parte su chofer (Corte de San Miguel, 16.8.2002, GJ 266, 159).



el hecho del demandado sea una condición necesaria del daño y que las consecuencias del hecho puedan serle normativamente imputadas. La circunstancia de que el hecho del demandado sea una condición necesaria del daño es constatada en los accidentes del tránsito según el principio de la equivalencia de condiciones (*supra* § 28).<sup>204</sup> A su vez, el requisito de que el daño sea directo no plantea preguntas especiales en materia de accidentes del tránsito, de modo que la imputación objetiva de las consecuencias dañinas mediatas se rige por los criterios generales (*supra* § 30).

El requisito de que exista una conexión de sentido entre el ilícito y el daño se encuentra expresamente señalado en la Ley del tránsito, que dispone que el mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad del infractor, si no existe una relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente (artículo 171).<sup>205</sup> En definitiva, el daño debe haberse producido como una consecuencia de la infracción. De lo contrario no resulta posible atribuir responsabilidad *en razón* del ilícito.<sup>206</sup>

b) En general, la relación de causalidad no suele plantear problemas conceptuales significativos y da lugar a complejidades sólo en casos excepcionales. El problema que se plantea con más frecuencia se refiere a la concurrencia de infracciones de la víctima y del demandado, lo que deviene en una comparación de la relevancia relativa de las conductas de las partes en la producción del accidente. En esas situaciones, la causalidad suele tornarse en el elemento decisivo para atribuir responsabilidad (*infra* Nos 524 y 525).

c) En los juicios de responsabilidad civil por accidentes del tránsito suele plantear dificultades la *prueba* de la causalidad. Por lo mismo, es

<sup>204</sup> CS, 29.12.1952, RDJ, t. XLIX, sec. 4ª, 325; CS, 11.1.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4ª, 7; Corte de Concepción, 7.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 288; CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356; CS, 25.4.2000, GJ 238, 105, también publicada en F. del M. 497, 527; y Corte de Concepción, 3.4.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 27.3.2002, GJ 261, 80.

<sup>205</sup> “En consecuencia, si una persona infringe alguna disposición y tal contravención no ha sido causa determinante de los daños producidos, no estará obligada a la indemnización” (Corte de Santiago, 3.12.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 153).

<sup>206</sup> En este sentido, se ha fallado que no procede acoger una acción de indemnización de perjuicios fundada en que el demandado fue multado por conducir sin la licencia respectiva, si dicha infracción está completamente desligada de la colisión (Corte de Concepción, 5.8.1980, RDJ, t. LXXVII, sec. 2ª, 105); también se ha entendido que la circunstancia de manejar una persona en estado de ebriedad y a exceso de velocidad resulta irrelevante si el accidente se debe a que otro conductor pierde el control de su vehículo y traspasando el eje central invade la pista de circulación contraria, ya que “dichas circunstancias no influyeron en el hecho en sí, no tuvieron relación de causa a efecto, pues como se ha demostrado, el accidente ocurrió por haberse desplazado el conductor de la camioneta a la pista contraria” (CS, 17.11.1998, F. del M. 480, 2334); y que la circunstancia de haber conducido un camionero con una licencia inadecuada y a exceso de velocidad es irrelevante, ya que de comportarse correctamente “la colisión se habría producido de todas maneras” (Corte de Concepción, 3.4.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 27.3.2002, GJ 261, 80).

importante definir a quién corresponde la carga probatoria en la materia. Según el principio de distribución de la carga de la prueba del artículo 1698 del Código Civil, en principio corresponde probar la causalidad a quien alega la obligación indemnizatoria (esto es, al demandante). Sin embargo, existe consenso generalizado en la doctrina comparada en que esta regla debe ser moderada cuando existen indicios de que el ilícito del demandado fue la causa esencial del daño (*supra* N° 271). Estos indicios probatorios, que permiten *presumir la relación de causalidad* a partir del ilícito y el daño, son particularmente importantes en materia de accidentes del tránsito.

Ante todo, es interesante la formulación de la regla legal que se refiere a la conexión de ilicitud que debe haber entre el ilícito y el daño en materia de accidentes del tránsito. La ley reitera, ante todo, que la mera constatación del ilícito no determina necesariamente la responsabilidad civil si no existe una relación de causa a efecto entre la infracción y el daño. Pero enseguida señala que si una persona infringe una disposición legal, y tal contravención no ha sido causa determinante de los daños, no habrá lugar a responsabilidad (artículo 171). Una lectura cuidadosa de esa norma muestra que la regla general es que si alguien ha cometido un ilícito contra la Ley del tránsito y ha ocurrido un daño, en principio éste es atribuido causalmente al autor, *a menos* que se muestre que esa contravención no ha sido determinante en el resultado dañoso.

A lo anterior se agrega que la norma del artículo 172 establece un listado de presunciones de *responsabilidad*, lo que permite asumir que el legislador no quiso sólo inferir la culpa, sino también la causalidad, en caso de ocurrir los diversos ilícitos infraccionales allí referidos. Con razón al menos análoga, puede inferirse *prima facie* la causalidad si el demandado ha incurrido en los delitos o cuasidelitos tipificados en el Título XVII de la Ley del tránsito.

Finalmente, la gravedad del ilícito y la producción simultánea del daño son, por lo general, antecedente suficiente para dar por establecida *prima facie* la relación causal; en particular si la infracción ha estado acompañada de un aumento del riesgo de daño (Código Civil, artículo 2329; *supra* N° 271 c y d). Ese es generalmente el caso en materia de infracciones a las reglas del tránsito asociadas a daños corporales.

Todo indica, en consecuencia, que un ilícito infraccional, naturalmente apto para producir el daño soportado por la víctima, puede dar lugar a una presunción de causalidad, con fundamento en las normas de la propia Ley del tránsito, en la regla probatoria del artículo 2329 del Código Civil y en los principios probatorios desarrollados de modo ampliamente generalizado por la doctrina comparada (*supra* § 14 b).

**522. El criterio del fin de la norma en los accidentes del tránsito.** a) La infracción de un deber de cuidado sólo da lugar a responsabilidad cuando la norma tenía precisamente el fin de evitar el daño alegado por el demandante. Ello supone una conexión de ilicitud entre la regla de conducta infringida y el daño. Sólo el daño cubierto por el fin de la norma

infringida es objetivamente atribuible a la negligencia del demandante (*supra* N° 248). Si alguien conduce con el permiso vencido y participa en un accidente sin que haya intervenido su negligencia, debe entenderse que la infracción no es causa del daño, porque puede asumirse que ese requisito ha sido impuesto precisamente como una medida preventiva de la conducción inepta.

La determinación de cuál es el fin protector de una regla del tránsito supone una interpretación teleológica de la norma, que exige discernir cuáles son sus fines relevantes (*supra* N° 249). La precisión del fin relevante puede resultar de particular interés cuando tanto el demandado como la víctima del accidente hayan infringido una regla del tránsito, pero sólo una de esas normas tenía por objeto evitar el preciso resultado dañoso producido (como ocurre, en el extremo, si una de las partes no obedeció una señal de detención obligatoria y la otra conduce con licencia vencida).

b) En los accidentes del tránsito es frecuente que la jurisprudencia recurra al fin de la norma para imputar un resultado a una determinada infracción. Este criterio es especialmente utilizado cuando se trata de discriminar entre diversas infracciones a la Ley del tránsito y determinar cuál de éstas ha sido determinante en la producción del accidente.<sup>207</sup>

**523. Comportamiento lícito alternativo en accidentes del tránsito.** La norma del artículo 171 de la Ley del tránsito debe ser entendida en términos que la relación causal se tenga por inexistente si el accidente se hubiera producido aunque el conductor hubiese observado las reglas del debido manejo. El ejercicio intelectual que corresponde realizar en tal situación es la reconstrucción hipotética de los acontecimientos bajo el supuesto de que se hubiesen observado por el demandado las reglas per-

<sup>207</sup> Así, en un caso en que un motociclista que conducía a exceso de velocidad impactó el costado de una camioneta que circulaba por la misma vía y realizó un viraje prohibido para ingresar a un servicentro, se falló, entendiendo correctamente el fin de la norma como una cuestión de causalidad, que “la norma que prohíbe circular a una velocidad excesiva no tiene por objeto evitar que el conductor se encuentre en el lugar del accidente cuando éste sucede, sino impedir otras consecuencias, como la pérdida de control de su vehículo, o la imposibilidad de detenerse frente a obstáculos previsibles o, en su caso, de evitarlos o de efectuar maniobras necesarias para la seguridad de la marcha, etc. Por ello, en un caso como el que nos ocupa, el riesgo creado por el occiso al imprimir una velocidad excesiva a su vehículo no se realiza en el lamentable accidente que le costó la vida, pues ese resultado, tal como se presenta en el caso concreto, yace ‘fuera del ámbito de protección de la norma que (él) ha vulnerado’ (...). A la inversa, la norma que prohíbe irrespetar el derecho preferente de circulación de otro vehículo, obstruyéndole inesperadamente el paso, sí tiene por objeto evitar que el autor se encuentre donde no debía encontrarse cuando se produce la colisión, ya que lo que tal prohibición pretende es, precisamente, que quienes circulan por la vía con paso preferente la encuentren despejada de obstáculos de esa clase” (CS, 22.4.1998, GJ 214, 115, también publicada en F. del M. 473, 342); véase también CS, 25.4.2000, GJ 238, 105.



tinentes. Si el accidente no se hubiese producido bajo esa hipótesis, el daño debe atribuirse al ilícito;<sup>208</sup> si de igual modo se hubiese producido, entonces el daño no puede ser atribuido al ilícito y la causalidad debe tenerse por excluida<sup>209</sup> (*supra* N° 265, *infra* N° 524 c).

**524. Concurrencia de culpas y culpa de la víctima como causa determinante y excluyente de la responsabilidad. Causa basal del accidente.** a) En los accidentes del tránsito es frecuente que ambas partes infrinjan deberes de conducta asociados al uso de vehículos motorizados y al tránsito peatonal. Sea que la víctima del accidente actúe como conductor o peatón, la ley le impone precisos deberes de comportamiento. Si ha actuado como conductor, está sujeta a los mismos deberes de cuidado del otro conductor que ha participado en el accidente; si es peatón, la ley también le impone deberes de cuidado específicos, cuya infracción da lugar a presunciones de culpa (y, eventualmente, de causalidad), que técnicamente suponen hipótesis de culpa infraccional de la propia víctima (artículos 167 y 176). Adicionalmente, los deberes de conducta de la víctima pueden ser determinados por vía judicial según el modelo y los criterios generales de diligencia (*supra* § 10 d 3).

b) Es frecuente que a efectos de determinar si la culpa de la víctima (y, en general, de los varios coparticipantes en el accidente) debe tenerse por excluyente de la responsabilidad del demandado, los tribunales suelen recurrir al concepto más bien impreciso de *causa basal* para imputar el resultado.<sup>210</sup> El concepto de causa basal es empleado precisamente en accidentes en que concurren en la producción de un resultado dos conductas imprudentes. En ese contexto, es utilizado para determinar cuál de esas conductas

<sup>208</sup> Así, se ha fallado que “ha de tenerse en cuenta, que la imprudencia con infracción de reglamentos atribuida al [demandado] explica el resultado alcanzado; toda vez que éste creó un riesgo superior al permitido dada las condiciones del tránsito existentes, y cuya prescindencia, de acatar lo que razonablemente le era por lo demás exigible, habría variado el curso de los acontecimientos, evitándose así el desenlace que se le ha reprochado” (CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356).

<sup>209</sup> En este sentido, en una colisión de camiones en que uno de los conductores traspasó el eje central de la calzada, mientras que el otro conducía con una licencia inadecuada y a exceso de velocidad, se resolvió que “si por un momento hacemos abstracción de lo sucedido y suponemos que este último conducía con la licencia adecuada y a una velocidad prudente, la colisión se habría producido de todas maneras” (Corte de Concepción, 3.4.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 27.3.2002, GJ 261, 80).

<sup>210</sup> Corte de Santiago, 4.9.1991, GJ 135, 103; CS, 22.4.1998, GJ 214, 115, también publicada en F. del M. 473, 342; CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356; CS, 12.1.1999, GJ 223, 120, publicada también en F. del M. 482, 3041; CS, 12.4.1999, GJ 226, 131, publicada también en F. del M. 485, 498; CS, 14.10.1999, GJ 232, 118, también publicada en F. del M. 491, 2325; CS, 25.4.2000, GJ 238, 105, también publicada en F. del M. 497, 527; Corte de San Miguel, 16.8.2002, GJ 266, 159; Corte de Santiago, 3.11.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2ª, 153; Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176; CS, 10.12.2003, GJ 282, 155; y CS, 10.11. 2005, GJ 305, 177.

ha sido determinante en la producción del daño resultante.<sup>211</sup> Así, se ha sostenido que es basal el comportamiento que ha incidido de modo determinante en el resultado acaecido.<sup>212</sup> En la práctica, sin embargo, para discernir la causa que debe ser tenida por ‘basal’, los tribunales recurren a distintos criterios normativos, diferentes entre sí, de modo que el concepto amenaza con devenir en una idea carente de sentido normativo preciso.

c) En circunstancias que el concepto de causa basal, empleado específicamente a propósito de los accidentes del tránsito, no aporta nuevos criterios para imputar causalmente el daño a efectos de la responsabilidad, no existen razones prácticas ni sistemáticas que justifiquen su utilización. En verdad, tras el concepto de causa basal se confunden distintas preguntas, que tienen un lugar sistemático suficientemente preciso en el derecho de la responsabilidad civil, de modo que su introducción en materia de accidentes del tránsito resulta innecesaria.

Ante todo, hay casos en que la pregunta se refiere a si *alguno de los ilícitos concurrentes no ha sido determinante en que haya ocurrido el accidente*, en cuyo caso tal hecho carece de toda incidencia alguna en el juicio de responsabilidad (Ley del tránsito, artículo 171). El ejercicio hipotético exigido en este caso es asumir qué habría ocurrido si la parte respectiva hubiese tenido un comportamiento perfectamente lícito; si el daño se hubiese producido de igual modo en esas circunstancias, entonces el ilícito no puede ser tenido por causa del accidente (*supra* N° 523).<sup>213</sup>

<sup>211</sup> Se ha fallado que “el concepto de causa basal –quizás algo impreciso, pero que ha adquirido carta de ciudadanía en la jurisprudencia y parte de la doctrina nacionales– esconde la idea de que, en casos como los de estos autos, en los que concurren a la producción del resultado dos conductas equivalentemente causales y ambas creadoras de un riesgo que supera al permitido (es decir, imprudentes), hay, sin embargo, a veces, sólo una de ellas que se realiza en tal resultado y determina por lo tanto que éste sea objetivamente imputable a su autor, al paso que la otra no” (CS, 22.4.1998, GJ 214, 115, también publicada en F. del M. 473, 342).

<sup>212</sup> CS, 12.4.1999, GJ 226, 131; Corte de San Miguel 18.6.2003, GJ 276, 176.

<sup>213</sup> En verdad, la pregunta relevante se refiere a si un cierto ilícito probado en el proceso puede ser tenido por determinante en la producción del resultado. Así, en el caso de un conductor de microbús que circulaba a exceso de velocidad, pero que atravesó con luz verde un cruce, impactando a un peatón que en ese momento cruzaba la calle con luz roja, se falló, recurriendo innecesariamente al concepto de causa basal: “El mérito de la prueba reunida (...) permite concluir inequívocamente que el peatón, enfrentando luz roja de semáforo, obstruyó inesperadamente la vía de circulación del microbús, que ingresaba al cruce con luz verde favorable y era titular del derecho preferente de paso (...). En tal virtud, el accidente materia de autos no resulta razonablemente explicable si se prescinde de la contravención reglamentaria efectuada por la infortunada víctima y la imprudencia manifiesta en que incurrió, ya que de haberse ella detenido en su camino, a la espera de tener la autorización de la luz verde del semáforo, puede concluirse (...) que el accidente no habría ocurrido (...). En cambio, no sucede igual cosa con la infracción reglamentaria e imprudencia atribuibles al conductor del bus, por conducir a sesenta kilómetros por hora, es decir, superando en diez (...) el límite máximo permitido en sector urbano, como norma general, ya que los antecedentes probatorios disponibles y la



En segundo lugar, la idea de causa basal puede referirse a situaciones en que *diversos ilícitos concurren a la causación de un daño a una víctima inocente*, en cuyo caso basta aplicar las reglas generales sobre pluralidad de responsables, sin que sea necesario determinar *a priori* si la culpa de una de ellas debe tenerse por más importante que la de los demás, esto es, por ‘causa basal’ del accidente (*supra* § 33, especialmente N° 278).<sup>214</sup>

En tercer lugar, la comprobación de la conducta lícita alternativa procede también al momento de analizar los efectos causales de la imprudencia de la víctima. En consecuencia, si la infracción cometida por el demandante de una regla de cuidado no es causalmente determinante en

correcta evaluación de ellos no permiten concluir con el mismo grado de probabilidad ya aludido, que el suceso no habría ocurrido de haber manejado dicho chofer su vehículo a cincuenta o menos kilómetros por hora (...). En tales condiciones, no es posible aseverar que el luctuoso resultado se produjo ‘por’ la conducta descuidada de carácter secundario, no principal o primordial, en que incurrió el sentenciado en relación al resultado ilícito finalmente ocurrido” (Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176). En el mismo sentido, en un caso en que un conductor al enfrentar un curva debió disminuir la velocidad y luego detenerse ante el sorpresivo cruce de un peatón, producto de lo cual fue colisionado por la parte posterior del móvil por otro vehículo, se falló que “la imprudencia con infracción de reglamentos atribuida al encartado explica el resultado alcanzado; toda vez que éste creó un riesgo superior al permitido, dadas las condiciones de tránsito existentes, y cuya procedencia, de acatar lo que razonablemente le era exigible, habría variado el curso de los acontecimientos, evitándose así el desenlace que se ha reprochado. Cuestión, por lo demás, que permite afirmar que aquél generó lo que se ha llamado común y técnicamente la causa basal del accidente” (CS, 11.11.1998, F. del M. 480, 2356). En este segundo fallo se muestra que la idea de causa basal nada agrega al perfecto razonamiento con fundamento en el comportamiento lícito alternativo; véase también, CS, 17.11.1998, F. del M 480, 2334, y CS.12.1.1999, F. del M. 482, 120.

<sup>214</sup> Se ha fallado que no es basal la infracción del conductor que maneja a exceso de velocidad y que a consecuencia de ser encandilado por otro vehículo impacta a un camión que en ese momento se encuentra detenido, ocupando parte de la berma y de la calzada, porque “la finalidad de protección de la norma del artículo 154, inciso 1°, de la ley N° 18.290, que la sentencia entiende infringida por el reo, no tiene por objeto impedir que otros vehículos que se desplacen a velocidad inmoderada, como es el caso, se estrellen contra aquél estacionado antirreglamentariamente, de modo que el resultado producido no es imputable a la infracción cometida por el procesado. Al ser una condición del accidente, puede ser estimada como una causal concurrente, pero no basal del mismo” (CS, 25.4.2000, GJ 238, 105, también publicada en F. del M. 497, 527). La pregunta que subyace tras este análisis es qué habría ocurrido si el conductor hubiese marchado a la velocidad máxima autorizada; si igualmente se hubiese producido el accidente, éste no puede ser atribuido a su culpa, en razón de que aun en ese evento el daño se habría producido. Si, por el contrario, el daño hubiese sido menor, no es una hipótesis que excluye la causalidad, sino de reducción de la reparación indemnizatoria. En el caso se muestra que la idea de *causa basal* contribuye a confundir ambas cuestiones.



el daño sufrido, tampoco podrá ser considerada a efectos de la disminución de la reparación indemnizatoria; pero si ha tenido significación, debe ser considerada a efectos de la apreciación del daño, sin que ello se vea modificado por la circunstancia de que una culpa sea más relevante que la otra (*infra* N° 525).

En cuarto lugar, la idea de causa basal puede servir para sopesar las causas, atribuyendo a una de ellas un rol preponderante en el resultado, excluyendo la otra, en cuyo caso también surge la seria duda de si por medio de ese concepto no se elude el artículo 2330 (si el concepto de causa basal sirve para desestimar la influencia causal de la culpa de la víctima o, al revés, para excluir la responsabilidad, a pesar de que el demandado ha influido con su ilícito en el resultado dañoso) o las reglas generales sobre participación de varios ilícitos en la producción de un daño (*supra* § 33, especialmente N° 278).<sup>215</sup>

Finalmente, el concepto de causa basal puede servir para indicar que sólo uno de los ilícitos fue determinante en el resultado dañoso, en razón de los fines de las normas pertinentes; pero también en este caso existe una doctrina establecida que no requiere de ese concepto multivalente para excluir la responsabilidad de quienes han infringido normas cuyos fines no son prevenir el riesgo que se materializó en el accidente (*supra* N° 522).

d) La prueba de la incidencia causal relativa de los diversos ilícitos puede realizarse por cualesquiera medios. El informe de peritos elaborado por las unidades especializadas de la policía suele ser de extraordinaria relevancia a la hora de fijar la infracción que ha sido la precisa causa del accidente.<sup>216</sup> Pero ello no excluye otros medios de convicción del juez, incluyendo la prueba testimonial.

**525. Efectos de la culpa de la víctima.** De acuerdo con la regla general del artículo 2330 del Código Civil, plenamente aplicable a los accidentes del tránsito, si la víctima ha contribuido con su imprudencia a la producción del daño, debe reducirse el monto de la indemnización (*supra* N° 282). En estos supuestos, el primer paso consiste en una comparación entre el hecho del demandado y el de la víctima, a efectos de determinar si procede un efecto compensatorio entre el hecho culpable del demandado con el de la víctima; luego será necesario apreciar la contribución relativa de uno y otra a efectos de precisar la proporción en que deben concurrir (*supra* N° 289). El requisito esencial para que opere esta atenuación, es que la imprudencia

<sup>215</sup> No cabe aquí pronunciarse sobre el concepto de causa basal en el derecho penal; sólo cabe anotar que éste es más estricto en las condiciones de responsabilidad; sin embargo, existe una cierta coincidencia en que los casos en que se hace referencia a una causa basal, que excluye de significancia jurídica a las demás causas del daño, hayan sido dictados en acciones civiles ejercidas en sede penal; en este sentido, Corte de San Miguel, 16.8.2002, GJ 266, 159.

<sup>216</sup> CS, 12.1.1999, GJ 223, 120, también publicada en F. del M. 482, 3041; Corte de San Miguel, 18.6.2003, GJ 276, 176.



de la víctima haya tenido algún grado de incidencia en el daño.<sup>217</sup> De lo contrario, la culpa de la víctima resulta irrelevante, en virtud del principio de que no hay responsabilidad si el daño también se habría producido a resultas del comportamiento lícito alternativo (*supra* N° 523).<sup>218</sup>

En el extremo, la comparación de la relevancia causal de la imprudencia de la víctima puede devenir en que el daño sea por completo atribuible a su culpa, de modo que excluya por completo la responsabilidad del demandado (*supra* N° 290). Que la víctima se haya desempeñado como peatón o conductor es irrelevante para estos efectos. Lo decisivo es que su conducta imprudente sea de tal manera determinante que lleve a excluir la relevancia de la culpa del tercero en la producción del accidente de tránsito.<sup>219</sup> Salvo los casos excepcionales en que la imprudencia de la víctima tenga tal intensidad, que permite excluir la responsabilidad del demandado, sólo tiene por efecto una reducción del monto de la indemnización, como ordena el artículo 2330.

**526. El daño en los accidentes del tránsito.** En los accidentes del tránsito el daño no plantea preguntas diferentes de las que surgen en la responsabilidad civil en general. En la gran mayoría de los casos los accidentes del tránsito ocasionan daños tanto patrimoniales (*supra* § 23), como morales (*supra* § 24).

En la generalidad de los casos se ocasionan daños al vehículo y a las personas, suelen ser especialmente significativos los perjuicios que se siguen de los daños causados a las cosas corporales (*supra* § 23 e) y los efec-

<sup>217</sup> En un caso en que un conductor conducía en un camino de ripio angosto a exceso de velocidad e infringiendo otras disposiciones del tránsito, a cuya consecuencia al salir de una curva cerrada impactó a dos menores, uno de los cuales, con infracción a las normas del tránsito, circulaba por la izquierda de la ruta, debiendo hacerlo por la derecha, se resolvió que “la circunstancia de circular el menor de los hermanos (...) por la izquierda de la ruta en vez de hacerlo por la derecha, si bien es una infracción a las normas del tránsito, infracción que influyó en la ocurrencia del accidente (...) su culpa no excluye la que le cabe en los hechos al enjuiciado, aun cuando tal circunstancia deberá tenerse presente respecto de las indemnizaciones civiles demandadas” (Corte de Valdivia, 25.6.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 6.5.2002, GJ 263, 120).

<sup>218</sup> “La exposición imprudente al daño debe importar una contribución al resultado producido y si bien esa contribución es de naturaleza objetiva, debe ser imputable a quien sufre el daño y no a quien lo causa” (CS, 18.1.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 4ª, 3).

<sup>219</sup> Por ser la culpa de la víctima la única causa relevante en la producción de un accidente de tránsito, se ha excluido la responsabilidad del conductor que atropella a dos peatones que cruzan la calzada en un lugar prohibido (CS, 12.1.1999, GJ 223, 120, también publicada en F. del M. 482, 3041); del conductor que luego de efectuar una maniobra de adelantamiento impacta a un ciclista que sorpresivamente se interpone en su trayectoria, sin previamente cerciorarse que tras él se aproximaba un automóvil (Corte de Talca, 10.1.2001, confirmada por CS [cas. fondo], 12.11.2001, GJ 260, 161); y, en el extremo, en el caso del peatón que, en manifiesto estado de ebriedad, se aparece de improviso en una carretera oscura y de mala visibilidad sin adoptar ninguna medida de seguridad (CS, 10.12.2003, GJ 282, 155).

tos patrimoniales y morales que se siguen del daño corporal (*supra* §§ 23 f y 24 e); adicionalmente, es frecuente que este tipo de accidentes genere daños reflejos o por rebote (*supra* § 25), tanto patrimoniales (*supra* § 25 b) como morales (*supra* § 25 c), especialmente en aquellos casos con resultado de muerte de la víctima del accidente (*supra* N<sup>os</sup> 227 y 231).

En verdad, la ausencia de preguntas específicas en la materia deviene en que todas las cuestiones relevantes pueden ser analizadas a la luz del desarrollo efectuado en el capítulo especialmente dedicado al daño como condición de la responsabilidad civil (*Capítulo IV*), lo que no justifica un tratamiento especial en esta parte.

