



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN**
FACULTAD DE DERECHO

**REVISTA
DE DERECHO**

Nº 33

2 0 1 7

Esta publicación se imprimió
en el mes de marzo de 2018
en los Talleres de Trama Impresores S.A.
Avda. Colón 7845 - Hualpén - Talcahuano - Chile



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN**
FACULTAD DE DERECHO

**REVISTA
DE DERECHO**

Nº 33

2 0 1 7

INTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. La *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción está abierta para recibir artículos sobre cualquier materia de las Ciencias Jurídicas, tanto de autores nacionales y extranjeros, sin perjuicio de que el Comité Editorial decida dar énfasis a ciertas áreas en algunos de sus volúmenes, o publicar números monográficos.
2. Todo artículo recibido para su publicación será sometido a un juicio inicial de su Director, destinado a verificar que corresponde a las disciplinas científicas sobre las cuales publica la *Revista*, y a emitir una primera opinión sobre su carácter de investigación original y su calidad, pudiendo rechazarlo en caso de no cumplir con estos requisitos, o si su calidad es indiscutiblemente inferior a la necesaria.
3. Todos los trabajos que se publican en la *Revista de Derecho* serán revisados por el Comité Editorial y sometidos a arbitraje o evaluación de dos especialistas, cuyos resultados serán comunicados anónimamente a sus autores. La revisión atenderá, entre otros temas, al contenido, calidad, interés, carácter científico, metodología y fuentes del trabajo en cuestión. De acuerdo al resultado de ese arbitraje, la *Revista* se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos. Ante la eventualidad de darse un informe favorable y otro desfavorable de los árbitros, decidirá el Director. En caso de haber observaciones a un trabajo aceptado, una vez corregidas éstas por su autor, se procederá a su publicación.
4. A fin de dar homogeneidad a esta publicación, se detallan a continuación las normas editoriales a las que deben ceñirse las colaboraciones a la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.
5. Los trabajos deberán enviarse al Director de la *Revista Derecho* (Lincoyán 255, Concepción, Chile), impresos en hoja tamaño carta, en idioma español, inglés o francés, a espacio y medio en dos ejemplares y numerando las páginas. La letra a utilizar en el texto debe ser Times New Roman, tamaño 12, y en las notas, Times New Roman, tamaño 10. Salvo excepciones muy calificadas por el Comité Editorial, la extensión máxima no debe sobrepasar las 30 páginas. Además deberá acompañarse archivo electrónico en formato Word y, si es posible, ser enviado como archivo adjunto al correo electrónico revistadederecho@ucsc.cl.
6. Los escritos deben comprender un título breve y claro, el nombre completo del autor o autores, y una biografía sucinta de cada autor, que comprenda grados académicos más relevantes, institución a la que pertenece, ocupaciones y cargos actuales. Además, debe incluirse correo postal y correo electrónico.
7. Deben incluirse un Resumen o *Abstract* con un máximo de diez líneas y las correspondientes Palabras Clave o *Key Words*, en español y de ser posible en inglés.
8. Los trabajos enviados deben ser inéditos, lo cual supone el compromiso del autor de no publicarlo más de una vez. Debe tratarse además, de un estudio o investigación de interés en el mundo jurídico, que esté terminado o cuyo avance permita la comunicación de sus resultados.
9. Las citas, siempre a pie de página, deben numerarse correlativamente y contener en caso de libros, textos y folletos, lo siguiente y en este orden: *a)* apellidos y nombre del autor en MAYÚSCULAS o en VERSALITAS, coma; *b)* nombre de la obra: si es libro, en *cursivas*; si es un artículo de libro o revista, “entre comillas”, especificando el título de la revista o libro con *cursivas*, coma; *c)* sección, punto o párrafo (si lo tuviere), coma; *d)* traductor (si lo tuviere); *e)* editorial, lugar y año, coma; *f)* página o páginas (abreviado p. o pp.), punto. Estas mismas reglas se aplican en caso de que se acompañe la bibliografía al final del trabajo. En caso de repetirse alguna cita, se debe indicar: *a)* nombre del autor, coma; *b)* ob. cit. (o también *op. cit.*), coma; *c)* página o páginas. En caso de que la cita se repita en la nota siguiente, y siempre que se trate de páginas diferentes, sólo indicar: *a) ibid*, coma; *b)* página o páginas, punto. En caso de que sea la misma página o páginas de la cita anterior, sólo indicar *ibidem*, punto. Todo ello de acuerdo al sistema uniforme internacional de citas.
10. Los artículos que no se ajusten a estas normas no serán considerados para su publicación.
11. Aquellos autores cuyos trabajos sean publicados recibirán gratuitamente una copia del ejemplar de la *Revista de Derecho* y las correspondientes separatas de su artículo. Los originales no serán devueltos.

CONTENIDOS / CONTENTS

| | |
|--|-----------|
| “Medidas para proteger al socio frente a los abusos de la mayoría social” | 11 |
| <i>“Measures to protect the partner against the abuse of the social majority”</i> | |
| RODRIGO VIGUERA REVUELTA | |
| | |
| Notas sobre la indemnización expropiatoria. El caso español | 25 |
| <i>Notes on expropriatory compensation. The spanish case</i> | |
| CARLOS CÉSPEDES MUÑOZ | |
| | |
| Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: regulación y confrontación con el sistema norteamericano y europeo continental | 49 |
| <i>Resource of inapplicability for unconstitutionality: regulation and confrontation with the north american and european continental system</i> | |
| JAIME RAMÍREZ CIFUENTES | |
| | |
| La culpa como elemento de responsabilidad civil ambiental | 65 |
| <i>Negligence as an element of environmental liability</i> | |
| LUIS ALEJANDRO LÓPEZ FUENTES | |
| | |
| El modelo de suministro eléctrico en la Unión Europea | 79 |
| <i>The model of electrical supply in European Union</i> | |
| ALBERTO OLIVARES | |
| | |
| El principio de precaución en Chile. Un breve panorama en el derecho chileno | 95 |
| <i>The principle of caution in Chile. A brief overview of chilean law</i> | |
| CHRISTOPHER ELSON KOTZING | |

“MEDIDAS PARA PROTEGER AL SOCIO FRENTE A LOS ABUSOS DE LA MAYORÍA SOCIAL¹”

“MEASURES TO PROTECT THE PARTNER AGAINST THE ABUSE OF THE SOCIAL MAJORITY”

RODRIGO VIGUERA REVUELTA*
UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

RESUMEN: El artículo trata de recoger el complejo juego de equilibrios que tiene lugar entre el socio de control o, en su caso, el socio mayoritario, desde las prerrogativas que le concede el régimen de mayoría de las sociedades de capital, el interés social y el interés particular del socio minoritario. Para ello hemos partido de los clásicos instrumentos de protección con los que cuentan los socios minoritarios. Y, a continuación, hemos hecho un análisis de dos importantes novedades –tanto en el campo jurisprudencial (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014), como en el apartado legislativo (Ley 31/2014 por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo)– que no han hecho sino aumentar los mecanismos de protección con los que podrán contar, desde la fecha, los socios minoritarios.

PALABRAS CLAVE: Socio minoritario. Abuso de la mayoría social. Reforma de la Ley de Sociedades de Capital. Conflicto de interés. Gobierno Corporativo.

ABSTRACT: *This article purports to tackle the complex balance between the controlling shareholder, or the majority shareholder, considering the prerogatives that the current regime of majorities on corporations allows thereof, the social interest and the individual interest of the minority shareholder. For such purposes, we departure from the classic instruments of protection available to the minority shareholder. Further on, we analyze two important juridical releases. On the one hand and from a jurisprudential perspective, we have analyzed the Supreme Court ruling dated September 23, 2014 and on the other hand, we have analyzed Law 31/2014 whereby it is modified the Corporations Law for the enhancement of the Corporate Governance. Both releases, available as from their respective dates, have entailed an improvement to the protection mechanisms of the minority shareholders.*

KEY WORDS: *Minority shareholder. Abuse of controlling position. Amendment of the Corporate Law. Conflict of interest. Corporate Governance.*

¹ Este trabajo se encuadra en el Proyecto I+D titulado “Crisis empresariales: prevención, tratamiento y solución desde el Derecho concursal y el Derecho de sociedades” (referencia DER2014-55427-C2-1-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. España. Profesor del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla (acreditado para la figura de Profesor Contratado Doctor). Dirección postal: Calle Enramadilla 18-20. Código Postal: 41018 (Sevilla) España. Correo electrónico: rviguera@us.es

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión nuclear que abordamos en este estudio, plantea algunas cuestiones entrelazadas de interés como son, esencialmente, la legitimidad de los socios minoritarios para solicitar la nulidad de aquellas operaciones societarias realizadas por los órganos de administración de la sociedad que puedan considerarse lesivas o vulneradoras de sus derechos, como sería el caso, por ejemplo, de aquellas que tuvieran el efecto de despatrimonializar a la sociedad matriz o principal, en el contexto, por tanto, de los grupos de sociedades. En efecto, los problemas que suscitan la tutela de los accionistas minoritarios se ven incrementados si se deja de considerar a la sociedad como una entidad aislada, y se profundiza en el estudio de los grupos de sociedades.

En este sentido, debemos tener en consideración que el núcleo de los problemas surgidos en el seno del grupo nacen de la legitimación de un denominado "interés de grupo", que tiende a prevalecer sobre el interés de cada una de las sociedades que lo integra, y puede originar cierta desprotección de los intereses de los socios minoritarios en las sociedades controladas².

El interés de este artículo radica en recabar el estado de la cuestión hasta la fecha, así como el de exponer algún pronunciamiento reciente por parte del Tribunal Supremo que ha permitido abrir una vía para que esta posibilidad tenga un fundamento y un asidero teórico-práctico, frente a los planteamientos tradicionalmente restrictivos de la jurisprudencia en este ámbito.

Así, anteriores pronunciamientos judiciales en este mismo ámbito, de los que daremos cuenta en el presente estudio, parecían limitar esta posibilidad y la legitimación, por tanto, a los terceros perjudicados ajenos a la sociedad, considerando que, en tanto el socio estaba incardinado en el propio organigrama interno de la sociedad que habría realizado la operación, el cauce jurídico más idóneo y pertinente para articular cualquier denuncia sería el del ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los administradores. La jurisprudencia, por tanto, parecía alentar una diferencia, a estos efectos, entre terceros perjudicados, que serían los naturalmente legitimados para el ejercicio de acciones tales, y socios perjudicados, cuya legitimación en este ámbito estaba excluida por considerarse adscritos a la persona jurídica social.

En efecto, desde un punto de vista tradicional o convencional, es perfectamente posible sostener que la tutela del socio minoritario ha de llevarse a cabo por medios societarios, entre los que podemos citar ciertos derechos relevantes como pueden ser el de información, el de impugnación de los acuerdos sociales o que puedan entablar las correspondientes acciones para exigir la responsabilidad de los administradores. El acudir a estos medios viene determinado por la finalidad de defender no sólo la posición jurídica de los socios minoritarios, sino también el interés de la sociedad, como consecuencia de la realización de contratos por los propios administradores susceptibles de perjudicar a la compañía. De ahí que se tienda a afirmar que, al haber sido concluidos por quienes ostentan el poder de representación de la sociedad, el socio resultará ajeno a tales negocios y carecerá por tanto de legitimación activa para solicitar su nulidad con los efectos correspondientes a esta modalidad de invalidez del derecho de contratos.

El Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión en su Sentencia de 23 de septiembre de 2014. El interés del reciente pronunciamiento por parte del Alto Tribunal radica en que, frente a dichos antecedentes, los socios pueden resultar legitimados para interponer semejantes acciones de nulidad siempre que, en tanto titulares de un interés directo, aleguen la existencia de un perjuicio patrimonial causado por los negocios jurídicos que sean objeto de la impugnación.

² Para ver más en relación a esta materia véase a EMBID, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios (La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo)*, Madrid, 1987 y "El socio minoritario y el grupo de sociedades", en *Cuadernos de derecho para ingenieros*, vol. 10, 2011, páginas 217-236; MARTÍNEZ MACHUCA, *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Bolonia, 1999.

La aparente heterodoxia del fallo se explica, no obstante, por las circunstancias que rodearon la conclusión de ciertos contratos, cuya nulidad termina declarando el Alto Tribunal por ilicitud de la causa. Y, como trataremos de explicar, son razones societarias las que sirven para justificar la tutela contractual de los socios minoritarios perjudicados por los contratos llevados a cabo por el órgano de administración. En definitiva, la atribución de personalidad jurídica a una sociedad no aísla a los socios que la componen de los contratos celebrados por sus órganos de representación; sobre todo cuando obedecen a un esquema premeditado y tendente a lesionar sus intereses.

Ahora bien, conviene afirmar que los resultados teóricos a los que llega la argumentación de la Sentencia, desde un punto de vista metodológico, tienen una naturaleza relativamente *extra-societaria*; es decir, que el Tribunal Supremo fundamenta sus conclusiones en nociones y conceptos que entroncan antes y más con la propia Teoría General del Derecho y el Derecho de obligaciones y contratos que con la propia normativa societaria española contenida, como es sabido, en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

1. Consideraciones generales. Instrumentos de protección de los socios minoritarios con carácter general

De manera amplia vamos a dejar indicados los medios puestos por el legislador para tutelar a los socios minoritarios. Una primera forma de tutelar el conjunto de socios frente a la mayoría viene establecida por la incorporación de una serie de normas imperativas a las relaciones internas de la sociedad y, más concretamente, al proceso de formación de la voluntad social. Así, las normas que disciplinan la regularidad de la convocatoria de la junta, el derecho de asistencia, el derecho de información, las necesarias formalidades que se requieren para la representación constituyen medios de tutela de la minoría.

También de manera procedimental, se ha intentado establecer una categoría autónoma de tutela de las minorías, que consistiría en el incremento, vía estatutaria, del quórum necesario para adoptar un determinado acuerdo. En efecto, si el quórum o las mayorías exigidos por la ley se aumentan, será necesario un mayor grado de consenso entre los accionistas que formen parte en ese momento de la sociedad.

En general, toda disposición que pretenda la protección del socio individual produce, con mayor motivo, un efecto de tutela de las minorías³. Así, en la determinación legal de los derechos de minoría cualificada se atiende al concepto del interés social el cual deberá presidir el ejercicio del poder en el ámbito de las relaciones internas de la sociedad anónima; y deberá ser puesto en relación con el carácter contractual de la compañía, por lo que tiende a identificarse con el interés común de los socios⁴. Esta tendencia se manifiesta, por una parte, subrayando los poderes que se conceden al socio para intervenir en la marcha de la sociedad, de manera que las principales aportaciones doc-

³ JUSTE, *Los derechos de la minoría*, Pamplona, 1995, página 59. Solamente nos interesa subrayar la función de tutela de las minorías que poseen estos derechos. De igual forma, se debe destacar la estrecha relación que guardan los derechos individuales con los de la minoría cualificada, en la medida que estos últimos tienen al accionista como titular, en última instancia. En este punto el citado autor se refiere a GIRÓN TENA (*Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, página 188 y 189) para quien no es conveniente reservar el término “derecho de minoría” a estos supuestos, pues ello equivaldría a restar a la expresión toda utilidad sistemática. No obstante, reconoce en ellos una función de tutela.

⁴ *vid.* por todos, DUQUE, *Tutela de la minoría*, Valladolid, 1957, página 68. Para el citado autor, la definición del interés social es el problema fundamental de la doctrina de la sociedad por acciones, puesto que en él se sustancia verdaderamente el de la tutela de la minoría cuya ponderación se hizo anteriormente.

trinales en esta materia van del examen de los derechos subjetivos individuales, a la consideración de los poderes políticos del accionista, reconocidos en normas que resultan inderogables por la mayoría⁵.

Otra forma de tutela de la minoría, que requiere una referencia específica, es aquella que consiste en una compensación económica a la que tienen derecho los socios minoritarios en determinados supuestos⁶, generalmente unida a su salida de la sociedad; en concreto, la regulación del derecho de separación del accionista. Estas normas constituyen medios de tutela en sentido amplio, también relacionados con la consecución del interés social. Estamos ante supuestos en los que el legislador no supone ya una comunidad de intereses entre mayoría y minoría, por lo que da entrada a mecanismos de índole patrimonial, de muy diverso alcance y régimen jurídico.

De igual forma, otro medio de tutela viene constituido por aquellas normas que dotan a los socios minoritarios de instrumentos eficaces contra los acuerdos mayoritarios contrarios al interés social. En sentido estricto, la tutela de la minoría se realiza con aquellos medios con los que el derecho societario protege a los accionistas minoritarios frente a un acuerdo que, respetando las normas procedimentales en su forma de adopción, perjudica el interés social entendido como interés común de los socios⁷. En definitiva, el ejercicio de las acciones de impugnación supone el mejor instrumento con el que cuentan los socios minoritarios contra el abuso de poder de la mayoría⁸.

2. Protección del socio minoritario frente a operaciones del órgano de administración que perjudican el interés social

A. Legitimación del socio minoritario para ejercer la acción de responsabilidad

Los accionistas minoritarios tienen reconocida su legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Esta legitimación no se concede de forma individual a los accionistas, sino que se configura como un derecho corporativo atribuido a la minoría⁹. Así, aquellos socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social, incluyendo igualmente a quienes no tienen derecho de voto, están legitimados para el ejercicio conjunto de la mencionada acción de responsabilidad.

Los accionistas que logren reunir el porcentaje exigido podrán iniciar la acción pero con carácter subsidiario, solo si la sociedad no la entabla dentro de un mes desde la fecha del acuerdo favorable, cuando éste fuera contrario a la exigencia de responsabilidad o cuando los administra-

⁵ En opinión de JUSTE (*Los derechos...* página 31) la doctrina se ha ocupado, además, de aquellos supuestos en los que la mayoría, aun respetando los derechos de los socios e incluso los procedimientos de formación de la voluntad social, impone una decisión contraria al interés social, o incluso perjudicial para la minoría. En este sentido se ha propuesto la aplicación de categorías creadas para otras disciplinas jurídicas, como el derecho administrativo en el ámbito de las sociedades privadas, como el exceso o abuso de poder.

⁶ Dentro de esta categoría se encuentran disposiciones de muy diversa índole, como el ya mencionado derecho de separación, el sistema de compensación en la estructura de grupo en algunos ordenamientos, las normas sobre obligatoriedad de adquirir la participación minoritaria en determinadas circunstancias, entre otras.

⁷ DUQUE, *La tutela...* página 10. En sentido estricto, la tutela de la minoría se realiza con aquellos medios con que el ordenamiento societario protege al grupo minoritario o al accionista asilado frente a un acuerdo que, respetando las normas procedimentales en su adopción y los derechos propios o individuales de los accionistas, perjudica el interés social entendido como interés común de los socios., intentando hacer prevalecer sobre el interés común un interés extrasocial incompatible con el primero. En su opinión, la tutela de la minoría significa, por tanto, la actividad realizada por los órganos judiciales para determinar, en el interés de la existencia de la sociedad, si los acuerdos de la junta se adecúan a las normas de legalidad que, para su funcionamiento, se han dictado, cuando la valoración minoritaria disiente de la realizada por la mayoría sobre el interés social.

⁸ Sobre esta cuestión del interés social véase a HERNANDO CEBRIÁ, *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Control societario y los abusos de la mayoría, de minoría y de igualdad*, Bosch, Barcelona, 2013, páginas 60 a 77.

⁹ POLO, "Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima", en AA.VV, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Uría, Menéndez y Olivencia, Tomo VI, Madrid, 1992, página 344. En efecto, en opinión del citado autor, esta exclusión del derecho individual del accionista para el ejercicio de la acción social se justifica en la necesidad de cuantificar en una cierta medida la atribución a los accionistas de la defensa de los intereses sociales, evitando un uso abusivo y desestabilizador de la acción por los accionistas individuales que únicamente ostenten partes ínfimas del capital.

dores no convocasen la junta solicitada para este fin. En este sentido se debe tener en cuenta que los administradores actuarán, por regla general, de acuerdo con los socios mayoritarios de la junta general por lo que rara vez tendrá lugar el ejercicio de la acción social de responsabilidad por iniciativa del órgano de deliberación de la sociedad.

Sin embargo, y para evitar que la relación de confianza entre la mayoría social y los administradores pueda generar un daño a la sociedad, es común la previsión de conceder a los socios minoritarios la posibilidad de ejercitar esta acción social de responsabilidad. En el reciente pronunciamiento, citado anteriormente, el Alto Tribunal deja claro que es una posibilidad con la que contaban los tres actores –D. Alberto, D. Edmundo y D. Joaquín– pero que sin embargo no llegaron a hacer uso de ella porque el Tribunal Supremo basó su fallo, como analizaremos más adelante, en la declaración de nulidad de los contratos suscritos por los administradores por ilicitud de la causa. Es decir, que la demandante tiene un interés jurídico que no se agota en la legitimación para una eventual acción de responsabilidad social contra los administradores, sino que alcanza también el ejercicio de la acción de nulidad.

B. Legitimidad del socio minoritario para instar la nulidad de la compraventa del principal activo inmobiliario de la sociedad

Hasta la fecha, la Jurisprudencia española había negado la legitimación de los socios para solicitar la nulidad de una compraventa celebrada por el representante de la sociedad. De esta forma, en SSTTS de 8 de abril de 2013 y de 21 de noviembre de 1997, consideraba que los socios no eran terceros perjudicados, sino socios perjudicados y que, por tanto, su ámbito de actuación se ceñía al derecho societario, en concreto a la exigencia de responsabilidad a los administradores. Las sentencias citadas señalaban que, al estar integrados en la personalidad jurídica de la sociedad, no podían atacar los negocios jurídicos celebrados por el representante social únicamente por considerarlos contrarios a sus intereses.

Esto es, no se podía considerar como un tercero legitimado a quien era parte del negocio jurídico así celebrado. Esta argumentación llevaba al Tribunal Supremo a adoptar un planteamiento que bien podríamos denominar desconfiado o reticente ante la posibilidad de atribución de legitimación a los socios para el ejercicio de las acciones de nulidad, considerando que la sede societaria apropiada para dirimir esta clase de cuestiones, cuando los propios socios consideraran lesionados sus intereses, era la del ejercicio de las acciones de responsabilidad frente a los administradores previstas en la normativa societaria.

Concretamente la segunda de las sentencias citadas, de manera muy significativa, señalaba que “*integrados los socios en la personalidad jurídica social, todos ellos son parte en los contratos así celebrados por el representante del ente social y, por ello, no cabe reconocer a los socios actores-recurrentes la condición de terceros legitimados para instar la nulidad radical o de pleno derecho*”. Ahora bien, el hecho de que en estos casos los socios carezcan de un interés legítimo para impugnar la nulidad de una compraventa realizada por la sociedad, no supone que en todos los supuestos y con carácter general, suceda de igual forma. Consideramos que esta sentencia realizaba una argumentación quizás en exceso arriesgada y categórica, no suficientemente matizada, pues una cosa es considerar al socio, naturalmente, integrante de la persona jurídica social y otra bien distinta, y quizás excesiva, considerar que es, necesariamente, “parte”, en todos los contratos celebrados por la sociedad, tal si existiera la tácita presunción de que todos los contratos cuentan con su aprobación y su refrendo.

Esta interpretación restrictiva merece igualmente otro comentario desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, pues una de las características esenciales de la nulidad radical de los negocios jurídicos como forma de ineficacia de los mismos ha sido, tradicionalmente, la amplitud de la legitimación que para su denuncia se establece, de manera que excluir por sistema y categóricamente

camente a los socios de dicha posibilidad o, cuanto menos, venir a establecer una presunción fáctica contraria a ello, no parece avenirse demasiado bien con el régimen jurídico de la nulidad de nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, para el Alto Tribunal, no puede mantenerse la citada falta de legitimación de los socios minoritarios¹⁰. Y estimó la acción de nulidad planteada por éstos reconociéndoles, de esta forma, la legitimación ante la existencia de una causa ilícita. De manera que, la atribución de personalidad jurídica a una sociedad no implica que sus socios queden desconectados de los negocios jurídicos que sus órganos representativos suscriban. Especialmente cuando éstos suponen una lesión de los intereses de los mencionados socios.

III. CAUSA ILÍCITA DE CONTRATOS SUSCRITOS EN FRAUDE DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS MINORITARIOS

En este apartado de nuestro estudio es donde radica la reciente aportación a la doctrina por parte de la Jurisprudencia. El Tribunal Supremo, en su ya citado pronunciamiento de 23 de septiembre de 2014, estima la acción de nulidad por existencia de causa ilícita, puesto que los negocios jurídicos impugnados se habrían celebrado para defraudar los derechos de los socios minoritarios. En este supuesto, los mencionados socios están legitimados para interponer la acción de nulidad por cuanto son titulares de un interés directo al alegar la existencia de un perjuicio patrimonial causado por los negocios jurídicos que fueron objeto de la impugnación.

Por su enorme trascendencia, consideramos importante hacer referencia al objeto del litigio que originó el pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo. En efecto, la transmisión de las participaciones sociales fue considerada nula, pero no por la existencia de una contraprestación a precio inferior al valor real de los bienes transmitidos, sino por ilicitud de la causa, al integrarse en una operación destinada a despatrimonializar la sociedad en cuestión, en perjuicio precisamente de los socios minoritarios; mediante la segregación y aportación de las partes más valiosas de la finca que constituía el principal activo del patrimonio social de la compañía principal del litigio a otras dos sociedades menores, como aportaciones no dinerarias a diversas ampliaciones de capital, y la posterior enajenación de las participaciones sociales que a cambio recibió la mencionada sociedad matriz a entidades controladas por los socios mayoritarios de ésta, por un precio inferior al valor de mercado.

Como decimos, la ilicitud de la causa no se deduce de que se haya pagado un precio inferior al de mercado por los bienes transmitidos. En modo alguno, puesto que el precio justo no es efectivamente un requisito de validez en los negocios onerosos de carácter transmisivo. Sino que lo que origina la ilicitud de la causa y, en consecuencia, la nulidad del contrato en cuestión es que estos negocios jurídicos se integran en una operación cuya finalidad no es otra que la de despatrimonializar a la sociedad matriz, en claro perjuicio de los socios minoritarios, logrando la transmisión de los bienes que constituían la parte más valiosa de su patrimonio a entidades que estaban controladas por los socios mayoritarios.

De igual forma, ni la Jurisprudencia ni la reciente doctrina entran a valorar la cuestión de que la conducta del órgano de administración de la sociedad matriz pueda dar lugar a la responsabilidad de sus componentes. Y tampoco que, dicha responsabilidad de los administradores, impida la declaración de nulidad de los negocios jurídicos concertados cuando concurre causa legal para ello. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, de manera reiterada y constante, ha distinguido la causa del contrato de los motivos que conducen a las partes a su celebración.

¹⁰ En este sentido, véase HERNANDO CEBRIÁ, "Relaciones entre socios minoritarios mandantes y socios mayoritarios", *Revista jurídica del notariado*, n° 90-91, 2014, páginas 596-599.

Así, el artículo 1274 del Código Civil establece que la causa es el fin que se persigue en cada hipótesis contractual (contraprestación, servicio que se remunera, mera liberalidad), y afirma que tiene por ello un significado objetivo y típico. Sin embargo, en opinión de DIEZ PICAZO¹¹, atendiendo a las corrientes modernas que "dan relevancia al propósito empírico perseguido por las partes como integrado en el concepto de causa, reconoce la posibilidad de que los móviles o motivos particulares pueden tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad, viniendo a constituir parte de la misma, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes". El Alto Tribunal acoge siempre "la concepción más radicalmente subjetiva de la causa, que la equipara a los móviles de las partes, cuando se persigue con el contrato un fin ilícito o inmoral"¹².

En este sentido, para poder hablar de la existencia de un contrato, existe una exigencia de requisitos más allá de la exclusiva voluntad de los contratantes, y existe un control de la licitud de lo querido por éstos. Siguiendo en este punto a LÓPEZ LÓPEZ¹³, quien afirma que el contrato consiste en un acuerdo de voluntades, en un entrelazamiento de promesas y aceptaciones de las mismas, que genera vínculos; pero vínculos cuyo cumplimiento solo puede ser reclamado coercitivamente, si con el consenso contractual concurre la denominada *causa civilis obligandi*, esto es, la razón por la que te obligas¹⁴. En el supuesto de los miembros del órgano de administración de la sociedad matriz, dicha razón era la de actuar en perjuicio de los socios minoritarios vaciando del mayor contenido patrimonial a la sociedad matriz, al desprenderse del mayor de sus activos a un precio muy inferior al de mercado.

IV. ESTADO DE LA CUESTIÓN A LA LUZ DE LA REFORMA LEGISLATIVA PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

El pasado 4 de diciembre de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo¹⁵. En esta reforma se han introducido diversos mecanismos que van a contribuir a la defensa de los intereses de los socios minoritarios en las grandes sociedades. Así, las modificaciones introducidas por esta nueva Ley en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital parten de la base del Informe emitido por la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo; y pueden agruparse, fundamentalmente, en dos grandes bloques:

1. Juntas de accionistas

En este punto, las reformas van orientadas a ampliar las competencias de la junta general¹⁶,

¹¹ *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 2012, página 46.

¹² Sentencias de 30 de enero de 1960, 25 de abril de 1962, 1 de abril de 1982 y 11 de diciembre de 1986, entre otras. Como decimos, para la concepción subjetiva, la causa es el elemento o momento psicológico que determina la voluntad, la razón o motivo decisivo que induce a negociar. En este sentido, ALBALADEJO (*Derecho Civil. Introducción y parte general. La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1996, página 253) define a la causa como el fin particular cuya consecuencia impulsa a realizar el negocio. En definitiva, la causa no consiste en el fin abstracto y permanente de cada tipo de negocio, sino en la finalidad concreta perseguida por las partes en el negocio contemplado en particular.

¹³ *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Valencia, 2012, página 329 y 330. En opinión del citado autor, para que se pueda hablar de la existencia de un contrato, existe una exigencia de requisitos más allá de la exclusiva voluntad de los contratantes, y existe un control de licitud de lo querido por estos. Tanto los requisitos como el control conforman la eficacia de las promesas contractuales, en manera tal, que sólo en este marco, y con estas premisas, se justifica la afirmación del contrato como creador de obligaciones.

¹⁴ Para ver más sobre la causa subjetiva véase, entre otros a: DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, III, Thomson Civitas, 2008, páginas 227-229; CLAVERÍA, *La causa del contrato*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998.

¹⁵ El antecedente directo de esta Ley se encuentra en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, en virtud del cual se creó una comisión de expertos en materia de gobierno corporativo para proponer las iniciativas y las reformas normativas adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, y para prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas.

¹⁶ Se incluye como competencia de la junta general de todas las sociedades de capital la adquisición, enajenación o aportación a otra

reforzar los derechos de los accionistas minoritarios y asegurar la transparencia de la información que reciben los accionistas¹⁷. En general, se pretende garantizar que los accionistas se pronuncien de forma separada sobre el nombramiento, la reelección o la separación de los administradores y las modificaciones estatutarias. Respecto al tratamiento jurídico de los conflictos de interés, se establece una cláusula específica de prohibición de derecho de voto en los casos más graves de conflicto de interés y una presunción de infracción del interés social en los casos en que el acuerdo social haya sido adoptado con el voto determinante del socio o de los socios incurso en un conflicto de interés¹⁸.

En efecto, tras la reforma legislativa, el artículo 190.3 de la Ley de Sociedades de Capital establece que: “...cuando el voto del socio o socios incurso en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social.” Este artículo sobre el conflicto de interés, se debe poner en conexión con el artículo 204.1 que regula los acuerdos impugnables y afirma que: “la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.

En nuestra opinión, como decimos, el sentido de la reforma del texto normativo sobre las sociedades de capital va en la dirección de aumentar, de mejorar, los mecanismos adecuados para la defensa de los intereses de los socios minoritarios. Así, volviendo al litigio que motivó el pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo, la actuación por parte de los socios mayoritarios de la sociedad matriz fue la siguiente: segregaron partes de un activo social (concretamente el de mayor valor) que pertenecía a la sociedad matriz y lo aportaron –dicho activo segregado– a otras sociedades. Con posterioridad, venden a sociedades controladas por los socios mayoritarios las participaciones de las sociedades beneficiarias de la segregación que había recibido la sociedad matriz por la aportación al capital de aquéllas de las fincas segregadas. Es decir, que queda demostrada la situación de conflicto de interés en la que incurren los socios mayoritarios.

De este modo, los accionistas minoritarios cuentan con un motivo más para impugnar el acuerdo social en cuestión con base en la lesión del interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La nueva presunción legal, según la cual, habrá infracción del interés social en todos aquellos casos en que el acuerdo social haya sido adoptado con el voto determinante del socio o de los socios incurso en un conflicto de interés, jugaría a su favor para impedir que el mencionado acuerdo se adoptase de manera válida.

Otro punto de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital que se podría poner en valor,

sociedad de activos esenciales; cuestión que la actual recomendación tercera del Código Unificado recogía parcialmente para las sociedades cotizadas. La reforma legal a la que aludimos, a contrario que la recomendación, no requiere que la adquisición o enajenación suponga una modificación efectiva del objeto social, y basta que la operación se lleve a cabo sobre activos esenciales. En este sentido, la ley presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. Asimismo se amplía a todas las sociedades de capital la facultad de intervención de la junta general en asuntos de gestión, cuestión que anteriormente parecía estar reservada únicamente al supuesto de las sociedades de responsabilidad limitada.

¹⁷ En efecto, se reduce al 3% en las sociedades cotizadas el porcentaje que la Ley de Sociedades de Capital fijaba en el 5% para el ejercicio de ciertos derechos de minoría. De igual forma se establece como obligatorio, en todas las sociedades de capital, la votación separada en junta general de los asuntos que sean independientes, en particular: nombramiento, ratificación, reelección o separación de cada administrador; en la modificación de estatutos, la de cada artículo o grupos de artículos que tengan autonomía propia y aquellos asuntos en los que, de manera expresa, así se refleje en los estatutos de la sociedad.

¹⁸ Como analizaremos a continuación, para afrontar la problemática de los conflictos de interés en las decisiones de la junta general se incluyen tres medidas. En primer lugar, en los casos más graves, se adopta para todas las sociedades de capital, la regulación anterior de las sociedades de responsabilidad limitada, esto es, prohibición del derecho de voto del socio interesado. En segundo lugar, se establece una presunción de infracción del interés social cuando el acuerdo se haya adoptado gracias al voto determinante de los socios en conflicto. Y, en tercer lugar, se exigen votaciones separadas en los distintos grupos de accionistas en las modificaciones estatutarias que los afecten de manera asimétrica en el plano sustancial, dando origen a un tratamiento discriminatorio.

es el nuevo artículo 160 en relación a la competencia de la junta. Concretamente, en el apartado f), se establece que: *"la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter de esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado"*. De esta forma, los administradores de una sociedad matriz, para poder enajenar o segregar un activo importante de la sociedad, deberían contar con el acuerdo previo y preceptivo de la junta general. Nos encontramos, por tanto, ante una nueva garantía con la que los accionistas minoritarios podrán defender sus intereses¹⁹.

2. Órganos de administración

En esta materia, las reformas se dirigen, entre otros aspectos, a reforzar el régimen jurídico de los deberes y la responsabilidad de los administradores. En efecto, como ahora analizaremos, se tipifican de forma más precisa los deberes de diligencia y lealtad así como los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés²⁰.

Así, en primer lugar, conforme a la nueva redacción del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital: *"el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad"*; la infracción de los deberes de lealtad en los que incurra el órgano de administración, permitirá el ejercicio de acciones de anulación de los contratos suscritos por éstos a instancias de cualquiera que tenga un interés legítimo. De manera que, bastaría con el hecho de que cualquiera de los accionistas minoritarios interpusiera esta acción para impedir las consecuencias negativas que la venta del principal activo de una sociedad matriz hubiera supuesto en su contra.

En definitiva, podemos afirmar que el hecho de que los administradores de una sociedad matriz respondieran eventualmente frente a la sociedad, no obsta para que pueda instarse la nulidad de los negocios jurídicos celebrados por parte de los administradores siempre que dichos negocios hubiesen sido el medio a través del cual los administradores hubieran infringido su deber de lealtad²¹. De esta forma, junto al ejercicio de la acción social de responsabilidad, se puede reclamar la declaración de nulidad de los contratos que suponen transacciones vinculadas entre la sociedad y sus administradores

En segundo lugar, otro aspecto de la mencionada reforma que debemos tener en consideración es la modificación del artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital, en la regulación del deber de lealtad, se amplía el alcance de la responsabilidad al establecer en su párrafo segundo que: *"la infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causa-*

¹⁹ Estamos ante una de las principales y más controvertidas novedades introducida por la Ley 31/2014 a la que estamos haciendo referencia. Así, podemos afirmar que la reforma del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital ha convertido un precepto que hasta ahora había pasado desapercibido en una norma objeto de estudio y debate. La nueva facultad de la junta general introducida por este artículo origina un elemento perturbador a la seguridad jurídica preventiva, al no definir con exactitud qué se entiende como "activo esencial", limitándose a establecer una serie de presunciones y no aclarando de quien es la competencia para decidir sobre el carácter de "esencial" del activo. Para ver más sobre el estado de la cuestión véase, por todos, a FERNÁNDEZ DEL POZO, "Aproximación a la categoría de "operaciones sobre activos esenciales", cuya decisión es competencia exclusiva de la junta (arts. 160 f) y 511 bis LSC"; *La Ley Mercantil*, n° 11, febrero 2015.

²⁰ Respecto al estatuto de los administradores se completa la regulación del deber de diligencia, al que nos referiremos a continuación, para establecer regímenes diferenciados en atención a las funciones encomendadas a cada uno de los administradores de la sociedad. En relación al deber de lealtad, se amplía la descripción de las obligaciones derivadas de dicho deber, especialmente en los que a los conflictos de interés se refiere, extendiéndolo a los administradores de hecho en sentido amplio. De igual forma, se aumenta el alcance de la sanción más allá del resarcimiento del daño causado para integrar la devolución del enriquecimiento obtenido con la infracción.

²¹ A la vista de esta importante norma, no está en absoluto claro ahora mismo que una transacción con posible conflicto de interés para el administrador interviniente únicamente conlleve como sanción y consecuencia una posible acción de responsabilidad contra el administrador y que la validez del negocio no se vea afectada. Para ver más sobre la cuestión véase a GARCÍA DE ENTERRÍA, *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, Aranzadi, Navarra, 2015, páginas 61-69.

do al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”. Como vemos, la reforma se ocupa de sistematizar las consecuencias de la infracción del deber de lealtad por parte de los administradores²², lo cual se hacía necesario –tal y como afirmaba algún sector jurisprudencial– porque se limitaban las acciones de la sociedad a la responsabilidad de los administradores.

Según dispone el referido artículo 227.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la infracción del deber de lealtad hará nacer, junto a la obligación de indemnizar el eventual daño causado al patrimonio social, también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el órgano de administración. Así, la sociedad estará en condiciones de exigir del administrador desleal aquellas cantidades que éste haya obtenido merced a su conducta desleal y que, de acuerdo con las reglas generales en materia de gestión de intereses ajenos, corresponderían a la sociedad.

En definitiva, la nueva redacción de este precepto atribuye a la sociedad, en primer lugar, no solo la acción de daños –que se podrá ejercitar a través de la acción social de responsabilidad– sino la acción de enriquecimiento injusto, que, normalmente, se solapará con la acción de daños, pero no siempre, para que toda la ganancia obtenida por el administrador se atribuya a la sociedad debiendo, sin embargo, soportar individualmente el administrador, las pérdidas que dicha actuación le hayan causado. Ahora bien, como hemos apuntado, la acción de enriquecimiento injusto es independiente de la acción de responsabilidad: en efecto, hay hipótesis en las que no se habrán producido daños pero será exigible la restitución de los beneficios obtenidos y, viceversa, hay supuestos en los que procede reclamar una indemnización pero no hay enriquecimiento ni, en consecuencia, nada que devolver.

En efecto, la acción de devolución del enriquecimiento tiene presupuestos diferentes a la acción de responsabilidad indemnizatoria; fundamentalmente no será necesario probar el daño. Por eso, como afirma DÍAZ MORENO²³ “*el reconocimiento del derecho a obtener la restitución de los beneficios obtenidos por el administrador desleal se muestra especialmente útil para superar las dificultades de prueba del lucro cesante (piénsese en el caso del uso de activos sociales con fines privados o en el de aprovechamiento de las oportunidades de negocio de la sociedad) o, en general, cuando sea difícil demostrar la existencia de cualquier daño (obtención de ventajas de terceros o invocación de la condición de administrador²⁴)*”.

En definitiva, los administradores habrán vulnerado los deberes inherentes al desempeño de su cargo y deberán indemnizar los daños causados pero, además, deberán reintegrar a la sociedad aquello en lo que se hubiera enriquecido que, en la mayor parte de los casos, permitirá determinar de forma sencilla la cuantía de los daños.

²² La anterior regulación de los deberes de conducta procedía de la Ley de 17 de julio de 2003 sobre transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, que a su vez vino a dar cumplimiento a las recomendaciones del conocido como “Informe Aldama”. La actual reforma de la Ley de sociedades de Capital se limita, en esencia, a perfeccionar la disciplina existente precisando el contenido del deber de diligencia y de reformular el contenido general del deber de lealtad y sus principales manifestaciones.

²³ *La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses [observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas]*, Análisis Gómez-Acebo y Pombo, diciembre 2014, -página web: <http://www.gomez-acebo.com/index.php/es/conocimiento/analisis/item/1772-deber-de-lealtad-y-conflictos-de-intereses-observaciones-al-hilo-del-régimen-de-las-operaciones-vinculadas->.

²⁴ En efecto, sin perjuicio de la posibilidad de impugnar los acuerdos de la junta o del consejo que dispensen al administrador de la prohibición de realizar transacciones con la sociedad –generalmente por lesionar el interés social, lo que incluye los acuerdos impuestos por la mayoría en detrimento injustificado de la minoría– podemos destacar las siguientes consecuencias de una eventual infracción al deber de lealtad: a) En el terreno indemnizatorio, de conformidad con el artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital los administradores responderán de los daños que causen por actos u omisiones realizados incumpliendo su deber de lealtad. b) En el terreno restitutorio, según dispone el ya citado artículo 227.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la infracción del deber de lealtad hará nacer, junto a la obligación de indemnizar el eventual daño causado al patrimonio de la sociedad, también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto al que hemos aludido con anterioridad, que haya obtenido el administrador. c) En el terreno impugnatorio, los actos realizados por el administrador en violación de su deber de lealtad pueden ser objeto de acciones tendentes a que se declare su ineficacia. Esta última cuestión abre la posibilidad al ejercicio de acciones de nulidad de los negocios realizados contraviniendo las obligaciones derivadas del deber de lealtad que se puedan basar en la ilicitud de la causa, tal y como hemos sostenido en epígrafe III del presente trabajo (“*Causa ilícita de contratos suscritos en fraude de los derechos de los socios minoritarios*”) al cual nos remitimos.

CONCLUSIONES

Hasta la publicación de la Sentencia de 23 de septiembre de 2014, el Tribunal Supremo había negado la legitimación de los socios para pedir la nulidad de la compraventa celebrada por el representante de la sociedad. Así, en Sentencias anteriores, el Alto Tribunal consideraba que los socios no eran terceros perjudicados, sino socios perjudicados, y por tanto su ámbito de actuación se reducía al derecho societario; en concreto a la exigencia de responsabilidad al administrador (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1997 y de 8 de abril de 2013, entre otras). En las mencionadas Sentencias se argumentaba que, al estar integrados en la personalidad jurídica de la sociedad, en modo alguno podían ir contra los negocios jurídicos celebrados por el representante social, únicamente por considerarlos contrarios a sus intereses. Un socio no podía ser considerado como tercero legitimado pues era parte del negocio jurídico celebrado.

La importancia de la Sentencia de diciembre de 2014 radica en que el Alto Tribunal abre una nueva vía a los socios minoritarios pues les legitima para instar la nulidad de la compraventa del principal activo inmobiliario de la sociedad con base en la ilicitud de la causa. En efecto, la ilicitud de la causa no se debe a la inexistencia del precio o que éste sea inferior al valor real de los bienes objeto de la transacción, sino a que el negocio impugnado se encuadre en una operación para despatrimonializar a la sociedad. El procedimiento es relativamente común en la práctica: el bien se transmite como una aportación no dineraria en la ampliación de capital de otra sociedad, y las participaciones que, como contraprestación, recibía la sociedad que transmitía el bien se enajenan con posterioridad a otras sociedades cuyo control corresponde a los administradores de esta última; por un precio muy inferior al valor de mercado, constituyéndose así un fraude de los derechos de los socios minoritarios.