### c. Responsabilidad del propietario o tenedor de vehículos motorizados

**527. Régimen legal aplicable.** a) Desde antiguo, en los derechos chileno y comparado, la ley ha establecido un régimen especial de responsabilidad para el propietario de vehículos motorizados conducidos por terceros.<sup>220</sup> Con el correr del tiempo, las reglas especiales de responsabilidad se han extendido a quienes tienen la cosa en virtud de un título personal o real de mera tenencia (*infra* N<sup>o</sup> 531).<sup>221</sup> En esta sección sólo se hará referencia a las principales soluciones que plantea el derecho vigente, sin pretensión alguna de exhaustividad.

b) La Ley del tránsito establece que *el propietario y el tenedor a cualquier título de un vehículo motorizado son solidariamente responsables con el conductor* por los daños causados, a menos que acrediten que el vehículo fue usado contra su voluntad (artículo 174 II).<sup>222</sup> En el supuesto que el daño sea causado por el remolque o acoplado del vehículo, la responsabilidad se radica igualmente en el propietario del vehículo tractor.<sup>223</sup>

<sup>220</sup> Una completa reseña comparada e histórica en Zelaya en Martinic 2004 373 (para el derecho comparado) y 396 (para la evolución del derecho chileno).

<sup>221</sup> La ley N<sup>o</sup> 20.068 (DO 10.12.2005) extendió la responsabilidad solidaria al mero tenedor del vehículo, corrigiendo la situación legal anterior, que la excluía respecto de quien gozaba efectivamente del vehículo y de quien lo recibía en uso de un tercero; sobre la antigua exclusión de responsabilidad del mero tenedor, CS, 13.4.1999, F. del M. 485, 302.

<sup>222</sup> El texto actual de la norma, incorporado por la ley N<sup>o</sup> 20.068 (DO 10.12.2005), admite la excusa de que el vehículo fue usado 'contra la voluntad' del propietario o tenedor que se pretende hacer responsable; en la versión inmediatamente anterior, incorporada por la ley N<sup>o</sup> 19.495 (DO 8.3.1997), se establecía la responsabilidad solidaria del propietario, pero se admitía la excusa de haber sido *utilizado* el vehículo sin su conocimiento o autorización expresa o tácita; la anterior Ley del tránsito (DO 7.2.1984) establecía que la responsabilidad del propietario quedaba excluida si éste probaba 'que el vehículo le ha sido *tomado* sin su conocimiento o autorización expresa o tácita'; estas excusas dieron lugar a una abundante jurisprudencia acerca del alcance de los términos 'utilizado' y 'tomado' y respecto de las circunstancias en que se podía dar por establecida una 'autorización' (una exhaustiva revisión jurisprudencial y doctrinaria en Zelaya en Martinic 2004 404).

<sup>223</sup> Corte de Concepción, 23.8.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4<sup>a</sup>, 199.



La regla plantea tres cuestiones interpretativas de importancia: la primera se refiere a la naturaleza de la responsabilidad del propietario y del tenedor, en circunstancias que la ley señala que serán solidariamente responsables con el conductor; la segunda, a la extensión personal de la responsabilidad y, más precisamente, a quiénes deben ser tenidos a este efecto por tenedores; la tercera, al alcance de la excusa que le es admitida al propietario y tenedor, esto es, a las circunstancias en que se entiende que el vehículo ha sido usado contra su voluntad.

En los párrafos siguientes serán sucesivamente analizadas, en su estructura más básica, estas tres preguntas.

### 528. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del propietario y tenedor.

a) En principio, la responsabilidad del propietario o tenedor puede ser estructurada de tres maneras. Ante todo, de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil por el hecho ajeno, en cuyo caso se tratará de una responsabilidad por culpa presumida, si el conductor es calificado de dependiente, o por la culpa probada en la decisión de entregar el vehículo a un tercero que no se encuentra en esa relación de dependencia. Un segundo camino consiste en establecer la responsabilidad vicaria del propietario y tenedor, en cuyo caso éstos responden por los hechos culpables del conductor, sin que sea necesario imputarles culpa alguna a ellos mismos; en consecuencia, la responsabilidad participa de los caracteres del régimen general, porque requiere de culpa del agente, pero agregando un régimen de garantía que soportan el propietario y el tenedor, cuya responsabilidad es establecida con prescindencia de todo juicio personal de culpa (probada o presumida). Finalmente, se puede establecer un régimen de responsabilidad estricta en sentido propio, en cuya virtud el propietario o el tenedor son responsables, sin que medie juicio alguno acerca de la culpa del conductor, ni de los civilmente responsables.<sup>224</sup>

b) Es inequívoco que la ley chilena sigue en la materia el segundo camino, esto es, establece un régimen especial de *responsabilidad vicaria*, que tiene por fundamento, por un lado, la culpa del conductor y, por otro, el riesgo creado por el propietario o tenedor. En consecuencia, la responsabilidad del propietario o tenedor es estricta en la medida que no requiere de juicio de culpabilidad respecto a su propia conducta, ni le es admisible la excusa de la propia diligencia (como sí ocurre bajo las reglas generales del Código Civil);<sup>225</sup> pero, al mismo

<sup>224</sup> Un análisis de los diferentes sistemas, con preferencia por un régimen amplio de responsabilidad estricta, en Zelaya en Martinic 2004 372.

<sup>225</sup> Se ha fallado que “la responsabilidad solidaria que asigna el artículo 174, inciso 2° de la ley 18.290 al propietario de un vehículo que ocasiona daños en una colisión tiene un carácter objetivo, ya que se aparta de la teoría de la responsabilidad civil contenida en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, que exige concurrencia de dolo o culpa” (Corte de San Miguel, 19.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 66, también publicada en GJ 229, 153); y que “la ley hace responsable objetivamente a quien detenta la titularidad del derecho de dominio de un vehículo, porque no puede permanecer ajeno a la responsabilidad de su conductor” (Corte de Antofagasta, 15.12.2001, GJ 273, 95); en el mismo sentido: Corte de Santiago, 8.9.2003, GJ 279, 188, y Corte de Santiago, 22.4.2005, GJ 298, 298.

tiempo, no se trata de un régimen de responsabilidad estricta que se superpone a la responsabilidad por negligencia que soporta el conductor, sino que depende precisamente de que éste haya infringido un deber de cuidado. En consecuencia, se trata de una garantía legal a favor de la víctima, surgida a condición de que el conductor del vehículo haya incurrido en un ilícito civil.<sup>226</sup>

c) La responsabilidad vicaria respecto del uso de vehículos por terceros presenta la ventaja de generar los incentivos adecuados, no sólo para el óptimo nivel de cuidado en la elección de las personas a quienes se confía el manejo del vehículo, sino también para que sea utilizado en un óptimo nivel de actividad. Desde una perspectiva económica, una de las principales ventajas de la responsabilidad estricta por sobre la responsabilidad por culpa radica precisamente en su capacidad para regular el nivel de actividad (*supra* N° 310 a); en la medida que el nivel de circulación de un vehículo es una variable manejada por su propietario o tenedor, la imposición de un estatuto de responsabilidad vicaria evita que el vehículo sea utilizado para actividades que presentan alto riesgo y escasa utilidad. Así, la responsabilidad vicaria aparece como un instrumento adecuado para regular el nivel de circulación de los vehículos motorizados. A su vez, la regla establece una garantía frente a la víctima de que el propietario o tenedor del vehículo, que suele ser más solvente que el conductor, asuma la obligación indemnizatoria, bajo el supuesto de que aquélla tiene derecho a percibirla en razón de la culpa del agente, de acuerdo a los demás supuestos generales de la responsabilidad civil.<sup>227</sup>

d) La responsabilidad vicaria (o estricta por el hecho culpable ajeno) es coherente con el régimen general de responsabilidad por accidentes del tránsito asumido por nuestro derecho, como es la responsabilidad por negligencia del conductor; sin embargo, el legislador ha querido que el propietario y el tenedor del vehículo sean *garantes* de esa responsabilidad.

<sup>226</sup> Así, a propósito de la responsabilidad del propietario se ha resuelto que “dicha responsabilidad legal objetiva supone, para poder ser establecida en sede jurisdiccional, la comprobación de la responsabilidad personal del conductor del vehículo, cuando es un individuo distinto del propietario, responsabilidad subjetiva referida a la infracción de las normas que regulan el tránsito público, supuesto que el hecho lesivo se haya producido en ese entorno” (Corte de San Miguel, 19.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 66, también publicada en GJ 229, 153). Revisadas decenas de sentencias publicadas sobre la responsabilidad del propietario entre los años 1998 y 2005, el autor no ha advertido ninguna en que ésta haya sido establecida como una forma de responsabilidad estricta u objetiva en el sentido más fuerte, en orden a que no sólo sería independiente de la culpa del propietario o tenedor, sino también de que el conductor haya cometido un ilícito.

<sup>227</sup> Por lo mismo, se ha fallado que esta garantía legal no puede ser dejada sin efecto por acuerdo entre el propietario y el usuario, para lo cual “basta tener presente que el artículo 1545 del Código Civil se refiere al valor que los contratos tienen para sus celebrantes, pero lo convenido en ellos no afecta o compromete a terceros, además, de que sus términos, en este caso, no pueden modificar, sustituir o eliminar lo que la ley dispone en materia de responsabilidad civil respecto del propietario de un vehículo, de ser responsable solidariamente con el conductor de los daños causados a terceros” (CS, 13.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec 1ª, 60).



La conclusión de que la responsabilidad del propietario y tenedor es vicaria (esto es, se trata de una responsabilidad estricta por la negligencia ajena) se infiere de la estructura normativa del título de la Ley del tránsito dedicado a la responsabilidad, así como de la norma del artículo 174 II, que establece la responsabilidad del propietario y tenedor del vehículo. En efecto, la ley comienza estableciendo un régimen de responsabilidad por culpa del conductor (artículos 170, 171 y 174 I) y señala, además, algunas presunciones de responsabilidad que están asociadas a ilícitos infraccionales, de modo que la responsabilidad civil está inequívocamente fundada en la negligencia de quien maniobra el vehículo. Luego establece que el propietario y el tenedor son solidariamente responsables con el conductor, a menos que acrediten que el vehículo fue usado contra su voluntad, de modo que la responsabilidad de aquéllos es una obligación de garantía, que en ningún caso es más extensa que la obligación indemnizatoria asumida por el conductor en razón de su negligencia.

En otras palabras, todo indica que el propietario y tenedor no pueden excusarse alegando su propia diligencia, como es típico de la responsabilidad vicaria (*supra* N° 104); por otro lado, no pueden ser hechos responsables en casos en que no lo sería el conductor (porque se trata de una obligación solidaria, que tiene los mismos requisitos de procedencia tanto contra el conductor como contra el propietario y tenedor).

**529. Regla especial para operaciones de *leasing*.** a) La responsabilidad civil del propietario recae sobre el arrendatario cuando ha mediado un contrato de arrendamiento con opción de compra irrevocable (operación de *leasing*), cuya inscripción en el Registro de vehículos motorizados haya sido solicitada con anterioridad al accidente (artículo 174 VI). La regla tiene su origen en una reforma legislativa que ha dirimido un problema frecuente en los accidentes del tránsito provocados por vehículos dados en *leasing*, que aparecen registrados como propiedad de la empresa de *leasing*,<sup>228</sup> la que, en verdad, sólo financia la adquisición con una fuerte garantía representada por la propiedad del vehículo.

En efecto, la operación de *leasing* es de naturaleza típicamente financiera: la empresa de *leasing* adquiere el vehículo y lo arrienda al usuario, quien luego de un determinado espacio de tiempo ejerce una opción de compra por la cuota remanente y pasa a ser su dueño. En tanto no se ejerza la opción de compra, la empresa de *leasing* es propietaria y el usuario mero tenedor del vehículo. En consecuencia, una estricta aplicación del artículo 174 II deviene en la responsabilidad solidaria de la empresa de *leasing*.

La exclusión de la responsabilidad de quien es técnicamente propietario en este tipo de operaciones tiene por objeto hacerse cargo de esa naturaleza puramente financiera del negocio de *leasing*. La empresa de *leasing*

<sup>228</sup> Sobre la responsabilidad de la empresa de *leasing* en su calidad de propietaria, bajo el régimen legal vigente antes de la reforma de la ley N° 20.068 (DO 10.12.2005), CS, 30.1.2001, GJ 247, 150.



no tiene ninguna injerencia en la puesta en circulación y utilización del vehículo, limitándose a financiar su adquisición y conservando la propiedad por razones de garantía. La decisión sobre la puesta en circulación y utilización del vehículo se radica exclusivamente en el usuario, quien es el arrendatario en la operación de *leasing*, que en definitiva controla el riesgo asociado al uso del vehículo.

b) Las condiciones para que la empresa de *leasing* no asuma la responsabilidad y ésta se radique en el usuario de la operación son: i) la existencia de un contrato de arrendamiento con opción de compra; ii) que la opción de compra sea irrevocable; y iii) que se haya solicitado la inscripción en el Registro de vehículos motorizados con anterioridad al accidente. A efectos de evitar que la empresa de *leasing* no corra siquiera con el riesgo más directamente asociado a la operación financiera realizada, como es el valor residual del vehículo, la ley establece que la víctima siempre conserva la facultad para ejercer sus derechos sobre el vehículo que es objeto del arrendamiento.

**530. Excusa del propietario o tenedor del vehículo.** a) A diferencia de lo que ocurre en los regímenes de responsabilidad vicaria o estricta por el hecho ajeno, la Ley del tránsito admite al propietario y tenedor la excusa de que el vehículo que participó en el accidente fue *usado en contra de su voluntad*. Por definición, en esta hipótesis el propietario o tenedor no ha incidido en la puesta en circulación del vehículo y, por consiguiente, en la creación del riesgo; por lo mismo, tampoco ha podido tener control sobre el nivel de actividad de quien lo usa contra su voluntad. Lo anterior justifica la configuración de una excusa para el propietario o tenedor del vehículo. Bajo este supuesto, la responsabilidad se radica exclusivamente en el conductor que ocasiona un daño infringiendo un deber de cuidado.

Desde esta perspectiva, a efectos de la configuración de la excusa, lo determinante es si puede atribuirse al propietario o tenedor haber creado el riesgo de que un tercero maneje su vehículo con imprudencia, causando daño a terceros. Si ninguna influencia ha tenido en la utilización del vehículo y en la creación del riesgo asociado, su responsabilidad no se encuentra justificada. La ley, sin embargo, va más allá, y acepta la excusa sólo en casos en que el vehículo fue usado contra la voluntad del propietario o tenedor.

b) Antes de la reforma legal que limita la excusa del propietario o tenedor a los casos en que el uso del vehículo se efectúe contra su voluntad, la jurisprudencia tendió a ser estricta al momento de admitir, bajo las antiguas reglas, que el vehículo había sido tomado o usado 'sin conocimiento o autorización expresa o tácita' del propietario. Así, se entendió que existía esa autorización si las llaves fueron entregadas por el hijo de la dueña, quien, a su vez, las sacó sin autorización de su madre;<sup>229</sup> y, en gene-

<sup>229</sup> Corte de Santiago, 28.5.1992, GJ 143, 99, en un fallo que Zelaya en Martinic 2004 404 vincula a la extensión de la responsabilidad del propietario en casos de autorización dada por algún miembro del grupo familiar al que pertenece el automóvil.



ral, se entendió que si a un trabajador se le había entregado el uso de un vehículo para fines laborales, no podía negarse que el uso estaba autorizado, aunque lo hiciera luego de cumplida la jornada de trabajo, para fines privados y ese uso particular estuviese prohibido por el empleador.<sup>230</sup> Por el contrario, se aceptó la excusa de que quien deja un vehículo en man-tención no autoriza tácitamente para que sea sacado a circulación (sin perjuicio de la responsabilidad del dueño del taller).<sup>231</sup>

La norma vigente no puede ser entendida en términos que se exija una prohibición explícita (de lo contrario, al ladrón se le podría tener por autorizado). Pero resulta inequívoco el propósito del legislador de estrechar el ámbito de las excusas aceptables, de modo que la responsabilidad alcance todas las situaciones en que el conductor tuvo acceso al uso del vehículo en virtud de una aquiescencia expresa o tácita del propietario o tenedor, aunque luego haya abusado de esa autorización. Desde luego, además, están incluidos en la responsabilidad todos los contratos que autorizan el uso del vehículo (comodato, arrendamiento, trabajo). Más allá de estos casos evidentes, corresponderá a la jurisprudencia trazar la línea entre el uso que da lugar a responsabilidad, porque no está prohibido explícita ni implícitamente, y las situaciones fronterizas en que debe entenderse que la falta de autorización tiene el sentido de una prohibición implícita (como podría ser el caso del accidente provocado por quien está encargado de lavar el automóvil y lo usa sin autorización alguna).

**531. Cúmulo de responsabilidades: contribución a la deuda.** a) En general, frente a la ausencia de una excusa suficiente, el propietario y el tenedor del vehículo motorizado resultan solidariamente responsables con el conductor por los perjuicios causados. En estas circunstancias, la víctima puede demandar la totalidad del daño indistintamente al conductor, al propietario o al tenedor del vehículo. Lo usual será que todos sean conjuntamente demandados para que se declare la obligación solidaria de pagar la indemnización. El propietario y el mero tenedor del vehículo serán con frecuencia más solventes y, por lo mismo, contra ellos se dirigirá la acción de pago. En estas circunstancias, resulta relevante determinar si tienen derecho a un reembolso del conductor (y el propietario del tenedor, o viceversa).

En verdad, el propietario y el tenedor del vehículo son garantes ante la víctima de la obligación indemnizatoria que tiene por antecedente el accidente atribuible a la culpa del conductor; por lo mismo, el accidente tiene su fuente exclusivamente en la infracción de un deber de cuidado por el conductor. Por tratarse de una obligación de garantía, el propietario y el tenedor tienen acción de reembolso contra el conductor responsable, a menos que se les pueda imputar a ellos mismos negligencia. La solidari-

<sup>230</sup> Corte de Temuco, 29.6.1972, RDJ, t. LXIX, sec. 4ª, 66; CS, 22.11.1976, RDJ, t. LXXIII, sec. 4ª, 234; CS, 23.5.1977, RDJ, t. LXXIV, sec. 4ª 281.

<sup>231</sup> CS, 11.11.1997, F. del M. 473, 324.

dad se agota en la obligación al pago de la deuda, pero no alcanza a la obligación de contribuir a la deuda que cada uno de los responsables tiene respecto de quien indemnizó a la víctima (*supra* N° 279).

Si la relación entre el propietario o tenedor y el conductor es de dependencia, y al propietario se le puede imputar culpa, las reglas de contribución a la deuda obligan a hacerse cargo de esa circunstancia, aunque al nivel de la obligación a la deuda el propietario y el tenedor sean responsables con independencia de su propia culpa (*supra* N° 125).

b) También se puede producir concurrencia entre el propietario y el tenedor en sede de contribución a la deuda. Ese sería el caso, por ejemplo, si el tenedor ha omitido deberes de cuidado respecto del dependiente a quien ha confiado el vehículo y por cuya negligencia se ha producido el accidente. Si el propietario es demandado por la víctima y debe pagar la indemnización, no sólo tendrá acción subrogatoria en contra del conductor, sino también en contra del tenedor, cuya culpa se presumiría en ese evento, de conformidad con la regla del artículo 2320.

c) En suma, en la medida que quien se encuentra obligado a la deuda no ha contribuido con su conducta culpable a generar la obligación indemnizatoria y sólo ha debido pagarla por su condición de garante, habrá acción de reembolso para recuperar lo pagado. De modo análogo a quien garantiza una obligación ajena en el ámbito contractual (típicamente el fiador), no existe en este caso una obligación de contribución a la deuda. Por el contrario, si ha mediado una conducta culpable que ha contribuido a la génesis de la obligación indemnizatoria, habrá también una obligación de contribuir a la deuda. En último término, la gravedad de la culpa y la influencia causal que han tenido los hechos de cada cual en la ocurrencia del daño son, a la vez, fuente de la responsabilidad y criterio de distribución de la carga de indemnizar el daño (*supra* N°s 279 y 289).

**532. Alcance del concepto de tenedor.** Del contexto histórico de la norma del artículo 174 II se infiere que el legislador ha querido ampliar el conjunto de garantes de la obligación indemnizatoria que pesa sobre el conductor negligente. Para atribuir responsabilidad vicaria, tanto al propietario como al tenedor, como obligados solidarios de la obligación indemnizatoria del conductor, el legislador ha considerado, por una parte, que al propietario se le presume guardián del vehículo y, por otra, que un título de mera tenencia es asimismo antecedente suficiente de que la cosa se encuentra bajo el cuidado y control de quien lo detenta. Por consiguiente, debe entenderse que la norma comprende cualesquiera títulos de mera tenencia, sea que emanen de derechos reales de uso o goce o de derechos personales provenientes de contratos de arrendamiento, comodato u otros nominados o innominados. Todo indica, en consecuencia, que el legislador ha empleado el concepto de *tenedor* en su sentido técnico, de quien tiene la cosa por cualquier título, reconociendo dominio ajeno (como arrendatario, comodatario o usufructuario, por ejemplo). Lo decisivo, entonces, es que pueda hacer uso del vehículo por derecho propio (personal o real), con independencia de si ello deriva de un título oneroso o



gratuito.<sup>232</sup> En circunstancias que la posición del tenedor provisto de título no puede ser más gravosa que la de quien lo carece, debe entenderse para efectos de la responsabilidad que es también tenedor quien lo sea a título meramente precario o a consecuencias de un hecho ilícito.

**533. Otros responsables del accidente.** a) Las hipótesis generales de responsabilidad por el hecho de terceros son plenamente aplicables a los accidentes del tránsito. De este modo, quien tenga bajo su cuidado a las personas que han intervenido con su culpa en la materialización de un accidente del tránsito podrá ser hecho responsable según las reglas y principios que regulan la responsabilidad por el hecho de incapaces (*supra* § 16) y por el hecho ajeno (*supra* § 17).

b) La responsabilidad por el hecho ajeno suele adquirir relevancia en el contexto de actividades empresarialmente organizadas. En la práctica, es frecuente que el empresario utilice vehículos de transporte o carga que son operados por sus trabajadores para el cumplimiento de sus funciones.<sup>233</sup> El estatuto de responsabilidad del empresario (*supra* § 18) suele resultar plenamente aplicable en estos casos. El empresario puede resultar responsable tanto por su hecho propio (*supra* § 18 b), como por su culpa en el hecho ajeno (*supra* § 18 a).

c) A su vez, además de la culpa del conductor, el accidente puede ser atribuible a negligencias de terceros, como ocurre con el garaje que deja los frenos en mal estado; con el establecimiento de revisión técnica que otorga una autorización falsa o da por acreditado un estado del vehículo que no corresponde a la realidad (artículo 174 IV); con el funcionario que otorga una licencia de conducir en infracción a la ley (artículo 174 III), sin perjuicio de la responsabilidad municipal. A situaciones de estos tipos se refiere la parte final del artículo 174 II de la Ley del tránsito, al señalar que la responsabilidad solidaria del conductor, propietario y tenedor es sin perjuicio de la responsabilidad de terceros de conformidad con la legislación vigente.

<sup>232</sup> Así es la interpretación de tenedor (*Halter*) en la ley alemana sobre accidentes del tránsito (Kötz/Wagner 2006 200).

<sup>233</sup> Se ha fallado que “el empresario –desde el instante que tiene bajo su orden y dirección a su dependiente– está obligado a vigilar su conducta para evitar que ocasione daños a otro. Es natural, por tanto, suponer que si el daño se ha producido es porque la vigilancia no fue eficaz o no se tomaron las medidas para impedirlo. Producido un acto ilícito del dependiente (chofer del camión), la ley presume la responsabilidad del empleador, la que se basa en una omisión, descuido o negligencia de su parte, ya que ella hizo posible el actuar reprochable” (Corte de Concepción, 7.11.1995, RDJ, t. LXXXII, sec. 4ª, 280); véase también: CS, 14.7.1937, RDJ, t. XXXIV, sec. 1ª, 389; CS, 15.4.1939, RDJ, t. XXXVI, sec. 1ª, 544; CS, 23.8.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4ª, 186; Corte de Iquique, 21.10.1952, RDJ, t. L, sec. 4ª, 5; CS, 19.6.1954, RDJ, t. LI, sec. 1ª, 216; CS, 11.12.1958, RDJ, t. LV, sec. 4ª, 209; Corte de Santiago, 28.12.1961, RDJ, t. LVIII, sec. 4ª, 374; y CS, 13.11.1980, F. del M. 264, 337.

**534. Responsabilidad del propietario por su propia culpa.** La responsabilidad del propietario por el hecho ajeno, sea bajo el régimen de responsabilidad vicaria del artículo 174 II de la Ley del tránsito o de la responsabilidad por el hecho ajeno del Código Civil, debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad que al propietario puede corresponderle por su propia culpa, como ocurre si infringe los deberes de cuidado referidos a la mantención del vehículo (artículo 175). Esta responsabilidad por el hecho propio del propietario puede ser de interés para la víctima si el accidente ocurrió sin culpa del conductor.

d. *Responsabilidad del Fisco y de las municipalidades por accidentes del tránsito vehicular y de peatones*

**535. Norma especial de responsabilidad del Fisco y de las municipalidades.** El Fisco y las municipalidades responden en el derecho chileno por falta de servicio según el estatuto general de responsabilidad que les resulta aplicable (*supra* § 40). Las hipótesis de culpa infraccional de órganos de la Administración del Estado y de las municipalidades no son frecuentes. Por lo general, la responsabilidad se construye sobre la base de una falta de servicio que es determinada por el juez, que se ve en la necesidad de establecer un límite entre las *potestades* que poseen los órganos públicos y los *deberes* de servicio que se asocian a esos poderes jurídicos.

En materia de accidentes del tránsito y en vías públicas en general, la Ley del tránsito establece un tipo muy importante de ilícito infraccional, atribuyendo responsabilidad civil al Fisco y a las municipalidades si un accidente se ha debido al *mal estado de las vías públicas, o a su falta o inadecuada señalización* (artículo 174 V). En este caso, el funcionamiento anormal del servicio se muestra en el ‘mal estado de la vía’ o en la ‘falta de señalización’, que condicionan la materialización del accidente.

La ley facilita el ejercicio de la acción indemnizatoria, otorgando expresamente competencia al juez civil que corresponda según las reglas del Código Orgánico de Tribunales y estableciendo que el juicio se tramitará de acuerdo a las reglas del juicio sumario (artículo 174 V *in fine*).

**536. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del Fisco y municipalidades.**

a) La jurisprudencia ha entendido que la responsabilidad del Fisco y las municipalidades, de conformidad con la Ley del tránsito, es por falta de servicio, con la particularidad de que ésta se infiere del mal estado de la vía o la inadecuada señalización (esto es, de la circunstancia que el accidente se deba a un defecto de la vía o de señalización se presume un incorrecto funcionamiento del servicio).<sup>234</sup>

<sup>234</sup> CS, 28.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94; CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 88; CS, 29.1.2002, GJ 259, 17; CS, 5.3.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 27, publicada también en F. del M. 496, 1.



La presunción es análoga a la presunción de culpa por el hecho propio prevista en el artículo 2329 del Código Civil. La falta de servicio se tendrá por presunta en la medida que el mal estado de la vía y la falta de una adecuada señalización amenacen un daño intenso, que según la experiencia en la generalidad de los casos se deberá a un defecto del servicio que no responde a las expectativas del público.<sup>235</sup>

b) Como es usual en este tipo de responsabilidad, es necesario un juicio de valor respecto del estado exigible de las vías y de su señalización. Este juicio es normativo, en la medida que exige una valoración de lo que resulta exigible como estándar de servicio. Es la infracción a ese estándar, que define el nivel de servicio que se puede esperar de la Administración, lo que permite calificar, a efectos de responsabilidad patrimonial, la vía en *mal estado* o la señalización de *inadecuada* (*supra* N<sup>os</sup> 348 b y 349).<sup>236</sup>

En otras palabras, que el pavimento sea irregular e incluso que haya baches más o menos profundos (especialmente en municipios pobres), forma parte de las expectativas que puede hacerse un conductor diligente acerca del servicio público; por el contrario, si existe un hoyo no señalado en la acera, que permite la caída de los peatones,<sup>237</sup> o si una zanja profunda en la calzada no está señalizada,<sup>238</sup> o una calle es diseñada de manera que el agua de las lluvias inunde una vivienda,<sup>239</sup> debe inferirse que existe una falta de servicio, que da lugar a la indemnización del daño provocado.

Como es típico en el caso de las presunciones de falta de servicio, de la calificación de un resultado como defectuoso (*mal estado* de la vía o *inadecuada* señalización), se infiere una deficiencia en el servicio, con indiferencia del preciso lugar en que ella se produjo. En definitiva, el resultado

<sup>235</sup> En este sentido, se ha fallado que “establecido el deber del municipio de mantener las aceras en estado de transitar por ellas o al menos señalar debidamente los peligros, no es necesaria prueba alguna de las razones que llevaron al municipio a incurrir en esa falta de servicio, pues es característico de este tipo de responsabilidad que baste que un accidente se haya producido a consecuencia de no haberse cumplido la función que la ley asigna al órgano público respectivo, para que la responsabilidad quede configurada” (CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1<sup>a</sup>, 88).

<sup>236</sup> Por eso, resulta excesivo el deber de cuidado establecido en CS, 13.9.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 4<sup>a</sup>, 236, publicada también en F. del M. 490, 2041, en que se condenó a la Municipalidad de Viña del Mar en circunstancias que un automovilista viró sin respetar el derecho preferente de paso, atropellando a un menor y causándole la muerte, porque se estimó que la municipalidad era responsable de que faltase en ese lugar un semáforo de cuatro tiempos, que habría podido evitar el accidente; el equilibrio entre el nivel de seguridad posible y el alcanzable es usualmente una tarea política, que corresponde a los órganos públicos que deben distribuir porciones presupuestarias, de modo que es en extremo delicada la tarea judicial de definir el umbral *jurídico* en que la ausencia de un dispositivo o medida de seguridad es fuente de responsabilidad por daños.

<sup>237</sup> Corte de Concepción, 15.9.1999, confirmada por CS [cas. fondo], 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5<sup>a</sup>, 132.

<sup>238</sup> CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1<sup>a</sup>, 88.

<sup>239</sup> CS, 3.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 5<sup>a</sup>, 87, y CS, 27.11.2003, GJ 281, 64.



es sintomático de una falla atribuible a la organización del servicio público en su conjunto, que permite construir inductivamente la infracción al estándar de conducta que la Administración debió observar (*supra* N° 370).

### 537. Responsabilidad municipal y fiscal por accidentes del tránsito.

a) La mantención en buen estado de las vías públicas pertenece naturalmente a las *municipalidades*. Los municipios tienen la administración de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna (Ley de municipalidades, artículo 5° letra c), de manera que les corresponde una función general de cuidado respecto de las calles y aceras. Además, cada municipio debe tener una unidad encargada de ejecutar medidas relacionadas con la vialidad urbana y rural (Ley de municipalidades, artículo 24 letra e) y otra encargada de señalizar adecuadamente las vías públicas (Ley de municipalidades, artículo 26 letra c).<sup>240</sup> A su vez, la Ley del tránsito refuerza este último deber de servicio al atribuirles responsabilidad por la instalación y mantención de la señalización del tránsito, y por el buen funcionamiento de las señales luminosas (artículos 100 y 112). A lo anterior se agrega la regla general de responsabilidad del artículo 174 V.

b) En iguales términos que las municipalidades, el *Fisco* responde por la falta de servicio en la mantención y señalización de caminos y vías de uso público entregadas al cuidado de órganos de la Administración del Estado (como el Servicio de Vivienda y Urbanismo y la Dirección de Vialidad). Como en el caso de los municipios, a la responsabilidad del Estado se aplican los criterios normativos de falta de servicio presumida referidos.

c) Se ha estimado que existe responsabilidad municipal por falta de señalización y mal estado de las aceras no obstante el actuar imprudente de la víctima, supuesto en el cual no procede eximir de responsabilidad al municipio, pero sí reducir el monto de la indemnización en razón de lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil.<sup>241</sup>

### 538. Responsabilidad por accidentes sufridos por peatones.

a) Las municipalidades tienen el deber de comprobar que las aceras de su comuna, en sus áreas urbanas, estén dispuestas para el tránsito de peatones, y en cumplimiento del artículo 100 de la Ley del tránsito, les cabe la obligación de instalar, mantener o hacer mantener las señales de advertencia de peligro en caso de ejecución de trabajos en ellas, a fin de precaver a los usuarios

<sup>240</sup> Excepcionalmente, las empresas de ferrocarriles responden de los daños que se causen en accidentes ocurridos en cruces ferroviarios mal señalizados, según dispone *a contrario sensu* el artículo 107 de la Ley del tránsito.

<sup>241</sup> Se ha estimado que existe responsabilidad municipal por falta de señalización y mal estado de las aceras no obstante el actuar imprudente de la víctima, supuesto en el cual no procede eximir de responsabilidad al municipio, pero sí reducir el monto de la indemnización en razón de lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil (CS, 29.1.2002, GJ 259, 17, publicada también en F. del M. 498, 660).



del riesgo que corren.<sup>242</sup> Como en el caso de las vías del tránsito, la responsabilidad está sujeta a los criterios de exigibilidad del servicio, atendidas las circunstancias (*supra* N<sup>os</sup> 348 b y 349).

La jurisprudencia ha entendido a estos efectos que resulta aplicable la regla del artículo 174 V de la Ley del tránsito a los accidentes de peatones en las aceras mal conservadas, pues esa norma debe ser aplicada indistintamente al desplazamiento de vehículos y peatones por vías de uso público, según resulta del uso general de las palabras, y, además, de las definiciones extensivas que el artículo 2º de la referida Ley del tránsito hace de los vocablos ‘tránsito’ y ‘vía’.<sup>243</sup>

b) Si las obras son emprendidas por el Servicio de Vivienda y Urbanismo, por la Dirección de Vialidad u otro órgano de la Administración del Estado, la responsabilidad corresponde al Fisco, de conformidad con el artículo 174 V de la Ley del tránsito y las reglas generales sobre responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (*supra* § 40).

#### e. Responsabilidad por licencias o certificaciones irregulares

### 539. Responsabilidad de funcionarios por entrega irregular de licencias de conducir.

a) La Ley del tránsito establece expresamente el ilícito de otorgamiento irregular de licencias para conducir. Al efecto dispone que los funcionarios responsables de otorgar esas licencias, sean o no municipales, que infrinjan en el ejercicio de esa función las normas legales aplicables son solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados por la culpa del conductor (artículo 174 III). La ley establece una obligación de garantía, que es indiferente de la influencia causal que haya tenido la irregularidad incurrida en la producción del daño. Como en el caso del propietario, la responsabilidad es estricta sólo una vez que se ha esta-

<sup>242</sup> En este sentido: CS, 28.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 5ª, 94, en que se declaró la responsabilidad municipal por un accidente experimentado por una transeúnte que sufrió lesiones al pasar sobre un tablón de madera, colocado a raíz del mal estado de la acera para el paso peatonal, sin señalización, cayendo al suelo sobre su extremidad superior derecha; CS, 5.3.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, 27, publicada también en F. del M. 496, 1, en que se declara la responsabilidad municipal por la caída mortal de dos señoras a un desagüe mal señalizado; y CS, 24.11.2003, GJ 281, 80, publicada también en F. del M. 516, 3034, en que se da por correctamente establecida la responsabilidad por la torcedura seria de un tobillo sufrido por una transeúnte a consecuencia del mal estado de la vereda, que no estaba señalizada; en el mismo sentido, Corte de Concepción, 15.9.1999, confirmada por CS [cas. fondo], 10.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 132; CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 88; y CS, 7.5.2002 RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 104.

<sup>243</sup> En CS, 7.5.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 88, se sostuvo que el antiguo inciso final (hoy quinto) del artículo 174 de la Ley del tránsito debe ser indistintamente aplicado al desplazamiento de vehículos y peatones por vías de uso público, según resulta del uso general de las palabras y, además, de las definiciones extensivas que el artículo 2º de la Ley del tránsito hace de los vocablos ‘tránsito’ y ‘vía’.

blecido la culpa del conductor (esto es, probada esta última, no se admite la excusa de que la entrega irregular de la licencia no fue causalmente determinante en el perjuicio sufrido por el demandante).

b) Además del funcionario, puede resultar responsable la municipalidad que haya otorgado irregularmente la licencia. Pero en este caso no se aplica la regla del artículo 174 III, sino las reglas generales de responsabilidad municipal por falta de servicio (*supra* § 40).

**540. Responsabilidad de los concesionarios de establecimientos de revisión técnica.** a) Mientras la responsabilidad por el otorgamiento irregular de licencias de conducir es conexas a la culpa en la conducción, los deberes de cuidado de los concesionarios de establecimientos de revisión técnica se relacionan con el buen estado del vehículo. Por lo mismo, mientras la responsabilidad en el primer caso es dependiente de que el accidente se haya debido a la culpa del conductor, en el segundo está condicionada a que el accidente se haya producido por “desperfectos del vehículo respecto del cual se hubiese expedido un certificado falso, ya sea por no haberse practicado realmente la revisión o por contener afirmaciones de hechos contrarios a la verdad” (artículo 174 IV).

b) Cabe la duda acerca del alcance de esta responsabilidad. Una hipótesis consiste en exigir una relación de causalidad entre la negligencia del concesionario del servicio de revisión técnica que incurre en falsedad al otorgar el certificado y los daños sufridos por el demandante; en tal caso, la responsabilidad sólo podría darse por establecida respecto de daños que provengan de un accidente causado por un desperfecto no consignado en la revisión y que habría dado lugar a negar la autorización. Una hipótesis alternativa es que determinado el ilícito de haberse entregado un certificado falso, por no haberse efectuado la revisión o por contener afirmaciones contrarias a la verdad, el concesionario se transforma *ipso iure* en solidariamente responsable, con la sola condición de que el accidente se haya debido a desperfectos del vehículo. En principio, pareciera que esta segunda alternativa resulta más correcta, porque es la que mejor se aviene con la idea de responsabilidad solidaria, que es una garantía legal que tiene por precisas condiciones el ilícito del establecimiento y que un desperfecto del vehículo haya sido causa del accidente; por tratarse de una obligación de garantía, no está determinada por el fin de la norma protectora, como ocurriría de acuerdo con la primera hipótesis, de modo que basta que se cumplan los requisitos formales para que resulte aplicable la norma especial del artículo 174 IV.

c) Conviene tener presente que el otorgamiento de un certificado de revisión técnica sin haber realizado realmente la revisión o que contenga afirmaciones relevantes de hechos contrarios a la verdad, es una conducta constitutiva de delito (artículo 196 B letra g). El dolo requerido y el tipo penal son similares a los delitos de falsificación instrumental (Código Penal, Título IV, §§ 4 y 5).

En el ámbito civil la exigencia de una conducta dolosa o extremadamente descuidada está implícitamente contenida por la norma del artículo



lo 174 IV de la Ley del tránsito, que establece la responsabilidad solidaria respecto del concesionario que haya entregado un certificado falso, engañando acerca de la realización efectiva de la revisión o porque se afirman hechos contrarios a la verdad. En otras palabras, la garantía civil solidaria del concesionario exige que le sea atribuible dolo o culpa grave en el otorgamiento del certificado falso.

f. *Responsabilidad de los concesionarios de obra pública*

**541. Principio: la responsabilidad del Estado no se extingue en virtud de la entrega en concesión de calles o caminos.** a) El Fisco y las municipalidades tienen deberes legales de servicio, que les hacen responsables de los accidentes que se deban al mal estado de las vías públicas o a la falta o inadecuada señalización (artículo 174 V). De acuerdo a los principios que rigen la materia, el Fisco y las municipalidades conservan una responsabilidad subsidiaria en la hipótesis de delegar en privados la prestación de un servicio que por ley les corresponde desarrollar (*supra* N° 367). Desde el punto de vista de la víctima, la delegación convencional resulta inoponible en razón del efecto relativo de los contratos. En verdad, el principio no parece ser muy diferente del que rige las relaciones privadas, en el sentido que ningún acuerdo entre particulares puede limitar la responsabilidad de éstos por los deberes de conducta que tienen respecto de terceros.

b) Sin embargo, nada obsta a que leyes especiales puedan establecer reglas diferentes en la materia (*supra* N° 368). Ese no es el caso de las concesiones camineras, donde la ley especial sigue a la regla general (Ley de concesiones, artículo 35). En consecuencia, todo indica que el Estado y las municipalidades conservan una responsabilidad directa por el mal estado de las vías o una inadecuada señalización, sin que les sea admisible la excusa de haber delegado en terceros la prestación del servicio público.

La condición de la responsabilidad del Fisco y de las municipalidades en esta hipótesis es que la empresa concesionaria haya mantenido la vía en mal estado o con defectos de señalización que no responden a las expectativas normativas del público. En otras palabras, la empresa concesionaria debe haber incurrido en una falta en la prestación del servicio que le ha sido delegada; dadas esas condiciones surge la responsabilidad del órgano público. En consecuencia, el Fisco y las municipalidades responden estricta o vicariamente por el hecho culpable de los concesionarios de calles o caminos públicos.<sup>244</sup>

c) Al argumento anterior se agrega que el dominio de los bienes nacionales de uso público no se privatiza en razón del contrato de concesión; incluso si el concesionario adquiriere bienes sin recurrir al procedimiento de expropiaciones, está sujeto a limitaciones en la facultad de disposición y pasan a dominio público al término de la concesión (Ley de concesio-

<sup>244</sup> Así, también, Viñuela en Baraona 2003 b 135.

nes, artículo 15). El concesionario se obliga a construir y mantener las vías públicas concesionadas y tiene el derecho a explotarlas económicamente por el tiempo y condiciones establecidos en el contrato de concesión, pero no se le transfiere dominio sobre lo construido sobre bienes fiscales o nacionales de uso público.<sup>245</sup>

d) El Fisco tiene dos caminos para ser restituido de lo que haya debido pagar a terceros en razón de accidentes sufridos por usuarios de las vías concesionadas. Ante todo, las bases de licitación usualmente obligan a contratar seguros a favor de los particulares por los daños que sufran los usuarios por la falta del servicio debido, y, en el caso del Fisco, por las indemnizaciones que se haya visto obligado a pagar. Además, el Fisco tiene una acción restitutoria, porque si bien el contrato de concesión no empece al tercero, sí obliga al concesionario a dejar indemne al órgano público que ha otorgado la concesión. Esta obligación restitutoria, que tiene su fundamento en el derecho común, está usualmente refrendada en las bases de licitación, que luego pasan a formar parte del contrato de concesión.

**542. Responsabilidad directa de las empresas concesionarias.** a) Sin perjuicio de las obligaciones restitutorias que las concesionarias contraen para con el Estado en virtud del contrato de concesión de obra pública, la Ley de concesiones establece el deber del concesionario de indemnizar a los usuarios que experimenten perjuicios derivados de la explotación de las obras que son objeto del contrato de concesión; sólo se excluye esta responsabilidad si los daños son exclusivamente imputables a medidas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, después de haber sido adjudicado el contrato (artículo 35). En consecuencia, nada obsta a que un particular decida demandar directamente al concesionario.

b) La responsabilidad del concesionario, en el caso de caminos y autopistas, se puede calificar tanto en términos contractuales como extracontractuales. La responsabilidad contractual se funda en que el usuario del camino o autopista recibe un servicio por el cual debe pagar directamente un peaje al concesionario. Ello se refleja en el peaje. A cambio de éste, el concesionario debe permitir el tránsito y garantizar las debidas condiciones de seguridad. La responsabilidad extracontractual se funda, análogamente a la responsabilidad del Estado por falta de servicio, en la calificación que enseguida se hace respecto del estándar de cuidado.

c) La Ley de concesiones establece los estándares de cuidado especiales que debe observar el concesionario durante la fase de explotación de la obra. La regla es vaga en materia de responsabilidad civil: por un lado, establece un deber general de mantener las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización (artículo 23 N° 1); por otro, obliga a facilitar el servicio en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen peligrosidad a los usuarios (artículo 23 N° 2 letra a). En consecuencia, el concepto que define el deber de

<sup>245</sup> Silva 1995 223.



servicio es la *normalidad* (*supra* N<sup>os</sup> 348 b y 369), lo cual hace referencia a un estándar necesariamente normativo y no puramente estadístico, como podría también asumirse a primera vista. Todo indica que el legislador no ha establecido en la materia un deber de cuidado que excede al que normalmente rige respecto del mantenimiento y señalización de calles y caminos de conformidad con la Ley del tránsito (artículo 174 V).

g. *Seguro de daños por daños provocados por accidentes del tránsito*

**543. El seguro automotriz obligatorio. Ley 18.490.** a) Los accidentes del tránsito han sido universalmente materia de seguros obligatorios. Se trata típicamente de daños que amenazan indiferenciadamente a muchas personas y que provienen de cientos de miles de fuentes de riesgo a que nos exponemos diariamente. El seguro obligatorio puede estar estructurado como un seguro de responsabilidad o como uno de daños a terceros (*infra* N<sup>o</sup> 856).

En el derecho chileno, el seguro obligatorio por accidentes del tránsito está establecido como un *seguro de daños a terceros*, esto es, la indemnización se devenga por el solo hecho del accidente, sin consideración a la culpa en que haya incurrido el conductor (*infra* N<sup>o</sup> 856). En tal sentido, presenta analogías con otro importante estatuto protector, como es el de los accidentes del trabajo (*supra* N<sup>o</sup> 496).

b) El seguro obligatorio se establece como requisito de admisibilidad para el tránsito de vehículos motorizados (Ley de seguro obligatorio del tránsito, artículo 1<sup>o</sup>).<sup>246</sup> La obligación de contratar el seguro reside en el propietario del vehículo. A estos efectos, se tiene por propietario a la persona a cuyo nombre el vehículo esté inscrito en el registro correspondiente; el seguro se entiende tomado por quien lo haya contratado y por sus sucesores en el dominio del vehículo (artículo 4<sup>o</sup>).<sup>247</sup>

c) El seguro obligatorio sólo cubre los *daños personales* (artículo 1<sup>o</sup>),<sup>248</sup> consistentes en lesiones o muerte, sufridos por el conductor del vehículo, por las personas transportadas o por cualquier tercero afectado, como puede ser un peatón (artículo 24).

Como es usual en los seguros obligatorios, la ley establece límites a los montos indemnizables: 150 unidades de fomento en caso de muerte; 150

<sup>246</sup> En esta sección toda referencia legal debe entenderse hecha a la ley N<sup>o</sup> 18.490, que establece un seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados. La ley entiende por vehículo motorizado el que está destinado a desplazarse en el medio terrestre, con propulsión propia, que se encuentre destinado por su naturaleza al transporte o traslado de personas o cosas y sujeto a la obligación de obtener permiso de circulación para transitar; asimismo están comprendidos los remolques, acoplados, casas rodantes o similares (artículo 2<sup>o</sup>).

<sup>247</sup> En el caso de los acoplados y remolques, la misma norma impone la carga al propietario del vehículo tractor.

<sup>248</sup> La misma norma establece que los daños a los vehículos están garantizados, a falta de otros seguros, por una prenda legal sin desplazamiento.



unidades de fomento, en caso de incapacidad total; 90 unidades de fomento, en caso de incapacidad permanente parcial; y 90 unidades de fomento, por concepto de gastos de hospitalización o de atención médica, quirúrgica y farmacéutica (artículo 25).<sup>249</sup> El régimen se extiende a los daños personales sufridos a consecuencia de accidentes de la locomoción colectiva y taxis colectivos; aunque el texto de la norma es oscuro, debe entenderse que su sentido es que los montos referidos alcancen a cada una de las víctimas de esos accidentes (artículo 25 III).<sup>250</sup>

Las indemnizaciones por muerte y por incapacidades permanentes no son acumulables, de modo que si ha sido pagada una indemnización por incapacidad o por gastos de hospitalización y tratamiento y el accidentado fallece, los titulares del derecho sólo reciben la cantidad remanente, esto es, la que corresponde en razón de la muerte, menos lo ya percibido por aquellos conceptos (artículo 26).<sup>251</sup>

La ley establece un orden de prelación de los beneficiarios en caso de muerte, donde los de grado superior excluyen a los de grado inferior: *i*) el cónyuge sobreviviente; *ii*) los hijos menores de edad; *iii*) los hijos mayores de edad; *iv*) los padres; *v*) la madre de los hijos no matrimoniales de la víctima; y *vi*) quienes, a falta de los anteriores, acrediten la calidad de herederos.

Sólo quedan excluidos de la cobertura los accidentes ocurridos en carreras de automóviles o en competencias; fuera del territorio nacional; a consecuencia de guerras, sismos u otros casos fortuitos que sean por completo extraños a la circulación del vehículo; y el suicidio o la comisión de lesiones autoinferidas (artículo 34).

d) El seguro está establecido *en beneficio de las víctimas* de los accidentes. De ello se siguen algunas importantes consecuencias que son típicas de este tipo de seguros. Ante todo, el seguro *no se resuelve* por el no pago de la prima u otros incumplimientos del asegurado y sólo por sentencia ejecutoriada puede ponerse término antes de su fecha de vencimiento (artículo 5°). En segundo lugar, como se ha señalado, se trata de un seguro de daños a terceros, y no de responsabilidad civil, de modo que *no es necesario acreditar*

<sup>249</sup> La ley establece, asimismo, límites para los gastos diarios por concepto de hospitalización y remite a la póliza a efectos de los montos máximos de la indemnización por gastos de atención médica y quirúrgica (artículo 25 IV y V).

<sup>250</sup> La ley N° 16.426 (DO 4.2.1966) establecía un seguro obligatorio de accidentes de locomoción colectiva y taxis colectivos. Su último texto fue dado por el artículo 39 de la ley N° 18.490, pero luego la norma fue derogada por la ley N° 18.679 (artículo 13 IV). Actualmente, el seguro obligatorio de buses y taxis de locomoción colectiva se rige por la ley N° 18.490, que establece un régimen común de seguro obligatorio por accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados; la ley N° 19.887 (DO 18.8.2003) introdujo importantes modificaciones en la materia, algunas precisamente orientadas a derogar las normas especiales de cobertura en el caso de accidentes causados por buses de locomoción colectiva.

<sup>251</sup> La ley establece conceptos de incapacidades y señala un procedimiento para su establecimiento (artículos 27 y siguientes).



*culpa* del conductor, bastando la sola demostración del accidente y las consecuencias de muerte o lesiones que aquél haya causado (artículo 6°). Finalmente, las víctimas y sus beneficiarios tienen una *acción directa* en contra del asegurador, no resultándoles oponibles las excepciones que éste 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 extracontractual, 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 extracontractual. 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 sí 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>252</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>252</sup> Este apartado tiene por antecedente el comentario a un trabajo de Hernán Corral sobre productos defectuosos preparado en el marco del Proyecto sobre Modificaciones al Código Civil y Código de Comercio, patrocinado por diversas facultades de derecho chilenas y la Fundación Fernando Fueyo Laneri (2003).

A lo anterior se agrega una amplia discusión, desde las fronteras externas del derecho, respecto de la racionalidad que subyace (o debiera subyacer) al ordenamiento de la responsabilidad civil. Tanto desde el punto de vista de la justicia correctiva (*supra* § 3 a) como de la eficacia preventiva (*supra* § 3 b), se ha gestado en las últimas décadas una amplia discusión acerca del sistema de responsabilidad que debiera ser prevalente (*supra* § 36). 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 masivo*: se trata de un ámbito especial de riesgo, que plantea preguntas críticas al derecho común de la responsabilidad extracontractual 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 rígidamente 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 materia prima defectuosa (viciosa, en la terminología del Código Civil) o a una operación indebida del embotellador. A ello se agregan, especialmente respecto de productos de diseño o construcción complejos, las enormes asimetrías de información entre la empresa fabricante y el consumidor. En definitiva, estas dificultades suelen imponer a la víctima la carga de una verdadera *probatio diabolica*, que se traduce, de hecho, en que el fabricante



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

A lo anterior se agregan dificultades de *calificación de la conducta negligente*, aun en los casos que se lograra 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 rectificar 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 juicio 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 estatuto 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 extracontractual. El pau-

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 esta 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° 123).<sup>253</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 conserve 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 la responsabilidad del empresario fabricante en faltas 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 *presunción 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>253</sup> Aunque la expresión técnica de *culpa difusa* es posterior, el criterio ya aparece implícito en la jurisprudencia de principios del siglo pasado; así, CS, 30.11.1923, RDJ, t. XXII, sec. 1ª, 681, y CS, 11.1.1924, RDJ, t. XXII, sec. 1ª, 91; véanse también, CS, 30.12.1953, RDJ, t. L, sec. 1ª, 511, y CS, 11.12.1958, RDJ, t. LV, sec. 4ª, 209.



Invertido el peso de la prueba, con fundamento en el artículo 2329, el efecto no previsto puede ser que la *probatio diabolica* sea soportada, en vez de la víctima, por el empresario, quien debe mostrar que el defecto se produjo *a pesar 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 manera específica cómo 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 acaecimiento de un defecto es sintomático de que no fueron adoptadas las debidas prevenciones.<sup>254</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>255</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 aceptarse la presunción del artículo 2329 cuando existe un indicio *prima facie* suficientemente fuerte de culpa o de causalidad. El resultado es la inversión de la 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 curso normal 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 caminado hacia un régimen de presunciones de culpa (como el reseñado) o hacia un estatuto especial de responsabilidad estricta calificada (como el que será referido en la próxima sección).<sup>256</sup>

<sup>254</sup> Véanse, por ejemplo, las tempranas sentencias de la Corte Suprema sobre presunción de culpa por el hecho propio: CS, 12.10.1909, RDJ, t. IX, sec. 2ª, 25; CS, 11.1.1924, RDJ, t. XXII, sec. 1ª, 912; y CS, 10.4.1929, RDJ, t. XXVII, sec. 1ª, 240.