Las recientes reformas introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, van encaminadas –entre otras– a ampliar las competencias de la junta general, reforzando los derechos de los accionistas minoritarios y asegurar la transparencia de la información que reciben los accionistas. Entre los aspectos más destacables de la reforma legislativa figuran extremos que, de haber estado en vigor a la hora de la publicación de la Sentencia referida de 2014, se hubieran podido invocar en beneficio de los accionistas minoritarios. Así, el nuevo artículo 160 apartado f) de la Ley de Sociedades de Capital, entre las competencias de la junta general, incluye “*la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales*”; lo cual hubiera obligado a que el hecho desencadenante del litigio –la aportación del activo fundamental de la sociedad a otra sociedad– se tuviese que deliberar y acordar en una junta general.

De igual forma, la nueva regulación de los conflictos de interés de los socios o accionistas, de carácter más severa que la anterior, hubiese impedido que aquellos socios que se pudieran beneficiar con la aportación del principal activo social a otra sociedad ejerzan su derecho de voto. En efecto, para los conflictos más graves, se prevé la prohibición de voto de los socios o accionistas que hasta ahora únicamente era aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada. En los demás casos, el socio podrá votar. Sin embargo, como novedad, existe una inversión de la carga de la prueba en determinados acuerdos, como nuestro supuesto de hecho, en los que el socio deberá justificar que ha actuado conforme al interés social. Y se incluyen, de manera expresa, en la noción de lesión al interés social, los acuerdos adoptados de manera abusiva por la mayoría.

En lo que respecta al órgano de administración, las principales novedades de la reforma y que hubieran podido tener aplicación en el supuesto de haber estado en vigor con anterioridad a diciembre de 2014, son las siguientes: en primer lugar, la infracción del deber de lealtad de los administradores determinará la ampliación del alcance de la responsabilidad, más allá del resarcimiento del daño causado al patrimonio social, incluyendo la devolución del enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. Y, en segundo lugar, debemos tener en consideración que la acción

de responsabilidad será compatible con acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores y que fueran contrarios a su deber de lealtad.

En un futuro, y partiendo de la aplicación de estos preceptos reformados de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, sería aconsejable la consolidación de la doctrina del Tribunal Supremo iniciada a raíz de la Sentencia de 23 de septiembre de 2014. Que los administradores sociales respondan indemnizatoriamente frente a la sociedad no excluye que pueda pedirse la nulidad de los negocios jurídicos celebrados por parte de los administradores, en aquellos supuestos en los que dichos negocios constituyan el vehículo a través del cual los miembros del órgano de administración de la sociedad hayan infringido su deber de lealtad.

De modo que, siempre que la protección de los terceros de buena fe no lo impida, no encontramos obstáculo alguno para que, junto al ejercicio de la acción social de responsabilidad se pueda reclamar la declaración de nulidad de los contratos que supongan transacciones vinculadas entre los administradores y la sociedad. En efecto, el ejercicio de la mencionada acción social de responsabilidad no excluye el de todas las acciones que, para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los socios, correspondan a estos, incluida la de nulidad de los contratos que articulan el fraude de los derechos de los socios minoritarios.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, MANUEL *Derecho Civil. Introducción y parte general. La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1996.

CLAVERÍA, LUIS HUMBERTO, *La causa del contrato*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998.

DE CASTRO, FEDERICO *Derecho Civil de España*, III, Thomson Civitas, 2008.

DÍAZ MORENO, ALBERTO *La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses [observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas]*, Análisis Gómez-Acebo y Pombo, diciembre 2014.

DÍEZ PICAZO, LUIS *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 2012.

DUQUE, JUSTINO *Tutela de la minoría*, Valladolid, 1957.

EMBID, JOSÉ MIGUEL *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios (La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo)*, Madrid, 1987.

EMBID, JOSÉ MIGUEL "El socio minoritario y el grupo de sociedades", en *Cuadernos de derecho para ingenieros*, vol. 10, 2011, páginas 217-236.

FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS "Aproximación a la categoría de "operaciones sobre activos esenciales", cuya decisión es competencia exclusiva de la junta (arts. 160 f) y 511 bis LSC"; *La Ley Mercantil*, nº 11, febrero 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*, Aranzadi, Navarra, 2015.

GIRÓN TENA, JOSÉ *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952.

HERNANDO CEBRIÁ, LUIS El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Control societario y los abusos de la mayoría, de minoría y de igualdad, Bosch, Barcelona, 2013.

HERNANDO CEBRIÁ, LUIS “Relaciones entre socios minoritarios mandantes y socios mayoritarios”, *Revista jurídica del notariado*, n° 90-91, 2014, páginas 593-608.

USTE, *Los derechos de la minoría*, Pamplona, 1995.

LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Valencia, 2012.

MARTÍNEZ MACHUCA, PABLO *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Bolonia, 1999.

POLO, “Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima”, en AA.VV, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Uría, Menéndez y Olivencia, Tomo VI, Madrid, 1992.

NOTAS SOBRE LA INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA. EL CASO ESPAÑOL

NOTES ON EXPROPRIATORY COMPENSATION. THE SPANISH CASE

CARLOS CÉSPEDES MUÑOZ*

PROFESOR DE DERECHO CIVIL

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

RESUMEN: El presente artículo pretende dar noticia de las notas esenciales de la regulación de la indemnización expropiatoria en el sistema español. Con ocasión del examen de sus principales características, llegaremos a la conclusión que ella configura una hipótesis de daño lícito, lo que supone admitir una reparación limitada de los perjuicios causados.

ABSTRACT: *The present article intends to give notice of the essential notes of the regulation of the expropriatory compensation in the Spanish system. When examining its main characteristics, we will conclude that it constitutes a hypothesis of lawful damage, which implies admitting a limited reparation of the damages caused.*

PALABRAS CLAVE: Indemnización, Expropiación, Daño Lícito.

KEY WORDS: *Compensation, Expropriation, Lawful Damage*

* Doctor en derecho por la U. de Salamanca (españa). Profesor de Derecho Civil de la U. Católica de la Santísima Concepción. Director del Magister en Derecho Privado de la misma universidad. Correo postal: Lincoyán 255, Concepción, Chile. Correo electrónico: ccespedes@ucsc.cl.

1. PALABRAS PREVIAS

El art. 33.3 CE¹ dispone que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Por su parte, conforme al art. 1.1 LEF, el concepto de expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social comprende «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio».

De esta manera, el régimen de expropiación forzosa se construye sobre dos principios esenciales: la potestad expropiatoria, que permite al poder público privar a los particulares de bienes y derechos; y la garantía patrimonial, que reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizado por tal privación². Pues bien, este último extremo es el objeto de nuestra atención.

2. CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN FORZOSA

Como hemos dicho, la expropiación pretende ser una garantía patrimonial del administrado frente a los perjuicios causados por la Administración³, no obstante tratarse de una privación singular. Ahora bien, los términos genéricos del art. 33.3 CE convierten a la expropiación forzosa en una institución necesitada de la correspondiente configuración legal, como lo manifiesta la parte final de tal disposición⁴. Por ello, recurriremos a la jurisprudencia del TC para determinar su conceptualización.

Así, la STC de 15 de marzo de 1990⁵ refiere que «... la existencia misma del concepto de expropiación de derechos –en cuanto presupuesto previo de la necesidad de indemnización–... se encuentra integrado por dos elementos esenciales: que se trate de derechos, y no de meras expectativas, y que la privación de los mismos sea de carácter “singular”, esto es, represente un “sacrificio especial” impuesto a uno o varios sujetos, y no una limitación o regulación general del contenido de un derecho, que no priva del mismo, sino que lo configura *ex novo* o bien modifica una situación normativa general anterior».

Como primer presupuesto, el objeto de la expropiación está constituido por la privación de bienes y derechos (art. 33.3 CE) y la afectación de intereses patrimoniales legítimos (art. 1.1 LEF), descartándose la indemnización por privación o afectación de meras expectativas. Por lo anterior, el propio TC ha precisado que «... la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros»⁶. Por ello, no se ha concedido indemnización por considerarse como mera expectativa la mantención de una determinada edad de jubilación ante una ley que la redujo⁷; la de

¹ Abreviaturas. CE: Constitución española; LEF: Ley de expropiación forzosa; LRJAE: Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; LRJSP: Ley de Régimen Jurídico del Sector Público; STC: sentencia Tribunal Constitucional; STS: sentencia Tribunal Supremo; TC: Tribunal Constitucional.

² Entre varios, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, en *ADC* (1955), p. 1035; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, p. 120; LÓPEZ MENUDO, F., CARRILLO DONAIRE, J.A. y GUICHOT REINA, E., *La expropiación forzosa*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 27.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, reedición, Civitas, Madrid, 1984, pp. 143 y ss.; BARNÉS, J., «El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, p. 53.

⁴ PARDO FALCÓN, J., «El Tribunal Constitucional en la propiedad», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, p. 73.

⁵ STC 41/1990 en BOE N.º 85, suplemento, de 09 de abril de 1990, entre varias que expresan lo mismo.

⁶ STC 108/1986 de 29 de julio, en BOE N.º 193, suplemento, de 13 de agosto de 1986.

⁷ Ídem. Esta es una de las sentencias que alentaron el debate sobre la responsabilidad del Estado legislador, ya que, no obstante rechazar el recurso de inconstitucionalidad, declara que tal hecho pueda «merecer algún genero de compensación», abriendo, con ello, la puerta a la indemnización por acto del legislador, lo cual, a juicio de GARRIDO FALLA, se debe a la «mala conciencia» del TC al rechazar tal recurso (GA-

mantener los empleados públicos las condiciones en que realizan su función o tarea al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia en que lo estuvieran cuando ingresaron en aquélla⁸; y la de recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación⁹.

Ahora bien, en relación a qué se entiende por «intereses patrimoniales legítimos», GARCÍA DE ENTERRÍA nos dice que se trata de un «concepto válvula» cuya modulación se confía a la prudencia de los Tribunales y lo serán «sólo aquellos sumamente calificados cuyo sacrificio imponga la consecuencia de una indemnización»¹⁰. Se han calificado como tales, por ejemplo, a la situación de los precaristas, los que tienen derecho a una indemnización por la pérdida de la posesión del bien expropiado siempre que se acredite cumplidamente que se les ha causado un perjuicio¹¹.

El segundo presupuesto dice relación con que la privación de derechos efectuada por medio de la expropiación forzosa sea de carácter singular y no constituya una simple regulación o delimitación de aquéllos¹². De esta exigencia y sus contornos nos haremos cargo a continuación.

3. DISTINCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN FORZOSA CON LA DELIMITACIÓN DE DERECHOS Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Conviene distinguir previamente al instituto expropiatorio de otras instituciones estrechamente vinculadas con éste: la delimitación de derechos y la responsabilidad patrimonial de la Administración, que pueden traer o no aparejada una respuesta indemnizatoria.

3.1. Expropiación forzosa y delimitación de derechos

Como conclusión normal se ha sostenido que la delimitación de derechos no debe dar lugar a indemnización, a diferencia de la expropiación, que ha sido concebida para conciliar las exigencias del interés general con la garantía patrimonial de los derechos de los administrados precisamente mediante aquélla¹³. Tal aserto, con base normativa en los arts. 33.2 CE para el derecho de propiedad y el art. 53.1 CE para los demás derechos, no obstante, presenta dificultades en la determinación de su sentido y alcance, dada la «evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa»¹⁴, la cual ha hecho difusos los límites entre ambas instituciones. Esta afirmación es aún más aguda para el sistema español, que incluye dentro del objeto de la expropiación no sólo al derecho de propiedad sino también al resto de los derechos patrimoniales como a los intereses patrimoniales legítimos.

Esta problemática no es propia del sistema español, sino de todos los ordenamientos que regulan el instituto expropiatorio¹⁵. Cabe resaltar la solución adoptada en el sistema norteameri-

RRIDO FALLA, F., "Sobre la responsabilidad del Estado legislador", en *RAP*, N°118 (1989), p. 38).

⁸ STC 178/1989, de 02 de noviembre, en BOE N°290, suplemento, de 04 de diciembre de 1989.

⁹ STC de 05 de marzo de 2015 en recurso de inconstitucionalidad 1114/2013, disponible en http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2015_024/2013-01114STC.pdf (visita 19 marzo 2015).

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 54.

¹¹ Como lo declara, entre varias, la STS de 28 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8413).

¹² PARDO FALCÓN, J., *op. cit.*, pp. 74 y 75.

¹³ BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 42; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 86; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el Derecho comparado», en *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (coordinadores Alfredo ARISMENDI A. y Jesús CABALLERO O.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 3042 y 3043; LÓPEZ MENUÑO, F., CARRILLO DONAIRE, J.A. y GUICHOT REINA, E., *op. cit.*, pp. 27 y ss.; PARDO FALCÓN, J., *op. cit.*, pp. 74 y 75.

¹⁴ Como lo pone de manifiesto en el trabajo de la misma denominación NIETO, A., *op. cit.*, pp. 67 y ss.

¹⁵ *Cfr.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La garantía constitucional...», recién citado; BAÑO LEÓN, J.M., «Aproximación al régimen jurídico de la expropiación forzosa en Francia, Italia y Alemania», en *DA*, N° 221 (1990), pp. 214 - 215; PONT CASTEJÓN, I., «La técnica expropiatoria en Derecho anglosajón. Estados Unidos y Gran Bretaña», en *DA*, N° 221 (1990), pp. 244 y ss.

cano, en la cual no obstante no contener la Enmienda V ninguna reserva en favor de los posibles efectos limitadores de una ley reguladora de la propiedad, la práctica jurisprudencial develó que había que distinguir entre el *taking* y la *regulation*, situación esta última de la cual puede resultar alguna reducción de utilidad al propietario sin necesidad de indemnización alguna¹⁶. Si bien no hay una fórmula precisa que determine cuando concluye una *regulation* y comienza un *taking*, se afirma que «el *eminent domain* toma (*take*) una propiedad y la aplica para un uso que beneficia al público, mientras que el *police power* (fuente normal de la *regulation*) restringe al propietario en el uso o disfrute de su propiedad porque un ejercicio ilimitado de los derechos de propiedad es considerado contrario al interés público...»¹⁷.

La distinción entre delimitación de derechos y expropiación ha sido una materia de difícil solución. Sobre el particular se han dado los siguientes lineamientos:

a) Criterio de la privación singular de la propiedad (*Einzelaktstheorie*)

Uno de los primeros criterios para diferenciarlos fue el del acto individual o de la privación singular de la propiedad (*Einzelaktstheorie*), conforme al cual la expropiación sólo tiene lugar cuando existe privación de los derechos de una persona determinada o de un círculo delimitado de personas mediante un acto individual de poder¹⁸. En este caso, como debe determinarse si la intervención estatal es una delimitación del contenido del derecho o una mutilación del mismo, se resuelve el dilema de la siguiente forma: las normas generales delimitan derechos, en cambio, los actos individuales los mutilan y hacen procedente una indemnización¹⁹.

b) Teoría del sacrificio impuesto (*Aufopferungstheorie*)

No obstante, constatándose que la citada teoría intentaba resolver un problema material con medios y procedimientos absolutamente formales²⁰, unida a la crisis a la que se vio enfrentado el concepto liberal de ley –que ya no pudo seguir entendiéndose como una simple oposición entre lo individual y lo general–, la doctrina buscó la solución en la teoría del sacrificio impuesto (*Aufopferungstheorie*), que es un intento dogmático de explicar las razones por las cuales determinadas intervenciones del Estado imponen el deber de indemnizar²¹. Con base en el § 75 de la introducción al *Landrecht* prusiano, esta tesis postuló que cuando hay colisión entre los derechos individuales con los derechos del bien común, los derechos de los particulares deben sacrificarse, implicando tal sacrificio un deber de indemnización²².

Esta teoría no contrastó con la teoría del acto individual antes mencionada, puesto que la identificación automática que establecía la teoría del *Einzelakt* entre indemnización y acto particular no permitía avizorar el elemento en que descansaba su verdadera justificación jurídica, que era el concepto de «sacrificio». La *Aufopferungstheorie* abandonó el elemento formal de la individualidad o generalidad del acto interventor, radicándose ahora el dato decisivo en la imposición imperativa por el poder público de un sacrificio a los derechos de las personas²³.

Ante la insuficiencia de la teoría de la privación impuesta de contemplar todos los supues-

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La garantía constitucional...», cit., pp. 3044 y 3045; PONT CASTEJÓN, I., *op. cit.*, pp. 244 y ss.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La garantía constitucional...», cit., p. 3045, citando a SCHWARTZ.

¹⁸ VILLAR PALASÍ, J.L., «Justo precio y transferencias coactivas», en *RAP*, N° 18 (1955), pp. 14 y 15; NIETO, A., «Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa», en *RAP*, N°38 (1962), pp. 73–75; FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 440 y 441.

¹⁹ NIETO, A., *op. cit.*, p. 73.

²⁰ PAREJO ALFONSO, L., «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)», en *REDA*, N°19 (1978), p. 552.

²¹ NIETO, A., *op. cit.*, p. 77; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, pp. 81-82.

²² NIETO, A., *op. cit.*, p. 77; FORSTHOFF, E., *op. cit.*, pp. 441 y 442.

²³ NIETO, A., *op. cit.*, p. 78.

tos expropiatorios que efectúa la Administración²⁴ y el carácter subsidiario de la *Aufopferungstheorie*²⁵, se desarrollaron una serie de construcciones doctrinarias que buscaron la existencia de criterios materiales para deslindar la delimitación de derechos con el instituto expropiatorio: la teoría del sacrificio especial (*Sonderopfertheorie*); la teoría del merecimiento de protección (*Schutzwürdigkeitstheorie*); de la minoración de la sustancia o esencia (*Substanzminderungstheorie*); de la exigibilidad (*Zumutbarkeitstheorie*); de la igualdad; de la utilidad privada (*Privatnützigkeitstheorie*); de la alienación o pérdida de la finalidad (*Zweckentfremdungstheorie*); y, de la teoría del carácter de la ley²⁶, a saber:

c) Teoría del sacrificio especial (*Sonderopfertheorie*)

Esta opinión postula que es expropiatorio aquel ataque a la propiedad que incide sobre el afectado o afectados de una manera especial, más gravosa que el resto de los ciudadanos, constituyendo un sacrificio especial²⁷. De esta manera, el deslinde entre la delimitación del contenido dominical y la intervención expropiatoria reside en el criterio de la existencia de un «sacrificio singular que no se exige a los demás»²⁸.

Las principales críticas a las que se ve enfrentada esta teoría dicen relación con la concreción del criterio que permita definir cuándo se está ante un sacrificio especial o desigual y cuando no²⁹; así como que conduce a la absurda consecuencia de reducir la garantía constitucional del dominio a medida que aumenta el círculo de afectados o el volumen de propietarios lesionados, pues cuanto mayor sean éstos más se sitúa la incidencia estatal en el marco de lo general, con independencia de la profundidad de la incidencia sobre el derecho mismo³⁰.

d) Teoría del merecimiento de protección (*Schutzwürdigkeitstheorie*)

Esta teoría señala que lo determinante para determinar la existencia de una expropiación es si la intervención afecta o no un aspecto digno de protección de la propiedad³¹, basándose en la intensidad, gravedad y alcance de aquél³². Para determinar la dignidad de la protección se debe acudir a una serie de elementos: la historia, la mentalidad general, el lenguaje ordinario y la expresión de la ley³³.

e) Teoría de la minoración de la sustancia o de su esencia (*Substanzminderungstheorie*)

Esta tesis indica que lo concluyente es si tras la intervención sigue o no presente el contenido esencial de la propiedad³⁴.

f) Teoría de la exigibilidad (*Zumutbarkeitstheorie*)

Esta posición examina si el sacrificio que se impone al particular está dentro de lo exigible, es decir, si es digno de ser protegido prevalentemente el interés de la comunidad sobre el interés

²⁴ VILLAR PALASÍ, J.L., *op. cit.*, p. 16.

²⁵ NIETO, A., *op. cit.*, p. 78.

²⁶ Cfr. NIETO, A., *op. cit.*, pp. 73 y ss.; VILLAR PALASÍ, J.L., *op. cit.*, pp. 14 y ss.; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 86 y ss.

²⁷ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 88 y 89.

²⁸ KIMMINICH, O., «La propiedad en la Constitución alemana», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNEÉS), Tecnos, Madrid, 1995, p. 164.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 69.

³⁰ PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, pp. 554–557.

³¹ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 87.

³² NIETO, A., *op. cit.*, pp. 78 y 79.

³³ NIETO, A., *op. cit.*, p. 79.

³⁴ VILLAR PALASÍ, J.L., *op. cit.*, pp. 16 y 17; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 87.

particular del propietario³⁵.

Debe consignarse que las tres últimas teorías descritas han sido fuertemente criticadas, ya que la amplitud y flexibilidad de sus conceptos introducirían una absoluta e incierta discrecionalidad sencillamente incompatible con la seguridad jurídica³⁶.

g) Teoría de la igualdad

Este criterio enseña que el quebrantamiento del principio de igualdad supone una intervención en la propiedad privada: la existencia de una carga desigual y de una víctima especial es presupuesto de toda indemnización de Derecho público³⁷.

h) Teoría de la utilidad privada (*Privatnützigkeitstheorie*)

Esta posición doctrinaria atiende a si la intervención pública elimina o limita esencialmente el principio de la utilización privada³⁸: si aquella es tal que impide la utilización real de la cosa por parte del propietario, constituye una expropiación³⁹.

i) Teoría de la alienación o pérdida de la finalidad (*Zweckentfremdungstheorie*)

Según esta corriente, la clave para determinar el efecto expropiatorio es si la propiedad puede seguir siendo utilizada según su finalidad propia⁴⁰.

j) Teoría del carácter de la ley

Este postulado propugna que el propio sentido de la ley es el que puede darnos un criterio definitivo. Refiere que hay leyes que sin conexión con el ordenamiento facilitan una intervención en la propiedad: ellas constituyen casos de expropiación⁴¹.

3.2. La situación en España

En el sistema español el criterio distintivo de la expropiación forzosa es el de la «privación singular», que implicaría dos ideas: la primera, una sustracción positiva de una integridad patrimonial y, la segunda, un ataque concreto y no general, ya que de ser así sería consubstancial a todos los derechos y sólo sería una limitación⁴², por lo tanto, no indemnizable.

Pero, a pesar de la literalidad de las disposiciones que la contemplan, la mayoría doctrinaria se ha manifestado en contra de la privación singular como criterio absoluto, proponiendo criterios distintivos alternativos o complementarios⁴³, a saber:

a) El de la existencia de un beneficiario de la intervención pública, ya que «donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, o de la suma de beneficiarios que eventualmente la Administración personifica, no hay expropiación, sino actos de policía que no dan lugar a indemnización»⁴⁴.

³⁵ VILLAR PALASÍ, J.L., *op. cit.*, p. 18; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 88; KIMMINICH, O., *op. cit.*, p. 164.