<sup>255</sup> Sobre las condiciones de esta excusa, *supra* N° 97 para la presunción de culpa por el hecho propio, y *supra* N° 116 para la presunción de culpa por el hecho ajeno.

<sup>256</sup> Un análisis comparado de la responsabilidad por productos puede consultarse en Zweigert/Kötz 1996 676, Von Bar 1996 II 417; una breve reseña comparada con referencias al derecho chileno, incluida la Ley de consumidores, en López 2002 149.



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 productos defectuosos, como tipo especial de 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 traspasar la responsabilidad más allá del comerciante que compraba el bien al fabricante. Aunque la regla de la relatividad del contrato (*privacy*) 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 extracontractual (*torts*), 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>257</sup>

El paso siguiente fue la aplicación de la regla probatoria *res ipsa loquitur* (dejad que las cosas hablen 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 bebida gaseosa 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 premisa inversa de que había intervenido un mero caso fortuito.<sup>258</sup>

Finalmente, a partir de la década de 1960, la jurisprudencia se tendió a unificar en torno a la idea de que el fabricante respondía 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 evitada mediante una declaración modificatoria de la responsabilidad.<sup>259</sup> De este modo, se completó una evolución desde la posición inicial, en que la responsabilidad sólo podía ser tipificada bajo el derecho de los contratos (con las restricciones de inoponibilidad que ello imponía a los consumidores finales que no habían contratado con el fabricante), a una en que sólo puede construirse como una hipótesis de responsabilidad extracontractual. Como se expresa en un comentario de la tercera recopilación doctrinaria del derecho de la responsabilidad extracontractual, “se

<sup>257</sup> *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*, 217 NY 882 (1916).

<sup>258</sup> Así, el voto de mayoría en el caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d. 453, 150 P.2d. 436 (1944), donde un famoso voto de minoría ya propuso construir el caso bajo una regla de responsabilidad estricta calificada por el mero resultado defectuoso del producto.

<sup>259</sup> El caso líder parece ser *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, 32 NJ 358, 388 (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>260</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 eficientes 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>261</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 sujeto 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>262</sup> de modo que el productor no puede hacer valer la (en gran medida teórica) excepción de diligencia.

Por el contrario, el producto tiene un *defecto de diseño* cuando “los riesgos previsibles de daños provocados por el producto pudieron haber sido evitados si se hubiese adoptado un diseño alternativo”,<sup>263</sup> de modo que en esta área rige típicamente una regla de responsabilidad por negligencia, esto es, por no haberse empleado 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 proveyendo de razonables instrucciones o advertencias (...) y la omisión de instrucciones o advertencias es lo que hace que el producto no sea razonablemente seguro”.<sup>264</sup> Estas reglas en nada se diferencian del principio general de responsabilidad por negligencia, que subsidiariamente rige en todos los sistemas jurídicos.

<sup>260</sup> Restatement/Torts III § 18.

<sup>261</sup> Epstein 1999 406.

<sup>262</sup> Shavell 1987 59, da en mi opinión con la precisa diferencia entre negligencia y producto defectuoso; 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>263</sup> Restatement/Torts III § 2 b).

<sup>264</sup> Ídem § 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>265</sup> Sin embargo, el camino ha tenido menos rupturas de las que entonces podían esperarse, hasta la actual consolidación en una recopilación doctrinal dedicada precisamente a productos defectuosos, que establece los principios moderados antes referidos. La misma recopilación 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 entendidas 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>266</sup>

b) En el derecho francés se exploró mejorar 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 (*supra* 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>267</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>265</sup> Epstein 1999 382.

<sup>266</sup> Directiva 85/374/CCE 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>267</sup> Viney/Jourdain 1998 667.



los fabricantes) debían estar en situación de conocer los vicios susceptibles de causar daño, de modo que la obligación de garantía adquirió *per se* un alcance indemnizatorio (artículo 1645 del Código Civil francés, esencialmente correspondiente al artículo 1861 del Código Civil chileno).<sup>268</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>269</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>270</sup> Igual solución encontró la jurisprudencia italiana a propósito de un caso de intoxicación con galletas, conocido como el caso ‘Saiwa’.<sup>271</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 corregido; 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>272</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 producto 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>268</sup> Zweigert/Kötz 1996 683.

<sup>269</sup> Buchner/Roth 1984 130, Zweigert/Kötz 1996 683.

<sup>270</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 materializa sólo después de ponerse un producto en el mercado; en el mismo sentido, Medicus 2003 b 45.

<sup>271</sup> Visintini 1996 II 427.

<sup>272</sup> Así, en España, la materia se reguló por la Ley 221/1994, analizada en L. Díez-Picazo 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 tempranamente observó la directiva europea de 1985 (al respecto, véase Visintini 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 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 presunciones de culpa, cuyo fundamento era la existencia de un defecto en el producto que se pone en el mercado. En el derecho chileno 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, adquieren 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 inobjetable 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 I). 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 intrínseca 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 I).



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 este 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 estatutos 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 prestador de estos servicios riesgosos tiene el deber de informar acerca de las condiciones de seguridad, dando a conocer las medidas preventivas necesarias a quienes pudieren 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 nocivos 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 contiene, 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 propia lógica, conviene desarrollarlas por separado.

**552. Concepto de defecto: ¿qué es un defecto?** a) Contra las apariencias, la noción de defecto es muy elusiva. De ahí que resulte conveniente partir de los problemas que se deben resolver para sólo entonces intentar delimitarla. La responsabilidad por productos defectuosos debe atender a la condición estratégica y sustantiva de las víctimas 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<sup>os</sup> 549 y 550), sea para dar por establecida de plano la responsabilidad, como ocurre por lo general en el derecho comparado (*supra* N<sup>os</sup> 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 distinta 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<sup>o</sup> 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 mitigaran la indefensión 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 aleja de su modelo 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 tenedor), puede presumirse la culpa sin consideración de las causas precisas que motivaron su producción.

Distinto es el caso cuando el *diseño* no asume todos los posibles resguardos de seguridad: si los frenos del automóvil hubiesen dispuesto del dispositivo llamado ABS (o, más extremo aún, de una tecnología tan refinada como la empleada en los aviones), 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 envuelto, 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 *manufactura* 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 extremar 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 costo lo sustraería 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 habrían hecho más seguro, no es *per se* indicio de culpa.<sup>273</sup> Lo anterior se justifica porque bien puede ocurrir que no sea justo 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 sustraído 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>273</sup> Así, Restatement/Torts III § 2 b), con referencia al *defecto* que da lugar a responsabilidad estricta calificada en el derecho norteamericano.

d) Por último, debieran 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 atiende 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>274</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 atiende a las expectativas para definir lo que se habrá de tener por defecto suele ser muy vaga, especialmente tratándose de defectos de diseño, donde están envueltas 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 aquélla 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 indica 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 adquieran 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>274</sup> Así, la regla del artículo 1386-4 del Código Civil francés: “Un producto es defectuoso (...) cuando no ofrezca la seguridad que legítimamente se puede esperar de él. En la apreciación de la seguridad que legítimamente se puede esperar de él, deberán ser tenidas 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>275</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>276</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>277</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>278</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>279</sup>

b) La línea divisoria no discutida parece estar entre bienes corporales y servicios. Éstos 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 extracontractual.<sup>280</sup> La recopilación doctrinaria norteamericana excluye explícitamente los servicios<sup>281</sup> y la directiva europea lo hace implícitamente.<sup>282</sup>

<sup>275</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 dañoso 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 distinguidos de los provocados por defectos de productos industriales.

<sup>276</sup> Ley española sobre responsabilidad por productos defectuosos, artículo 2º; ley alemana, artículo 2º.

<sup>277</sup> Cód. fr., artículo 1386-3.

<sup>278</sup> Restatement/Torts III § 1a a).

<sup>279</sup> Ídem § 19 comentario a).

<sup>280</sup> Sobre la responsabilidad por servicios peligrosos en la Ley de consumidores, *supra* N° 550.

<sup>281</sup> Restatement/Torts III § 19 b).

<sup>282</sup> En este sentido, el Libro Verde sobre productos defectuosos 3.2, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas el 28 de julio de 1999, 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 del 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>283</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>284</sup> Por el contrario, en el derecho norteamericano se ha concluido que la “sangre humana y el tejido humano, aunque sean provistos comercialmente, no están sujetos a las reglas de responsabilidad por productos defectuosos”.<sup>285</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>286</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 construida 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 pone 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 envase (como podría ocurrir con la condición sanitaria de los productos agrícolas y de las carnes, porque no hay razón

<sup>283</sup> Cód. fr., artículo 1386-12 I en relación con el artículo 1386-11 N° 4.

<sup>284</sup> Caillé 1999 5 y 9.

<sup>285</sup> Restatement/Torts III § 19 (c).

<sup>286</sup> Ídem § 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>287</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>288</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>289</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 ventas 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 serlo, 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>290</sup>

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

<sup>287</sup> En Francia, la acción contra el proveedor también se rige por el estatuto de los productos defectuosos (Cód. fr., artículo 1386-7 II).

<sup>288</sup> Restatement/Torts III § 1.

<sup>289</sup> Ídem § 1 comentario e).

<sup>290</sup> Directiva 85/374/CCE, artículo 3°. En el mismo sentido, ley española, artículo 4° (2) y (3); ley alemana, artículo 4°; y ley italiana, artículo 4°. Por el contrario, el derecho francés ha extendido la responsabilidad hasta el comerciante profesional (esto es, no ocasional), pero lo ha dotado de una acción contra el productor que se rige por los mismos principios de responsabilidad estricta (Cód. fr., artículo 1386-7).



que se infieren 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 mostrar 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 tenida 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>291</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>292</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 (*supra* N° 272 e). En segundo lugar, se puede debilitar la intensidad de la prueba requerida, considerando suficiente una elevada probabilidad 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>291</sup> Directiva 85/374/CCE, artículo 4°; ley alemana sobre responsabilidad por productos defectuosos, artículo 1° (4); ley española, artículo 5°; Cód. fr., artículo 1386-9. 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 podría tener la carga de la prueba, que hasta ahora ha residido en la víctima. Aceptado que el solo hecho del accidente no puede ser antecedente *per se* de la responsabilidad del productor (en la medida que la mera participación de un 'producto' en un accidente no es siquiera indicio 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. Esta dificultad debe ser sopesada con el principio de que la responsabilidad tiene su justificación en el defecto y no en el mero 'hecho de la cosa', de modo que a falta de prueba acerca del vicio la acción no puede prosperar.

<sup>292</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>293</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 circunstancial que permite inferir el defecto de un producto' la recopilación doctrinal 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>294</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 (*supra* N° 272 e). 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 quantum*.

**557. Prescripción 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 2332, 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 acaece 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 nacería prescrita, pues no existe legitimidad activa para entablarla mientras el daño no se haya producido. La jurisprudencia ha salvado 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 perjuicios".<sup>295</sup>

<sup>293</sup> Epstein 1999 427.

<sup>294</sup> Restatement/Torts III § 3.

<sup>295</sup> CS, 19.7.1995, RDJ, t. XCII, sec. 1ª, 53.

La misma dificultad se plantea respecto del daño acaecido 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 distancia 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, defecto e identidad del productor; por otro, se establece una norma de 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>296</sup> Las mismas reglas son recogidas por las legislaciones nacionales.<sup>297</sup> Esta técnica de las dos reglas parece un buen compromiso entre el interés de consolidación de los riesgos por el transcurso del tiempo, al establecerse un plazo máximo absoluto para la responsabilidad, y la justicia correctiva que persiguen las reglas de responsabilidad, que hacen inocua la circunstancia que la acción nazca prescrita.

c) Estas ideas parecen adecuadas para el derecho chileno y pueden ser incorporadas 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 extraordinaria, que conforme a una tradición ya asentada establece el plazo máximo dentro del cual todas las relaciones jurídicas deben estabilizarse. Estas ideas son además consistentes con los criterios que la jurisprudencia chilena ha ido estableciendo en materia de prescripción y, debidamente adecuadas, podrían formar parte del estatuto general de prescripción de las acciones indemnizatorias en sede extracontractual (*infra* N° 711 e).

## 558. Limitaciones de responsabilidad: consideraciones de orden público.

a) La relación del consumidor con el proveedor estuvo tradicionalmente

<sup>296</sup> Directiva 85/374/CCE, artículos 10.1 y 11. El criterio se encuentra en el BGB, §§ 195 y 199, con plazos de tres años para el ejercicio de la acción, contados desde que nace la pretensión y los hechos en que ésta se funda son conocidos o debieron ser conocidos por el acreedor; y de treinta años, contados desde el hecho que provoca la responsabilidad para que ésta se extinga sin consideración a otras circunstancias.

<sup>297</sup> Ley española sobre responsabilidad por productos defectuosos, artículos 12 y 13; Cód. fr., artículos 1386-17 y 1386-16; ley alemana, artículo 13.



sujeta 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 extracontractual, 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 anexos 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 extracontractual), no es difícil concluir que estas limitaciones unilaterales son ineficaces, simplemente por inoponibilidad 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 (*supra* N<sup>os</sup> 550 b y 552 d).

c) El paso siguiente consiste en calificar de orden público el régimen legal de responsabilidad por productos defectuosos, dejando la materia sustraída del ámbito de licitud de las convenciones modificatorias de responsabilidad. En la adopción de una regla de esta naturaleza concuerdan la directiva europea<sup>298</sup> y la recopilación norteamericana.<sup>299</sup> La privación de validez alcanza extensivamente a cualesquiera cláusulas contractuales que limiten la responsabilidad, sobre la base de consideraciones de orden público de protección.

En el derecho chileno, las convenciones sobre responsabilidad propiamente 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 consentimiento y de protección de conductas abusivas. Es una cuestión de política legislativa si esta opción más abierta a la libertad de contratación es preferible a la más paternalista, que atribuye un carácter de orden público más extenso al ordenamiento protector del consumidor. Una actitud más reti-

<sup>298</sup> Directiva 85/374/CCE, artículo 12. En el mismo sentido los derechos nacionales europeos: ley española, artículo 14; Cód. fr., artículo 1386-15, que establece la reserva de validez de las convenciones estipuladas 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 británica, artículo 7.

<sup>299</sup> Restatement/Torts 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>300</sup> por el contrario, 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>301</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 (*infra* § 70).

d) Si las limitaciones a la responsabilidad constan 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 afecten 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 abusivo, entendiendo que carecen de valor las cláusulas que “en contra de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes deriven del contrato”; para determinar si es contraria a la buena fe alguna cláusula, se atiende a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen (artículo 16 letra g). 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 aquél no puede esperar 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 norteamericano ha sido pionero en el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad por productos defectuosos. Desde una si-

<sup>300</sup> Tapia/Valdivia 2002 31; un análisis muy fértil para el derecho de contratos, que contrasta al *homo oeconomicus* con el contratante real que asume ciertos elementos de la relación como dados, de acuerdo con los principios de la psicología del comportamiento, en Eidenmüller 2005 a *passim*.

<sup>301</sup> Epstein 1999 432.



tuación 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* N° 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, si se atiende a los criterios interpretativos del sistema de responsabilidad que rigieron en la primera fase de aplicación del Código Civil, se concluye que la responsabilidad por productos defectuosos plantearía gravísimos problemas conceptuales y probatorios, que harían teórico el derecho de la víctima a ser indemnizada por los daños injustamente sufridos.

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 estas 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 tratados en este apartado sobre una base comparada, creando mayor certeza jurídica y, eventualmente, ampliando el conjunto de sujetos responsables. Estas 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 encarga 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>302</sup> En otras palabras, 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 sujetos esencialmente al mismo estatuto de responsabilidad.<sup>303</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 atingente a cualesquiera 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 los que la ley impone en favor de los subadquirentes u otros terceros. Para completar el círculo de responsables, se agrega una responsabilidad estricta calificada del primer propietario, que permite articular un centro de imputación de responsabilidad para estas múltiples relaciones contractuales y extracontractuales.

b) En estas circunstancias, lo expresado respecto de la responsabilidad extracontractual se aplica en general a la contractual, en la medida que los ordenamientos 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>302</sup> Los principales ordenamientos especiales en la materia son la Ley general de urbanismo y construcciones, contenida en el DFL 458/1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DO 13.4.1976); 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 19.5.1992).

<sup>303</sup> En este sentido Figueroa/Figueroa 2006 250 y 251, Wahl 2006 18 y 19, Alessandri 1943 435; las diferencias que ve Alessandri en materia de prueba han sido en parte superadas por la actual legislación.



reglas de responsabilidad de la Ley de urbanismo y construcciones pueden ser interpretadas como normas de orden público de protección.

**561. Ordenamientos legales aplicables a la responsabilidad contractual y extracontractual.** a) La responsabilidad por ruina, vicios y defectos de edificios y construcciones se encuentra esencialmente regulada en el Código Civil y en la Ley de urbanismo y construcciones. Los ordenamientos se superponen. En general, se ha sostenido que para determinar sus respectivos ámbitos de aplicación debe atenderse a la magnitud de los efectos que se siguen de los vicios de la construcción.<sup>304</sup> De este modo, si los vicios determinan la ruina o amenaza de ruina del edificio, resultarían aplicables las reglas del Código Civil; por el contrario, si se trata de un vicio o defecto distinto de la ruina, regirían las normas especiales de la legislación sobre urbanismo y construcciones.<sup>305</sup>

En la medida que las normas del Código Civil son de aplicación más restringida que las de la Ley de urbanismo y construcciones, porque sólo se refieren a la ruina, debe entenderse que son especiales en la materia (porque el concepto de falla o defecto es comprensivo del daño más extremo, como es la ruina). De ello se sigue que si el fundamento de la acción es un defecto de construcción que no sea ruinoso, sólo resulta aplicable la Ley de urbanismo y construcciones. Por el contrario, si se trata de una ruina, es tarea del intérprete definir qué ordenamiento prevalece sobre el otro.

La Ley de urbanismo y construcciones parece dar lugar a una opción del estatuto aplicable, porque junto con establecer una regla de responsabilidad de los constructores, deja a salvo que ella rige “sin perjuicio de lo dispuesto en el N° 3 del artículo 2003 del Código Civil”.<sup>306</sup> El reconocimiento de una opción es consistente con un sistema de responsabilidad que pretende proteger a las víctimas de ruinas de edificios y de vicios o defectos de construcción. En este contexto, la pregunta práctica esencial se refiere a las situaciones en que para la víctima resulta más favorable recurrir al Código Civil que a la Ley de urbanismo y construcciones.

b) Por aplicación del derecho común de la responsabilidad civil, la responsabilidad extracontractual se dirige contra el responsable por dolo o negligencia de la ruina o defecto de construcción del edificio que provoca el daño. Además, la ley ha establecido un régimen de responsabilidad estricta calificada del constructor (*sección b*), ha regulado la responsabilidad de los profesionales que intervienen en la construcción (*sección c*) y ha

<sup>304</sup> Urrejola 2004 50, Corral 1995 76 y Corral 1996 c 69, quien en un trabajo posterior entiende que debe otorgarse una opción a la víctima (Corral 1999 b 41).

<sup>305</sup> La jurisprudencia ha recogido este criterio y resuelto que “cuando no se está en presencia de la ruina de un edificio, sino de defectos de construcción –que es el caso que nos ocupa–, y que no alcanzan el calificativo de ruinoso, deben aplicarse de preferencia las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones” (Corte de Santiago, 1.9.2004, GJ 291, 129).

<sup>306</sup> Corral 1999 b 41; en el mismo sentido, manifestándose por otorgar una opción a la víctima, Wahl 2006 22, Figueroa/Figueroa 2006 244,

establecido una responsabilidad estricta calificada del propietario primer vendedor de la edificación (*sección d*). A ello se suma el establecimiento de reglas comunes a los agentes de la construcción, donde se regula expresamente la responsabilidad por el hecho ajeno de dependientes, subcontratistas y fabricantes de materiales y establece un régimen legal de garantías de responsabilidad orientado a favorecer la reparación del daño (*sección e*). Adicionalmente, la ley ha introducido un sistema de controles privados por revisores independientes que resultan responsables en el ámbito de sus tareas (*infra* N° 567) y que han reemplazado la antigua función de control material de los municipios, los que sólo pueden resultar responsables por falta de servicio en el control formal de la construcción defectuosa (*sección f*). Finalmente, una pregunta esencial se refiere a la extinción de la responsabilidad de los agentes de la construcción (*sección g*).

#### b. Responsabilidad del constructor

**562. Vicios y defectos que permiten dar por configurada la responsabilidad del constructor.** a) Es particularmente importante en materia de responsabilidad por construcciones atender a que el hecho objetivo que le da lugar no se refiere primeramente a una conducta de los responsables, sino a una calidad de lo construido, lo que vale tanto para el artículo 2003 regla 3ª del Código Civil, como para el artículo 18 de la Ley de urbanismo y construcciones. De este modo, lo determinante para dar por configurada la responsabilidad del constructor no es la calificación de su conducta, sino de lo construido o edificado a la luz de un estándar de calidad esperado por el público.

b) Lo determinante para la norma del artículo 2003 regla 3ª del Código Civil es que el efecto dañoso sea atribuible a un *vicio* de construcción, de los materiales o del terreno, esto es, a una calidad de la cosa y no, al menos primeramente, a un defecto de conducta. El vicio de una construcción puede ser entendido, siguiendo analógicamente el concepto que la ley da a propósito de la obligación de saneamiento por vicios redhibitorios (artículo 1858), como aquella calidad que le impide su destinación o uso natural.

La norma legal distingue entre vicios de construcción, de los materiales y del suelo. En otras palabras, la cosa puede devenir en defectuosa en atención a deficiencias que se siguen de la ejecución material de la obra, de la mala o inapropiada calidad de los materiales empleados, o de defectos del terreno que lo hacían inepto para construir el edificio de que se trata. Cualquiera de estos vicios es de responsabilidad del constructor, salvo el referido a los materiales provistos por el dueño, a menos que se trate de aquellos que el constructor no pudo ignorar en razón de su oficio (artículo 2003 regla 3ª, parte final, en relación con el artículo 2000). La distinción deviene inocua desde el punto de vista del afectado, porque, cualquiera sea la causa, la responsabilidad del empresario de la construcción tiene por antecedente el vicio objetivo del edificio que se destruye o amenaza ruina.



c) El concepto de *vicio* empleado por el Código Civil presenta también cercanía con el de *defecto* empleado por el artículo 18 de la Ley de urbanismo y construcciones. Como se ha visto a propósito de los productos defectuosos, se puede entender por defectuoso el bien que no responde a las expectativas legítimas de calidad y de seguridad que tiene una persona razonable; o bien, aquel estado de una cosa que objetivamente no responde a los estándares vigentes de calidad en el arte u oficio respectivo (*supra* N° 553).

En el caso de las construcciones, son válidos ambos criterios: respecto de aspectos estructurales, que no están a la vista, es evidente que el defecto está dado por el estándar de calidad en la actividad constructiva; desde el punto de vista del destino cotidiano del edificio, son determinantes las expectativas razonables; de quien habita o utiliza lo construido de conformidad a su destino como habitación, oficina, industria o los demás usos habituales y conocidos por el constructor.

d) En definitiva, entonces, el punto de partida para determinar si hay lugar a la responsabilidad del constructor consiste en una valoración de lo edificado como vicioso o defectuoso, lo cual lleva la atención a la cosa misma antes que a la conducta de quien hizo posible ese vicio o defecto. Ello es coherente con la calificación de la obligación contractual del constructor como una obligación de resultado y de su responsabilidad extracontractual como una responsabilidad estricta calificada que se funda en una valoración objetiva de la calidad de una cosa (*supra* N° 302). Esa es la lógica que subyace tras la definición de las condiciones de la responsabilidad civil a partir de calidades de la cosa, en vez de atribuirle directamente a defectos de la conducta.<sup>307</sup> En materia extracontractual esta conclusión se asocia claramente a la idea de una responsabilidad estricta calificada, en que la sola existencia de un defecto en el resultado de una actividad permite dar por establecida la responsabilidad, con independencia del acto negligente concreto que lo produjo.

**563. La ruina como daño atribuible al constructor.** a) El Código Civil asume una hipótesis muy fuerte de daño a efectos de regular la responsabilidad: que el edificio perezca o amenace ruina. Alessandri estimaba que hay ruina cuando una cosa cae o se destruye, remitiendo a los conceptos reiterados en los artículos 934, 2003 regla 3ª, 2323 y 2324.<sup>308</sup> En consecuencia, la hipótesis de daño que da lugar a responsabilidad en el Código Civil es en extremo exigente. No basta que el edificio tenga un defecto funcional; es necesario que se haya destruido (haciéndolo parcial o completamente inutilizable), se hayan desprendido de él elementos que causen daño, o esté en condición tal que amenaza producir alguno de esos efectos. Ese es

<sup>307</sup> Sobre la naturaleza de la obligación contractual como una de resultado, Figueroa/Figueroa 2006 255, Urrejola 2004 8; sin asumir la calificación, en el mismo sentido, Alessandri 1943 436; a favor de calificar como objetiva la responsabilidad del constructor de conformidad a la Ley de urbanismo y construcciones, Figueroa/Figueroa 2006 265.

<sup>308</sup> Alessandri 1943 423.

el sentido de la regla 3ª del artículo 2003, que se refiere a la hipótesis de que el edificio perezca o amenace ruina, en todo o parte.<sup>309</sup>

b) El empresario responde de la ruina o defecto del edificio que se deba a determinados vicios, sean éstos *de construcción*, *del terreno* que el empresario debió conocer, o *de los materiales* aplicados a la obra por el empresario; aun en el caso que los materiales hayan sido proporcionados por el dueño, el empresario es responsable si debió conocer el defecto en razón de su profesión (artículo 2003 regla 3ª, en relación con el artículo 2000 II N° 3).

c) La ruina puede dar lugar a un daño indemnizable por sí misma o como causa inmediata de otro daño, sufrido a consecuencia de su materialización. La ruina es *per se* un daño para el propietario y para quienes tienen derechos personales o reales sobre o respecto de la cosa, que se vean afectados patrimonialmente por el solo hecho de la destrucción. Este es el interés que cautela el artículo 2003 regla 3ª, que regula las relaciones del dueño de la obra con el empresario constructor. Pero la ruina también puede producir daño por sí misma a terceros a esa relación contractual, como ocurre con el subadquirente de la propiedad o con el arrendatario con opción de compra. Todos ellos sufren una pérdida patrimonial por el solo hecho de la ruina, que será calificada de contractual respecto del dueño y de extracontractual respecto de los demás, aunque la distinción, por lo general, será en la práctica irrelevante (*supra* N° 560).