³⁶ NIETO, A., *op. cit.*, p. 80.

³⁷ NIETO, A., *op. cit.*, pp. 80 y 81.

³⁸ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 88.

³⁹ NIETO, A., *op. cit.*, p. 84.

⁴⁰ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 88.

⁴¹ NIETO, A., *op. cit.*, p. 84.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., pp. 67 y 68.

⁴³ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 96.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva...*, cit., p. 70.

- b) El de otorgar un repertorio de puntos de vista para establecerla, utilizando para ello los criterios materiales de expropiación (teoría del sacrificio, teoría de lo digno de ser protegido, teoría de la igualdad, teoría de la utilización privada y la teoría del carácter de la ley) unido a la función social de la propiedad, la reserva legal y la existencia de elementos especiales que excluyen la posibilidad de una indemnización⁴⁵.
- c) El de atender al respeto del contenido esencial del derecho afectado. Se sostiene que si la delimitación legal del contenido o la introducción de nuevos límites desconocieran tal contenido esencial, se generaría una privación del derecho que, aunque predicada de una norma general, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la correspondiente indemnización⁴⁶.

La jurisprudencia española se ha decantado por el criterio material vinculado al respecto del contenido esencial de los derechos patrimoniales, aun cuando se trate de un ataque general⁴⁷. Así, se ha resuelto que «para el Tribunal Constitucional la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo –y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas– viene marcada en cada caso por el elenco de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquél, puede ser expresada como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección...»⁴⁸.

La sentencia antes reseñada trae como antecedente la STC 11/1981, de 08 de abril⁴⁹, cuyo ponente, el profesor Díez-Picazo, en un trabajo posterior, explicaba que el ensayo de puntualización sobre el contenido esencial se realizaba desde un punto de vista dogmático y desde otro de jurisprudencia de intereses: desde el punto de vista dogmático, acudía a la idea de reconocibilidad del derecho como perteneciente a un determinado tipo, es decir, es aquella parte del contenido –haz de poderes y facultades– que permite reconocer el derecho como perteneciente a este tipo dado; y, desde la jurisprudencia de intereses, preconizaba que era aquello que resultaba necesario para que queden protegidas las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir y de los que es instrumento⁵⁰. Y, así, desde ambas perspectivas, concluye que el contenido esencial del derecho de propiedad está constituido «por la conjunción de los clásicos *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius disponendi*»⁵¹.

De esta manera, atendida la definición del art. 1.1 LEF y los criterios materiales expuestos por la doctrina, se ha calificado a la expropiación como privación singular y especial y como sacrificio generalizado del contenido esencial⁵², para efectos de distinguirla con la delimitación de

⁴⁵ NIETO, A., *op. cit.*, pp. 75 a 90. En sentido similar, VILLAR PALASI, J.L., *op. cit.*, pp. 14-21, quien se manifiesta contrario al criterio de la *Einzelaktstheorie* y se muestra partidario de aplicar los criterios suministrados por la doctrina alemana, antes vistos.

⁴⁶ BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 49.

⁴⁷ BARNÉS, J., *op. cit.*, pp. 47 y ss.; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 99 y ss.

⁴⁸ STC 37/1987, de 26 de marzo, en BOE N°89, suplemento, de 14 de abril de 1987, entre varias en el mismo sentido. *Cfr.*, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», en *RAP*, N°177 (2008), pp. 183 y 184 y la jurisprudencia por él citada.

⁴⁹ RTC 1981/11.

⁵⁰ Díez-Picazo, L., «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, p. 1262.

⁵¹ Díez-Picazo, L., *Algunas reflexiones...*, cit., p. 1263. En el mismo sentido, BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 49.

⁵² BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 51.

derechos. Y, por lo mismo, cuando una ley delimita o limita el derecho de propiedad haciéndolo impracticable, se trataría de una ley inconstitucional por infringir el art. 53.1 CE al afectar su contenido esencial⁵³.

3.3. Figuras intermedias entre la expropiación forzosa y la delimitación de derechos

Surgidas en la evolución del sistema alemán y como consecuencia de la expansión, por vía interpretativa, del instituto expropiatorio, encontramos las siguientes figuras: el ataque o intervención expropiatoria (*enteignender Eingriff*) y la delimitación de derechos necesitada de compensación (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*).

En virtud del ataque o intervención expropiatoria (*enteignender Eingriff*), se indemnizan las consecuencias colaterales (*Nebenfolgen*) sobre derechos de carácter patrimonial, generalmente atípicas e imprevisibles, que se derivan de actuaciones de la Administración ajustadas a Derecho y que significan para el particular un sacrificio superior al que le es obligado soportar⁵⁴. En la actualidad esta figura tiene un carácter residual y ha quedado prácticamente absorbida por la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, por lo que sólo cubre las consecuencias fortuitas o casuales de la actuación administrativa ajustada a Derecho⁵⁵.

Los requisitos para que tenga lugar un ataque expropiatorio indemnizable son los siguientes: a) existencia de una lesión a la propiedad entendida en un sentido amplio, esto es, como sinónimo de posición jurídica de contenido patrimonial; b) que dicha lesión sea una consecuencia colateral atípica (imprevisible) e involuntaria de una actuación administrativa ajustada a Derecho; c) inmediatez de la lesión patrimonial; d) la lesión tiene que representar un sacrificio especial (*Sonderopfer*) para el afectado⁵⁶.

La delimitación de derechos necesitada de compensación (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*) constituye una excepción a la regla general de que la delimitación de derechos no trae aparejada indemnización alguna. En virtud de ella, cuando una regulación legal limite la propiedad de una forma general ajustada a la Constitución, pero, en algunos casos concretos, genere cargas especiales injustificables e inexigibles desde la perspectiva de los principios de proporcionalidad e igualdad, la ley deberá prever una indemnización, so pena de ser inconstitucional⁵⁷.

De esta manera, no resulta fácil determinar la línea divisoria que separa a la expropiación de la demarcación de derechos a objeto de determinar la procedencia de una indemnización expropiatoria.

3.4. Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración

Para la doctrina y jurisprudencia tradicional⁵⁸, por regla general, son indemnizables to-

⁵³ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., «Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (arts. 139 y 141 LRJPAC)», en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública* (director Tomás QUINTANA LÓPEZ y coordinadora Anabelén CASARES MARCOS), segunda edición, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 82.

⁵⁴ BAÑO LEÓN, J.M., *op. cit.*, pp. 214 y 215; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 80 y 81.

⁵⁵ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 80 y 81.

⁵⁶ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 81.

⁵⁷ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 114; BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 50; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., *op. cit.*, pp. 74 y 75. En materia ambiental, *cf.* KAHL, W., «La conservación del medio ambiente y el derecho de propiedad en Alemania», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, p. 786.

⁵⁸ Que no puede considerarse dominante después de la crítica efectuada por PANTALEÓN, F., «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», en *DA*, Nº237-238 (1994), p. 245; y seguida por numerosos otros autores, según MIR PUIGPELAT, O., «El sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración: una visión crítica», en MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (compilación y estudio introductorio), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Editorial Porrúa-Itam Ciudad de

dos los daños causados por la Administración que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Esta tesis sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, construida principalmente a partir de la relación de los artículos 9.3⁵⁹, 106.2⁶⁰ y 149.1.18⁶¹ de la Constitución española (CE); y de los artículos 32.1⁶² y 34.1⁶³ de la recién entrada en vigencia Ley 40/2015⁶⁴, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), consagra un concepto de responsabilidad por el cual la Administración responde por los daños causados tanto por su actuación lícita como ilícita⁶⁵; y de forma objetiva: no se exige la concurrencia de dolo o culpa para exigir dicha responsabilidad⁶⁶. Debe dejarse constancia que la última de las leyes citadas no ha modificado sustancialmente el estatuto de responsabilidad patrimonial regulado en su momento por la Ley 30/1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC); por lo que las explicaciones que daremos, fundadas en la antigua normativa, sirven perfectamente para la nueva⁶⁷.

Esta opinión, dotada de fundamento teórico por GARCÍA DE ENTERRÍA⁶⁸ y cuya base normativa inicial encontraba sustento en los artículos 121.1 de la Ley Expropiación Forzosa (LEF)⁶⁹ y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE)⁷⁰ de 1957, se desprendía del tenor literal de la primera de las disposiciones nombradas: la Administración debe responder de toda lesión que “sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Con lo cual la reparación podía emanar de una actuación regular o irregular, lícita o ilícita⁷¹. Así las cosas, este instituto resarcitorio operaría como mecanismo de indemnización de todo daño, salvo

México, 2004, p. 36.

⁵⁹ “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁶⁰ “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

⁶¹ “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 18. Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

⁶² “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

⁶³ “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

⁶⁴ Debe dejarse constancia que el 02 de octubre de 2016 entraron en vigor la Ley 39/2015, de 01 de octubre, sobre Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPCAP), y la Ley 40/2015, de 01 de octubre, sobre Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Potestad expropiatoria*..., cit., p. 1124; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cuarta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 191 y 203; GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II., octava edición, Tecnos, Madrid, 1988, nota 7, p. 220; DE AHUMADA RAMOS, F.J., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, segunda edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 58 y ss.

⁶⁶ GONZÁLEZ-VARAS, S., *Tratado de Derecho administrativo*, segunda edición, tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 514.

⁶⁷ En este sentido, PIZARRO NEVADO, R., (2016) “Capítulo I. Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, en GOZÁLBEZ PEQUEÑO, H. (director), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 102.

⁶⁸ Así lo consigan GARRIDO FALLA, F., “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N°94 (1997), p. 185; DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, pp. 58 y ss.

⁶⁹ “Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”.

⁷⁰ “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”.

⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Potestad expropiatoria*..., cit., p. 1124; BELLO JANEIRO, D., “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Revista Práctica de Derecho de Daños*, N°37 (2006), La Ley 517/2006, disponible en www.laleydigital.es [fecha de visita: 04 de agosto de 2012], p. 10.

que exista una causa de justificación que legitime el respectivo perjuicio⁷².

En el mismo sentido también se ha pronunciado buena parte de la jurisprudencia, destacando por la amplitud y extensión asignada a la responsabilidad patrimonial de la Administración la comentada sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991⁷³, que condenó a INSALUD por los daños sufridos por una paciente como consecuencia de una intervención quirúrgica impecable desde el punto de vista de la *lex artis*⁷⁴. En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 04 de abril de 2000⁷⁵ y de 06 de marzo de 2000⁷⁶.

Lo anterior tiene su antecedente en la construcción unitaria de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del instituto de la expropiación forzosa sobre el concepto unificador de “lesión que no hay deber jurídico de soportar”⁷⁷; y se justifica en el carácter objetivo de esta clase de responsabilidad, que nace al margen de toda idea de culpa o ilegalidad⁷⁸, siendo determinante la existencia de la antijuridicidad del resultado o lesión⁷⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, para que ello tenga lugar deben concurrir los siguientes requisitos materiales para hacer surgir la responsabilidad patrimonial de la Administración: a) que la víctima sufra un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (artículo 32.2 LRJSP) que no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley y que no derive de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción (artículo 34.1 LRJSP); b) que dicho daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (artículo 32.1 LRJSP); y, c) que dicho daño no sea imputable a fuerza mayor (artículo 32.1 LRJSP)⁸⁰.

En base a lo antes expuesto, se han clasificado los distintos títulos de reparación por parte de la Administración de la siguiente forma⁸¹: a) responsabilidad por actuación culpable o negligente de la Administración, que comprende a la responsabilidad por actos administrativos ilegales

⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Potestad expropiatoria...*, cit., p. 1126; LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1983, p. 169. Mir es elocuente sobre el carácter objetivo de esta clase de responsabilidad, afirmando que la regla es la obligación de indemnizar y la exoneración la excepción (MIR PUIGPELAT, O., *El sistema español...*, cit., p. 15).

⁷³ RJ 1991/5115.

⁷⁴ Que condenó a INSALUD por los daños sufridos por una paciente como consecuencia de una intervención quirúrgica impecable desde el punto de vista de la *lex artis*, indemnización que no habría tenido lugar si el hospital hubiese sido de propiedad privada. Lo que llevó a PANTALEÓN a afirmar que “... no veo ninguna razón convincente para conceder a doña María Teresa esos más de diez millones de indemnización cuando no se le conceden a quien resulte igualmente incapacitado a causa de un desafortunado resbalón en la bañera...” (PANTALEÓN PRIETO, F., *op. cit.*, pp. 244 y 245).

⁷⁵ RJ 2000/3258.

⁷⁶ RJ 2000/2600.

⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Potestad expropiatoria...*, cit., pp. 1124 y ss. Y la crítica de PANTALEÓN: “... ha llegado el momento de abandonar esa cautivadora obra de imaginación jurídica que fue la construcción unitaria de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del instituto de la expropiación forzosa sobre el concepto de lesión que no hay deber de soportar: entre la responsabilidad por lo que hemos llamado “daños cuasiexpropiatorios”, de evidente conexión con la expropiación forzosa, y la responsabilidad por riesgo existe una profunda sima principal” (PANTALEÓN PRIETO, F., *op. cit.*, p. 253).

⁷⁸ Entre varios, GONZÁLEZ-VARAS, S., *op. cit.*, p. 514; GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Potestad expropiatoria...*, cit., p. 1125; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 203 y ss.; DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, pp. 55 y ss.; GARRIDO FALLA, F., *Tratado...*, cit., pp. 153 y ss.; LEGUINA VILLA, J., *op. cit.*, p. 169 y ss.; BERBEROFF AYUDA, D. y SOSPEDRA NAVA, F., *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, vol. II, Consejo General del Poder Judicial-Fundación Wellington, Madrid, 2006, pp. 63 y ss.; MORENO MOLINA, J.A., y MAGÁN PERALES, J.M., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales*, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2005, pp. 30 y ss. En sentido similar, STS de 26 de mayo de 2010 (RJ 2010/5421).

⁷⁹ En este sentido, STS de 03 de mayo de 2012 (La Ley 56859/2012). Asimismo, entre varios, GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Potestad expropiatoria...*, cit., p. 1125; LEGUINA VILLA, J., *op. cit.*, p. 169; GONZÁLEZ-VARAS, S., *op. cit.*, pp. 514-516; RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R., “La antijuridicidad del daño como requisito de la responsabilidad patrimonial de la Administración”. *Actualidad Administrativa*, Nº7 (2010), La Ley 1812/2010. Disponible en www.laleydigital.es [fecha de visita: 25 de julio de 2012], pp. 1 y 2.

⁸⁰ Bajo el amparo de la antigua ley, no modificada por la actual, se pronunciaba así MIR PUIGPELAT, O., *El sistema español...*, cit., p. 3. Más sintéticamente, también bajo el vigor de la anterior normativa, se han señalado los siguientes: a) que se haya producido la lesión de un derecho o bien jurídicamente protegido de una persona o grupo de personas; y, b) que exista un nexo de causalidad entre dicha lesión y el funcionamiento de los servicios públicos (DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, p. 148).

⁸¹ Según GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H., *Tratado de Derecho Administrativo*, duodécima edición, vol. II, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 339 y ss.

y por funcionamiento anormal del servicio; y, b) responsabilidad objetiva sin culpa, que integra a los supuestos de responsabilidad por actos administrativos válidos; por funcionamiento normal del servicio, por creación de situaciones de riesgo y de actos no fiscalizables (no anulables) en vía contenciosa.

Pues bien, esta configuración amplia del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración —que hace indemnizable todo daño que el particular no esté obligado a soportar porque no existe un título justificativo que así lo disponga—, ha conducido, según algunos, a la consagración de un sistema basado en la seguridad social más que en un carácter resarcitorio⁸². Lo que ha llevado a sostener que este sistema presenta como principales defectos “su excesiva amplitud, su excesiva indeterminación y su excesiva uniformidad”⁸³.

Dicho lo anterior y sin entrar concretamente a las críticas efectuadas al sistema, puesto que excede el ámbito de este trabajo, nos ocuparemos de trazar las diferencias existentes entre la Responsabilidad Patrimonial de la Administración y el instituto expropiatorio.

En la expropiación el daño se causa deliberadamente y para conseguir una utilidad pública o interés social, siendo un medio necesario para conseguir un fin público; mientras que la responsabilidad cubre los daños accesorios o incidentales de la actuación pública, no provocados voluntariamente para la satisfacción del interés general, ya que no son un medio necesario para el fin público, erigiéndose como una consecuencia indeseada de la actividad de la Administración⁸⁴.

También, la responsabilidad se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁸⁵, a diferencia de la expropiación, en la cual se concede a la Administración una prerrogativa amplia para la consecución del interés público: la potestad expropiatoria⁸⁶. Es decir, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino un mecanismo de reacción para procurar la reparación de los daños causados⁸⁷.

Asimismo, respecto de su régimen, se diferencian en lo siguiente: en la responsabilidad, como consecuencia de la lesión, surge un deber de reparación; en cambio, en la expropiación forzosa no hay deber de reparación *ex post*, sino una carga preventiva de indemnización que condiciona la posibilidad del despojo⁸⁸.

Adicionalmente, se señala como rasgo distintivo la naturaleza jurídica de la indemnización procedente en cada caso⁸⁹. De este extremo nos ocuparemos al tratar la indemnización expropiatoria.

Finalmente, cabe señalar que algunos han querido ver la diferencia entre ambos institutos en la licitud o ilicitud de la actividad administrativa productora del daño⁹⁰. No obstante, se ha refu-

⁸² PANTALEÓN PRIETO, F., *op. cit.*, p. 250; DE AHUMADA RAMOS, F.J., *op. cit.*, p. 135.

⁸³ MIR PUIGPELAT, O., *El sistema español...*, cit., pp. 4 y ss. Como lo grafica la STS de 14 de junio de 1991 (RJ 1991/5115), antes reseñada.

⁸⁴ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., pp. 120 y 121; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., *op. cit.*, pp. 73 y 74.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva...*, cit., pp. 37 y 38. Incluso se ha puesto de manifiesto que «la expropiación forzosa más que una técnica defensiva de la propiedad contra la desposesión está directamente al servicio de la potestad expropiatoria que, como las restantes potestades administrativas, se ejerce, de hecho, a través de la técnica de la decisión ejecutoria, que permite a la Administración alcanzar directamente su objetivo de apoderamiento de los bienes necesarios y resolver después, también unilateralmente, las reclamaciones y las indemnizaciones que puedan corresponder al expropiado bajo el control judicial» (PARADA VÁZQUEZ, J.R., «El art. 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, p. 1285).

⁸⁷ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 120, nota 203.

⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva...*, cit., p. 174; MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 122; TARDÍO PATO, J.A., *Expropiación forzosa y acciones civiles*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 92 y 93.

⁸⁹ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, pp. 81 y ss.

⁹⁰ Tesis de GARRIDO FALLA. Un resumen de su tesis en esta parte puede consultarse en GARRIDO FALLA, F., “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en *RAP*, N°119 (1989), pp. 10 y 11.

tado tal tesis, señalando que la responsabilidad extracontractual de la Administración puede surgir en ausencia de toda culpa o antijuridicidad, impidiendo, con ello, fundar la distinción entre ambos institutos en el criterio licitud o ilicitud de la actuación administrativa⁹¹.

4. GARANTÍAS COMUNES A TODA FORMA DE EXPROPIACIÓN. LA INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA

Bien sabido es que se distinguen tres formas de expropiación: la contemplada en el art. 33.3 CE y art. 1 LEF, también denominada expropiación «administrativa» o «clásica», consistente en la privación singular de cualquier derecho o interés legítimo de contenido patrimonial realizado por la Administración Pública en virtud de lo dispuesto en las leyes; la expropiación singular y *ope legis* de ciertos derechos patrimoniales de una pluralidad determinada de personas; y, la más difícil de identificar, consistente en la privación esencial del dominio mediante ley (arts. 53.1 y 33.2 y 3 CC)⁹².

Se ha afirmado que todas estas modalidades de expropiación están sujetas a las garantías constitucionales del art. 33.3 CE, a saber: a) la causa o fin de interés general o causa *expropriandi* (utilidad pública o interés social); b) la garantía indemnizatoria; y, c) la existencia de un procedimiento administrativo⁹³. Pues bien, dado el objeto del presente estudio, sólo nos detendremos en la segunda de ellas, es decir, la indemnización expropiatoria, a objeto de determinar su justificación, naturaleza jurídica, contenido y alcance.

Constituyendo la expropiación forzosa una forma especial de privación de la propiedad privada por razones de utilidad pública o de interés social, es indudable que origina siempre una lesión al patrimonio del particular, la que no es justo que deba ser sufrida por el titular del bien jurídico afectado. Por ello se justifica la existencia de la indemnización expropiatoria.

Evidentemente la privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos genera un daño⁹⁴ en el expropiado, desde que le produce una modificación perjudicial en su esfera patrimonial⁹⁵; daño que es considerando relevante por el Derecho, al ser determinada por éste una consecuencia jurídica: su indemnización (arts. 33.3 CE y 1 LEF). En este caso y utilizando las palabras de CAVANILLAS MÚGICA, se autoriza el daño (la privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos), pero se le pone precio (la indemnización)⁹⁶.

La necesidad de compensar a los particulares por causa de una expropiación no fue una idea que se consagrara desde un principio. Así, hacia los finales de la Edad Media y los albores de la Edad Moderna, existían dos líneas de pensamiento absolutamente contrapuestas: los que propicia-

⁹¹ MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial...*, cit., p. 123.

⁹² BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 51.

⁹³ BARNÉS, J., *op. cit.*, pp. 51 y ss.; PARDO FALCÓN, J., *op. cit.*, pp. 76 y ss.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *op. cit.*, pp. 187 y ss. Aunque respecto de la existencia de un procedimiento administrativo pareciera que algunos no la consideran contenida en la garantía constitucional del art. 33.3.CE. Así, DIEZ-PICAZO señala que «la garantía constitucional del art. 33 es, entonces, la existencia de la causa de utilidad pública o de interés social y la indemnización» (DIEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., p. 1269). PARADA VÁZQUEZ, a su turno, refiere que «... el art. 33.3 de la actual (CE) se muestra indiferente ante el modelo procedimental de la expropiación, puesto que no la define como institución administrativa ni judicial, sino que simplemente consagra el principio de garantía patrimonial de la propiedad: («Nadie –dice dicho precepto– podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes») indiferencia que, a la vista la evolución seguida por la institución, y unida a la exclusión de la propiedad de las garantías formales del amparo constitucional, es toda una toma de posición muy significativa frente a una eventual judicialización del instituto expropiatorio» (PARADA VÁZQUEZ, J.R., *op. cit.*, pp. 1284 y 1285).