<sup>309</sup> Sobre el concepto de ruina, el ilustrado estudio de Corral 1995 56; el autor, en oposición a Alessandri 1943 423, hace referencia a lo que en el derecho comparado se ha llamado *ruina funcional*, para incluir en el concepto graves inadecuaciones de la obra al fin para la que fue construida; cita en soporte de su tesis una sentencia que califica de ruina los defectos de construcción que provocan filtraciones desde un edificio al colindante (Corte de Valparaíso, 25.6.1932, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 8.4.1933 y 11.5.1934, RDJ, t. XXXI, sec. 1ª, 394); no se podría sino compartir la conveniencia de esta interpretación extensiva del concepto de ruina, si en el derecho vigente la Ley de urbanismo y construcciones no estableciera una regla de responsabilidad, que cubre las otras hipótesis de daño provocado por los constructores, estableciendo condiciones de procedencia y de extinción de la acción distintas a las del Código Civil; por eso, resulta preferible delimitar, siguiendo a la tradición, el ámbito de aplicación material de las normas del Código Civil y de la Ley de urbanismo y construcciones, entendiendo el concepto de ruina en un sentido estricto. Por otro lado, determinar el estatuto aplicable en función de la magnitud del vicio, haciendo aplicable las normas del Código Civil a las hipótesis de ruina, y las de la ley especial a los demás defectos, supondría incurrir en una inconsistencia axiológica, porque los vicios más graves quedarían sometidos a un estatuto de responsabilidad menos exigente, como es el del Código Civil, mientras que los vicios menos severos quedarían sometidos a un estatuto más riguroso, como es la legislación especial sobre urbanismo y construcciones. En un trabajo posterior, el mismo Corral entiende que la víctima puede optar por el estatuto que le resulte más favorable (Corral 1999 b 41); esta solución es coherente, además, con la remisión que el artículo 18 III de la Ley de urbanismo y construcciones hace a la norma del artículo 2003 regla 3ª del Código Civil, con lo cual implícitamente acepta que la acción contra el constructor por ruina del edificio se puede fundar en ambos ordenamientos.



d) Respecto de otros *terceros* la ruina es relevante en la medida que provoque o amenace un daño consecuencial. Es el caso del arrendatario que ve amenazada la seguridad de su familia, vecinos o transeúntes que de cualquier modo puedan verse afectados por ella. En este caso, la responsabilidad extracontractual del constructor está sujeta a las mismas condiciones que la contractual, por expresa remisión del artículo 2324 a la regla 3ª del artículo 2003.

e) La ruina también puede dar lugar a *acciones indemnizatorias o de reparación en naturaleza contra el propietario*, cuando tiene por antecedente su propia negligencia en omitir las reparaciones necesarias o por haber faltado, de cualquiera otra manera, a sus deberes de cuidado como buen padre de familia (artículo 2323). En este caso, la responsabilidad del constructor puede estar o no comprometida, en la medida que la ruina actual o potencial sea atribuible a vicios del edificio, y los plazos de garantía o prescripción aún no se hayan cumplido. En caso contrario, la responsabilidad será exclusiva del propietario (*infra* N° 569).

#### **564. Daños que se siguen de fallas, errores o defectos de construcción.**

a) Sin perjuicio de las acciones que reconoce el artículo 2003 regla 3ª del Código Civil por los efectos de la ruina actual o potencial, la Ley de urbanismo y construcciones otorga una acción contra los constructores por las fallas, errores o defectos en la construcción, sea por las propias actuaciones o de los subcontratistas, así como por el uso de materiales o insumos defectuosos (artículo 18 III). Esta acción es de las más extensas que conoce el derecho de la responsabilidad civil, tanto en lo relativo a la amplitud de la responsabilidad por el hecho ajeno como a los requisitos de procedencia.

b) Desde un punto vista de los requisitos sustantivos de procedencia, la norma establece una responsabilidad que tiene por fundamento el hecho de presentar el edificio fallas, errores o defectos que producen turbaciones en el uso y goce previsto para el edificio, conforme a su naturaleza. En otras palabras, si bien no basta la mera causalidad entre el hecho del constructor y el accidente, al constructor se le impone por ley una responsabilidad que sólo depende de que la obra sea defectuosa, bastando que se acredite la falla, error o defecto para que haya lugar a la responsabilidad.

En consecuencia, en la relación contractual entre el dueño y el constructor, éste adquiere una *obligación de resultado*; y en cuanto a los daños que el defecto o falla de construcción produzca respecto de terceros, la norma establece una especie de *responsabilidad estricta calificada* por el defecto (*supra* N° 302), donde el concepto de defecto de construcción es del todo homologable al desarrollado por la doctrina jurídica sobre productos defectuosos (*supra* N° 552). Por consiguiente, al constructor sólo le caben las excusas de caso fortuito o fuerza mayor, esto es, que el defecto estuvo fuera de su ámbito de control.

No parece ser el interés del legislador que el constructor se haga cargo de cualquier riesgo asociado a su actividad, sino sólo de los que son atribuibles a su esfera de control. Por eso, debe entenderse que la regla de la Ley de urbanismo y construcciones no persigue imponer una responsabili-



dad por todo riesgo, sino simplemente imponer responsabilidad por defectos que sean atribuibles a su propio hecho, de modo que la fuerza mayor debiera ser tenida por excusa suficiente (*supra* N° 329).

c) El afectado tiene las acciones de reparación en naturaleza e indemnizatorias, de acuerdo con las reglas generales (*infra* §§ 57 y 59). Si se trata de defectos de construcción, el afectado puede exigir que le sean reparados por el constructor o por un tercero a su costa, según los principios aplicables a las obligaciones de hacer (artículo 1553).

### c. Responsabilidad de los profesionales de la construcción

**565. Régimen general de responsabilidad por culpa de quienes participan en la construcción.** La responsabilidad de quienes participan en la construcción plantea preguntas que pueden ser resueltas con las doctrinas generales de la responsabilidad por negligencia, incluyendo las presunciones por el hecho ajeno y por el hecho propio. Por lo general, ambas son relevantes, porque las obras suponen la participación de dependientes y porque la existencia de un vicio de construcción es generalmente un indicio de que se ha actuado con negligencia, configurándose una presunción de responsabilidad por culpa. En definitiva, los profesionales de la construcción están sujetos, en principio, a un régimen de responsabilidad por culpa, donde la ruina o defectos de lo edificado es un indicio suficiente de negligencia que permite configurar una presunción de responsabilidad.

**566. Reglas especiales para los profesionales de la construcción.** a) De conformidad con las normas del Código Civil, a los *arquitectos* les son aplicables las reglas del Código Civil referidas a la responsabilidad del empresario de la construcción por ruina de edificios por expresa referencia del artículo 2004. La misma norma debe entenderse aplicable a las relaciones contractuales de los *demás profesionales* de la construcción, que han asumido parte esencial de las funciones que tradicionalmente (desde el Código de Hamurabi) han sido asignadas a los constructores.<sup>310</sup> En lo que no queda cubierto por la regla especial del artículo 2003, los profesionales quedan sometidos contractualmente a las reglas del mandato, en razón de la regla del artículo 2118, con el efecto de que, por regla general, las demás obligaciones son de medios, como es usual en la relación entre mandante y mandatario.

b) Sin embargo, también a este respecto la Ley de urbanismo y construcciones ha agravado la responsabilidad de los profesionales *proyectistas*

<sup>310</sup> El Código de Hamurabi establecía que “si un albañil ha edificado una casa para un señor, pero no ha dado solidez a la obra y la casa que construyó se ha desplomado y ha causado la muerte del propietario de la casa, ese albañil recibirá la muerte” (§ 229); y “si el albañil ha edificado una casa para un señor y no ha ejecutado las obras conforme a las normas y el muro se ha inclinado, el albañil a sus propias expensas reforzará el muro” (§ 233).



al establecer una regla general de responsabilidad por defectos o fallas de construcción que sean atribuibles a los *errores* en que hayan incurrido (artículo 18 II). La ley no precisa si es necesario, además, calificar el error como culpable, pero el sentido de la norma es que del error se infiera una infracción a los deberes de cuidado exigibles a un profesional que proyecta y calcula una construcción. Así, probado el error, se entiende que el respectivo profesional ha incurrido en culpa, porque la ley asume que el proyecto y el cálculo de la obra deben ser correctos.

Esta idea está confirmada por la norma de responsabilidad de la Ordenanza de urbanismo y construcciones, que dispone: “Los proyectistas serán responsables, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, de los *errores* en que hayan incurrido, si de éstos se han derivado daños o perjuicios” (Ordenanza de urbanismo y construcciones, artículo 1.2.3 I). En el fondo, la ley consagra una responsabilidad por culpa presumida que se justifica en la dificultad que supone para la víctima probar que el error no se ha debido a la culpa del proyectista, sino que a otra causa.

En consecuencia, la obligación contractual a que están sometidos los profesionales de la construcción es de resultado, y en el ámbito extracontractual basta el error para dar por establecida la culpa (*supra* N° 49). En otras palabras, si bien el fundamento de la responsabilidad de los profesionales es la negligencia, según las reglas generales, la existencia de un error que se muestre en un vicio de construcción o de diseño es un indicio de que se ha actuado con culpa, configurándose una presunción de responsabilidad.<sup>311</sup>

c) Con el fin de facilitar las acciones respectivas, la ley ordena que quienes hayan actuado como proyectistas y constructores sean identificados en la primera escritura de compraventa; además ordena la publicidad de los planos y especificaciones técnicas de las obras (artículo 18 V).

**567. Responsabilidad de profesionales que supervisan técnicamente la construcción.** La legislación, en concordancia con la eliminación de las antiguas funciones de supervisión técnica y material que asignaba a las municipalidades, ha introducido un sistema de controles privados por *revisores independientes*, cuya tarea es controlar la calidad técnica de los proyectos, y de *inspectores técnicos*, encargados de que la ejecución de las obras sea conforme con las normas y el proyecto aprobado.<sup>312</sup> En el ámbito de sus tareas, los revisores independientes y los inspectores técnicos responden

<sup>311</sup> Figueroa/Figueroa 2006 255. Es usual que la jurisprudencia recurra a las doctrinas generales de responsabilidad por negligencia en materia profesional, pero dé lugar a presunciones de responsabilidad por el hecho ajeno y por el propio, cuando se causan daños a terceros con ocasión de la ejecución de obras de construcción; véanse, Corte de Santiago, 10.11.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2ª, 78, publicada también en F. del M. 492, 2480; y Corte de Santiago, 7.9.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 2ª, 65, publicada también en GJ 243, 74.

<sup>312</sup> Ordenanza de urbanismo y construcciones, artículos 1.2.5 II y 1.2.8 I. La Ordenanza ha establecido un sistema nacional de registro de revisores independientes de obras de construcción (artículo 1.2.1 IV).

subsidiariamente respecto de los proyectistas y constructores de las obras, respectivamente.<sup>313</sup>

d. *Responsabilidad del propietario de un edificio o construcción*

**568. Tipos de propietarios.** En el ámbito de la responsabilidad por ruina o defectos de construcción es posible distinguir dos tipos de propietarios. Ante todo, quien adquiere una propiedad inmueble con la finalidad de destinarla a su fin natural y cuyo deber es conservarla como un buen padre de familia, de modo que no cause daños a sus usuarios o a terceros. Más extensa es la responsabilidad que recae sobre el propietario que ejerce de empresario de la construcción y explota el giro inmobiliario.

El empresario de la construcción, de modo análogo al fabricante, coloca el edificio en el mercado, invitando a su uso y generando una expectativa en torno a un determinado estándar de calidad.<sup>314</sup> El reconocimiento de esta diferencia da lugar a dos regímenes de responsabilidad por completo diferentes. En circunstancias que el empresario ofrece el edificio al público no especialista, se encuentra justificada la extensión de su régimen de responsabilidad.

**569. Responsabilidad de todo propietario por daños causados por ruina de edificios.** a) De conformidad a las reglas del derecho común de la responsabilidad civil, el propietario de un edificio tiene el deber de cuidar que éste se encuentre en condiciones de ser habitado y no causar daño a terceros (artículo 2323 I). La diligencia exigida es la de un buen padre de familia, de modo que se responde de *culpa leve*, según las reglas generales. La responsabilidad se funda en los daños ocasionados por la ruina del edificio, que no acaece por un vicio o defecto de construcción, sino por omisión de las reparaciones o mantenciones necesarias para la conservación del edificio, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

Si el daño causado por la ruina proviene de un vicio o defecto de construcción, la responsabilidad es regulada por el artículo 2003 regla 3ª y la legislación especial sobre urbanismo y construcciones (artículo 2324). De este modo, el propietario no carga en principio con los riesgos por vicios o defectos de construcción, sino sólo con los referidos a la ruina ocasionada por su propia falta de cuidado en la conservación del edificio.

b) Aunque ello no se sigue necesariamente del texto de la norma legal, se puede entender que el artículo 2323 establece una presunción de culpa del propietario que tiene por antecedente la ruina. Es el propieta-

<sup>313</sup> Ordenanza de urbanismo y construcciones, artículos 1.2.5 I y 1.2.8 III.

<sup>314</sup> Aunque aquí se hace referencia al empresario inmobiliario, la ley no hace diferencia en cuanto a la responsabilidad de éste con la de quien construye en su predio y luego efectúa una transferencia.



rio, en consecuencia, a quien corresponde probar que la ruina de igual modo hubiera ocurrido si se hubiese empleado el cuidado debido. Entender la regla como una presunción es coherente con su lugar sistemático entre las presunciones de culpa y de responsabilidad de los artículos 2320 y siguientes. Además, la prueba de que se efectuaron las reparaciones necesarias o que se actuó como un buen padre de familia sólo puede ser provista por el demandado, de modo que todo indica que la diligencia es una excepción en el juicio de responsabilidad contra el propietario.<sup>315</sup>

La prueba puede tener por objeto el empleo del cuidado debido, como es, por ejemplo, la contratación de una empresa especialista;<sup>316</sup> o que no le era exigible cuidado alguno, atendidas las circunstancias (como la de ser el edificio nuevo);<sup>317</sup> o que la ruina se debió a un caso fortuito (con la reserva de que un temblor fuerte o incluso un terremoto de mediana intensidad no es un hecho imprevisible).<sup>318</sup>

c) La jurisprudencia ha entendido la regla de la ruina en términos estrictos, esto es, referidos a la destrucción total o parcial del edificio.<sup>319</sup> En consecuencia, se rige por las reglas generales de la responsabilidad por culpa probada el accidente que sufre una persona en el interior de un inmueble de propiedad de otro, aunque sea atribuible a un defecto de mantención.<sup>320</sup>

d) Del mismo modo que con la caída de objetos desde la parte superior de los edificios (artículo 2328), la responsabilidad de los copropietarios es simplemente conjunta (artículo 2323 II).

e) A su vez, a efectos de prevenir frente al riesgo de ruina, está disponible contra el propietario la acción que otorga el artículo 2333 cuando un daño contingente amenaza a personas determinadas o indeterminadas. Asimismo, conviene recordar que la amenaza de ruina de edificios da lugar, además, a la *acción posesoria de denuncia de obra ruinosa*, en los términos del artículo 932.<sup>321</sup> Una vez notificada la querella, la responsabilidad del propietario por la ruina sobreviviente es estricta, pues sólo admite la excu-

<sup>315</sup> En este sentido, P. Rodríguez 1999 236 y C. Pizarro en com. a CS, 12.7.2004, rol N° 4.450-2003, Rev. Fuego 3, 2004, 146, quien muestra la incoherencia de tratar el instituto entre las presunciones de culpa y de exigir la prueba de la falta de cuidado en Alessandri 1943 425.

<sup>316</sup> CS, 1.8.1932, RDJ, t. XXIX, sec. 1ª, 542.

<sup>317</sup> Ídem.

<sup>318</sup> CS, 26.8.1941, RDJ, t. XXXIX, sec. 1ª, 203.

<sup>319</sup> A veces, la interpretación ha sido en extremo restrictiva, como cuando se falló que la ruptura de un tablón en un estadio no da lugar a la aplicación del artículo 2323 (CS, 18.8.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 1ª, 409).

<sup>320</sup> CS, 12.7.2004, rol N° 4.450-2003, con com. de C. Pizarro en Rev. Fuego 3, 2004, 146.

<sup>321</sup> La acción puede tener por objeto prevenir o poner término al daño actual; se ha fallado que procede acoger la denuncia de obra ruinosa por el mal estado de la terraza de un edificio de uso exclusivo del denunciado, que ha ocasionado perjuicios a los locales de los pisos inferiores por escurrimiento de aguas lluvias, ordenándose la realización de obras destinadas al aseo e impermeabilización dentro de un breve plazo (Corte de Santiago, 16.3.1998, GJ 213, 102); sobre el objeto y alcance general de las acciones preventivas e interruptivas de daño, *infra* § 57 b y c.

sa de que la ruina se ha producido por un caso fortuito que ha actuado con independencia del defecto denunciado (artículo 934).

**570. Responsabilidad estricta del primer propietario: el empresario inmobiliario.** a) La Ley de urbanismo y construcciones establece una garantía del primer propietario a favor de las víctimas de daños provocados por fallas o defectos de la construcción, sea que se manifiesten durante su ejecución o después de terminada la obra (artículo 18 I). La ley se refiere al *propietario primer vendedor* de una construcción, radicando la responsabilidad en quien realizó el negocio inmobiliario.

Sin embargo, la norma elude los problemas de calificación que se han planteado en otros ordenamientos, relativos a quienes deben ser tenidos por gestores inmobiliarios, porque extiende el mismo régimen de responsabilidad respecto del primer propietario que conservó el dominio para sí. Éste responde por los daños que terceros sufran como consecuencia de las fallas o defectos de la construcción en iguales términos que el primer propietario que haya actuado como empresario inmobiliario.

El propietario primer vendedor es el dueño de un inmueble que contrata o construye un edificio para después transferirlo a un tercero. Este es el sentido que tiene la expresión ‘primer vendedor’. Se encuentra definido en la Ordenanza general de urbanismo y construcciones como el “titular del dominio del inmueble en que se ejecutó una obra y que realiza, a cualquier título, después de su recepción definitiva, la primera enajenación de la totalidad o de cada una de las unidades vendibles” (artículo 1.1.2).

b) La responsabilidad del primer propietario es *estricta calificada*, pues está determinada por las fallas o defectos de construcción que hayan dado lugar a los daños (*supra* N° 302). Acreditado el defecto, es indiferente cómo llegó a producirse; de modo análogo a como en el derecho comparado el productor puede ser hecho responsable por los daños causados por un producto calificado de defectuoso, el primer propietario es responsable por los daños causados por fallas o defectos de construcción. En consecuencia, quien encarga la construcción asume los riesgos por defectos de construcción, incluso respecto de futuros propietarios y terceros en general, aunque no haya un vínculo contractual directo. La responsabilidad tiene por solo antecedente colocar el edificio en el mercado.

#### e. Reglas comunes a los agentes de la construcción

**571. Responsabilidad por el hecho de dependientes y contratistas.** a) La responsabilidad de los empresarios de la construcción y empresarios inmobiliarios comprende la de sus *dependientes y contratistas*. Al acreedor contractual le es indiferente la forma como el empresario organice su actividad y cumpla sus obligaciones contractuales, extendiéndose su responsabilidad indistintamente a sus hechos propios, a los de sus dependientes y a los de sus subcontratistas (artículos 1590 I y 1679). Este principio se extiende en materia de construcciones al ámbito extracontractual.



b) El artículo 2003 regla 3ª atribuye al empresario responsabilidad si el edificio perece o amenaza ruina por los vicios del suelo, que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio. Si bien la regla se refiere sólo a los vicios del suelo, se puede concluir, en aplicación de las normas generales (artículos 1590 I y 1679), que el empresario constructor es responsable cualquiera sea el vicio atribuible a la actuación de un tercero, sea que éste tenga una relación de dependencia o haya actuado como subcontratista.<sup>322</sup> En virtud de la remisión que el artículo 2324 hace a la norma de responsabilidad contractual del contratista, la regla que establece la responsabilidad del empresario por hechos de terceros rige en iguales términos si la acción tiene fundamento extracontractual.

La Ley de urbanismo y construcciones recoge el mismo principio al establecer que los constructores son responsables por las fallas, errores o defectos en la construcción, incluyendo los que provengan de las obras de subcontratistas y del uso de materiales o insumos defectuosos (artículo 18 III). Una norma análoga se encuentra contenida en la Ordenanza de urbanismo y construcciones (artículo 1.2.6).

A su vez, la responsabilidad del propietario que ha sido primer vendedor se extiende inequívocamente al hecho de terceros que hayan intervenido en la construcción, sin perjuicio de su derecho a repetir contra quienes sean responsables de las fallas o defectos de construcción que hayan dado origen a los daños y perjuicios (artículo 18 I).

c) Desde el punto de vista de la responsabilidad por el hecho ajeno, la norma extiende al ámbito extracontractual la responsabilidad estricta por el hecho de dependientes y subcontratistas, sin distinguir al efecto si el fundamento es contractual o extracontractual (*supra* N° 560). De este modo, el criterio que rige como regla general en materia contractual se extiende a todo tipo de responsabilidad (*infra* N° 782).

d) En la medida que se trata de una responsabilidad vicaria establecida en beneficio de los adquirentes, usuarios y demás personas que sufran perjuicios, la ley reconoce expresamente una acción de reembolso en contra de quienes son responsables por su propia negligencia, de acuerdo con las reglas generales, que a este respecto no son modificadas por la normas que se han analizado (artículo 18 I y III).

**572. Garantías de responsabilidad.** a) Es usual en el negocio de la construcción que las empresas (constructoras, inmobiliarias y profesionales) se constituyan para proyectos específicos y luego se disuelvan (eventualmente para eludir responsabilidades). Procurando hacer efectiva la responsabilidad, la Ley de urbanismo y construcciones establece una garantía especial, en cuya virtud si la sociedad se disuelve, la responsabilidad se comunica personalmente a quienes hayan sido sus *representantes legales* a la fecha de celebración del contrato (artículo 18 VI). Si se trata de una empresa inmobiliaria, debe entenderse que se hace referencia a la fecha en que se vendió o transfirió a

<sup>322</sup> Corral 1995 68.



otro título la propiedad; en el caso de la empresa constructora o profesional, deben entenderse comprendidos quienes eran sus representantes legales a la época del contrato de construcción o de los servicios profesionales en cuya virtud se participó en el proyecto inmobiliario.

Con el objeto de facilitar la ejecución de esta garantía legal, la ley exige que el propietario primer vendedor incluya en la escritura pública de venta una nómina de los proyectistas y constructores a quienes puede asistir responsabilidad, y que cuando se trate de personas jurídicas deba también individualizar a sus representantes legales (artículo 18 V).

b) Adicionalmente, en la medida en que es común que los profesionales de la construcción se organicen como personas jurídicas, o presenten sus servicios a una empresa que asume esta forma de organización, la ley establece que las personas jurídicas resultan solidariamente responsables de los daños con “el profesional competente que actúe por ellas como proyectista o constructor” (artículo 18 IV).

Estas garantías legales complementan un régimen de responsabilidad orientado a favorecer la seguridad y calidad de las construcciones; además, deben entenderse sin perjuicio de la responsabilidad que pueda surgir por aplicación de las reglas generales que gobiernan la responsabilidad en grupos de sociedades (*supra* § 13 c).

#### f. Responsabilidad de las municipalidades por defectos de construcción

**573. Responsabilidad por falta de servicio.** a) La legislación vigente modificó la antigua función de control material de los proyectos de arquitectura y de los cálculos de los proyectos de construcción que pertenecía a las direcciones de obras municipales.<sup>323</sup> De este modo, su función devino esencialmente en formal y se reduce actualmente, en materia de riesgos de construcciones, a controlar que existan los documentos requeridos por la ley y que estén suscritos por profesionales responsables, y verificar aspectos esenciales de lo construido.<sup>324</sup>

<sup>323</sup> Una síntesis del alcance de la función que se entregaba a las direcciones de obras municipales puede verse en CS, 19.7.1995, RDJ, t. XCII, sec. 1ª, 53, donde se razonó que “las normas antes transcritas [de la ley entonces vigente] y las correspondientes a la Ordenanza General por cuyo cumplimiento la Dirección de Obras debía velar, establecen obligaciones de ésta tales como el estudio de los antecedentes presentados para obtener el Permiso de Obra Nueva, el inspeccionar su ejecución en forma que concuerde con los planos, especificaciones y demás antecedentes aprobados, efectuar inspecciones dejando constancia de ellas en la Libreta de la Obra, como de las observaciones que le merezca su ejecución, comprobar las anotaciones de los conformes parciales que estampe el responsable de la obra y dejar constancia de la inspección final”.

<sup>324</sup> El artículo 24 letra a de la Ley de municipalidades dispone que a la unidad encargada de obras municipales, a cargo de un director de obras municipales, corresponde velar por el cumplimiento de la Ley de urbanismo y construcciones, el plan regulador comunal y las ordenanzas correspondientes, para cuyo efecto goza, entre otras, de la facultad de aprobar los pro-



La extendida responsabilidad estricta calificada de los constructores y del primer propietario, y la responsabilidad por culpa de proyectistas, profesionales de la construcción en general y supervisores (cuando los hay), es una garantía privada que se impone como contrapartida de la supresión de los deberes de servicio que tenían las municipalidades de revisar los planos y especificaciones de las obras.

b) En estas circunstancias, las municipalidades, a diferencia de lo que ocurría con el anterior ordenamiento fiscalizador, sólo pueden ser responsables en el ámbito limitado de funciones que la ley les atribuye. Ello ocurriría, por ejemplo, si otorgan un permiso de construcción o una recepción final de las obras sin que se haya acreditado la participación de los profesionales que la legislación especial establece. La responsabilidad del municipio se rige en esta hipótesis por el estatuto general de responsabilidad por falta de servicio, sin que la materia presente particularidades que no puedan ser resueltas de acuerdo a las normas generales que conforman dicho ordenamiento (*supra* § 40).

#### g. *Reglas especiales sobre extinción de las acciones*

**574. Necesidad de reglas especiales.** Es común que los vicios y defectos de construcción demoren un cierto tiempo en manifestarse. Es precisamente esta circunstancia lo que ha justificado una tendencia jurisprudencial<sup>325</sup> y

yectos de construcción, otorgar los permisos de edificación, fiscalizar la ejecución de las obras hasta el momento de su recepción, recibir las obras y autorizar su uso, y fiscalizar las obras en uso, a fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas que las rijan. Las condiciones de las solicitudes, las facultades específicas del municipio y los requisitos de las autorizaciones son regulados en detalle por la Ley y la Ordenanza de urbanismo y construcciones.