⁹⁴ Sobre el particular, GARCÍA DE ENTERRÍA relata lo siguiente: «una vieja tradición doctrinal ha venido calificando a la indemnización como efecto del ejercicio de la potestad expropiatoria: la expropiación se concreta en la producción de un daño legítimo, daño del cual emerge un crédito de reparación que compondría la figura de la indemnización expropiatoria» (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 112).

⁹⁵ Tomando como referencia la conceptualización de daño dada por PANTALEÓN PRIETO, F., Voz «Daño (Derecho Civil)», en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo II, Civitas, Madrid, 1995, p. 1896.

⁹⁶ CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987, p. 147.

ban que el Príncipe no estaba obligado a indemnizar al titular del dominio cuando arrebató bienes a los súbditos, frente a aquella que, apoyada por el peso de los glosadores eclesiásticos, exigía, por el contrario, que el Príncipe diera completa indemnización según el criterio del precio total o del valor íntegro de las cosas de que se despojaba al súbdito⁹⁷.

Se afirma que es a instancias de la doctrina de la Iglesia cuando se plantea el problema estricto de la indemnización debida, problema que si bien encuentra bases distintas para el Derecho privado y el público en el período antes indicado, se encuentran ligadas a una misma idea: la equivalencia de las prestaciones⁹⁸.

En este orden de ideas, en un primer momento el *dominium eminens* del Príncipe se impuso respecto de los gremios que eran dueños de la propiedad, hasta que la resistencia ideológica del tercer Estado aumentó su fuerza, a través de una justificación de Derecho natural para la indemnización del justo precio⁹⁹: por justicia se exige una recompensa proporcional a una aportación especial, la que se hace remontar hasta la «justicia distributiva» de ARISTÓTELES, a cuyo tenor uno de los atributos esenciales de lo justo consiste en dar a cada uno lo suyo¹⁰⁰. En este escenario, el reconocimiento de los derechos adquiridos de los particulares –*ius quaesitum*– se transformó en la causa de la correspondiente indemnización: cualquier intervención en los derechos adquiridos ajenos es, en principio, ilícita, y, de haber tenido lugar, da paso a la indemnización¹⁰¹.

Esta misma solución se impuso, incluso, cuando se sustituyó la doctrina del *ius eminens* por el Estado-policía, que autorizaba al Príncipe para intervenir en la vida jurídica y económica del país en virtud de una amplia *cura promovendi salutis*: los derechos adquiridos, a diferencia de los derechos naturales, no se aportan a la comunidad social, por lo que si el soberano decide intervenir en ellos, es obligado a indemnizar¹⁰².

Y así hasta el surgimiento del Estado de Derecho, en donde ya no se discute la procedencia de la indemnización sino los casos que constituyen una expropiación, precisamente para determinar la procedencia de aquélla, según hemos visto.

Ahora bien, en la actualidad, se buscan otras razones para fundamentar el por qué el poder público puede imponer una expropiación: desde un punto de vista general, la potestad expropiatoria es un poder concreto que se integra dentro del poder genérico y ordenador del Estado, es decir, entra dentro de la justificación del poder del Estado en abstracto; desde un punto de vista jurídico, la potestad expropiatoria se justifica *in concreto* por la atribución de la ley, así como, más en particular, por el efecto operativo de las *causae expropriandi* que la ley tipifique¹⁰³.

Se ha agregado que no se trata de supeditar el interés privado al interés público, sino que lo que se procura es ponerlos en concordancia y elevarlos a un mismo nivel, no menospreciando el interés particular que, al fin, lleva siempre implícito un interés social¹⁰⁴. Así se desprende del preámbulo de la ley: «las dificultades en este orden proceden de que, por otra parte, la Ley de Expropiación ha de concebirse en forma que proporcione al particular interesado un adecuado sistema de garantías, lo que exige medios procesales proporcionados. Una solución simplista, que sacrifi-

⁹⁷ VILLAR PALASÍ, J.L., «La traslación del “*justum pretium*” a la esfera de la expropiación forzosa», en *RAP*, N°43 (1964), p. 165.

⁹⁸ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., p. 166. Esta idea conlleva a abonar por la cosa expropiada lo que se hubiera pagado por ella, por vía de compraventa, de haber estado en el mercado libre.

⁹⁹ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., p. 169.

¹⁰⁰ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., p. 171.

¹⁰¹ FORSTHOFF, E., *op. cit.*, p. 428; NIETO, A., *op. cit.*, p. 70

¹⁰² Como consecuencia de la «doctrina del contrato social» y contraponiendo a los derechos naturales de los derechos adquiridos, ya que sólo los primeros se aportan por los ciudadanos a la comunidad social (*cfr.*, NIETO, A., *op. cit.*, pp. 71 y 72). También, GARRIDO FALLA, F., *La constitucionalización...*, cit., p. 9.

¹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 46.

¹⁰⁴ RUIZ SERRAMALERA, R., «Concepto y fundamento de la expropiación forzosa por causa de interés social», en *RCDI*, N.º 356-357 (1958), p. 83.

que este último aspecto, viene a ignorar el hecho de que no luchan el interés público, que impulsa a consumir la expropiación, y el interés privado, que tiende a demorarla. Planteada de esta forma la oposición de intereses, no se ofrecería duda acerca del criterio llamado a prevalecer. Mas, en realidad, el legislador ha de arbitrar aquí entre las exigencias de ritmo de la ejecución de la obra o servicio y las de no menor interés público, ni inferior rango, de conseguir la justa indemnización que por principio se reconoce a particular afectado»¹⁰⁵.

4.1. Naturaleza jurídica de la indemnización expropiatoria

Sobre este punto son variadas las respuestas doctrinarias y jurisprudenciales. Así, se le ha calificado de contraprestación, precio, equivalente, manifestación de subrogación real, indemnización por enriquecimiento del beneficiario y empobrecimiento del expropiado, condición de validez de la expropiación, carga de contenido pecuniario y, también, resarcimiento por el daño producido legítimamente¹⁰⁶. Por lo anterior, pasaremos revista a las principales tesis que se pronuncian por el particular.

a) Indemnización expropiatoria como resarcimiento del perjuicio causado por la expropiación

Se señala que una vieja tradición doctrinal ha venido calificando a la indemnización como efecto del ejercicio de la potestad expropiatoria: la expropiación se concreta en la producción de un daño legítimo, daño del cual emerge un crédito de reparación que compondría la figura de la indemnización expropiatoria¹⁰⁷. Considerar a la indemnización como reparación o resarcimiento del perjuicio causado por la expropiación, vendría a aproximarla (aunque no identificarla) a la indemnización propia de la responsabilidad patrimonial de las Administración¹⁰⁸ y, por lo mismo, a la responsabilidad civil.

Tal tesis, llevada a un punto extremo, llegó a considerar que el *quid* de la expropiación consistiría en autorizar legítimamente la producción del daño (*damnum quod iure fit*) y ahí se acabaría su efectividad: la reparación del daño una vez producido sería una consecuencia del Derecho común y regulada conforme a éste¹⁰⁹.

Existe prácticamente unanimidad en sostener que la indemnización expropiatoria es ajena a la responsabilidad civil¹¹⁰. Sobre el particular la jurisprudencia ha señalado que «... la indemnización expropiatoria no es, en esencia, una reparación de los diversos daños sufridos por el expropiado, sino la sustitución de un bien jurídico equivalente al sustraído por la expropiación...»¹¹¹. Incluso en el evento de expropiación por vías de hecho, se ha afirmado que su procedencia no deriva de la producción de un daño que tiene que ser reparado, sino de la obligación del cumplimiento de un deber constitucional y legal expreso que se ha incumplido y no del genérico *naeminem laedere*¹¹². Y bien sabemos que el equivalente pecuniario o *aestimatio rei* es algo independiente del resarcimiento de daños¹¹³.

¹⁰⁵ Parte II, Procedimiento.

¹⁰⁶ *Cfr.*, TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 112.

¹⁰⁸ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 82.

¹⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., pp. 112 y 113.

¹¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., pp. 112 y ss.; BARNÉS, J., *op. cit.*, p. 55; TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, pp. 82 y ss.; DIEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., pp. 1269 y 1270, al considerar a la indemnización expropiatoria como «equivalente» o «contraprestación del valor transferido». En Alemania, KIMMINICH, O., *op. cit.*, p. 169.

¹¹¹ STS de 28 de abril de 1990 (La Ley 2144-JF/0000).

¹¹² TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 83.

¹¹³ Como bien lo expuso LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1998.

Asimismo, se refuta esta tesis indicando que el deber de pagar la indemnización debe ser concebida como una carga a cumplir por la Administración que pretende llevar a efecto la expropiación¹¹⁴, es decir, existe *ex ante* de que se produzca la privación de la situación jurídico-patrimonial en que la expropiación consiste, mientras que en la responsabilidad patrimonial el deber de indemnizar surge siempre *ex post*¹¹⁵.

b) Indemnización como contraprestación, equivalente o precio

Esta posición está vinculada a la concepción de la expropiación forzosa entendida en un primer momento como venta forzada, para luego, de forma más amplia y elaborada, ser considerada como «transferencia coactiva»¹¹⁶.

Se afirma que esta idea de calificar a la expropiación como venta forzosa y a su indemnización como contraprestación equivalente a dicha venta, tiene antecedentes muy remotos, que llegan, incluso, hasta ARISTÓTELES: «la comunidad debe exigir de sus miembros lo necesario, pero según el criterio de una compra»; y, «debe siempre conservarse el equilibrio entre lo que se da y lo que se recibe por la comunidad»¹¹⁷.

Esta concepción es recogida en Francia por el art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que exige como condición de la expropiación una «indemnización justa», principio que luego es aceptado en todas las legislaciones administrativas europeas¹¹⁸. Y luego, sintonizando con el principio de la igualdad de las cargas públicas proclamado en el art. 13 de la mencionada Declaración de Derechos y la concepción del Derecho civil del S. XIX —que considera a la expropiación como una relación bilateral de compra, aplicando las nociones de equivalencia económica y del sinalagma en las prestaciones— se impone a la Administración la obligación de abonar el justo precio y de dar el equivalente exacto según criterios de cambio¹¹⁹.

Esta tesis ha tenido importante apoyo en la doctrina¹²⁰, especialmente civilista¹²¹. Asimismo, todavía existen sentencias que siguen calificando a la expropiación como venta forzosa¹²². También encontramos varias sentencias que utilizan el concepto de transferencia coactiva para referirse a la expropiación forzosa y su indemnización¹²³.

Se critica esta tesis señalando que la transferencia coactiva no constituye una nota definitoria de la expropiación forzosa, en atención a que existen expropiaciones que no conllevan transferencias coactivas (por ejemplo, la mera cesación del ejercicio de un derecho)¹²⁴ y porque no se puede identificar necesariamente a las transferencias coactivas con la expropiación¹²⁵.

De otro lado, se señala que la indemnización actuada por justiprecio no es exactamente una contraprestación en el sentido que esta expresión adquiere en el Derecho privado, sino más bien un medio de reparación de la justicia distributiva¹²⁶.

¹¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 114.

¹¹⁵ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 82.

¹¹⁶ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 84. Un panorama general puede consultarse en el trabajo de VILLAR PALASÍ, J.L., «Justo precio y transferencias coactivas», ya citado.

¹¹⁷ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., p. 175, nota 11.

¹¹⁸ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., pp. 176 y 177; TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁹ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., pp. 175, 177 y 189; TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 84.

¹²⁰ DIEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., pp. 1269 y 1270.

¹²¹ Como lo afirma TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 85.

¹²² *V. gr.*, STS de 06 de octubre de 1992 (RJ 1992/7708).

¹²³ *V. gr.*, STS de 13 de febrero de 2001 (La Ley 8531/2001); STS de 08 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8758); STS de 30 de mayo de 1995 (RJ 1995/4046).

¹²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., *op. cit.*, pp. 241-243.

¹²⁵ Como lo evidencia VILLAR PALASÍ, J.L., *Justo precio...*, cit., pp. 24 y 25.

¹²⁶ MONTÉS, V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, p. 110.

c) Indemnización como enriquecimiento en el beneficiario y un empobrecimiento en el expropiado

La tipificación de un beneficiario en toda expropiación –se declara– es un criterio diferencial de esta institución. La idea de beneficio es esencial. La privación de utilidades positivas para el expropiado debe traducirse, paralelamente, en un beneficio para alguien, sea mediante la atribución directa e inmediata de aquellas (enriquecimiento, *lucrum emergens*), sea mediante la cesación de una situación dañosa (*damnum cessans*, enriquecimiento negativo). En este orden de ideas, se concluye que donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, a favor de uno o más beneficiarios, no hay expropiación sino actos de policía que no dan lugar a indemnización¹²⁷.

Se critica esta tesis, ya que no se aplicaría estrictamente la doctrina del enriquecimiento sin causa en los casos en que se producen empobrecimientos en el expropiado que no causan enriquecimientos en el expropiante o beneficiario (derribo de construcciones del expropiado o extracción de árboles)¹²⁸. Pero bien podría replicarse que la exigencia de un desplazamiento patrimonial o relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento no es cardinal para estos efectos, desde que se ha afirmado que la existencia de un empobrecimiento no constituye un requisito esencial de la pretensión en comento¹²⁹.

Asimismo, se refuta la posición en estudio mencionándose que el principio de enriquecimiento sin causa no es exclusivamente característico de la indemnización expropiatoria, sino que también está presente en otras figuras no expropiatorias, como la accesión¹³⁰.

d) La indemnización como presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria

Bajo este rótulo se quiere significar que la indemnización no es un efecto derivado o una obligación de reparación de la Administración¹³¹, sino que es una condición de validez de la expropiación¹³². La indemnización se concibe como una carga (presupuesto legal o *conditio iuris*) a cumplir por la Administración, por cuanto ésta se encuentra en la necesidad de adoptar un cierto comportamiento para obtener un resultado ventajoso, sin que el sujeto a quien afecta pueda ser constreñido a su realización ni la falta de ésta implique una sanción, sino simplemente la imposibilidad de obtener el resultado ventajoso¹³³.

Este postulado, enarbolado por GARCÍA DE ENTERRÍA, destaca que el pago del justiprecio de la expropiación es el título de la transferencia de la propiedad y, por lo mismo, es presupuesto esencial y de validez del fenómeno expropiatorio (y no simple condición de eficacia)¹³⁴. Se sostiene que la ausencia de la indemnización expropiatoria llevaría aparejada la nulidad de pleno derecho de la expropiación e incurriría en una vía de hecho, conforme los arts. 125 LEF y 340 CC¹³⁵.

¹²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 70. Argumenta que la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa para fundamentar el deber de indemnizar por parte de la Administración los daños legítimos causados por ella, estaba ya en el pensamiento de HAURIUO.

¹²⁸ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 92.

¹²⁹ BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998, p. 334.

¹³⁰ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 92.

¹³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., pp. 69 y 70.

¹³² TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 92. Así, CAPACCIOLI, en el sistema italiano, afirmaba lo siguiente: «... che l'indennità stessa è condizione di legittimità dell'espropriazione. È la prestazione dell'indennità che costituisce nel caso il prius rispetto all'atto legittimo e non viceversa» (CAPACCIOLI, E., «Sulla natura dell'indennità di espropriazione per pubblica utilità», en *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1953, p. 381). Y con mayor razón en Francia, en que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano exige que la indemnización sea previa, exigencia, en todo caso, que se ha entendido, por regla general, cumplida con el pago o consignación de la misma, salvo las hipótesis de expropiación urgente o nacionalizaciones (BON, P., «El estatuto constitucional del derecho de propiedad», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, pp. 185 y 186).

¹³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., pp. 114 y 115. Apoyando la tesis, TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, pp. 92 y 93.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ TARDÍO PATO, J.A., *op. cit.*, p. 93.

4.2. Contenido de la indemnización expropiatoria

Se ha dicho que al amparo de la CE es cuestionable la interpretación que se puede dar del concepto de indemnización¹³⁶, ya que no hace referencia a los rubros que deben considerarse en su cuantificación¹³⁷. Las dificultades se acrecientan dado que la norma constitucional exige una «indemnización», en cambio la LEF hace referencia a «justiprecio». Y, además, el justiprecio no ha tenido un contenido uniforme durante su evolución histórica¹³⁸.

Por lo tanto, determinar su contenido no es una tarea fácil, máxime si se le ha considerado un concepto jurídico indeterminado: «... la fijación de tal valor corresponde a uno de los conceptos que la doctrina conoce como conceptos jurídicos indeterminados, o normas en blanco, por lo que el legislador autoriza o delega en la Administración para su adjetivación en cada caso, distintos al acto discrecional, por ser manifiesto que así como lo que caracteriza a la actividad discrecional es el poder de la Administración de elegir, sin control, una entre varias soluciones permitidas por la Ley, igualmente válidas, en cambio, en la fijación de un concepto jurídico indeterminado, como es la fijación del justiprecio...»¹³⁹.

Se ha acudido a la idea de equivalente¹⁴⁰, con el fin de manifestar que se tratar de fijar un valor económico que funciona como contraprestación del valor transferido¹⁴¹. La indemnización debe representar una adecuada equivalencia con los bienes expropiados, porque la expropiación origina una especie de conversión dineraria en el patrimonio del expropiado¹⁴².

Ahora bien, existe discrepancia sobre si este equivalente debe coincidir o no con los valores de mercado. GARCÍA DE ENTERRÍA señala que «justo precio en el sentido de la ley es simplemente valor venal, valor en el mercado, *hic et nunc*, del sacrificio en que la expropiación consiste»¹⁴³. Por su parte, Díez-PICAZO sostiene que «la idea de justiprecio, esto es, de un precio justo, no lleva necesariamente a los valores que puedan regir en el mercado en un determinado momento»¹⁴⁴.

Abona la indeterminación del contenido de la indemnización expropiatoria, la circunstancia de que también se ha considerado en su cuantificación los daños y perjuicios que se padecen como consecuencia de la privación. Así, se ha resuelto que «el justiprecio comprende no sólo la estimación del objeto expropiado sino todas las consecuencias dañosas que la expropiación ocasione, siendo manifiesta la necesidad de indemnizar todo perjuicio sufrido por los particulares en sus derechos»¹⁴⁵. En todo caso, se exige que el perjuicio surja con la expropiación y no se trate de un hecho anterior al ejercicio de la potestad expropiatoria¹⁴⁶; que sea una consecuencia directa de la

¹³⁶ Díez-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., p. 1269.

¹³⁷ Al igual que el art. 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de Francia y el art. 42 de la Constitución italiana (cfr., CARTEL, G.F., «La propiedad en la Constitución italiana», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995, p. 207) y a diferencia del art. 14 de la Ley Fundamental de Alemania, que señala que «la indemnización se determinará ponderando equitativamente los intereses de la colectividad y los afectados. En caso de discrepancia sobre la cuantía de la indemnización, estará abierta la vía de los tribunales ordinarios» (cfr., KIMMINICH, O., *op. cit.*, p. 151).

¹³⁸ VILLAR PALASÍ, J.L., *La traslación...*, cit., pp. 161 y ss.

¹³⁹ STS de 27 de junio de 1979 (RJ 1979/2753). En el mismo sentido, FUERTES LÓPEZ, M., «Art. 36. La indemnización expropiatoria o justo precio», en *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa* (Director-Coordenador Francisco SOSA WAGNER), segunda edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 199; NAVARRO PÉREZ, J.L., *Expropiación forzosa*, segunda edición, Editorial Ibarra de Arce, Córdoba, 2000, p. 115.

¹⁴⁰ Así, STC 111/1983, de 02 de diciembre, disponible en <http://tc.vlex.es/vid/86-c-4-5-an-i-6-7-8-128-as-15034712> (visita 25 marzo 2015).

¹⁴¹ Díez-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., p. 1269; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Aspectos constitucionales de la propiedad privada y de la expropiación forzosa», en *Estudios de Deusto*, Enero-Junio 2003, p. 301.

¹⁴² En este sentido, STS de 29 de abril de 1990 (RJ 1990/3359). En el mismo sentido, FUERTES LÓPEZ, M., *op. cit.*, p. 200.

¹⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 121.

¹⁴⁴ Díez-PICAZO, L., *Algunas reflexiones...*, cit., p. 1270.

¹⁴⁵ STS de 06 de abril de 1994 (RJ 1994/4171). En términos similares, STS de 12 de mayo de 1996 (RJ 1996/4359).

¹⁴⁶ STS de 30 de marzo de 1990 (RJ 1990/2273), que rechazó la petición de incluir una partida de industria cinematográfica, teatro y variedades, ya que tal actividad había cesado antes de iniciarse la expropiación.

misma¹⁴⁷; y que se apoye en una cumplida y acabada prueba¹⁴⁸.

Finalmente, la indemnización expropiatoria no se extiende al valor subjetivo o de afección que pudiera tener para el titular el bien expropiado, ya que se trata de un valor objetivo¹⁴⁹. Lo anterior, sin perjuicio del premio de afección que contempla el art. 147 LEF.

5. PALABRAS FINALES. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA NATURALEZA DE LA INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA

Salvo la tesis que considera a la indemnización expropiatoria como un resarcimiento de un daño, a nuestro juicio, las demás concepciones doctrinales estudiadas pueden articularse en un concepto más comprensivo: el del daño lícito.

En efecto, existen múltiples daños que no pertenecen a la órbita de la responsabilidad civil y que, incluso, imponen la obligación de ser soportados o tolerados. Así, los daños causados al amparo del legítimo ejercicio de un derecho o las molestias originadas en una típica relación de vecindad, no admiten reparación alguna. Otros, por expreso mandato legal, si la admiten, lo que ocurre genéricamente cuando el Derecho considera a cierto interés digno de prevalecer sobre otro, pero preocupándose de establecer una compensación al titular del interés sacrificado¹⁵⁰, como ocurre con los daños ocasionados en estado de necesidad.

En todos los casos mencionados anteriormente, el daño no puede calificarse de ilícito, no sólo porque la conducta generadora del mismo es lícita, sino, esencialmente, porque la posibilidad de la producción del daño está contenida dentro del ejercicio del comportamiento autorizado por el ordenamiento y que éste considera útil a la comunidad. Por ello, no podemos confundir las expresiones “actividad lícita” y “daño lícito”, ya que sería erróneo de imaginar que al momento en que la ley autoriza una actividad determinada ella lleva consigo la legítima posibilidad de causar cualquier clase de daños sin límite alguno¹⁵¹. Más aún, dicho equivocado entendimiento implicaría desconocer que el ejercicio de los derechos está sujeto a ciertos límites, puesto que el poder de dañar permitido por la ley sólo existe en el marco de actividades para las cuales el reconocimiento de este derecho de perjudicar es necesario para su ejercicio¹⁵².

Incluso, en ciertos casos, el daño no es una consecuencia de la actividad, sino que constituye la actividad misma: la crítica literaria como el derecho de huelga pueden causar graves perjuicios, pero estas pérdidas son el objetivo necesario y autorizado por la ley. Sin ellas, no existirían tales derechos¹⁵³.

Así las cosas, el daño lícito se caracteriza por ser un daño permitido y tolerado por el ordenamiento. El sistema normativo, sea expresa, sea tácitamente, al autorizar el ejercicio de determinados derechos o facultades, acepta como posible la causación de un daño, atendidas diversas razones

¹⁴⁷ STS de 30 de mayo de 1995 (RJ 1995/4045), que declaró que «la pérdida de validez, o inejecutabilidad del proyecto de edificación, no es consecuencia de la expropiación sino de actos anteriores ajenos a ella y, en consecuencia, no puede ser un concepto indemnizable como consecuencia de la citada expropiación, ya que aunque ésta no se hubiera producido aquél resultaría igualmente inejecutable».

¹⁴⁸ STS de 22 de junio de 1987 (RJ 1987/4262), que denegó la indemnización por las plantaciones del vivero de la parte expropiada porque no se sabía si tales plantas se han perdido por imposibilidad de su comercialización y venta o por causa de la ocupación del terreno por otros motivos atribuibles a una u otra parte.

¹⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 121; FUERTES LÓPEZ, M., *op. cit.*, pp. 200 y 201.

¹⁵⁰ DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Á. MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1975, p. 93.

¹⁵¹ CÉSPEDES MUÑOZ, C., *El daño lícito*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 42.

¹⁵² KARILA DE VAN, J., “Le droit de nuire”, en *RTDC* 1995, pp. 537 y 538; STARCK, B., *Droit Civil. Obligations*, Librairies Techniques, Paris, 1972, p. 92.

¹⁵³ STARCK, B., *op. cit.*, p. 37.

de política legislativa¹⁵⁴. Normalmente se identifica con la existencia de una norma autorizante o permisiva que permiten la realización de un comportamiento dañoso, de tal modo que el daño realizado se cualifica como no antijurídico o simplemente justo¹⁵⁵. Esta norma autorizante va desde la más genérica que pone como límite al ejercicio de los derechos el no causar daño a los demás hasta aquellas previsiones expresas de la ley que autorizan a causar un daño legítimamente (v. gr., estado de necesidad o legítima defensa)¹⁵⁶.

De esta manera, siguiendo a Díez-Picazo, podemos sostener que los daños lícitos son ciertos daños que el ordenamiento jurídico no repele, que algunas veces tolera y que incluso puede favorecer¹⁵⁷.

Como consecuencia de lo anterior, podrá apreciarse que la indemnización expropiatoria constituye una hipótesis de “daño lícito”¹⁵⁸. Y, por lo mismo, sólo impropia puede considerarse a tal reparación como “indemnización”, como normalmente se le denomina. Nosotros, en este caso, frente a la expresión «indemnización» que utiliza la norma, preferimos hablar de «reparación», dado el carácter genérico de este concepto¹⁵⁹ –que comprende todas las formas de liberar o compensar al perjudicado, de enmendar, corregir o remediar un daño– y, además, porque tal concepto evidencia el contenido de la prestación a que tiene derecho el perjudicado en el segundo de los supuestos: una «compensación» para restablecer el equilibrio roto por el daño¹⁶⁰. Por otro lado, la expresión «indemnizar» resulta una expresión ambigua, pues en unas ocasiones se le atribuye un significado equivalente a reparar y en otras se emplea como sinónimo de resarcir, en el estricto sentido específico de reparación mediante equivalente pecuniario, que pareciera ser la correcta, por su carácter específico y restringido¹⁶¹.

Por lo tanto, cuando el legislador dispone el pago de una “indemnización” por causa de expropiación, ciertamente no podemos hablar de una conducta contraria a Derecho. Tal reparación se ha fundado en la existencia de una norma que ha autorizado la realización de la respectiva conducta. Así las cosas, podemos constatar en este caso la ausencia de la violación de un deber, la existencia de un daño y la necesidad de una compensación económica en favor del perjudicado. En estos supuestos, la «indemnización» no puede relacionarse con la violación de un deber de comportamiento, ya que las normas permisivas autorizan la realización del comportamiento dañoso y excluyen la antijuridicidad del mismo¹⁶². Así, las normas autorizantes del hecho generador del daño excluyen, de una parte, la tutela implícita del *neminem laedere*, y, de otra, entregan el instrumento para la reparación del equilibrio turbado¹⁶³.

Por lo tanto, conforme a lo antes expuesto, la “indemnización” expropiatoria constituye una hipótesis de daño lícito que pertenece al género de los daños no antijurídicos: «...el daño que afecta al interés sacrificado por el Derecho no es antijurídico y la reacción que a él corresponde no es una sanción, por la mera razón de que con ella el Derecho pretende no garantizar tan sólo la prevalencia de un interés, sino, más aún, compensar al sujeto del interés que por él ha resultado sacrificado»¹⁶⁴. Y ello es así porque la obligación de indemnizar no nace de un acto ilícito y, en consecuencia, no se

¹⁵⁴ CÉSPEDES MUÑOZ, C., *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁵ BRIGUGLIO, M., *El estado de necesidad en el Derecho Civil*, traducción y notas de Derecho español por M. GARCÍA AMIGO, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 160.

¹⁵⁶ CÉSPEDES MUÑOZ, C., *op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁷ Díez-Picazo, L., *Derecho...*, cit., p. 294.

¹⁵⁸ CÉSPEDES MUÑOZ, C., *op. cit.*, pp. 160 y ss.

¹⁵⁹ LLAMAS POMBO, E., «Formas de reparación del daño (I)», en *RPDD*, N°80 (2010), La Ley 183/2010. Disponible en www.laleydigital.es (visita 01 junio 2012), p. 8.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 9; DE CUPIS, A., *op. cit.*, pp. 822 y 823.

¹⁶² BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 174; MESSINEO, F., *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, novena edición, tomo V, Giuffrè Editore, Milano, 1958, p. 563.

¹⁶³ BRIGUGLIO, M., *op. cit.*, p. 175.

¹⁶⁴ DE CUPIS, A., *op. cit.*, p. 93.

encuentra sometida al régimen común de responsabilidad civil por daño antijurídico¹⁶⁵.

Ahora bien, también es indicativo de la no pertenencia de estos daños al sistema de la responsabilidad civil, es el hecho de que no tiene aplicación el principio de la reparación integral del daño, propio de aquella¹⁶⁶. Bien sabemos que aquél, piedra angular de la reparación de daños y perjuicios, es un principio clásico de la responsabilidad civil que se acostumbra a sintetizarlo en el siguiente enunciado acuñado por la doctrina francesa: «hay que reparar el daño, todo el daño y nada más que el daño», según la conocida fórmula de TOULEMON-MOORE¹⁶⁷.

En virtud del principio de reparación íntegra (*restitutio in integrum, compensatio in integrum, repensatio in integrum, reductio ad integrum*), cualquier sistema de valoración del daño –de tipo judicial o de tipo legal– ha de estar enderezado a proporcionar una reparación que comprenda todos y cada uno de los daños padecidos, con referencia tanto a los extrapatrimoniales como a los patrimoniales, habiéndose de socorrer solamente el daño, pero sin dejar de resarcir daño alguno relevante¹⁶⁸. Para cumplir tal objetivo, deben concurrir dos condiciones: primero, la indemnización no puede limitarse a compensar solamente una parte de ese daño y, segundo, la indemnización no puede exceder del perjuicio efectivamente causado para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del perjudicado¹⁶⁹.

Este principio no tiene vigencia tratándose de la «indemnización» de los daños lícitos que hemos expuesto, pues los perjuicios a reparar que contempla la norma que dispone su respectivo pago no alcanzan a la totalidad de aquellos susceptibles de sufrir el perjudicado en su patrimonio. En efecto, la indemnización expropiatoria no se extiende al valor subjetivo o de afección que pudiera tener para el titular el bien expropiado, ya que se trata de un valor objetivo¹⁷⁰. De esta manera y conforme a lo que expusimos en su momento¹⁷¹, esta reparación limitada de los perjuicios determinada expresamente por el legislador no contempla el daño extrapatrimonial y, asimismo, tampoco comprende al *id quod interest*, es decir, el interés que el perjudicado tenía en las cosas de que ha sido privado o perturbado o el valor que tengan precisamente para la persona perjudicada, o sea, la repercusión subjetiva en el patrimonio de la víctima y no el valor mismo de aquellas (*pretium singulare*); a diferencia de la *aestimatio rei*, que se refiere al *pretium commune* o valor que el objeto tiene para todos¹⁷².

Entendemos que es así porque los daños a los que nos estamos refiriendo son aquellos calificados como daños no antijurídicos. Y la esencia de la prestación del *id quod interest* es «la causación de un perjuicio, del daño injusto, antijurídico, imputable objetivamente a la falta de cumplimiento, cuando, además, tal incumplimiento es subjetivamente imputable al deudor...»¹⁷³.

En conclusión, la indemnización expropiatoria constituye una hipótesis de daño lícito, completamente ajeno a la responsabilidad civil, desde que el objeto principal de esta clase de «indemnizaciones» es restablecer el equilibrio patrimonial roto por la previsión normativa. Con lo cual resulta coherente que el *quantum* de la reparación sólo comprenda la *aestimatio rei* –total o

¹⁶⁵ BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 165.

¹⁶⁶ CÉSPEDES MUÑOZ, C., *op. cit.*, pp. 310 y ss.

¹⁶⁷ LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 12. Cfr., MEDINA CRESPO, M., «La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada», en *RRCS*, N°40 (2011), p. 26; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R.: «Los límites al principio de reparación íntegra», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°15 (2010), p. 10.

¹⁶⁸ MEDINA CRESPO, M., *op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁹ NAVEIRA ZARRA, M.M., «La valoración del daño resarcible», en *AFDUDC*, N°7 (2003), pp. 599 y 600.

¹⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...*, cit., p. 121; FUERTES LÓPEZ, M., *op. cit.*, pp. 200 y 201.

¹⁷¹ CÉSPEDES MUÑOZ, C., *op. cit.*, pp. 214 y ss.

¹⁷² LLAMAS POMBO, E., *Formas...*, cit., p. 3. Un completo y exhaustivo análisis puede verse en la obra del mismo autor: *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1999.

¹⁷³ LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento...*, cit., p. 275, que si bien se refiere a la relación contractual, pone de manifiesto la existencia de un hecho ilícito imputable al dañador como condición para la reparación de tales perjuicios, presupuesto que no concurre en los daños lícitos reparables, donde no existe una conducta reprochable del autor del daño.

parcialmente— pero nunca el *id quod interest*¹⁷⁴, confirmando la absoluta ajenidad de las reparaciones «indemnizatorias» en comento con las normas del Derecho de daños, ya que bien sabemos que el equivalente pecuniario o *aestimatio rei* es algo independiente del resarcimiento de perjuicios¹⁷⁵.

Recapitulando, la “indemnización” en comento supone el sacrificio de un derecho a cambio de una compensación económica, a fin de restablecer el equilibrio roto por tal privación. En este entendido, cuando se dice que la indemnización expropiatoria es una contraprestación o una contrapartida frente al enriquecimiento del titular del derecho que prevalece en esta relación expropiatoria, se está señalando gráficamente que el sacrificio ordenado por las normas constitucionales y legales no es «gratis», sino que a cambio de una compensación, sin la cual no puede entenderse consumada esta relación jurídica.

Otro tanto ocurre cuando se considera a la indemnización como presupuesto esencial y de validez del fenómeno expropiatorio, ya que esta fórmula evidencia que el pago de la compensación respectiva es un rasgo distintivo de la expropiación forzosa, sin la cual no podemos configurar tal institución. La legitimación del sacrificio se alcanza mediante la existencia de una contraprestación: la indemnización expropiatoria, que es una garantía constitucional de todos los particulares.

De ahí que podemos señalar que efectivamente la indemnización expropiatoria es una contraprestación por el sacrificio impuesto al particular con ocasión de la expropiación, justiprecio que es una garantía patrimonial de todos los ciudadanos frente a las intromisiones legítimas de la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

BAÑO LEÓN, J.M., «Aproximación al régimen jurídico de la expropiación forzosa en Francia, Italia y Alemania», en *DA*, N° 221 (1990).

BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.

BARNÉS, J., «El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995.

BELLO JANEIRO, D., “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Revista Práctica de Derecho de Daños*, N°37 (2006), La Ley 517/2006, disponible en www.laleydigital.es [fecha de visita: 04 de agosto de 2012].

BERBEROFF AYUDA, D. y SOSPEDRA NAVA, F., *Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, vol. II., Consejo General del Poder Judicial—Fundación Wellington, Madrid, 2006.

BRIGUGLIO, M., *El estado de necesidad en el Derecho Civil*, traducción y notas de Derecho español por M. GARCÍA AMIGO, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.

¹⁷⁴ Así, refiriéndose a las funciones de la *indennità* en el ordenamiento italiano, Messineo apunta lo siguiente: «*Inoltre, l'indennità è correlativa a un danno, ma non anche a un atto illecito e, quindi, essa —a rigore— esula dalla materia dell'atto illecito; e —a quanto pare— l'indennità si risolve nella prestazione della sola aestimatio*» (MESSINEO, F., *op. cit.*, pág. 562).

¹⁷⁵ Como bien lo expuso LLAMAS POMBO en su obra *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, ya citada.

CARTEI, G.F., «La propiedad en la Constitución italiana», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995.

CAPACCIOLI, E., «Sulla natura dell'indennità di espropriazione per pubblica utilità», en *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1953.

CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1987.

CÉSPEDES MUÑOZ, C., *El daño lícito*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

DE AHUMADA RAMOS, F.J., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, segunda edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

DE CUPIS, A., *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch, Barcelona, 1975.

DÍEZ-PICAZO, L., «Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R.: «Los límites al principio de reparación integral», en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°15 (2010).

FUERTES LÓPEZ, M., «Art. 36. La indemnización expropiatoria o justo precio», en *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa* (Director-Coordinador Francisco SOSA WAGNER), segunda edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», en *ADC* (1955).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, reedición, Civitas, Madrid, 1984, pp. 143 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en el Derecho comparado», en *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (coordinadores Alfredo ARISMENDI A. y Jesús CABALLERO O.), Civitas, Madrid, 2003.

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II., octava edición, Tecnos, Madrid, 1988.

GARRIDO FALLA, F., «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», en *RAP*, N°118 (1989).

GARRIDO FALLA, F., «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», en *Revista de Administración Pública*, N°119 (1989)

GARRIDO FALLA, F., «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N°94 (1997).

GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H., *Tratado de Derecho Administrativo*, duodécima edición, vol. II, Tecnos, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, cuarta edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

GONZÁLEZ-VARAS, S., *Tratado de Derecho administrativo*, segunda edición, tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

KAHL, W., «La conservación del medio ambiente y el derecho de propiedad en Alemania», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995.

KARILA DE VAN, J., «Le droit de nuire», en *RTDC* 1995.

KIMMINICH, O., «La propiedad en la Constitución alemana», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995.

LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración Pública.*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1983.

LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1998.

LLAMAS POMBO, E., «Formas de reparación del daño (I)», en *RPDD*, N°80 (2010), La Ley 183/2010. Disponible en www.laleydigital.es (visita 01 junio 2012).

LÓPEZ MENDUO, F., CARRILLO DONAIRE, J.A. y GUICHOT REINA, E., *La expropiación forzosa*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Aspectos constitucionales de la propiedad privada y de la expropiación forzosa», en *Estudios de Deusto*, Enero-Junio 2003.

MEDINA CRESPO, M., «La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada», en *RRCS*, N°40 (2011).

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., «Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública (arts. 139 y 141 LRJPAC)», en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública* (director Tomás QUINTANA LÓPEZ y coordinadora Anabelén CASARES MARCOS), segunda edición, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MESSINEO, F., *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, novena edición, tomo V, Giuffrè Editore, Milano, 1958.

MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

MIR PUIGPELAT, O., «El sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración: una visión crítica», en MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (compilación y estudio introductorio), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Editorial Porrúa-Itam Ciudad de México, 2004.

MONTÉS, V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.

MORENO MOLINA, J.A., y MAGÁN PERALES, J.M., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y, en especial, de las Corporaciones Locales*, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2005.

NAVARRO PÉREZ, J.L., *Expropiación forzosa*, segunda edición, Editorial Ibarra de Arce, Córdoba, 2000.

NAVEIRA ZARRA, M.M., «La valoración del daño resarcible», en *AFDUDC*, N°7 (2003).

NIETO, A., “Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa”, en *RAP*, N°38 (1962).

PANTALEÓN PRIETO, F., “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, en *DA*, N°237–238 (1994).

PANTALEÓN PRIETO, F., *Voz «Daño (Derecho Civil)»*, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo II, Civitas, Madrid, 1995.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., «El art. 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.

PARDO FALCÓN, J., «El Tribunal Constitucional en la propiedad», en *Propiedad, expropiación y responsabilidad* (coordinador Javier BARNÉS), Tecnos, Madrid, 1995.

PAREJO ALFONSO, L., «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (II)», en *REDA*, N°19 (1978).

PIZARRO NEVADO, R., (2016) “Capítulo I. Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, en GOZÁLBEZ PEQUEÑO, H. (director), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, El Consultor de los Ayuntamientos-Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

PONT CASTEJÓN, I., «La técnica expropiatoria en Derecho anglosajón. Estados Unidos y Gran Bretaña», en *DA*, N° 221 (1990).

RODRÍGUEZ CARBAJO, J.R., “La antijuridicidad del daño como requisito de la responsabilidad patrimonial de la Administración”. *Actualidad Administrativa*, N°7 (2010), La Ley 1812/2010. Disponible en www.laleydigital.es [fecha de visita: 25 de julio de 2012].

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», en *RAP*, N°177 (2008).

RUIZ SERRAMALERA, R., «Concepto y fundamento de la expropiación forzosa por causa de interés social», en *RCDI*, N.º 356-357 (1958).

STARCK, B., *Droit Civil. Obligations*, Librairies Techniques, Paris, 1972.

TARDÍO PATO, J.A., *Expropiación forzosa y acciones civiles*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

VILLAR PALASÍ, J.L., «Justo precio y transferencias coactivas», en *RAP*, N° 18 (1955).

VILLAR PALASÍ, J.L., «La traslación del “*justum pretium*” a la esfera de la expropiación forzosa», en *RAP*, N°43 (1964).

RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD: REGULACIÓN Y CONFRONTACIÓN CON EL SISTEMA NORTEAMERICANO Y EUROPEO CONTINENTAL

RESOURCE OF INAPPLICABILITY FOR UNCONSTITUTIONALITY: REGULATION AND CONFRONTATION WITH THE NORTH AMERICAN AND EUROPEAN CONTINENTAL SYSTEM

JAIME RAMÍREZ CIFUENTES*

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad hacer un análisis general del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad consagrado en nuestra constitución, estudiando su campo de aplicación y efectos para, posteriormente, compararlo con el sistema de control constitucional tanto en el derecho norteamericano (que fue la inspiración para establecer este recurso en la Constitución de 1925), como en ciertos países de Europa continental (Austria y España), los que hoy en día son más cercanos a nuestros textos.

PALABRAS CLAVE: Recurso; Inaplicabilidad; Inconstitucionalidad; Supremacía Constitucional; Constitución, Control constitucional.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to make a general analysis of the inapplicability of unconstitutionality, as well as its effects and to compare it with the system of constitutional control in the United States of America (which was the inspiration for to establish the inapplicability of the 1925's Constitution) as in certain countries of continental Europe (Austria and Spain), which today are closer to our system.*

KEY WORDS: *Appeal; Inapplicability; Unconstitutionality; Constitutional supremacy; Constitution; Constitutional control.*

* Abogado. Ex alumno de la facultad de derecho de la Universidad Católica de la Stma. Concepción. Alumno ayudante del departamento de Derecho Público de la misma casa de estudios, desde 2012 hasta el año 2015. Correo electrónico: jramirezcfuente@gmail.com; correo postal: Colo Colo #1334, N°607.

ÍNDICE: I. La supremacía constitucional como fundamento del recurso de inaplicabilidad; II. El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en Chile; III. El control constitucional en el derecho comparado; IV. Conclusiones.

I. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO DEL RECURSO DE INAPLICABILIDAD

Bien es sabido que uno de los principios rectores de la teoría clásica del Derecho Constitucional versa respecto a la supremacía formal y material del Código Político¹. Respecto a esto, Burdeau se refiere a este principio basándolo en el hecho de que todo el orden jurídico reposa en la Constitución. Añadiendo el mismo autor que la supremacía es un refuerzo de la legalidad y es un impedimento para que el órgano investido de una competencia delegue su ejercicio en otra autoridad².

Esta supremacía puede ser formal o material. La primera, referida a que la modificación y variación del contenido del Código Supremo está sometido a tratamientos más rígidos y de mayor consenso entre las mayorías del órgano encargado de realizar las reformas³; son estos los parámetros para determinar si una Constitución es rígida o flexible⁴.

Como señalan los profesores Saenger y Bruna, “se dice que una Constitución es rígida cuando está dotada de una cierta inmutabilidad derivada de los procedimientos especiales que hay que observar para su modificación. Prácticamente, la Constitución será rígida cuando sólo pueda modificarse de formas distintas a las válidas para la confección de las leyes ordinarias. La rigidez implica pues, grados en función de la mayor o menor dificultad del procedimiento que debe seguirse para la revisión de los textos constitucionales”⁵.

Respecto a la supremacía constitucional en su sentido material, Burdeau se refiere a ella como aquel principio que surge a raíz de que es la Constitución la norma que crea y organiza las competencias. En virtud de esto, las autoridades no podrían ir contra la Constitución sin despojarse al mismo tiempo de su título jurídico.

El tema de la supremacía constitucional ha sido abordado por diversos autores, entre los que destaca el profesor Nogueira Alcalá, quien ha sostenido:

“La supremacía constitucional implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la constitución, establecida como decisión política por el Poder Constituyente y sólo modificable por éste. La supremacía es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales y esenciales para preservar la forma política.

La supremacía constitucional obtiene su garantía jurídica de la suprallegalidad; las Constituciones auténticas, salvo raras excepciones, tienen vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad.

¹ Para profundizar acerca de las ideas generales de la supremacía constitucional, véase: SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo, *Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, jurisprudencia 1980-2005*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 13-24.

² BURDEAU, 1981, P. 104 (citado en la monografía: *Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, de SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo).

³ En nuestro medio, para reformar la Constitución, de acuerdo al art. 127, se requiere un quórum de 3/5 (tres quintos) de los diputados y senadores en ejercicio.