<sup>325</sup> Ha sido preferentemente en el ámbito de la construcción donde la jurisprudencia nacional ha sostenido que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad debe comenzar a contarse desde que el daño se hace conocido y no desde que se ejecuta el hecho (*infra* N° 711). Esta doctrina tiene por efecto extender temporalmente la responsabilidad de los constructores. En un caso líder en la materia, que recayó precisamente en un juicio de responsabilidad civil por defectos de construcción, la Corte Suprema sostuvo que “la institución de la prescripción extintiva tiene, entre otros objetivos, el sancionar la inactividad del titular suponiendo el abandono de su derecho, abandono que no puede producirse antes que éste nazca y, por tanto, pueda ejercitarse. Tratándose de un cuasidelito civil, para que nazca el derecho es necesario que concurra el daño y si este elemento falta, no ha nacido el derecho para demandar perjuicios” (CS, 19.7.1995, RDJ, t. XCII, sec. 1ª, 53); en el mismo orden de ideas, se resolvió que carece de sentido que la acción prescriba dentro de un espacio de tiempo en que “no hay posibilidad racional de que el propietario sufra un daño causado por la construcción, aunque sea ésta defectuosa” (CS, 18.12.1995, GJ 186, 21). Acogiendo la misma doctrina la Corte de Santiago ha fallado que con esta interpretación se “evita el absurdo de que la acción resulte prescrita antes de nacer, porque es requisito de la indemnización la existencia del daño que puede manifestarse con posterioridad al acto culposo o doloso” (Corte de Santiago, 1.9.2004, GJ 291, 129).

legislativa<sup>326</sup> a extender la responsabilidad de los constructores, evitando la extinción de la acción de responsabilidad antes de que se manifiesten los daños.

**575. ¿Obligación de garantía del constructor o plazo especial de prescripción?** a) La principal norma del Código Civil acerca de la responsabilidad contractual del constructor por vicios o defectos de construcción se encuentra contenida en el artículo 2003 regla 3ª, que establece como ámbito temporal de aplicación la ruina o amenaza de ruina ocurrida dentro de los cinco años subsiguientes a la entrega. La norma resulta aplicable en el ámbito extracontractual por expresa referencia del artículo 2324. El principal problema de aplicación que ha generado esta norma se refiere a la naturaleza de ese plazo, en orden a determinar si se refiere al alcance temporal de una obligación de garantía del constructor o si constituye una regla especial de prescripción.

De acuerdo a una primera doctrina, la regla contiene un *plazo extintivo* que determina la vigencia de una obligación de garantía. El constructor garantiza por un plazo de cinco años la integridad de la obra, de modo que si dentro de ese espacio de tiempo el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, por determinados vicios, sólo entonces nace la responsabilidad y comienza a correr el plazo de prescripción de la acción. Según esta doctrina, la regla consagra un *plazo de duración de la garantía*.

De conformidad con una segunda interpretación, la regla establece derechamente un *plazo de prescripción* de la acción de responsabilidad, que se extiende por cinco años y se cuenta desde la entrega de la obra. De este modo, la regla contiene un término dentro del cual se debe ejercer la acción de responsabilidad.

La opción por una u otra doctrina es relevante para determinar el alcance temporal de la responsabilidad del constructor. En general, la doctrina nacional ha tendido a mostrarse partidaria de que la regla contiene un plazo que determina la extensión de la obligación de garantía del constructor.<sup>327</sup> La razón debe encontrarse en que la norma establece como condición de responsabilidad que el daño o amenaza de daño ocurra dentro de los cinco años siguientes a la entrega. De este modo, si dentro de este plazo se evidencia la ruina o la amenaza de ruina, se hace exigible la

<sup>326</sup> En virtud de la ley N° 20.016 (DO 27.5.2005) se introdujo una significativa modificación en la regulación de la responsabilidad en la actividad de la construcción, contenida en la Ley de urbanismo y construcciones; entre otras modificaciones, se extendieron los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad; una reseña en Silva 2005 271.

<sup>327</sup> En este sentido se pronuncian Corral 1995 73, Corral 1996 c 66, Corral 1999 b 41, Lecaros 1998 305, Urrejola 2004 57 y Figueroa/Figueroa 2006 259. En su curso de derecho civil sobre contratos, A. Alessandri se manifestaba expresamente partidario de esta doctrina, y sostenía que “el plazo del Art. 2003, es pues, un plazo de garantía y no un plazo de prescripción” (Alessandri 1936 182). Sin embargo, después afirma la tesis contraria y concluye que “este plazo no es sólo para que acaezca la ruina, sino también para ejercitar la acción” (Alessandri 1943 436).



responsabilidad del constructor y comienza, desde entonces, a correr propiamente 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 acaece 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, indicando como fecha de inicio del cómputo la recepción municipal de la obra o la inscripción registral, según sea el caso.

**576. 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 3ª establece una obligación de garantía que se extiende 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 extracontractual la conclusión es equivalente, en razón de la remisión que hace el artículo 2324; 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 afecten 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 afecten 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>328</sup>a. *La responsabilidad por daños en el derecho del medio ambiente***577. El derecho como instrumento de protección del medio ambiente.**

a) El medio ambiente ha devenido en un bien particularmentepreciado, en la misma proporción que la técnica ha permitido intervenirlo 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 pestilencia del aire y para cautelar la salubridad y seguridad de la ciudad a consecuencia de la instalación o mal funcionamiento de las cloacas (*interdicto de cloacis*);<sup>329</sup> y el Código Civil, entre las acciones posesorias, establece que “ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso” (artículo 937).

Un recorrido relativamente corto ha seguido el derecho desde esas normas aisladas 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 afectado 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 determinados derechos o 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, aquéllos 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 diluido 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 recíproca debe observar reglas de convivencia respetuosas en un espacio compartido (*supra* N°s 444 y 447), lo que exige una definición de los niveles de contaminación jurídicamente aceptables.<sup>330</sup> A su vez, atendida su naturaleza, el sistema de contratos privados no puede traspasar al precio de los bienes el costo ambiental que irroga cada actividad (cuando se compra bencina no se está pagando el costo ambiental que supone el uso del automóvil). Este conjunto de razones conduce a

<sup>328</sup> Esta exposición tiene por antecedente Barros 1998.

<sup>329</sup> Digesto 43.8.2.26 y 43.23.1.2, analizados por Delgado en Martinic/Tapia 2005 919, con referencia al conjunto de acciones populares en el derecho romano; en general, sobre los interdictos prohibitorios, Kaser 1971 I 447.

<sup>330</sup> Se ha definido el derecho ambiental como una “disciplina política dotada de un marco legal autónomo que intenta alcanzar niveles de contaminación razonables” (Banfi 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 ocurría ya con los principales daños 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>331</sup> También un sistema de contratos puede favorecer una óptima asignación de los permisos de emanación que la autoridad ha estimado tolerables, hacia quienes pueden hacer un mejor uso económico de ellas.

c) Como ocurre con todos los bienes que se encuentran en situación de concurrencia recíproca (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 irrupción del bien del medio ambiente sustentable, sano y amigable en el juego recíproco 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>332</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>331</sup> Kaser I 407 con referencia a que el propietario debía tolerar las inmisiones normales que provienen de los vecinos (olores, humo, agua), pero que gozaba de un *interdicto utis possidetis* y de una *actio negatoria* si la molestia excedía ese umbral.

<sup>332</sup> El concepto de costos no está aquí referido sólo a los que se pueden expresar en dinero, de acuerdo con un patrón de cambio validado por el mercado, sino que es comprensivo de cualesquiera costos que afectan a bienes que no pueden ser objetos de contratos (como suele ser la calidad del aire o la sustentabilidad ambiental de largo plazo).



ción. 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*.<sup>333</sup>

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 distinta naturaleza. En el extremo, las actividades más dañinas están prohibidas (como ocurre con las reglas sobre 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 reproachable 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 rectores del derecho ambiental pueden ser definidos como los principios del *umbral* 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 externalidades, 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>333</sup> Al respecto es indicativo que la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo señale que la definición de las medidas preventivas y reparadoras en materia ambiental corresponden a la autoridad competente, que es la encargada de desempeñar los cometidos previstos en la directiva (artículo 11.1, en relación con los artículos 5, 6 y 7). Una explicación de la racionalidad económica de los niveles de contaminación socialmente tolerables en Cooter/Ulen 1997 38; en la literatura chilena, este enfoque es adoptado por Banfi 2004 *passim*.



ciones administrativas.<sup>334</sup> Ello es consecuencia de que el derecho del medio ambiente supone definiciones que no solamente son juzgadas en razón de *criterios 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) Asumido 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 típicamente 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 alcance de la responsabilidad civil como instrumento de prevención y restauración del daño ambiental.<sup>335</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>336</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>334</sup> Sobre la lógica de las regulaciones en derecho, en contraste con el derecho privado, Barros 2001 9.

<sup>335</sup> Sobre esta discusión Banfi 2001 21.

<sup>336</sup> Cane 2000 829.

correcto, estimulando así la adopción de resguardos. De este modo, de forma indirecta y dentro de los márgenes 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 imprescriptible en contra de obras “que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso” (artículo 937). A pesar de su actualidad, esta regla no fue objeto de gran preocupación por la doctrina y constituía 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>337</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>338</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>337</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 usualmente carecen de incentivos para hacer valer su derecho (Cane 2000 827).

<sup>338</sup> La ley N° 3.133, sobre neutralización de los residuos provenientes de establecimientos industriales (DO 7.9.1916) fue motivada por una grave contaminación de las aguas del río Cachapoal, a consecuencia de graves derrames ocurridos en la planta de la actual mina El Teniente; mucho después, esta regulación fue complementada por el DS 351/1992, del Ministerio de Obras Públicas (DO 23.2.1993), que contuvo su reglamento. Actualmente la ley N° 3.133 y su reglamento se encuentran derogados por la ley N° 19.821 (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 derrames de hidrocarburos (DL 2.222/1978, Ley de navegación).<sup>339</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 corrompen 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*

**580. 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 posesorias 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 esos 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>340</sup>

<sup>339</sup> A la legislación especial, corre en paralelo un desarrollo bastante caótico de las instancias administrativas con facultades normativas, fiscalizadoras y sancionadoras en materias ambientales. Para un panorama general de los órganos administrativos que integran la institucionalidad ambiental en Chile, P. Fernández 2004 109; para unas exhaustivas referencias a las principales normas jurídicas que regulan la materia en el derecho chileno, ídem 247.

<sup>340</sup> La regla dispone que del hecho de haber contaminado 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, tempranamente se sostuvo que “no hai prescripción alguna que pueda autorizar la subsistencia de obras que corrompan el aire i lo hagan conocidamente dañoso, porque la conservación de la vida de los asociados es uno de los fines de la sociedad i 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 el interdicto de obra ruinosa (Código de Procedimiento Civil, artículo 577, 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 sumarísimo que resulta aplicable.<sup>341</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>342</sup> La norma del artículo 948 otorga a la municipalidad, y a cualquiera persona del pueblo un interdicto análogo al de obra ruinosa 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 lúcida 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>343</sup> Para llegar a esta conclu-

No hai, 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” (Chacón 1881 579); y que “si las aguas, a causa de las obras hechas, tuercen su curso acostumbrado, se estancan y se corrompen, despiden emanaciones pútridas y sirven a la propagación de insectos molestos, hay un interés público en eliminar la causa de este mal, y por eso no hay prescripción que pueda autorizar su mantenimiento” (Claro Solar 1935 582).

<sup>341</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 de inmediato sentencia en el asunto.

<sup>342</sup> Delgado en Martinic/Tapia 2005 924, con fundamento en un excepcional estudio histórico y dogmático 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 (*infra* N° 735, con referencias a otras secciones de este libro).

<sup>343</sup> Ídem 927.



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 (*supra* N° 578). Como se verá, la Ley del medio ambiente ha sido muy cuidadosa al definir la titularidad de las acciones de reparación del daño ambiental, esto es, 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 (*infra* N° 595).

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 ruinosa,<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 antijuridicidad del daño es pública y notoria, lo que es consistente con el procedimiento extraordinariamente abreviado que la rige;<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 (*infra* N° 596).<sup>348</sup>

<sup>344</sup> Ídem 931.

<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 descontaminación, o las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental, o por infracciones a los planes de manejo; alternatively, 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 reflejos en acciones otorgadas a entes públicos definidos por la propia ley.

<sup>346</sup> Así, Alessandri 1943 359.

<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 Martinic/Tapia 2005 927).

<sup>348</sup> Bordalí 2004 317 y 321, asume que tales acciones populares (*quivis ex populo*) sólo proceden si el legislador expresamente las concede para materias específicas; asimismo, tiene presente los riesgos que ellas envuelven, 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, considera 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 entablarla, 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> (*infra* N° 582).

**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 contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace 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 hiciera aplicación de medidas de urgencia bajo la forma de las medidas precautorias innominadas del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil (*infra* N°s 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 cautelado 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 llevados 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 *afecte* 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 amenaza de derechos fundamentales (Constitución, artículo 20 II). Además, no puede tener por fundamento ilícitos genéricos, sino el acto u omisión ilegal imputable a una *autoridad o persona determinada* (*Ídem in fine*).

b) La mayoría de los casos llevados a los tribunales se refieren a problemas de vecindad, que en otros países son resueltos expeditamente 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>351</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>352</sup> Y en tal caso, la orientación gene-

<sup>351</sup> Sobre la materia, véanse las siguientes sentencias: *i*) Malos Olores: Corte de Santiago, 31.1.1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 5ª, 25; CS, 4.3.1987, F. del M. 340, 3; CS, 17.12.1991, F. del M. 397, 732; CS, 11.10.1995, GJ 184, 61; CS, 8.10.1997, GJ 208, 17; CS, 30.3.1998, GJ 213, 50; Corte de Rancagua, 1.10.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 399; *ii*) Ruidos molestos: Corte de Santiago, 13.7.1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 5ª, 124, también publicada en GJ 109, 38; CS, 6.9.1990, F. del M. 382, 471; CS, 26.3.1991, F. del M. 389, 65; CS, 4.6.1992, F. del M. 403, 311; CS, 1.4.1993, F. del M. 413, 135; CS, 28.9.1993, F. del M. 418, 746, también publicada en GJ 159, 52; CS, 5.4.1994, F. del M. 425, 163, también publicada en GJ 166, 35; CS, 20.4.1994, F. del M. 425, 138; CS, 21.7.1994, GJ 169, 52; CS, 19.10.1994, F. del M. 431, 707; Corte de Santiago, 2.5.1996, GJ 191, 98; CS, 19.1.1998, GJ 211, 48; CS, 19.1.1999, GJ 223, 80; CS, 15.12.1999, GJ 234, 21; Corte de Puerto Montt, 7.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 158; CS, 8.8.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 171; Corte de Rancagua, 8.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 293; Corte de Talca, 30.9.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 5ª, 404; CS, 10.9.2004, GJ 290, 35; CS, 10.7.2006, GJ 313, 62; *iii*) Humos, gases, vapores y polvos: CS, 4.3.1987, F. del M. 340, 3; CS, 26.3.1991, F. del M. 389, 65; Corte de Copiapó, 22.6.1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 5ª, 354; CS, 11.10.1995, GJ 184, 68; Corte de Antofagasta, 4.3.1998, RDJ, t. XCV, sec. 5ª, 130; Corte de Concepción, 21.9.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5ª, 250; CS, 10.9.2004, GJ 290, 35; *iv*) Vaciado de líquidos y desechos: Corte de Temuco, 15.9.1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 5ª, 391; CS, 15.4.1998, GJ 214, 36; y CS, 28.7.1998, GJ 217, 35.

<sup>352</sup> Es interesante comparar la acción de protección con las acciones judiciales preventivas en el derecho norteamericano, donde tempranamente se desarrolló una institucionalidad 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 tutela preventiva (*injuction*), 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 (*TVA v. Hill*, 437 US 153, 98 S.Ct. 2279, 57 L.Ed.2d 117, 1978, referido por Findley/Farber 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 (*Weinberger v. Romero-Barcelo*, 456 US 305, 102 S.Ct. 1798, 72 L.Ed.2d 91, 1982, referido en Findley/Farber 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 cautelar los intereses agregados de muchas personas.<sup>353</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>354</sup> o con la suspensión de un emprendimiento industrial (fábrica de carrocerías) en un barrio residencial.<sup>355</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>356</sup> y con la dirigida en contra de ENAMI, por la contaminación producida por la Fundición de Paipote.<sup>357</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 20 II de la Constitución Política).<sup>358</sup>

### 583. Acción especial en procedimientos infraccionales según la Ley del medio ambiente. La Ley del medio ambiente contiene una acción orienta-

<sup>353</sup> Así fundamentó el tribunal supremo holandés (*Hoge Raad*) el otorgamiento de una medida precautoria presentada por una asociación privada en protección de daños ambientales (27.6.1986, citado por Van Gerven 1998 333); sobre la función de acción popular de la acción de protección, Montenegro 2004 304.

<sup>354</sup> CS, 19.12.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 5ª, 261, también publicada en GJ 66 21, y F. del M. 325, 826; de igual modo, ordenando la paralización de una empresa extractora de áridos, CS, 10.9.2004, GJ 290, 35.

<sup>355</sup> Corte de Santiago, 13.7.1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 5ª, 124, también publicada en GJ 109, 38; 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, 52, y CS, 15.12.1999, GJ 234, 21.

<sup>356</sup> Corte de Copiapó, 23.6.1989, RDJ, t. LXXXV, sec. 5ª, 191.

<sup>357</sup> CS, 13.6.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 5ª, 144; de igual modo, fijando un plazo para la adecuación a la normativa ambiental, con un régimen de fiscalización: Corte de Copiapó, 22.6.1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 5ª, 354, y CS, 30.3.1998, GJ 213, 50.

<sup>358</sup> Un interesante análisis jurisprudencial de la protección como instrumento cautelar respecto de actos administrativos dictados con ocasión del procedimiento de evaluación y autorización ambiental en Urrutia 2004 271.



da a dar solución rápida a problemas ambientales. Ésta tiene por antecedente infracciones a planes de prevención ambiental o de descontaminación, 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>359</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, detrimentos 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>359</sup> Todo indica que progresivamente la cautela 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 antijuridicidad del daño, sino de descentralizar el control de observancia de las normas reglamentarias generales y especiales (RCA); interesantes reseñas de experiencias norteamericanas en la materia en Percival 2004 399 y Hill/Targ 2004 429.

sino reparar económicamente los efectos que causa un daño ambiental en los intereses de quien exige la responsabilidad.<sup>360</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>361</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>362</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>363</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 entregado 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* § 37).<sup>364</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 legislacio-

<sup>360</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>361</sup> Ese principio fue establecido conscientemente por el legislador de la Ley del medio ambiente, como muestra la exhaustiva discusión parlamentaria que concluyó rechazando la idea discutida por la Cámara de Diputados que se estableciera un régimen de responsabilidad estricta; véase la historia de la ley (Cámara de Diputados, Sesión 23, 15.12.1993, 2335, 2360 y 2280; Sesión 24, 4.1.1994, 2421 y 2424; Sesión 25, 4.1.1994, 2503; Diario de Sesiones del Senado, Sesión 25, 18.1.1994, anexo de documentos, 4213; Sesión 26, 19.1.1994, 4266).

<sup>362</sup> Así, por ejemplo, lo hace respecto del daño propiamente ambiental la Directiva 2004/35/CE, artículo 3.1.

<sup>363</sup> La obra más influyente en esta nueva perspectiva, crítica de los análisis económicos que propugnan un estatuto de responsabilidad estricta, parece ser Bergkamp 2001 86; por una responsabilidad estricta limitada a ciertas fuentes de especial peligrosidad, en el sentido luego adoptado por la Directiva 2004/35/CE, Hager 2002 904.

<sup>364</sup> Una referencia a la legislación y a los convenios internacionales que establecen reglas de responsabilidad estricta en Corral 1996 a 149.



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

d) Las reglas que rigen la acción indemnizatoria son esencialmente las mismas que las aplicables a la acción ambiental (*infra* N° 594), de modo que lo que se dice en los párrafos siguientes respecto de aquélla 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 negligencia se refiere a la inobservancia 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 (*supra* § 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 cuestión 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 cautelado,<sup>365</sup> 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 sopesamiento 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 sustraer del ámbito judicial la determinación de estándares de diligencia, y se establecía que la responsabilidad sólo procedía 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 constitucional 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 N° 8 II). Esta idea fue luego recogida al

<sup>365</sup> Corral 1996 a 153.

<sup>366</sup> El artículo 40 del proyecto de ley presentado por el Ejecutivo al Parlamento establecía 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 ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias” (Mensaje del Presidente de la República, 16.9.1992, boletín N° 808-12, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 26, 16.9.1992, anexo de documentos, 3657).



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 (*supra* § 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 (*supra* § 10 d 2) y prudencialmente por los jueces (*supra* § 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 fuente 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 (*supra* N° 53). 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, Banfi 2004.



En todo caso, la responsabilidad se produce a condición 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 infraccional sea la de *caso fortuito o fuerza mayor*. Ésta 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 i) 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); ii) hayan sido consideradas las variables ambientalmente relevantes para el tipo de daño que luego se ha producido; y iii) 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, *supra* N° 53 y § 29.

<sup>369</sup> Hager 2002 904; Directiva 2004/35/CE, artículo 4.1. Sobre la concurrencia de culpa y fuerza mayor, *supra* N° 270; sobre la excusa de fuerza mayor en casos de responsabilidad estricta, *supra* N° 329.

<sup>370</sup> Así se expresa también en el Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, 14.5.1993, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y Parlamento Europeos, y que es el primer documento preparatorio de la Directiva 2004/35/CE (§ 2.1.5 II). El documento pone énfasis en el interés que puede presentar para las propias empresas hacer públicos todos los riesgos ambientales envueltos en un proyecto, si de esa información puede derivarse una futura limitación de responsabilidad.

**587. Definición judicial de los deberes de cuidado.** a) Aunque la observancia por una empresa de las normas legales o reglamentarias sobre emisiones *no es garantía absoluta* de que no vaya a estar sujeta a responsabilidad civil, resulta claro que el cumplimiento de las reglas de derecho público es un importante *indicio 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 comprensivamente 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 eso, 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 manifiestan 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 enerva eventuales 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 (*supra* § 10 d 3).<sup>374</sup>

### 3. El daño ambiental como antecedente de responsabilidad civil

**588. Concepto y tipos de daño ambiental.** a) El concepto de daño ambiental es equívoco, ya que comprende aspectos muy disímiles que componen un conjunto holístico, difícilmente precisable. La ley define el *daño 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, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (artículo 2 letra ll).

<sup>371</sup> Hager 2002 904.

<sup>372</sup> Bergkamp 2001 239.

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

<sup>374</sup> En este sentido, fundándose en la previsibilidad como elemento integrante de la culpa (*supra* N° 48), se ha fallado que no actúa diligentemente la empresa que al ejecutar un proyecto empresarial descubre y altera un sitio arqueológico y que pese a tener conocimiento del hallazgo no toma en su oportunidad las medidas o prevenciones necesarias para evitar dañarlo (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 aquél. 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 renovación 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 (*supra* § 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 dañinos 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 (*supra* N° 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 II). 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 (*supra* N° 447).<sup>375</sup> Por eso, el desafío

<sup>375</sup> A inicios del siglo pasado, en 1906, la Revista de Derecho y Jurisprudencia (t. III) publicó un artículo, aparecido 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 1943 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 sabia autoproclamada’: que nadie puede causar a otro una turbación anormal en sus relaciones de vecindad.<sup>376</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>377</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 sistemático entre las acciones posesorias especiales de la norma sobre emanaciones del artículo 937 del Código Civil.<sup>378</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 propietaria, 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>379</sup>

<sup>376</sup> Carbonnier 1992 301; sobre los orígenes romanos de esta regla, *supra* N° 577 b.

<sup>377</sup> En Corte de Puerto Montt, 2.4.2004, rol N° 11.652-2003, 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 irremplazables con valor intrínseco 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 tala no autorizada de bosque nativo con infracción al respectivo plan de manejo (Corte de Temuco, 7.8.2003, rol N° 1405-2000); y el emplazamiento de una antena de telecomunicaciones cuyo estilo y envergadura nada tiene que ver con el entorno de una zona histórica o típica (CS, 30.12.2003, F. del M. 517, 3400).

<sup>378</sup> Algo semejante ocurrió en el *common law*, donde el derecho ambiental encuentra su fuente privada en el ilícito de *nuissance*, 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 indisputada propiedad en sí misma como el derecho a un razonable agrado (*comfort*) y utilidad en su ocupación” (Prosser/Keeton *et al.* 1984 619).

<sup>379</sup> Sin embargo, de la circunstancia que un daño sea significativo puede inferirse la falta de cuidado. Así, en el caso de una acción por daño ambiental que tuvo por antecedente el despeje de una franja de terreno para construir un camino, causando daños a un rodal de robles, se falló que “la pérdida de los árboles, en especial robles, ocasionada tanto con la construcción del camino como por la acumulación 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” (16° Juzg. Civ. de Santiago, 6.5.2002, rol N° 65-1999); en la sentencia resulta 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 intensos en materia de responsabilidad por daño ambiental.<sup>380</sup> Cualquiera que haya tenido experiencia como parte o como juez en un juicio de responsabilidad emanada de daño ambiental conoce las particulares dificultades 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 soterrado o se produce con retardo, de modo que es atribuible, *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 dificultosa 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>381</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 mediatos 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 (*Capítulo 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>380</sup> Es sintomático que la Directiva 2004/35/CE no haya regulado cuestiones de causalidad, a pesar de las múltiples preguntas que plantea la materia; ello se explica por la diversidad de enfoques que tienen de la materia la doctrina y los derechos europeos nacionales.

<sup>381</sup> Cane 2000 834.



carga probatoria, cuando existen indicios, aunque no pruebas concluyentes, acerca de la intervención causal del demandado (*supra* N° 272).<sup>382</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>383</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 reitera los principios generales que rigen en materia de culpa infraccional (*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 2329, 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>382</sup> La legislación alemana en materia de responsabilidad civil ambiental ha optado, en razón de las dificultades probatorias que plantea el daño ambiental, por una presunción general de causalidad: si una instalación es idónea, 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 de la instalación, la clase y concentración de las materias primas y de las emanaciones, las circunstancias meteorológicas, así como de cualesquiera otras circunstancias apreciadas por expertos. La empresa en tales casos debe mostrar que cumplió con las reglas de funcionamiento para invertir nuevamente la carga de la prueba (ley alemana de responsabilidad por el medio ambiente, *Umwelthaftungsgesetz*, artículo 6 I y II); en especial, sobre los problemas de causalidad en materia ambiental, Hager 1991 134.

<sup>383</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 (*Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588, 163 Cal. Rptr. 132, 607 P. 2d 924, 1980); también se suele recurrir a los criterios de probabilidad estadística empleados en caso de emanaciones dañinas (*supra* N° 246). Los resultados, con todo, no parecen ser auspiciosos: se ha aumentado exponencialmente el riesgo de enfrentar acciones ambientales respecto de personas remotamente vinculadas al daño (incluso bancos y entes financieros) y se han aumentado los costos de transacción de modo exorbitante. Un comentario crítico acerca de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* norteamericana en el anexo 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 concretos” (artículo 4 N° 5).



de la ley. De este modo, a la manera de la ley alemana,<sup>384</sup> cuando existen *indicios claros y consistentes de que el daño se debió a la actividad de una cierta industria*, se extiende el principio *res ipsa loquitur*, dejad que las cosas hablen por sí mismas, al terreno de la causalidad (*supra* N° 272).<sup>385</sup>

Resulta evidente que siempre queda abierta para la empresa la posibilidad de descargarse de responsabilidad, allegando al proceso pruebas específicas que descarten 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 construir 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 *cinco años*, de modo que el plazo corresponde al de prescripción extintiva 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 2332; de este

<sup>384</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>385</sup> Con fundamento en el artículo 52 de la Ley del medio ambiente, y entendiendo que la infracción de la regulación ambiental da lugar a una presunción que se extiende al ámbito de la causalidad, se ha fallado que “la relación de causalidad entre la acción de la empresa demandada y el daño producido a los sitios de Bahía Ilque, se encuentra amparada por la presunción de responsabilidad de tal norma, pues con su actuar ha infringido normas que dicen relación con la conservación, preservación y protecciones ambientales” (Corte de Puerto Montt, 2.4.2004, rol N° 11.652-2003).