⁴ Habrá Constitución flexible cuando la revisión, interpretación, reforma o modificación no se encuentra sometida a ningún mecanismo especial, y normalmente, éstas se realizan de la misma forma (o cercana) a las variaciones de una norma legal ordinaria, en otras palabras, no hay forma especial de revisión.

⁵ SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, ob. cit, p. 14.

La rigidez constitucional es así la consecuencia de la supralegalidad, que constituye, a su vez, la garantía de la supremacía de la Constitución”⁶.

Por último, el célebre jurista Hans Kelsen, en su obra insigne *Teoría pura del Derecho*, desarrolló este tema, y sentenció, entre otras ideas, que hay supremacía constitucional toda vez que una norma de rango inferior es válida en la medida que ha sido creada de acuerdo a la forma determinada por otra norma: a saber, la ley fundamental que se encuentra en la cúspide de la pirámide legal. Es Kelsen quien desarrolló bienamente la jerarquía normativa que impera en toda legislación, un orden jurídico en que las normas de rango inferior deben subordinarse tanto en lo material como en lo formal respecto a las normas superiores, hasta llegar a la punta de la pirámide, cual es, ciertamente, la Constitución.

En Chile el control sobre la constitucionalidad de las leyes a cargo de un órgano especial es relativamente reciente. Anterior a la ley N° 17.284 (que reformó la Constitución de 1925 y creó el Tribunal Constitucional, en 1970), el control era ejercido por la Corte Suprema, y más aún, el propio recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, hasta el año 2005, era conocido por ésta última⁷.

Rápidamente veremos las diferencias entre el recurso de inaplicabilidad con el de inconstitucionalidad (nos referiremos detenidamente a estas más adelante).

Como señala el art. 93 número 6° (referido al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”).

Por su parte, el art. 93 número 7° (referido al recurso de inconstitucionalidad) señala:

“Resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.

No siendo la oportunidad de analizar la inaplicabilidad de forma exhaustiva, digamos desde ya que a la luz de estas dos normas la diferencia principal es que el recurso de inaplicabilidad debe ser precedido de una gestión, ya sea ordinaria o especial, cuyo precepto legal debe ser substancial al momento de dictar la sentencia, mientras que el recurso de inconstitucionalidad debe referirse a un precepto legal que haya sido previamente declarado inaplicable en una gestión por el Tribunal Constitucional.

Más adelante, el artículo transcrito nos revela nuevas diferencias. Y así, encontramos que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad puede ser deducido tanto por las partes, como por el juez que conoce del asunto; por su parte, en el recurso de inconstitucionalidad, la Constitución de 1980 concede acción pública para requerir al tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio.

Y estas diferencias desentrañan la más importante; *a priori*, señalaremos que el recurso de inaplicabilidad tiene efectos relativos, al desenvolverse sólo en la gestión que conoce del asunto,

⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, abril de 2000, p. 244. Citado en la monografía de SAENGER GIANONI, Fernando y BRUNA CONTRERAS, Guillermo, ob. cit.

⁷ La ley 20.050 de 2005, entre otras reformas, trasladó el conocimiento del recurso hacia el Tribunal Constitucional.

mientras que el recurso de inconstitucionalidad tiene efectos absolutos, lo que a nuestro juicio importa una potestad legislativa del Tribunal Constitucional, por cuanto deroga una norma jurídica de rango legal.

Sin perjuicio de esto, a medida que desarrollemos el tema nos encontraremos con nuevas diferencias, contenidas tanto en la norma fundamental como en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

En este trabajo nos referiremos primeramente al recurso en nuestro país (II), analizando su historia (A) y su situación actual (B), para luego adentrarnos sucintamente al derecho comparado (III), observando la situación de Estados Unidos (A) y de ciertos países de Europa continental (B).

II. EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN CHILE

A continuación, trataremos la historia del control constitucional, y así, dividiremos la línea de tiempo, para observar la situación antes de la Constitución de 1980 y después de ésta (la que a su vez, dividiremos en antes y después de la Ley N° 20.050), para así, examinar la aplicación y los efectos del recurso, como el control abstracto y concreto de éste.

A. Historia del Recurso de Inaplicabilidad.

1. La situación jurídica en la Constitución de 1833

No existía en este cuerpo constitucional precepto alguno referido al control de constitucionalidad. Quizás el más cercano a ello sea el art. 82, el cual establecía las atribuciones especiales del Presidente de la República, entre ellas:

*“1° Concurrir a la formación de las leyes **con arreglo a la Constitución**; sancionarlas i (sic) promulgarlas”* (la negrita es nuestra). (Art. 81 N° 1).

A raíz de esto, comúnmente se cree que, bajo la vigencia de la Carta de 1833, las autoridades de nuestro país no se interesaron en el tema del control de la constitucionalidad de la ley, bajo el supuesto de que esta preocupación incumbía a los órganos colegisladores y, en especial, al Presidente de la República⁸.

Eso es lo que constaba en la carta fundamental; agreguemos, además, que la Excelentísima Corte Suprema emitió un dictamen a petición del Gobierno, el 17 de junio de 1848, el cual en lo pertinente reza:

“...El Tribunal observará que ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código Fundamental y de quitarles por este medio sus efectos y su fuerza obligatoria. Ese poder, que por su naturaleza sería superior al del legislador mismo, puesto que alcanzaría a anular sus resoluciones, no existe en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del legislador, de que la ley dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardos o demoras

⁸ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “La acción de inaplicabilidad de preceptos legales”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 14 – N° 2, 2007, p. 116.

en el cumplimiento de sus disposiciones⁹⁻¹⁰.

Por su parte, don Jorge Huneeus, se refirió en lo concerniente expresando:

“La única misión de V.E., conforme exactamente con la de los demás Tribunales, está reducida á (sic) la recta aplicación de las Leyes á los casos particulares que ocurren en las causas sometidas á sus fallos, *sin que sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas o injustas, ya por ser conformes ó (sic) contrarias á la constitución*”¹¹ (la cursiva es nuestra).

En consecuencia, a las normas, dictámenes y opiniones, forzoso es concluir que no existía un control institucionalizado y regulado de la constitucionalidad de las normas, ya sea en forma abstracta o concreta, no conociendo ninguna decisión judicial librada bajo la vigencia de dicha Carta Fundamental.

2. El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución Política de 1925¹²

Al momento de establecer los principios y redactar las normas pertinentes, los constituyentes nublaron sus intenciones, y si bien deseaban un control de constitucionalidad potente y eficiente, en la realidad no se logró tal aspiración.

Don Luis Barros Borgoño, quien formaba parte de la subcomisión, consideraba proclive un control de constitucionalidad, estimando conveniente que algún poder o una autoridad tuviera dicha facultad; comparando la realidad norteamericana, en que el control es realizado por la *Supreme Court*, y con perspicacia consideraba que en nuestro país podría ser nuestra homóloga Corte Suprema, o una Corte Especial.

En contra de un eventual control de constitucionalidad se manifestaba el Presidente de la época, señor Arturo Alessandri Palma durante la sesión N° 19 de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, el cual indicaba que dicho Tribunal tendría un poder superior al del Presidente de la República y al del Congreso. Añadía, que el Tribunal con aquella facultad asumiría todo el poder en circunstancias que su papel debía ser pasivo¹³.

Finalmente, en sesión N° 29 celebrada el 10 de julio de 1925, el señor José Maza, Ministro de Justicia, da lectura al definitivo inc. 2° del art. 87 (que pasó a ser art. 86 posteriormente), el que, en lo que nos concierne, expresaba:

“La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se sigue ante otro Tribunal, *podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal, contrario a la Constitución*. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación” (la cursiva es nuestra).

Son las diferencias con el actual recurso de inaplicabilidad las que reflejan un aparente

⁹ Dictamen citado en RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, ob. cit.

¹⁰ Sin embargo, es necesario exponer una Circular emitida por la misma Corte Suprema, dirigida a las Cortes de Apelaciones del país el 2 de enero de 1867, las instruyó así:

“Las autoridades encargadas de aplicar las leyes a un caso determinado, deben no obstante, dar preferencia en el asunto especial en que se ocupan, a la Constitución si estuviera en clara y abierta pugna con ellas, de la misma manera que estas autoridades compete, no siendo claro su sentido penetrar su verdadero espíritu, fijar la legítima inteligencia, esto es, interpretarlas para los efectos del juicio especial que van a pronunciar”.

¹¹ Citado en RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. Ob. cit.

¹² Para mayor profundización de este período, véase SAENGER GIANONI, Fernando, BRUNA CONTRERAS, Guillermo. Ob. cit., pp. 25 y ss.

¹³ Don José Maza, otrora Ministro de Justicia, consideraba que la Corte Suprema sólo debía declarar la inconstitucionalidad para casos particulares, agregando que este recurso se podría iniciar en cualquier estado del juicio sin suspender su tramitación.

control de los preceptos legales, pero que en la práctica no consiguió los dividendos *pro constitución* que los redactores esperaban, y para don Luis Barros Borgoño “no conseguimos asemejarnos al vigoroso control difuso de la judicatura estadounidense”.

En efecto, la norma nos refleja una reducida envergadura, que fue el fruto de una conjugación de temores paralizantes más que de un espíritu resuelto a proteger vigorosamente la supremacía de la Constitución”¹⁴.

Añadimos nosotros que el recurso concedido por el art. 86 transcrito sólo tiene efectos ilusorios, al no suspender la tramitación, lo que, en ciertos casos, puede reducirse a una poética y noble diligencia que no obtendrá lo relevante y lo que motiva a deducir el recurso: a saber, que no se logre aplicar dicho precepto en la gestión pendiente, la que (como venimos señalando), siendo substancial para la decisión del tribunal, perjudique a una de las partes.

Diversos estudios procesales, de derecho sustantivo y estadísticos han demostrado que se trataba de un recurso poco eficaz, fuera del alcance del común de la gente, lento y paralizante¹⁵.

3. El Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la Carta Fundamental de 1980 (antes de la reforma de 2005).

No podemos comenzar esta parte sin recitar el primitivo art. 80 de la Norma Fundamental, ubicado en el Capítulo VI relativo al Poder Judicial:

“La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso intermedio en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.

A diferencia de la Constitución de 1925, en la cual la Corte Suprema debió dictar un Auto Acordado que viniera a completar el panorama del recurso de Inaplicabilidad¹⁶, bajo la vigencia de la Constitución de 1980, no fue necesario dictar otras normas procesales y siguió vigente el referido Auto Acordado. Así entonces, durante los 25 años, desde 1981, en que la Corte Suprema tuvo entre sus competencias el conocimiento de este recurso, fue el Auto Acordado el mecanismo idóneo para la tramitación del mismo¹⁷.

A juicio del profesor Fernando Saenger, el recurso de inaplicabilidad en la Constitución de 1925 y en la de 1980 hasta la reforma de 2005 era contradicción de normas.

Fundamenta su postura señalando que “en repetidas ocasiones, la Corte Suprema señaló que el recurso de inaplicabilidad tenía como único objetivo resolver, después de un análisis detenido, si había contradicciones entre las normas legales y las constitucionales. Es decir, era de naturaleza abstracta y de puro Derecho”.

Agrega que “en consecuencia, se trata de efectuar un análisis comparativo entre dos nor-

¹⁴ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “ob. cit., p. 120.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Dictado el 22-III-1932. Este Auto Acordado fue recordado por el Sr. Eyzaguirre en la elaboración de la Carta de 1980: “del texto transcrito se desprende en forma inequívoca que cualquiera de sus Salas podía conocer del recurso, puesto que éste era procedente “en los casos particulares de que conozca (La Corte Suprema)” o en los recursos interpuestos en juicio; de todos los cuales dicha Corte conoce en Sala. No obstante lo cual el Auto Acordado dispuso su conocimiento por el Tribunal Pleno”.

¹⁷ SAENGER GIANONI, Fernando. “Control abstracto y concreto en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Universidad Católica de la Sma. Concepción*, N° 17 2008-1, p. 12.

mas; una de rango inferior y otra de rango superior. El aspecto gramatical y la redacción de los textos eran algo esencial y fundamental. Se prescindía totalmente de los hechos y antecedentes fácticos del pleito o gestión en la cual incidía el asunto. Era un análisis exclusivamente lógico, sin relación a cuestiones que se discutieran durante las gestiones respectivas”.

El profesor constitucionalista concluye expresando que “era entonces una mera confrontación de normas y bastaba con que el texto de la ley pugnara o entrara en conflicto con lo dispuesto por la Constitución para que un recurso pudiese ser acogido por la vía de la inconstitucionalidad”¹⁸.

4. Acción de inaplicabilidad en la actual Constitución Política, reformada en agosto de 2005.

El 25 de agosto de 2005, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.050, que reformó la Constitución Política de 1980, estableciendo una gran reforma a nuestra Carta Fundamental. El 22 de septiembre se publicó en el Diario Oficial el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Se trata del Decreto Supremo N° 100, suscrito por el entonces Presidente de la República, Sr. Ricardo Lagos Escobar, y por todos sus ministros. Dicha reforma modificó nuestro Código Político tanto en su forma (reordenando capítulos y modificando los artículos) como en el fondo.

El actual Capítulo VIII se titula “Tribunal Constitucional” y comprende desde los artículos 92 a 94, modificando así su antigua enumeración y también cambiando el número del Capítulo del VII al VIII, ya que el Ministerio Público actualmente está contemplando en el Capítulo VII de nuestra Carta Fundamental.

De esta forma, el nuevo texto de la Constitución expresa en su Art. 93 que son atribuciones del Tribunal Constitucional, Número 6 “*Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contrario a la Constitución*”.

El inciso 11 del Artículo 93 agrega:

“En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal delegar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnada pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.

B. Estudio substancial del Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en nuestra actual Constitución¹⁹

Digamos, desde ya, que el Recurso de inaplicabilidad no es un recurso en el sentido procesal del término, ya que no se interpone ante una instancia superior, sino ante un organismo ajeno

¹⁸ Sustenta su tesis acompañando una serie de extractos de Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema: Rol N° 16.622-1992, Rol N° 3031 y 3030 de 2000, Rol N° 2178-02 de 2003, Rol N° 3260 de 2004, Rol 24.810, Rol 2536-03 de 2004, todos ellos transcritos (en lo pertinente) en el trabajo que el autor realizó en la *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Sma. Concepción*, N° 17-2008-1, pp. 12, 13 y 14.

¹⁹ Para un estudio profundizado de las tendencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad, véase la nota 23.

al Poder Judicial con el objeto de garantizar un derecho constitucional que ha sido precisamente desconocido por un órgano de dicho poder. Se trata, en consecuencia, más que un recurso, de una acción autónoma para restablecer la vigencia de un precepto constitucional que ha sido infringido, aun cuando los fines que persigue puedan coincidir con los intereses de una de las partes en el litigio en que tenido lugar la infracción²⁰.

Siguiendo al Profesor Saenger, las características del actual Recurso de inaplicabilidad son²¹:

- a) Se puede solicitar la inaplicabilidad de un precepto legal. Ello comprende no sólo la Ley propiamente tal, sino también un Decreto con Fuerza de Ley, como también un Decreto Ley²².
- b) Debe tratarse de un precepto legal específico, concreto y no un capítulo de una ley o un texto legal completo, pues en tal caso al igual que la Jurisprudencia de la Corte Suprema, podría ser declarado inadmisibile.
- c) Este precepto legal debe tener aplicación en cualquier gestión.
- d) La aplicación del precepto legal, debe tener relación con una gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. Y además la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto.
- e) Que la aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial *resulte contraria a la Constitución*.

Por lo visto, es notoria una reforma copernicana a la filosofía que envuelve este recurso, pasando de un control abstracto, lógico, de pleno derecho; a uno concreto, específico, en que las circunstancias y antecedentes de hecho o fácticas juegan un rol fundamental, y lo que trae aparejado, en consecuencia, la relativización del control, no pudiendo sacarse más conclusiones, reglas, principios generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad, es ésta la consecuencia lógica y primordial de un control concreto por parte del Tribunal Constitucional.

Veamos ahora los requisitos²³:

- a) Condición previa: *Supremacía de la Constitución*, su carácter normativo y de norma directamente aplicable (Supra 2 y ss.). Nuestro artículo 6° deja muy en claro que nuestra Constitución no es sólo programática, sino una norma de superior jerarquía, es por ello que “*los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará responsabilidades y sanciones que determine la ley*” (la cursiva es nuestra).
- b) *Vulneración de una norma constitucional*: Cualquier infracción en la aplicación judicial de una ley a una norma constitucional puede dar lugar a la inaplicabilidad de ese precepto. Por tanto, ello significa que, desde un punto de vista jurídico, todas las normas constitucionales son susceptibles de ser vulneradas judicialmente²⁴.
- c) Aplicación contraria a la Constitución de un precepto legal: Cuando conoce de un asunto, el juez no sólo debe interpretar la ley conforme a la Constitución, lo que significa contrastar la interpretación que ha hecho de la ley aplicable con las normas constitucionales, sino también

²⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *El nuevo Tribunal Constitucional*, Editorial Lexis Nexis, p. 24.

²¹ SAENGER GIANONI, Fernando, ob. cit. pp. 15-16 y ss.

²² Rol 1057, 1060 y 1062, visto 4° del Tribunal Constitucional.

²³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, ob. cit. pp. 25-46.

²⁴ El autor ahonda en la materia distinguiendo entre normas constitucionales materiales y estructurales, definiendo cada una y entregando ejemplos de una y otra (así, una norma estructural sería el art. 3° de la C.P.R, la cual establece que el Estado de Chile es unitario, o los arts. 65 y ss., que regulan la formación de la ley; por otra parte señala que el art. 19 es una norma material, al contener la protección substancial de los derechos fundamentales); el autor señala que es difícil que un tribunal infrinja una norma constitucional de carácter estructural, siendo las más de las veces vulneraciones a normas materiales por parte de la judicatura.

interpretar dichas normas constitucionales. Por eso, el juicio de compatibilidad que debe hacer el juez pasa por tres momentos: seleccionar la norma legal aplicable al caso; individualizar la norma constitucional para el juicio de compatibilidad y; hacer el juicio de compatibilidad entre la norma particular con la norma constitucional que a su vez tendrá que ser interpretada.

Analizados ya los requisitos medulares, veamos las condiciones que podríamos denominar “procesales” que establece el art. 93 de la Constitución²⁵:

- a) La acción de inaplicabilidad corresponde, naturalmente, a la parte en juicio civil, criminal, laboral, de menores, etc. o al interesado en una gestión, en los cuales se invoque o aparezca que es aplicable un precepto de rango legal cuya aplicación en el asunto que le concierne resultaría contraria a la Constitución. La reforma constitucional extendió el ámbito natural de titularidad de la acción, al juez que conoce el asunto en que la cuestión se plantea. Dice el art. 93 inc. 11, en su primera parte: “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto*”.

Se presenta la duda de si el juez, ante una cuestión de inaplicabilidad que se le plantee tiene el deber o está facultado para recurrir al Tribunal Constitucional²⁶.

- b) Trámite previo de admisibilidad: El trámite de admisibilidad está regulado, en todo lo no previsto por el art. 95, por la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Así, en el considerando 4° del fallo Rol N° 2.459-13, este tribunal señaló:
“4°. Que la preceptiva constitucional aludida precedentemente se complementa con la contenida en la Ley N° 17.997. Así, el inciso primero del artículo 82 de dicho texto legal establece que “*para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*”.

A su vez, los artículos 79 y 80 del cuerpo legal aludido establecen:

“Artículo 79.- En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso.”.

“Artículo 80.- El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, *deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.*”

²⁵ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “ob. cit.”, pp. 127-129.

²⁶ Si bien hay quienes piensan que se trata de un deber, el autor citado discrepa de dicha opinión, en presencia de la fuerza directamente vinculante de la Constitución, conforme a su art. 6°.

Por lo tanto, para que sea admisible el Recurso de inaplicabilidad se requiere cumplir con los requisitos del art. 79 y 80 de la LOC del Tribunal Constitucional. El primero de ellos señala que debe acompañarse un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la situación de la gestión en que se aplicó la norma recurrida. Si es promovido de oficio por el juez que conoce, deberá acompañarse una copia de las piezas principales indicando además lo señalado en el artículo concerniente.

El art. 80 indica que el requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya, los vicios de inconstitucionalidad, indicando además las normas que según el recurrente se infringen con la aplicación del precepto legal.

En cuanto a sus efectos, distinguiremos tres:

- a) Efecto suspensivo del procedimiento en que incide el requerimiento: No es un efecto general ni automático, sino que debe ser analizado y resuelto por una sala del Tribunal Constitucional. Esto se desprende del art. 93 de nuestra Constitución, la cual señala: “...le corresponderá resolver (a la misma sala que declare la admisibilidad de la cuestión) la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.
- b) El efecto propio de la sentencia que acoge la inaplicabilidad, consiste en impedir que en la causa pueda aplicarse, en cualquiera instancia o recurso judicial, el precepto declarado inaplicable a ella²⁷.
Cabe recordar que, como toda sentencia del Tribunal Constitucional, se trata de una sentencia de única instancia, de supremo rango e no susceptible de recurso alguno salvo la facultad del Tribunal de rectificar los errores de hecho en que pudiera haber incurrido (art. 94 inc. 1°, C.P.R.)²⁸.
- c) Un efecto secundario consiste en que ello configura, en el sistema de nuestra Constitución, un requisito indispensable para poder interponer, en contra del mismo precepto legal declarado inaplicable, la acción de inconstitucionalidad o su declaración de oficio (Art. 93 inc. 1° N° 7° e inciso 12 C.P.R.)²⁹.

Es por este último requisito que analizaremos las diferencias entre el Recurso de inaplicabilidad y el de inconstitucionalidad:

- a) Ya lo decíamos, la inaplicabilidad tiene por objeto evitar que el precepto legal sea aplicado en la gestión pendiente. La acción de inconstitucionalidad importa una derogación total del precepto en el ordenamiento jurídico chileno. Hay un impedimento al momento de aplicar la norma en una gestión (efecto relativo) con el primer recurso, mientras que hay una supresión total de la norma en el otro recurso (efecto absoluto).
En otras palabras, en el recurso de inaplicabilidad hay efectos *inter partes*, restringidos sólo al caso examinado y a quienes fueron partes en él (en concordancia con el art. 3° del Código Civil).
- b) La inaplicabilidad de la ley afecta sólo a quienes forman parte del caso *sub-lite*, es esto lo que motiva a que sólo ciertas personas puedan ser titulares de este recurso. La inconstitucionalidad de una norma, en cambio, afecta la coherencia del orden jurídico y a la nación entre que se rige por su Ley Fundamental, de allí que exista acción pública para exigir la derogación de aquella norma (sin olvidar que requisito previo es la declaración de inconstitucionalidad de la norma que se desea suprimir por alguna sala del Tribunal).
- c) El examen realizado por el Excelentísimo Tribunal Constitucional es más exhaustivo, exigiendo siempre el examen particular del caso y la confrontación entre dos normas del ordenamiento jurídico, observando que la aplicación en ese caso sea contrario a una norma con rango cons-

²⁷ Por lo que, a nuestro juicio, el efecto relativo de la decisión del TC no se limita al tribunal *a quo*, sino también a quien conozca de los recursos correspondientes a la gestión.