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>386</sup>

e. *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 (*supra* § 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 constituir 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 fuera posible, y a indemnizarlo en conformidad a la ley (artículo 3°). 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>387</sup>

<sup>386</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 extinga la acción (Valenzuela 1998 71). En el derecho chileno, salvo una modificación legal que establezca 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 contaminador (Valenzuela 1998 66).

<sup>387</sup> La jurisprudencia es constante en exigir culpa o dolo en la acción de reparación ambiental; en general, se trata de supuestos de culpa infraccional; en este sentido, se ha acogido la acción de reparación ambiental por infracción a la ley (CS, 30.12.2003, F. del M. 517, 3400); por exceder en terreno un plan de manejo forestal (Corte de Temuco, 7.8.2003, rol N° 1.405-2000); y, por actuar sin previa autorización del órgano administrativo competente (Corte de La Serena, 21.1.2003, rol N° 26.922-2002).



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 proclives a establecer estatutos de responsabilidad estricta, la regla suele ser matizada.<sup>388</sup> 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>389</sup> además, permite a los Estados eximir 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>390</sup>

**595. Titularidad de la acción de daño ambiental.** a) La titularidad 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>388</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 608, Zweigert/Kötz 1996 665); 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>389</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); sin embargo, el principio se materializa en distintos estatutos de responsabilidad: la responsabilidad es estricta tratándose de actividades que se tienen por especialmente peligrosas, definidas en el anexo III (por ejemplo, instalaciones que por su naturaleza están sujetas a permiso de funcionamiento; actividades de gestión de residuos; vertidos en aguas interiores superficiales o subterráneas; fabricación, tratamiento o almacenamiento de sustancias peligrosas); supletoriamente, 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>390</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 subversión jurídica 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 representan 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>391</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 entablar 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 entablen 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 cautela 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 apremia a la municipalidad para que ejerza la acción que le corresponde en cautela del bien general. Pero ocurre que si la municipalidad omite pronunciarse sobre la petición, debe indemnizar al solicitante sus propios perjuicios. Aun así, que cualesquiera personas del pueblo que se sientan ilícitamente 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 recaiga sobre ella la apreciación prudencial de los hechos denunciados.<sup>392</sup>

**596. 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 o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al

<sup>391</sup> Conviene 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° 582).

<sup>392</sup> En diversas jurisdicciones se puede hacer valer un interés general por el defensor del pueblo o por el *ombudsman* (Pinochet/Contreras 2004 157).



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>393</sup> que civilmente 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>394</sup>

b) La eficacia de la acción está condicionada por la posibilidad de reparar el medio ambiente dañado.<sup>395</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>396</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 devenir

<sup>393</sup> Valenzuela 1998 66.

<sup>394</sup> Puede argumentarse al respecto una analogía más fuerte con las obligaciones de no hacer: porque se ha hecho lo indebido, 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 1555; 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 (*supra* N° 3, *infra* N° 777). Sin embargo, son imaginables hipótesis en que por analogía se aplicará el artículo 1555, en la medida que el juez estime que hay medidas reparadoras de efecto suficientemente equivalente, como se verá enseguida.

<sup>395</sup> Durante la discusión del proyecto de ley no se especificaron los medios que deben emplearse para reparar el daño ambiental, pero se dejó expresa constancia de que la reparación procedía ‘en la medida de lo posible’ (Diario de Sesiones del Senado, Sesión 14, 3.8.1993, 2283). En general, la forma de reparación es variable en función de las características del daño, lo que deviene en la imposición de obligaciones cuya complejidad es también variable. En un caso de emplazamiento de una antena de telecomunicaciones en una zona típica 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 estudio del daño e impacto causado, todo dentro de un plazo de 10 días (CS, 30.12.2003, F. del M. 517 3400); en sentido análogo, Corte de La Serena, 21.1.2003, rol N° 26.922-2002; en otro caso, se condenó a los demandados a reparar el daño ambiental causado, mediante la reconstrucción de una edificación emplazada en un barrio histórico, previamente declarado zona típica (CS, 30.8.2006, rol N° 1.911-2004).

<sup>396</sup> La Directiva 2004/35/CE establece en un anexo las medidas reparadoras respecto de distintos tipos de daños ambientales, distinguiendo la reparación primaria (restitutoria 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 provisionales ocurridas hasta que se efectúe la reparación primaria o complementaria; en cada caso se valoran las opciones reparadoras de conformidad a un listado preestablecido 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 2° letra s abre el camino para ordenar una restauración ambiental en sus calidades básicas, si resultara 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>397</sup>

c) Por otro lado, el daño ambiental supone riesgos extensos e imprecisos, a cuyo respecto no existen datos actuariales, de modo que usualmente tampoco pueden ser cubiertos extensivamente por seguros.<sup>398</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 accidentes nucleares (*supra* N° 321). 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

### a. *Delimitaciones*<sup>399</sup>

**597. Responsabilidad de socios y administradores: sociedades colectivas, en comandita y anónimas abiertas y cerradas.** a) Los socios y administradores de *sociedades colectivas civiles* están sometidos a las reglas generales de la

<sup>397</sup> Las municipalidades y el Consejo de Defensa del Estado asumen una función cautelar del medio ambiente mediante el ejercicio de esta acción; es particularmente significativa la proporción de juicios que terminan con una transacción, cuyo contenido dista poco de una regulación específica. En este sentido, véanse las transacciones acompañadas y aprobadas en: 1° Juzg. Civ. de Viña del Mar, rol N° 1.705-2002; 1° Juzg. Civ. de Santiago, rol N° 3.516-2000; 2° Juzg. Civ. de Puerto Montt, rol N° 2.674-2000; 2° Juzg. de La Serena, rol N° 1.253-2000; y 3° Juzg. de San Bernardo, rol N° 5.790-1999.

<sup>398</sup> Libro Verde sobre daño ecológico 2.1.11.

<sup>399</sup> En la materia de esta sección quisiera hacer referencia a la memoria de prueba de Diego Pardow (Universidad de Chile, 2006), en fase de conclusión al momento de la entrega de este libro, y de cuyos avances y agudas 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 alejan de los principios que rigen la relación entre mandante y mandatario).

El ordenamiento sobre *sociedades 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<sup>os</sup> 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 *sociedades 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<sup>o</sup> 133). 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 designe).

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>400</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

<sup>400</sup> Las designaciones de artículos de una ley se entienden efectuadas en este apartado a la Ley de sociedades anónimas, a menos que del contexto aparezca algo diferente; asimismo, las referencias a la ley, sin otra calificación, deben entenderse hechas a ese ordenamiento legal. Las referencias a la Superintendencia se entienden hechas a la Superintendencia de Valores y Seguros; y las que se hacen al Superintendente, a quien la dirige.

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

Las *sociedades anónimas cerradas* responden, por lo general, a propósitos asociativos 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>401</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 sociedades anónimas son aplicables por extensión a los administradores de sociedades 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 *intuitu personae* de las sociedades de personas establezca una diferencia relevante, esos principios de responsabilidad tienen un valor bastante universal.

<sup>401</sup> Clark 1986 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 extracontractualmente (*supra* N°s 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 49 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>402</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 ello se sigue que en estos casos no es necesario construir la responsabilidad bajo la presunción de culpa por el hecho ajeno de los artículos 2320 y 2322 del Código Civil.

b) Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la sociedad, también los administradores pueden ser personalmente responsables por los ilícitos en que incurran 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° 134). Además, las leyes de sociedades anónimas y de mercado 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>402</sup> Lyon 2003 145, 159; Von Bar 1996 I 182, 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 efectivas 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>403</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 mercado de valores asume ambas hipótesis de riesgo, como se verá en los párrafos siguientes. Es conveniente 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, a efectos de determinar si el daño es de aquellos que ellas perseguían precaver (*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>403</sup> Klein/Coffee 2002 168.



cometidos en su gestión (*supra* N° 598). En este ámbito de relaciones, tiene lugar su *responsabilidad externa* a la sociedad, que, con las calificaciones que enseguida 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>404</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 contractual* 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 extracontractual* 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 extracontractual de la sociedad por el hecho de sus órganos y representantes (*supra* N° 128). Asumida 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 privativa de la persona jurídica.<sup>405</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>404</sup> La distinción entre responsabilidad interna y externa ha sido tomada del derecho alemán; al respecto, Thümmel 2003 28.

<sup>405</sup> Al respecto, Lyon 2003 124, Vidal en Varas/Turner 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 sí 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* N° 131).<sup>406</sup> Con todo, no es tarea sencilla identificar estos deberes de cuidado frente a terceros, distintos de la sociedad y de los accionistas.<sup>407</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 N° 7 primera parte). Sin embargo, todo indica que estas normas están establecidas respecto de las relaciones internas de los administradores con la sociedad. Aunque es intuitivamente discutible

<sup>406</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/Turner 2005 735. La tendencia a aceptar la responsabilidad extracontractual personal de los administradores por los daños que sean imputables a sus ilícitos personales en el gobierno o administración de sociedades parece ser característica de la tradición del derecho civil (así, Parra en Reglero 2002 a 1277, para el derecho español; Thümmel 2003 155, para el derecho alemán; Van Empel en Pinto/Visentini 1998 156, para el derecho holandés).

<sup>407</sup> Parra en Reglero 2002 a 1277.



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 ilegalmente, pero en el mejor interés de la sociedad (*supra* N° 131). Con todo, pareciera que el seguro, más que una acción reparatoria, es el mejor camino para delimitar los riesgos de gestión.<sup>408</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 afecten 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>409</sup>

<sup>408</sup> El instrumento técnico para evitar que los directores y gerentes soporten el riesgo de actuaciones 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 (CAD 195031, POL 198013, POL 199008, POL 102021 y POL 105061).

<sup>409</sup> Las sanciones administrativas que puede imponer la Superintendencia comprenden: la censura; 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; y, 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 dictadas 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 otro’, 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 58).<sup>410</sup>

Si una persona jurídica, que no sea el emisor de valores, incurre 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 precaver (*supra* § 29). Así, no podrá un tercero invocar en su favor la infracción de una norma que tiene por fin inequívoco 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 fuerte

<sup>410</sup> Ver nota anterior.



incentivo para que terceros hagan valer una acción contra otros candidatos a ser responsables. Antes han sido sucintamente analizadas las restrictivas condiciones para accionar en contra de los controladores de la sociedad insolvente, alegando la doctrina del levantamiento del velo societario (*supra* 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 contractuales 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 (*supra* 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 titulares 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>411</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 debiera verse afecto a responsabilidad si ha actuado en la honesta creencia de que aún hay luz al final del túnel.<sup>412</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>413</sup> Sin embargo, una regla tan exigente e imprecisa 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>411</sup> Hertig/Kanda en Kraakman *et al.* 2004 89, con referencias comparadas.

<sup>412</sup> Cheffins 1997 538, con referencia al informe sobre derecho de insolvencia del llamado *Cork Committee* (1982); sin embargo, la legislación inglesa con posterioridad se ha vuelto más exigente con los directores de las compañías.

<sup>413</sup> Una regla de este tipo ha sido introducida en el Reino Unido por la *Insolvency Act* de 1985 (§ 241.2).

turas y especulaciones acerca de cómo habrían sido las cosas si se hubiese actuado de otra manera.<sup>414</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 asunción 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 conditio creditorum* 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 anónima está sujeta a las normas generales del derecho concursal. Si los administradores son 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 (*infra* N° 765). 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 *ipso iure* 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 enseguida, 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 I). 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>414</sup> Cheffins 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 tenida 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 correctivo probatorio al presumir el conocimiento de los directores, liquidadores y gerentes de la sociedad fallida si la sociedad: *i*) ha celebrado convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de los demás; y *ii*) si después de la cesación de pagos, la sociedad ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás (artículo 102). Aunque la norma ha perdido su referencia original,<sup>415</sup> 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 quisieren excusarse 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: *i*) 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); *ii*) se autoriza el reparto de dividendos provisorios, con cargo al ejercicio actualmente en curso, pero bajo la responsabilidad personal de los directores que concurren al acuerdo (artículo 79); y *iii*) se presume la culpabilidad de los directores que concurrieron al acuerdo de repartir dividendos provisorios, 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 45 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° 630), de presentar la memoria, balance y estados financieros (*infra* N° 631) y de divulgación de información sobre los negocios sociales a los accionistas y al público en general (*infra* N° 632). Aunque las normas respectivas tienen por finalidad cautelar los derechos de accionistas e inversionistas, pueden tener un importante efecto reflejo a favor de los acreedores de la sociedad.

<sup>415</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 impertinente.



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 exagerado las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual (véanse especialmente *infra* § 64 y *supra* § 50 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 extracontractual, que está impuesta 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 extracontractual 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, inclusivo 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 liberar o limitar la responsabilidad legal de los directores y gerentes (artículos 41 II y 50). En consecuencia, en una materia crítica a efectos de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, 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 151; la materia es discutible, porque el acuerdo de la junta de accionistas puede ser tenido por un acto que está condicionado a la aceptación (Carey 1992 100); parece primar, sin embargo, el acto corporativo de designación, que no presenta la forma de una oferta contractual, a pesar de que la asunción del cargo suponga aceptación; en igual sentido Vidal en Varas/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 1553 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 *orgánica* 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 mediatamente con los accionistas presentan una *estructura contractual*,<sup>417</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 extracontractual*. 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>418</sup> Por eso, se puede entender que la infracción a los diversos deberes de cuidado da lugar a una responsabilidad extracontractual para con la sociedad, bajo el supuesto de que éste es el estatuto general y supletorio de la responsabilidad civil (*infra* N° 854).

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>417</sup> Easterbrook/Fischel 1991 92.

<sup>418</sup> Lyon 2003 153, quien, a diferencia de lo sostenido en este libro, califica de obligaciones estos 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 extracontractual 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 extracontractual, o demandar una en subsidio de la otra (*infra* N° 843).<sup>419</sup>

d) Por el contrario, no se plantean dudas acerca de la naturaleza extracontractual 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>420</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 cuidada administración*, que es correlativo a las potestades que les son conferidas. Aunque la relación personal entre la sociedad y quienes offician 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>419</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 los supuestos de aplicación del principio *iura novit curia* (*infra* N° 848).

<sup>420</sup> *Principles of Corporate Governance*, OECD, 1999, § V A.



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>421</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 encontraban subyacentes ya tras las normas sobre sociedades colectivas del Código de Comercio (artículo 404). 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 (*infra* § 56 d).

Finalmente, los directores y gerentes tienen respecto de los accionistas los deberes de *rendición de cuenta* 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 (*infra* § 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, inclusive para aquellos actos o contratos respecto de los cuales las leyes exijan 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>421</sup> Corte de Santiago, 8.7.2004, rol N° 7.534-2002, considerando 33, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 7.7.2005, rol N° 4.261-2004, conocido como caso *Chispas*.

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 efectivamente 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>422</sup>

**607. Estándar general de cuidado: culpa leve.** La ley dispone que “los directores deberán emplear 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, atiende 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 (*supra* N<sup>os</sup> 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 (*supra* N<sup>o</sup> 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>422</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 sustantivas con las sociedades colectivas. Es sintomático de ello que sólo en las sociedades abiertas rija la prohibición de que el gerente sea también director (artículo 49 III). Aunque las normas de la Ley de sociedades anónimas se aplican generalmente a ambos grupos de sociedades, para interpretarlas suele ser necesario tener presentes los dos modelos de propiedad y organización empresarial.



directorio, sino *bajo la dirección* de este órgano.<sup>423</sup> En otras palabras, el directorio no tiene a su cargo la administración corriente de los asuntos de la compañía, sino la dirección superior. El directorio 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>424</sup> En otras palabras, el directorio 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 dedicación 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 directorio de las sociedades anónimas abiertas se reúna a lo menos una vez al mes (Reglamento de sociedades anónimas, artículo 38), y lo típico es que efectivamente sesione con esa periodicidad. Por otro lado, su autoridad es sólo colectiva (Ley de sociedades anónimas, artículo 39 I), de modo que los directores carecen personalmente de todo poder resolutivo 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>425</sup> Todo ello es determinante 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>423</sup> Clark 1986 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>424</sup> Un análisis de la función del directorio como órgano de dirección superior de la compañía en Conger/Finegold/Lawler 1998 138; los principios de gobierno societario de la OECD establecen análogas tareas claves de gestión a los directorios (*Principles of Corporate Governance*, OECD, 1999, § V); el muy influyente *Cadbury Report*, encargado en 1992 por la Bolsa de Valores de Londres y que luego dio lugar al más importante intento corporativo de autorregulación del gobierno societario, recomienda que el directorio establezca un protocolo con las decisiones fundamentales que se reservará para sí, como una manera de asegurar que la dirección de la compañía esté firmemente en sus manos y de resguardarse de que no ocurran hechos impropios o ilegales (§ 4.23); entre estas materias, se recomienda que el directorio concentre para sí la decisión acerca de la disposición y adquisición de activos esenciales, así como las políticas de inversión, financiamiento (*capital projects*), definición de los niveles de autoridad dentro de la compañía, contraloría, administración de riesgos y códigos internos de conducta (§§ 4.24 y 4.25).

<sup>425</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 temerarias.

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 incentivos 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>426</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 jurídico del mérito en el ejercicio de los deberes de administración del directorio 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>427</sup> Ello se traduce en una especie de

<sup>426</sup> Easterbrook/Fischel 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 situación está más cerca de las relaciones puramente contractuales en sociedades cerradas (ídem 228). Klein/Coffee 2002 151 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 los accionistas 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>427</sup> Lyon 2003 154. En Estados Unidos, a diferencia del derecho chileno, es usual que las leyes estatales, incluyendo *Delaware*, donde están registradas buena parte de las compañías abiertas, autoricen que los estatutos excluyan la responsabilidad de los directores por faltas de cuidado en su gestión y, de hecho, ésta es una práctica muy generalizada (Hertig/Kanda en Kraakman *et al.* 2004 89); el principio de que los directores sólo responden por



presunción de que los directores actuaron sobre una base informada, en la honesta creencia que la decisión, aunque sea errónea desde el punto de vista de los negocios, fue adoptada en el mejor interés de la compañía.<sup>428</sup>

En algunos ordenamientos se ha establecido una regla de responsabilidad más tenue que la culpa leve, haciendo responsables a los directores sólo de culpa grave.<sup>429</sup> Pero también bajo un estándar de culpa leve, como en el derecho chileno, se llega a análogas conclusiones, porque éstas son perfectamente compatibles y coherentes con el principio de libre apreciación de los negocios en las tareas críticas que corresponden al directorio: lo que se espera de los directores es que ejerzan su juicio prudencial sobre una base razonablemente informada, atendida la naturaleza directiva de su función.

c) De las consideraciones anteriores se siguen tres conclusiones. Ante todo, los deberes de cuidado de los directores tienen más que ver con el *camino para llegar a adoptar acuerdos* (esto es, con los procedimientos de decisión) que con sus méritos intrínsecos.<sup>430</sup> Enseguida, que la inobservancia de los deberes de cuidado no se puede inferir de los resultados de la empresa, de modo que, en analogía con el derecho de contratos, los deberes de los directores son de *medios* y no de resultado.<sup>431</sup> Finalmente, que es una constante del derecho comparado que la responsabilidad civil no es medio justo y eficiente para controlar la *calidad* de la gestión de los directores.

**610. Deberes de conducta que comprende una gestión diligente.** a) La ley sujeta a los directores al estándar general de conducta del empresario prudente y diligente en la atención de sus propios asuntos (artículo 41 I). Esta norma se limita a establecer para los directores un *estándar general de cuidado*, que los hace responsables de culpa leve (*supra* N° 607). Por eso, como se ha visto en los párrafos precedentes, para precisar el contenido en concreto de ese estándar es necesario recurrir a criterios que no están entregados por el legislador, como son la tarea que cabe al directorio en la organización funcional de una empresa y las prácticas tenidas por correc-

actuaciones de mala fe, si los estatutos excluyen la responsabilidad por cualquier tipo de culpa (incluida negligencia grave) ha sido reafirmado en el importante caso contra *The Walt Disney Company* y miembros de su directorio, con ocasión de las compensaciones económicas exorbitantes acordadas al contratar a un nuevo Presidente de la compañía (Corte Suprema de Delaware, 25.1.2006, rol N° 411-2005).

<sup>428</sup> Clark 1986 124.

<sup>429</sup> Klein/Coffee 2002 151, Zegers/Arteaga 2004 253, con referencias al derecho norteamericano; Parra en Reglero 2002 a 1252, para el derecho español.

<sup>430</sup> Por eso, es más probable que la responsabilidad proceda de omisiones que de acciones imprudentes (Klein/Coffee 2002 154).

<sup>431</sup> Así, Carey 1992 143; en igual sentido la doctrina española (Parra en Reglero 2002 a 1283). Lo anterior lleva a juzgar la razonabilidad de la decisión a la luz de los deberes fiduciarios que los directores tienen con la compañía.

tas entre empresarios diligentes y prudentes. Esa determinación exige recurrir, en particular, a los usos normativos, que remiten a la conducta que un accionista conocedor de los negocios espera de los directores de una compañía (§ 10 d 2).<sup>432</sup>

b) Pero, además, los directores tienen el *deber de cumplir las normas legales, estatutarias y administrativas* que se refieren a su gestión, de modo que su infracción da lugar a responsabilidad (artículo 133 II), de acuerdo con las reglas generales sobre *culpa infraccional*, que da lugar a responsabilidad bajo la condición general de que el daño sufrido por la sociedad, por accionistas o terceros sea atribuible precisamente a ese incumplimiento (artículo 42 N° 7 primera parte, *supra* § 10 d 1).

Por difícil que sea traducirlo en responsabilidad jurídica, los deberes más esenciales del directorio y de los gerentes son precisamente los que se refieren al cuidado y diligencia que deben aplicar a la gestión de la sociedad (artículo 40). En general, su deber de cuidado es participar en el gobierno y dirección superior de la sociedad mediante su participación personal e indelegable en la actuación en sala del directorio, sin someterse al arbitrio de un tercero y en el solo interés de la sociedad (artículo 39 I y III).

En el cumplimiento del deber de cuidado, los directores están sujetos a las restricciones generales que les imponen los estatutos, particularmente en lo relativo al objeto social. En efecto, mientras frente a terceros la actuación del directorio se presume ejercida en el marco de sus atribuciones (artículo 40 I), en las relaciones internas con la sociedad los directores son responsables de los perjuicios que se siguen para la sociedad en razón de haber excedido materialmente el objeto.

c) Más allá del deber general de administración de los artículos 39 y 41, el deber de cuidado más concreto que la ley establece para los directores en el ámbito de la administración de los negocios es el de cuidar que la sociedad lleve sus libros y registros (artículo 45 N° 1, que establece una presunción de culpa si ello no ocurriere); esta norma reconduce a los deberes de cuidado más elementales que el Código de Comercio establece respecto de los comerciantes (artículos 25 y siguientes). El deber está establecido en protección de la sociedad y de sus accionistas, pero también de terceros que contratan con la sociedad.

d) Los directores son también responsables de que el directorio *cumpla los acuerdos de la junta de accionistas*, como órgano jerárquicamente superior. Sólo están excusados de hacerlo si la junta ha adoptado un acuerdo contrario a la ley o a los estatutos.<sup>433</sup> Y para dar una administración eficaz,

<sup>432</sup> Una tendencia generalizada en el derecho contemporáneo ha sido a ordenar los deberes de conducta en códigos de autorregulación de buenas prácticas de gobierno societario preparados por la propia sociedad y hechos públicos (*Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe*, Bruselas, 4.11.2004); por cierto que esas reglas resultan vinculantes luego para la sociedad, porque comprometen la confianza del público y de los accionistas. Sobre la diferencia entre meras prácticas y usos normativos en el derecho de responsabilidad de directores, Pardow 2006.

<sup>433</sup> Lyon 2003 208.



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).

e) En circunstancias que escapa 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 actuaron en observancia de los *deberes que surgen de la naturaleza esencialmente directiva de su gestión*: asistir con razonable periodicidad a las reuniones de directorio,<sup>434</sup> asegurarse de que la compañía tenga una plana de ejecutivos suficientemente calificados, 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>435</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>436</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>437</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>434</sup> La Ley general de bancos establece una sanción precisa a este respecto: cesa en su cargo el miembro del directorio que sin permiso de éste, dejare de concurrir a sesiones durante un lapso de tres meses (artículo 49 N° 9).

<sup>435</sup> En esencia, ése es el listado de materias que los jueces norteamericanos consideran para determinar si los directores han cumplido con su deber de cuidada dirección (Clark 1986 125, especialmente nota 9).

<sup>436</sup> El *Cadbury Report*, antes citado, va más allá y recomienda específicamente que los directores deben tener la autoridad para encargar por cuenta de la sociedad informes legales o económicos externos sobre las materias que deben decidir (§ 4.18). Sin embargo, este derecho no constituye estrictamente un deber, porque pertenece al ámbito de discreción en la apreciación de negocios que el propio director evalúe cuál es la información requerida para adoptar una decisión razonada (Easterbrook/Fischel 1991 107).

<sup>437</sup> Klein/Coffee 2002 154; la completa falta de racionalidad económica de un contrato perjudicial para la sociedad puede ser un antecedente determinante de la culpa (así, Pardow 2006, con referencia a Corte de Santiago, 11.10.2000, rol N° 3.752-1997).

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>438</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 autorice como sanción;<sup>439</sup> la revocación de existencia supone 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>440</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>438</sup> La revisión en detalle de las sentencias de segunda instancia y de casación del caso *Chispas* muestra que el principal ilícito atribuido a quienes detentaban simultáneamente la calidad de accionistas preferentes y de directores y ejecutivos de Enersis fue el haber dispuesto como propio del control que detentaban sobre la operación de la compañía en su calidad de directores, sometiendo en un contrato esa actuación en directorio a la decisión de un tercero (Corte de Santiago, 8.7.2004, rol N° 7.534-2002; CS, 7.5.2005, rol N° 4.261-2004, considerando 241). Un importante caso europeo sirve para ilustrar este aspecto. Con ocasión de una oferta de compra de acciones que permitiría a *Vodafone Airtouch plc* la adquisición del control de la empresa alemana Mannesmann AG, miembros del directorio (*Vorstand*) de esta última intentaron neutralizar el cambio de control, que los hacía perder sus posiciones, a pesar de que la mayoría de los accionistas estaban dispuestos a aceptar la oferta. Luego, los miembros del directorio demandados acordaron indemnizaciones por varios millones de euros en su favor (con el acuerdo de la adquirente), como recompensa por el aumento de valor que habían generado en la compañía. El acuerdo facilitó ostensiblemente que Vodafone pudiera tomar control de Mannesmann. El Tribunal Supremo alemán estimó que los directores habían incurrido en el delito de apropiación indebida, porque el acuerdo no fue adoptado en interés alguno de la compañía, en la medida que no tenía por objeto otorgar estímulos al rendimiento futuro de los negocios y carecía de otra justificación legítima, de modo que sólo podía ser calificada como un acto doloso, contrario a la lealtad 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 ésa no es una decisión que pueda ser tomada en el mejor interés de la compañía (BGH, 21.12.2005, 3 StR 470/04).

<sup>439</sup> Es el caso del artículo 26 II b del DL 211/1973 sobre libre competencia.

<sup>440</sup> Como ocurre con las compañías de seguros según dispone el artículo 41 I N° 5 del DFL 251/1931.



ción judicial de la sociedad (artículo 49 II) y el deber de llevar regularmente los libros y registros sociales (artículo 50), hace recaer en los gerentes, además de las responsabilidades propias de sus cargos o funciones, las contempladas respecto de los directores en los artículos 41, 42, 43, 44, 45 y 46 de la ley.<sup>441</sup> Estas normas se refieren al deber de una diligente administración (artículo 41) y, esencialmente, a los deberes de lealtad. En aplicación de esta norma, los gerentes están esencialmente sujetos a los mismos deberes que los directores de la sociedad, con la reserva general de que la determinación más precisa exige hacerse cargo de las diferentes funciones que corresponden al directorio y a quienes desempeñan tareas ejecutivas.

b) En consecuencia, el deber de cuidado en la administración gerencial está regido por el estándar general establecido por el artículo 41 respecto de los directores (*supra* N° 607). El alcance concreto de esos deberes de cuidado depende de la distribución de funciones que tengan los gerentes al interior de la compañía. A los gerentes corresponde la gestión en concreto de los negocios sociales, porque son los ejecutivos principales de la sociedad. En consecuencia, su tarea es la administración diligente de los asuntos que son puestos bajo su esfera de control; por ejemplo, el gerente de finanzas debe cuidar que la información entregada al directorio sea correcta; el de administración, que se cumplan los protocolos de contraloría; y así sucesivamente.

La aplicación del estándar legal de cuidado supone recurrir a los criterios de buenas prácticas de administración. Pero, también en el caso de los gerentes, rige la reserva de que el control de la gestión es una materia esencialmente política, que en este caso está entregada al directorio, como se muestra en su facultad de revocar en cualquier momento los nombramientos (artículo 49 I). Por otro lado, sólo una vez que se ha definido el ámbito de discreción en la apreciación de las tareas y negocios tiene sentido plantearse la pregunta por los deberes que supone una administración diligente. En definitiva, con diversa intensidad que respecto de los directores, en atención a las diferentes funciones, las preguntas que se plantean respecto de la responsabilidad de ellos por defectos de gestión son análogamente aplicables a los gerentes.

#### d. Deber de lealtad. Conflictos de interés

##### 1. Planteamiento

**613. Naturaleza fiduciaria del cargo de director. Conflictos de interés con la sociedad y los accionistas.** a) Los accionistas encomiendan al directorio la gestión de los negocios sociales y la administración del patrimonio de la sociedad. Cualquiera sea la calificación jurídica que se atribuya a las relaciones de los directores con la sociedad y con los accionistas, surgen para aquellos *deberes fiduciarios* o de lealtad, que tienen su fundamento en el acto de confianza que envuelve ese encargo. De un modo análogo a otras relaciones

<sup>441</sup> La ley les hace también aplicables los artículos 35, 36, 37, que no son relevantes a efectos de responsabilidad.



fiduciarias, la exigencia de buena fe que plantea el cargo de director de una sociedad es más acentuada que en las relaciones que suponen meros intercambios. A lo anterior se agrega, en el caso de las sociedades anónimas abiertas, el interés público en fortalecer la confianza de los inversionistas. No es extraño que, a partir de estas premisas, los deberes de lealtad de los administradores de sociedades anónimas hayan dado lugar a uno de los desarrollos más importantes del derecho contemporáneo de los negocios.

b) El derecho tiende a definir el interés social en términos puramente formales y abstractos, como aquel en que concuerdan todos los accionistas;<sup>442</sup> en consecuencia, hay *conflicto de interés* cada vez que el interés social, así definido, entra en concurrencia con el interés particular de algún director. Para efectos de los supuestos de responsabilidad civil, conviene tener presente que en términos económicos existe un conflicto de interés cuando quienes participan en las decisiones de una sociedad tienen un interés mayor en la contraparte de los contratos que celebra esa sociedad.<sup>443</sup> Si objetivamente se presenta esa situación, el derecho procura crear incentivos gravosos para que quien está encargado de administrar lo ajeno lo haga con la misma medida con que trata lo propio.<sup>444</sup>

#### 614. Mecanismos institucionales para prevenir los conflictos de interés.

La responsabilidad civil, como la administrativa y la penal, es un instrumento correctivo de un ilícito de negociación inequitativa en conflicto de interés. Pero también existen instrumentos institucionales preventivos. Ante todo, se ha promovido la creación de directores independientes en las sociedades que están bajo el control de un grupo mayoritario.<sup>445</sup>

<sup>442</sup> Pellegrini 2001 12.

<sup>443</sup> Clark 1986 147.

<sup>444</sup> La experiencia comparada se ha ido uniformando en la materia, especialmente bajo influencia de la doctrina norteamericana, en términos que “el deber de lealtad es fundamentalmente similar en el *common law* que en jurisdicciones del derecho civil” (Hertig/Kanda en Kraakman *et al.* 2004 116).

<sup>445</sup> En el derecho europeo, estas ideas han adoptado la forma de recomendaciones de buen gobierno societario (Comisión Europea, Recomendación de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y a los comités de consejos de administración o supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en bolsa, DO L 052 25.2.2005), que califican a un director de independiente “cuando no está vinculado por ninguna relación comercial, familiar o de otro tipo –con la empresa, su accionista mayoritario o la dirección de cualquiera de los dos– que cree un conflicto de interés que haga obstáculo a su capacidad de juicio” (§ III, 13.1); sobre la conveniencia de los directores independientes, en Inglaterra, el *Cadbury Report* 4.11; en el derecho norteamericano, en aplicación de *Sarbanes-Oxley Act*, el regulador ha dispuesto que las sociedades anónimas abiertas deben tener en su comité de directores un director independiente y experto en finanzas, debiendo explicar las razones si así no lo hicieran (*SEC Release* 33-8177, 2002). La ley chilena regula los directores independientes a propósito del comité de directores, donde su participación es preferente respecto de los directores que no tienen esa calidad, disponiéndose que si hubieren dos o más, deben ser mayoría; se entiende que son independientes los directores cuando sustraída de su votación los votos que han recibido de los controladores, igualmente habrían sido elegidos (artículo 50 bis IV y V).



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 suscitar 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>446</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>447</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 39 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<sup>os</sup> 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>446</sup> Una reseña comparada en Hannsmann/Kraakman 34 en Kraakman *et al.* 2004 34.

<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 ingenios 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° 55).

<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, incluso de naturaleza penal, Hefendehl 2006 120.

<sup>449</sup> La Ley de fondos de pensiones contiene un título específico dedicado a los conflictos de interés que puede haber entre la administradora y el fondo (DL 3.500/1980, Título XIV).

tensidad 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 I).

Tras las reglas legales y administrativas que establecen reglas de publicidad y definen ilícitos de deslealtad contra la sociedad, existe el propósito de controlar una forma solapada de corrupción. En materia civil, sin embargo, el juicio de disvalor 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 considerada.

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 probare 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 restitutoria 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>450</sup> Hertig/Kanda en Kraakman *et al.* 2004 116, como conclusión general del derecho comparado; véase también Zegers/Arteaga 2004 255.

<sup>451</sup> Corte de Santiago, 8.7.2004, rol N° 7.534-2002, considerando 33; Easterbrook/ Fischel 1991 104.

<sup>452</sup> Así expresamente en *Regal (Hastings) Ltd v. Gulliver*, 1942, 1 All ER 378, citado por McGrath 2003 133.

<sup>453</sup> La pregunta se plantea, por ejemplo, respecto de las contribuciones políticas 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, superados ciertos límites se plantean preguntas acerca de si son consistentes con el mejor interés de todos los accionistas; un detenido análisis en Clark 1986 675.



desviarse 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 participan 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 dificultan 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 (*infra* N° 827); y

7. si se usan bienes sociales para fines que no pueden 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 dirimir los conflictos de interés: ante todo, puede simplemente prohibir la operación (casos 2, 5, 6 y 7); segundo, 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 estas reglas en lo que concierne a la eficacia del acto jurídico celebrado en conflicto de interés (plena eficacia, nulidad o inoponibilidad). Cualesquiera sean esos efectos (que, en todo caso, de acuerdo al artículo 44 XV no afectan la validez de la operación), en estas 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 diferencias entre directores, liquidadores y gerentes a efectos de la responsabilidad civil por los daños derivados del incumplimiento de los deberes legales, administrativos y estatutarios (artículo 133 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 participen en la negociación de un contrato en conflicto de interés.<sup>454</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, expuesta con lucidez por Alessandri 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>455</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 autocontrata (artículos 410, 412, 1796, 1798, 1799, 1800, 2144, 2145). La doctrina ha inferido la regla general de que no hay impedimentos técnico-jurídicos para que el autocontrato 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 bien, si se celebra en conflicto de intereses que sólo puede ser superado con la autorización del principal, en cuyo caso, a falta de esa formalidad habilitante, debe entenderse que el contrato es relativamente nulo.<sup>456</sup>

**619. Aplicación al derecho de sociedades.** Aunque técnicamente no es un *autocontrato* (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>457</sup>

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

<sup>454</sup> Aunque el artículo 50 hace indiferentemente 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>455</sup> Alessandri 1931 29; en el mismo sentido Stitckin 1950 395, con relación al mandato.

<sup>456</sup> Es la doctrina de Alessandri 1931.

<sup>457</sup> Así, Alessandri 1931 62, 105, con referencias a las normas del Reglamento de sociedades anónimas N° 3.030 de 23.12.1920 y del DFL 251/1931, respectivamente; ya esta última norma exigía como requisito de admisibilidad de la operación que el director divulgara su interés y que fuera 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 actuación de directores en conflicto de interés, en Pardow 2006 (con referencia a que si la relación es fiduciaria no solo se exige simple honestidad, sino que ésta debe ser evaluada de manera más estricta e inflexible).



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 133 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> Hertig/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 representen al Estado, a los organismos de administración autónoma, empresas fiscales, semifiscales o de administración autónoma, que, conforme a la ley, deban 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 montos 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 conocía, sino también los que debía conocer en atención a sus relaciones efectivas (Código Civil, artículos 1861, 1933 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 6 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 166).



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 un 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 I).<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 evacuar 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 3).<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 convenidos 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 afectados por el conflicto lleva a invertir el peso de la prueba, de modo que hace presumir la

<sup>463</sup> Reglamento de sociedades anónimas N° 3.030 de 23.12.1920, artículo 3 N° 2, que exigía 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 deliberación sobre la operación debía efectuarse con prescindencia 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 conocidas y aprobadas por el directorio de la sociedad en forma previa a la celebración de los correspondientes actos y contratos”.

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

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 (*infra* N° 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 recaigan 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 (*infra* N° 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 i) el 1% del patrimonio social y, además, a 2.000 unidades de fomento; o ii) 20.000 unidades de fomento.

<sup>466</sup> Hertig/Kanda en Kraakman *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 los 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 166).

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

<sup>468</sup> Se ha fallado que lo contrario ocurre con la responsabilidad infraccional administrativa (*supra* N° 141); en el caso *Chispas* se entendió que la resciliación 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 20 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 estimaren 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 20 días, que se cite a la junta extraordinaria de accionistas, en cuyo caso ésta debe aprobar la operación por las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto; y *ii)* si lo anterior no ocurriera, 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 V, 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.

c) 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 valoren 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 tenido las abundantes medidas de publicidad que la ley ordena en ese caso, están dotadas de una presunción de equidad que es prácticamente inexpugnable, a menos que se pruebe fraude o culpa grave de los evaluadores.

**623. Validez 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 preciso 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> Alessandri 1931 63 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 norteamericano 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).



**624. Requisitos de la responsabilidad civil por contravención a las reglas de admisibilidad 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 benefician de modo indebido (esto es, sin justificación legítima) y que correlativamente haya perjuicio para la sociedad (artículo 45 II).

b) Cumplida la condición de ilicitud, 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 (*Capítulos 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.

**625. 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 directorios 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

**626. 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 defensivos 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/Coffee 2002 168, Clark 1986 143 y 571; para un abuso extremo en este sentido, el caso *Mannesmann* (*supra* nota a N° 610).



(caso *Chispas*). En circunstancias que los contratos impugnados no llegaron a producir efectos (ni favorables, ni perjudiciales), en razón de una resciliación previa, los sancionados alegaron que los actos no habían producido daño alguno, de modo que no podían ser tenidos por contrarios 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 ilícito 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 2ª; 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.** a) 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 consocios 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, considerandos 232 y siguientes.

<sup>475</sup> Easterbrook/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 las que hayan accedido en razón de su cargo* (artículo 42 N° 6).

b) El ilícito 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 ilícita, 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 ilícito 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* (*subpárrafo c*); la segunda, a lo que puede entenderse como una oportunidad que *pertenecía* a la sociedad para la sociedad (*subpárrafo d*); 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 (*subpárrafo e*); la cuarta, a la exigencia de que la apropiación de la oportunidad haya causado perjuicio a la sociedad (*subpárrafo f*); la quinta, finalmente, a quienes deben haberse aprovechado ilícitamente de la oportunidad de negocios para que haya lugar a la responsabilidad (*subpárrafo 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 estas cuestiones desde un punto de vista jurídico y económico (Easterbrook/Fischel 1991 140, Klein/Coffee 2002 167, Thümmel 2003 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 Hertig/Kanda en Kraakman *et al.* 2004 116, con referencias a las similitudes del derecho alemán (Ley de sociedades anónimas alemana § 116), 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 directo del cargo, como típicamente ocurre para un director en una sesión de directorio. Pero también es adquirida en razón del cargo la información 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>477</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>478</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 sitúa más allá del límite impuesto por el deber de lealtad está dado por el director que conoce privadamente una oportunidad de negocios, pero que sabe que pudiera resultarle 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>479</sup>

<sup>477</sup> Clark 1986 226.

<sup>478</sup> El ilícito 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, ocultándosela 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 acción que puso su propio interés como parte contratante (...) en directo conflicto con sus [obligaciones] preexistentes y continuas como director ejecutivo de los demandantes” (*Industrial Development Consultants v. Cooley*, 1972, 2 All ER 162, citado por McGrath 2003 133).

<sup>479</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 (Klein/Coffee 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 ilícito está inequívocamente limitado a las oportunidades conocidas en razón del cargo. Aun así, parece conveniente distinguir en la materia los distintos niveles 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 pertenecía 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>480</sup> Para estos efectos, desde luego que no son sólo determinantes los estatutos, 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;<sup>481</sup> 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>482</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>483</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>484</sup> Si él mismo tiene interés cierto o eventual en el negocio, también debiera declararlo, a efectos de

<sup>480</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 Thümmel 2003 100).

<sup>481</sup> Klein/Coffee 2002 167.

<sup>482</sup> Thümmel 2003 99.

<sup>483</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>484</sup> Easterbrook/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 pareciera 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.

f) *¿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 habrían seguido, deben ser oportunidades reales, 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* N° 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 *Chispas*). En circunstancias que los contratos impugnados no llegaron a producir efectos (favorables ni perjudiciales), en razón de una resciliación previa, los sancionados alegaron que los actos no habían producido daño alguno, de modo que no podían ser tenidos por contrarios al artículo 42 N° 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>485</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>486</sup> de modo que si las personas relacionadas han tenido participación en la comisión del ilícito son también personalmente responsables (*supra* N° 133 b, *infra* N° 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 restitutoria contra las personas relacionadas que se aprovecharon de su comisión por los directores o gerentes (*supra* N°s 101 c y 625).

#### 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 415 y siguientes), del albacea (artículo 1309), del socio administrador de la sociedad colectiva (artículo 2080), del mandatario (artículo 2155). 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 de 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>485</sup> Corte de Santiago, 8.7.2004, rol N° 7.534-2002, considerando 34; CS, 7.5.2005, rol N° 4.261-2004, considerandos 232 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 indelegable que tiene esa función, *supra* N° 610 b.

<sup>486</sup> Clark 1986 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 45 N° 1),<sup>487</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 dictadas 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 1 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>488</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>487</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 tarea del comité no está limitada a la cautela 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>488</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 42 N° 4); esta prohibición (que, en verdad, constituye una regla imperativa que ordena que las cuentas sean regulares, las informaciones verdaderas 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 peculiaridades 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>489</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°s 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 presenten cuentas irregulares, informaciones falsas u oculten información (artículo 42 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>490</sup> y del interés público en el funcionamiento del mercado de valores (*infra* 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>489</sup> En general, respecto de la responsabilidad de los auditores, *infra* N° 824.

<sup>490</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 inversionistas 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 contemporáneo sobre sociedades anónimas y mercado de valores encuentra una solución de equilibrio para la antigua disputa teórica acerca de si la información debiera ser un bien privado, proveído sobre 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 típicamente privado (de modo que su análisis es proveído sobre una base contractual). Un análisis económico de los requerimientos legales de información en Easterbrook/Fischel 1991 286; sobre los aspectos puramente regulatorios y de mercado conexos a los deberes legales de información, Klein/Coffee 2002 205.



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 46); y la regla general de responsabilidad civil por incumplimiento de deberes legales, administrativos o estatutarios establece la obligación de reparar los perjuicios ocasionados *a otro*, sin restringir el conjunto de los titulares activos (artículo 133). Las limitaciones de la titularidad activa sólo pueden ser construidas, 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>491</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<sup>os</sup> 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 ilícitos precontractuales, que amenazan la presunción de justicia de que gozan los contratos libremente consentidos (*infra* § 66 h). En ese contexto, la prohibición del uso y comunicación de información privilegiada persigue el fin de justicia conmutativa de proteger a los accionistas que enajenan y a los inversionistas que adquieren 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>491</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 generales de información (sección II) y deberes especiales para los emisores de acciones (sección III 8, 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 reciban 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 I).

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 prudencialmente 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 ciertas negociaciones 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 abuso 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 plantee 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 actuar 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°s 626 y 628); los principios que inspiren 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 dirá 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 saludables 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* N° 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* N° 35). Por eso, este apartado ha estado esencialmente dedicado a exponer los diversos deberes de conducta que afectan a los administradores.

Por el contrario, los requisitos de *daño* 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* N° 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 fueren 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 restitutorias 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 restitutoria, de modo que la pretensión es equivalente al valor de los beneficios ilícitamente percibidos (artículos 42 N° 7 *in fine* y 44 XV; véase también *infra* § 60 a). En circunstancias que la restitución 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 negocios), 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 persigue limitarla *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 licitud 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 N° 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 4° letras f y h). Para asegurar la colaboración en estas actuaciones de fiscalización, la Superintendencia dispone de potestades para decretar apremios y sanciones (artículos 26 y 28).

## 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 (*supra* N° 604). Pero también se plantean cuestiones relativas a quienes pueden ejercer la acción a nombre de la sociedad (*infra* N°s 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 *supra* § 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 privativa. 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 hacerlo, 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>492</sup> En consecuencia, tampoco es posible construir 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 pertenezca 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 como agente oficioso de otro se ha tendido a estimar admisibles las *acciones derivadas*, en que los accionistas demandan a los directores o gerentes en nombre de la sociedad.<sup>493</sup> De este modo, la acción conferida a los accio-

<sup>492</sup> Easterbrook/Fischel 1991 101.

<sup>493</sup> Hertig/Kanda en Kraakman *et al.* 2004 117.

nistas pretende corregir el natural desinterés de los directores y ejecutivos por accionar en contra de sus colegas o subordinados, constituyendo una excepción al principio de que las decisiones dentro de la sociedad son adoptadas centralizadamente por el directorio y por los gerentes por él designados.<sup>494</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>495</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>496</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>497</sup> la experiencia comparada muestra que las acciones derivadas son usualmente necesarias si se pretende que los administradores de sociedad sean hechos civilmente responsables de los daños causados a la sociedad.<sup>498</sup>

<sup>494</sup> Clark 1986 96.

<sup>495</sup> Easterbrook/Fischel 1991 102 y 106.

<sup>496</sup> Klein/Coffee 2002 199; Hertig/Kanda en Kraakman *et al.* 2004 117, con referencia al efecto expansivo de las acciones derivadas que tuvieron cambios procesales marginales en una sociedad más bien reticente al litigio como es Japón (con referencia a Mark West, *Why Shareholders sue?: The evidence from Japan*, en *Journal of Legal Studies* 2001, 351).

<sup>497</sup> Easterbrook/Fischel 1991 106. Así se explican las restricciones que en el derecho comparado se imponen a las acciones derivadas; en el derecho norteamericano, por ejemplo, es común que se exija que los interesados en demandar hagan previamente una solicitud al directorio para que inicie las acciones en representación de la sociedad; que intervenga un comité de directores independientes; que los demandantes hayan sido propietarios de acciones al momento del ilícito; que se otorgue una garantía para solventar las costas; o que el acuerdo debe ser visado por el tribunal para evitar transacciones colusivas en perjuicio de la sociedad (Clark 1986 640, Klein/Coffee 2002 190, Romero/Díaz 2002 53).

<sup>498</sup> Sobre las ventajas de las acciones derivadas respecto de las acciones colectivas, en razón de los costos administrativos que estas suponen, Clark 1986 289.



**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>499</sup> o cualesquiera de los directores de la sociedad (artículo 133 bis).<sup>500</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 analizados.

Aunque en materia de daño indemnizable la ley usa el concepto, inusual 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 fuera condenado a solventarlas; a la inversa, si la pretensión indemnizatoria es reconocida, las costas benefician 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 reconoce 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 propone.

<sup>499</sup> Al referirse a los accionistas de la sociedad, la ley ha querido otorgar la acción a quienes sufrieron mediatamente el daño; en consecuencia, debieran entenderse comprendidos quienes eran accionistas al momento del hecho que genera responsabilidad, como lo ha hecho la práctica legal y jurisprudencial norteamericana sobre la base de principios de derecho privado (porque son ellos quienes tienen interés al momento del ilícito); la regla también previene adquisiciones oportunistas de acciones para tener legitimidad para litigar (Clark 1986 650); en contrario, interpretando la norma del artículo 133 bis en el sentido amplio de que no se exige el requisito de la calidad de accionista al tiempo del hecho que da lugar a la responsabilidad, Romero/Díaz 2002 54.

<sup>500</sup> Un ilustrado estudio de diversos aspectos procesales de las acciones derivadas en Romero/Díaz 2002 55, con referencia a los problemas eventuales de litisconsorcio que genera la acción y a los de cosa juzgada que plantea la sustitución procesal de la sociedad por los accionistas o directores que ejercen la acción derivada (incluidos los riesgos de colusión, en perjuicio de la sociedad, entre quien ejerce la acción derivada y los demandados).

**642. Función de las regulaciones.** a) Sin perjuicio del desarrollo que puedan 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>501</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 irroga 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 *externalidades* 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 ilícito a efectos de la responsabilidad (*supra* N° 53); a ello se agrega que la sentencia condenatoria por ilícitos infraccionales produce cosa juzgada a efectos de dar por establecido el requisito de culpa en materia civil (*infra* § 63 a). Si no se ha reclamado la decisión administrativa sancionatoria, ella técnicamente no produce efecto de cosa juzgada (que es privativo de resoluciones judiciales); pero en tal caso, pocas dudas caben acerca de la facultad 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 tiene con sus administradores (*supra* N° 604).<sup>502</sup> Sin embargo, la ley permanentemente hace alusión indiferenciada a la sociedad y a los accionistas como titulares de la acción de responsabilidad civil (artículos 41 I, 46 II y

<sup>501</sup> El rol crítico de los órganos reguladores y fiscalizadores ha sido desde largo tiempo reconocido en el derecho norteamericano, donde la *Securities and Exchange Commission* ha asumido funciones muy amplias de regulación y fiscalización (Klein/Coffee 2002 204); algo similar ha ocurrido en Europa y Japón (Hertig/Kanda en Kraakman *et al.* 2004 117).

<sup>502</sup> Desde un punto de vista técnico, el mayor problema que enfrenta la acción de responsabilidad de los accionistas reside en determinar si el daño sufrido es directo, esto es, objetivamente imputable al hecho ilícito de los directores o gerentes (Parra en Reglero 2002 a 1278); en mi opinión, se trata de daño directo, porque cualquiera sea el criterio para definirlo, está dentro de las consecuencias de la acción que deben ser soportadas por quien incurrió en el ilícito (*supra* § 30); la pregunta más bien se plantea en el *common law*, donde la responsabilidad supone que se tenga un deber de cuidado respecto de la víctima (*supra* N° 63).



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 extracontractual, por mucho que sustantivamente, a efectos de la determinación de los deberes de cuidado, presente una *estructura contractual*, en atención a los deberes fiduciarios que los administradores tienen respecto de la sociedad y, por extensión, con los accionistas (*supra* N° 604). 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 confunde los intereses propios con los de la compañía.<sup>503</sup>

b) Aceptado que los accionistas tienen una acción de responsabilidad extracontractual en contra de los directores, cabe tener presente algunas de las razones que han provocado en determinadas jurisdicciones una cierta reticencia a reconocerla: 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>504</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>505</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 fiduciarios respecto de la sociedad y de sus accionistas y, a la vez, haya afectado 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 rendición de cuentas. Así, aunque el directorio actúa en sala, la acción de responsabilidad se dirige personalmente contra los directores y gerentes que pretendidamente son autores de los hechos culpables o dolosos que han causado daño.<sup>506</sup> Por lo mismo, si el hecho ilícito es un acto del direc-

<sup>503</sup> Clark 1986 96.

<sup>504</sup> Cane 1996 202; McGrath 2003 135, con referencia a la jurisprudencia británica e irlandesa.

<sup>505</sup> Es sintomático a este respecto que la norma que regula la responsabilidad por infracciones al deber de lealtad de directores y accionistas, señale que pertenecen a la sociedad los beneficios obtenidos por aquellos en ejercicio de su cargo en conflicto de interés con la sociedad (artículo 42 N° 7, parte final).

<sup>506</sup> Lyon 2003 153.



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 esta 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 relativos a la responsabilidad de directores y gerentes.