²⁸ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. Ob. cit., p. 129.

²⁹ *Ibidem*.

titucional. El procedimiento de inconstitucionalidad en cambio, es más simple y directo, ya no será necesario analizar un caso específico ni una contraposición de normas, si no tan sólo la compatibilidad o incompatibilidad de dos normas jurídicas generales y abstractas.

La distinción entre ambos recursos se generan porque pueden existir normas que por muy inconstitucionales en un caso particular que sean, no quiere decir que esa norma sea *per se* contraria a la Carta Fundamental, y es que es imposible para el legislador precaver que una norma infrinja las normas superiores en cada caso particular, de ahí que es un criterio reflexivo del Tribunal Constitucional, determinar si una norma que fue inaplicada en una gestión, sea contraria al Código Fundamental de manera abstracta, decisión que deberá decidir en pleno³⁰.

III. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO.

Sin la intención de ahondar en esta materia, analizaremos brevemente la situación norteamericana, para luego revisar la situación europea continental (Austria y España).

A. El Control constitucional de la *Supreme Court* norteamericana³¹.

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece en su artículo VI, párrafo 2:

“La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaren y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país. Los jueces de cada estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier estado” (la negrita es nuestra).

Por su parte, el artículo III sección 2 reza:

“El Poder Judicial se extenderá a todo caso que en derecho y equidad surja de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad (...)”.

Se ha señalado que de estas dos normas transcritas surge el control de constitucionalidad de las leyes, el cual no está explícitamente contenido en la normativa constitucional, sino que surge a través de la jurisprudencia de la *Supreme Court* en ejercicio de sus potestades implícitas y de las normas legales como la *Judiciary Act* de 1789³².

La Constitución Federal norteamericana, a pesar de no señalar expresamente al control de constitucionalidad (pero que tampoco dice nada en contrario), aceptó sin problemas que éste fuere ejercido por el Poder Judicial de acuerdo con el tenor literal del art. VI párrafo 2³³, el que señala:

“Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos hechas en conformidad con ella... serán el supremo Derecho de la tierra y los jueces de todos los Estados están vinculados por ella,

³⁰ El constituyente establece que la decisión de inconstitucionalidad sea tomada en pleno, debido a que es una facultad que, del texto expreso de nuestra Constitución, compete sólo al Congreso Nacional, la reflexión debe ser concentrada y absoluta (de ahí el alto quórum exigido por la norma constitucional).

³¹ Es preciso señalar que como veremos más adelante, no sólo la *Supreme Court* ejerce el control, sino todo el poder judicial, pero como bien es sabido, en un sistema de *Common Law* quien tiene la última palabra es la Suprema Corte.

³² HARO, Ricardo, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 50.

³³ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 5.

siendo nula cualquier cosa contraria a ella que esté en la Constitución o en las leyes de cualquier estado miembro”.

Caso emblemático, y que vendría a sentar las bases de la supremacía constitucional y del control de la constitucionalidad (no sólo en los Estados Unidos) es el de *Marbury vs. Madison*, de 1803. En la sentencia se estableció en forma expresa que *the Constitution is superior to any ordinary act of Legislation*³⁴. Sobre esta base se formaliza la revisión judicial sobre las leyes en nombre de la Constitución.

Hernán Hormazábal Malarée resume el sistema de control estadounidense en cuatro caracteres:

- a) Es un control *difuso*: De acuerdo a la normativa constitucional ya descrita, se desprende que el control es ejercido por el Poder Judicial, cuya función (tanto ordinaria como constitucional) es ejercida por los diversos tribunales que componen que conforman el Poder Judicial, por lo tanto, no es un órgano especializado el que ejerce el control, sino que por cualquier juez o tribunal, cualquiera sea su jerarquía o fuero³⁵.
- b) Es un control *incidental*: Es decir, sólo puede ser declarada con ocasión de un proceso en la que la decisión del caso dependa de la aplicación de una ley inconstitucional.
- c) Es un control *singuli*: Si la ley es declarada inconstitucional, sus efectos en principio serán relativos, se producirán sólo en el caso concreto, pero la ley continuará vigente.
- d) Es un control *ex tunc*: La decisión judicial se manifiesta en una sentencia declarativa, y sus efectos se retrotraerán hasta el nacimiento de la norma, pero ello no implica revisar los casos ya juzgados y resueltos por sentencia firme. Es decir, la declaración de inconstitucionalidad no podrá enervar el efecto de cosa juzgada.

Los principios y reglan que rigen el control de constitucionalidad en los Estados Unidos son los siguientes³⁶:

- a) Se requiere que la declaración de inconstitucionalidad de una norma para resolver el caso, sea indispensable e ineludible, atendiendo a la relación de causalidad entre la norma inconstitucional y el perjuicio³⁷.
- b) Debe existir un proceso contencioso, ya sea que persiga una sentencia condenatoria, constitutiva o declarativa. En caso contrario, se afecta al principio de la división de poderes, pues los tribunales no pueden evacuar consultas, ni dar opiniones ni consejos.
- c) La impugnación de inconstitucionalidad se plantea como excepción o defensa incorporada en una acción ordinaria.
- d) La declaración de inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio por los jueces, sino a petición de parte interesada.
- e) El peticionante debe acreditar debidamente que existe de su parte un interés concreto y legítimo, por la producción actual o inminente de un daño a la titularidad o ejercicio de un derecho.
- f) La incongruencia constitucional debe ser categórica, pues en caso de duda rige la presunción de legitimidad de las normas.
- g) La declaración de inconstitucionalidad debe ser oportuna, más no prematura; será esta última cuando el agravio es especulativo, aleatorio y tal vez nunca llegue a tener lugar (o cuando no se ha agotado la vía administrativa impuesta por las leyes procedimentales).
- h) Es improcedente la declaración de inconstitucionalidad cuando la resolución del caso se ha

³⁴ “La Constitución es superior a cualquier norma legislativa ordinaria”. (traducción libre del autor).

³⁵ Este sistema responde a las ideas preconizadas por Hamilton en *El Federalista*, recordadas por el juez Marshall en el célebre caso *Marbury vs. Madison*.

³⁶ HARO, RICARDO, ob. cit., pp. 52 y ss.

³⁷ No debe pronunciarse la inconstitucionalidad de una ley si el caso puede resolverse por aplicación de otras normas o por la interpretación constitucional que razonablemente permita la norma o ley.

tornado abstracta por circunstancias advinientes (el interés personal debe subsistir a lo largo de todo el proceso).

- i) No corresponde a los tribunales la declaración de inconstitucionalidad de cuestiones políticas, es decir, en las no justiciables y que escapan al ejercicio del control jurisdiccional.

B. EL MODELO CONTINENTAL EUROPEO DE CONTROL ESPECIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Si bien los sistemas constitucionales de Norteamérica y Europa se reposan en la misma ideología, que la soberanía popular es la fuente de todo poder y la superioridad del poder constituyente por sobre el poder legislativo de los parlamentos, los procesos de control de la constitucionalidad de las normas son muy distintos en una y otra latitud.

Esto debido a que las ideas revolucionarias surgidas en Francia no pudieron consolidarse, las ideas restauradoras de la monarquía fueron más poderosas, lo que derivó a que las constituciones del siglo XIX, lejos de aceptar el principio democrático de la soberanía del pueblo, reivindicarían como fuente del poder al monarca y al parlamento. La distinción entre poder constituyente y poder constituido, que con tanta firmeza era defendida por los revolucionarios franceses, desapareció al confundirse ambos poderes en el monarca y el parlamento³⁸.

En estas condiciones, no podía plantearse el carácter normativo de la Constitución y, por ende, era inimaginable siquiera pensar en un control de constitucionalidad. Si los titulares de la potestad constitucional y de la potestad legislativa eran los mismo, no tenía sentido siquiera plantearse que una ley pudiera ser inconstitucional. Sólo sería en el período de entreguerras que en Europa continental se darían las condiciones político-sociales para un nuevo constitucionalismo fundado en el hombre y sus derechos fundamentales, el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y las leyes y, por ende, también, sobre la base del presupuesto de la supremacía de la constitución dentro del ordenamiento jurídico, para reivindicar como una necesidad la institucionalidad del control de constitucionalidad de las leyes³⁹.

A continuación, nos referiremos al caso austriaco y español; al primero, puesto que su control fue una innovación en todo el universo constitucionalista occidental, y al segundo, por haber sido una importante fuente de inspiración al momento de establecer el sistema de la inaplicabilidad de un precepto legal en nuestra actual Constitución.

1. Austria.

Uno de los gestores de la Constitución de Austria de 1920, el jurista Hans Kelsen, introduce un Tribunal especial para resolver los conflictos de constitucionalidad de las leyes. Este Tribunal (denominado Tribunal Constitucional), tendría el monopolio del control de constitucionalidad y estaría al margen del Poder Judicial, arrancándose la supervigilancia correctiva, fiscalizadora y financiera del Tribunal Superior del Poder Judicial.

Por ser un órgano especial distinto de los que integran el Poder Judicial, derivan características que lo diferencian del modelo estadounidense ya estudiado. Y así, es un órgano concentrado (en contraposición al carácter difuso del control norteamericano), abstracto (desvinculado de caso alguno), y, por último, la declaración de inconstitucionalidad conducirá a la anulación de la ley con efecto *erga omnes*.

³⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 9.

³⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 9.

El artículo 140 de la Carta Fundamental austriaca dice:

“1. El Tribunal Constitucional entenderá de la posible anticonstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, si bien conocerá de oficio cuando el propio Tribunal Constitucional tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente.

Entenderá asimismo de la posible anticonstitucionalidad de las leyes regionales, a instancias, en su caso, del Gobierno federal, y de la posible anticonstitucionalidad de las leyes federales, a instancias, en su caso, de un Gobierno regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional. Se podrá disponer por ley constitucional regional (Landesverfassungsgesetz) que tenga también este derecho de recurso (Antragsrecht) un tercio de los componentes de la Asamblea regional, en cuanto a la inconstitucionalidad de leyes regionales. El Tribunal Constitucional conocerá igualmente de la anticonstitucionalidad de las leyes a instancia de cualquier persona que afirme haber sido directamente perjudicada en sus derechos por dicha razón, cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual”.

Del artículo transcrito vemos similitud con nuestro actual recurso que es un órgano específico que tiene el monopolio para conocer sobre el control constitucional de un precepto legal; pero se le diferencia (sin tomar en cuenta que la forma de estado austriaca es un federal), entre otras, que el Tribunal Constitucional austriaco (Verfassungsgerichtshof) puede conocer de oficio cuando deba aplicar la ley en un litigio pendiente.

Además, y siendo quizás la diferencia más importante, es que el primer Tribunal Constitucional tiene una exacerbada competencia, de la que carece nuestro Tribunal, teniendo la facultad de “conocer sobre las acusaciones por las que se exija a los órganos supremos de la Federación y de los Estados responsabilidad constitucional por las infracciones de ley cometidas, mediando culpa, en el ejercicio de sus cargos” (Art. 142 de la Carta Fundamental austriaca).

Este modelo “*kelseniano*” se ha impuesto en la Europa continental, donde se contempla en casi todos los países que integran la Unión Europea⁴⁰.

2. España.

La generalidad de los países que conforman la Unión Europea siguen el modelo impuesto por Austria, concediendo a un Tribunal Constitucional la potestad para realizar el control de constitucionalidad de las normas. España no escapa de esta tendencia.

En su derecho existe un recurso semejante (aunque más amplio) para la protección de los derechos fundamentales de las personas, sin perjuicio del recurso de inconstitucionalidad contra el producto de la actividad legislativa.

El art. 161.1 de la Constitución de España de 1978 expresa:

“El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

Del recurso de amparo⁴¹ por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución”.

⁴⁰ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, ob. cit., p. 11.

⁴¹ Para nosotros, cuya tradición jurídica reserva el nombre de recurso de amparo al *habeas corpus*, debe entenderse como recurso de inaplicabilidad.

Por su parte, el referido artículo 53.2 remite al art. 14, que reconoce el derecho de igualdad ante la ley y a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en los artículos 15 a 29 del texto constitucional. A su vez, la Ley Orgánica Constitucional española, en sus arts. 42 a 44, al desarrollar el recurso de amparo, atendiendo al sujeto que ha emitido la resolución lesionadora del derecho, distingue entre recursos de amparo contra actos sin valor de ley emanados de los parlamentos, contra disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho del gobierno de la nación o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades, funcionarios o agentes y el recurso de amparo contra actos u omisiones judiciales que violen de modo inmediato y directo un derecho tutelable por esta vía.

Como puede apreciarse, nuestro recurso actual de inaplicabilidad es por una parte más restringido que el recurso español y también, por otra, más amplio. Es más restringido por cuanto se puede dirigir sólo contra actos de un tribunal ordinario o especial quedando excluidas del recurso las actuaciones sin valor de ley de los órganos legislativos y de las autoridades gubernamentales, y más amplio en cuanto se puede interponer contra cualquier acto contrario a la Constitución y no sólo, como lo establece el ordenamiento jurídico español, contra actos u omisiones judiciales que violen de modo inmediato y directo el derecho a la igualdad y demás derechos y libertades públicas⁴².

IV. CONCLUSIONES

Al analizar la normativa actual y distinguiéndola tanto de la normativa pretérita como la del derecho estadounidense y europeo continental, podemos concluir:

- a) *De lege lata*, nuestro actual art. 93 N° 6° de la Carta Fundamental de Chile tiene el mérito de tener una esclarecedora redacción, siendo de simple comprensión y fácil análisis de su filosofía, fundamentos y objetivos; estableciendo a su vez los requisitos esenciales que complementamos con la LOC del Tribunal Constitucional, y que, a diferencia del Recurso de la Constitución de 1925, el cual era un recurso poco eficaz, fuera del alcance común de la gente, lento y paralizante; hoy en día es un recurso efectivo, de gran aplicación práctica, bastando analizar la inmensurable jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al requerimiento de inaplicabilidad de un precepto legal; ágil y, en la medida que la sala que conoce del asunto no suspenda el proceso, fluido.
- b) *De lege ferenda*, creemos que el actual art. 93 de la Constitución chilena sería mucho más esclarecedor si reordenara sus incisos, uniendo los incisos finales que desarrollan las facultades del Tribunal (a modo de ejemplo, unir el N° 6° del art. 93 con su inciso 11).

Por último, consideramos que debiera contemplarse, por lo menos (y al igual que en el Derecho español), un recurso en contra de los actos gubernamentales contrarios a la Constitución, evitando así inadmisibilidades por parte del Tribunal Constitucional de recursos contra disposiciones que no tienen carácter legal, pero que son contrarias a una norma constitucional al momento de aplicarla a un caso concreto.

⁴² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, ob. cit., p. 21.

BIBLIOGRAFÍA

HARO, RICARDO, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales*, acervo de la Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, pp. 49-53.

HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *El nuevo Tribunal Constitucional*, Editorial Lexis Nexis, pp. 1-53.

RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO, “La acción de inaplicabilidad de preceptos legales”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, sección: estudios, año 14 - N° 2, 2007 pp. 115-130.

SAENGER GIANONI, FERNANDO y BRUNA CONTRERAS, Guillermo, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, Jurisprudencia 1980-2005, Editorial Jurídica de Chile, pp. 13-80.

SAENGER GIANONI, FERNANDO, “El control abstracto y concreto en el recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 17 2008 - 1, pp. 11-38.

LA CULPA COMO ELEMENTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL*

NEGLIGENCE AS AN ELEMENT OF ENVIRONMENTAL LIABILITY

LUIS ALEJANDRO LÓPEZ FUENTES**

PUBLICACIÓN POR HABER OBTENIDO PRIMER LUGAR EN II CONGRESO REGIONAL ESTUDIANTIL DE DERECHO CIVIL UCSC, AÑO 2017, ORGANIZADO POR GRUPO INTERMEDIO IURANOVIT DE LA FACULTAD

RESUMEN: La ley n°19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente establece en el Título III un estatuto de responsabilidad civil por daño ambiental. El sistema, que sigue los lineamientos de la responsabilidad civil extracontractual ha traído numerosos problemas, sobre todo para configurar los requisitos de responsabilidad, entre ellos el elemento imputabilidad (Culpa o dolo). En el presente trabajo desarrollaremos el sistema de responsabilidad civil ambiental que sigue nuestro ordenamiento jurídico, en especial el elemento Culpa y sus implicancias.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil ambiental-ley n°19.300-presunciones culpabilidad-medioambiente.

ABSTRACT: *Law No. 19.300 “General Environmental Law” (Bases Generales del Medio Ambiente) establishes in Title III a civil statute of liability for environmental damage. The system, which follows the guidelines of non-contractual civil liability has brought numerous problems, especially to configure the liability requirements, including the imputability element (negligence or fraud). In the present work we will develop the environmental civil liability system that follows our legal system, especially the element of guilt and its implications.*

KEY WORDS: *Civil environmental liability-law n°19.300-negligence presumption-environmental.*

* Mis agradecimientos al profesor Felipe Lobo quien realiza la cátedra de Derecho Ambiental en la Universidad Católica de la Santísima Concepción; por su paciencia para encausar mi trabajo de investigación. Igualmente agradecer al grupo intermedio Iura Novit por crear estas instancias de investigación estudiantil.

** Luis Alejandro López Fuentes. Estudiante Licenciatura en Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo electrónico: l.lopezfuen@gmail.com

INTRODUCCIÓN

A modo de historia, ya en la época del Derecho Romano existían acciones que tenían por objeto proteger la salud de la población contra la pestilencia del aire y para cautelar la salubridad y seguridad de la ciudad a consecuencia o mal funcionamiento de las cloacas (*inderdicto de cloacis*)¹. Luego en el Derecho Medieval, tenemos como antecedente el Fuero Real del año 1250 en la ley VI denominada “*Que pena hal que cierra rio de los que entran al mar*”, donde en su Título VI contiene la prohibición de cerrar los ríos mayores que entran al mar². En Chile, nuestro Código Civil contiene una norma interesante dentro de las Acciones Posesorias, en el artículo 937, que señala “ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y que lo hagan conocidamente dañoso”. Además de esta norma, igualmente resultan aplicables las disposiciones contenidas en el Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil en materia de Responsabilidad Civil Extracontractual.

Si avanzamos en el tiempo, en el siglo XX los accidentes ecológicos dieron lugar a una legislación ambiental casuística. La primera ley referida a materias ambientales data del año 1916 y se refería a la contaminación de aguas destinadas a la bebida o al riego (ley n° 3.133)³. Para finales de la década de los setenta, nacen normativas que regulan riesgos en específico, como por ejemplo el DL 2.222 sobre derrame de hidrocarburos, ley n° 18.302 sobre seguridad nuclear, entre otras. Sin embargo, recién con la Constitución del año 1980 en nuestro país se consagra una norma de rango constitucional que tiene por objeto la protección del medio ambiente en el artículo 19 n° 8 (*derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*), 19 n° 24 (*conservación del patrimonio ambiental como limitaciones al dominio*) y el artículo 20 inciso segundo (*recurso de protección en materia ambiental*). Debemos recalcar, que toda la normativa antes descrita tiene un eminente carácter *antropocéntrico*, lo que significa (en materia ambiental) que la protección ambiental nace teniendo en cuenta al hombre como el centro del todo; así, protegemos el medio ambiente porque es el único entorno donde el hombre puede vivir y porque además forma parte del patrimonio del individuo. Expresión de ello es observar la normativa ambiental antes mencionada:

-En la Constitución Política: La protección del medio ambiente se consagra en el artículo 19, el que enuncia “La Constitución asegura a todas las personas”. Acto seguido, en el n° 8 consagra la protección a todas las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (el Estado como ente protector, resguarda al medio ambiente en la medida que permita a las personas vivir). En el n° 24, la Constitución se refiere al medio ambiente como una limitación al dominio tomando en consideración el patrimonio ambiental.

-En leyes especiales: Tanto el DL 2.222 como la ley de seguridad nuclear, contemplan normas de responsabilidad civil que tienen por objeto indemnizar a la víctima por los daños causados, tomando en cuenta la indemnización a la víctima por el daño provocado en su patrimonio, mas no en el patrimonio ambiental.

Finalmente, con la dictación de la ley n° 19.300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), nace un sistema de responsabilidad civil ambiental, contemplado en El Título III “De la Responsabilidad por Daño Ambiental” en los artículos 51 y siguientes. Dicho sistema consagra dos acciones de responsabilidad civil: Una acción de reparación ambiental⁴ pura⁵ y una acción

¹ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp.787.

² BERMUDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos del Derecho Ambiental*, 2° Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2015, p.38.

³ BARROS B, ob.cit, p.791.

⁴ Artículo 2 letra S ley n° 19.300: La acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas.

⁵ De acuerdo a la doctrina, la acción de reparación ambiental se ha denominado como una acción ambiental “pura”, puesto que el objeto de ella es la reparación del medio ambiente en sí, tomando en cuenta la definición que la ley entrega a esta acción. Una acción de carácter “Biocéntrica”, por cuanto protege al medio ambiente como tal, desligándose de la concepción antropocéntrica de la normativa ambiental anterior.

de indemnización de perjuicios ordinaria. En cuanto a la prelación de normas, el propio artículo 51 hace una referencia a ellos consagrando el principio de especialidad: primero la normativa especial; en segundo lugar las normas de responsabilidad contempladas en la ley n° 19.300 y subsidiariamente las normas del Título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil.

Al existir una relación entre el estatuto de responsabilidad civil ambiental contemplado en la LBGMA con las normas del Código Civil, resulta interesante conocer el sistema de responsabilidad civil ambiental (el que adelantaremos, es de carácter *subjetivo*) y sus implicancias. Especialmente en la Culpa como elemento de responsabilidad civil ambiental. Dividiremos el trabajo en tres capítulos: Génesis del sistema de responsabilidad civil ambiental (I); La Culpa como requisito de responsabilidad civil en materia ambiental (II); Culpa con legalidad (III); y finalizaremos con unas breves conclusiones.

I) Génesis del sistema de responsabilidad civil ambiental

La ley n°19.300 de 9 de marzo de 1994 adoptó un sistema de responsabilidad extracontractual de carácter subjetiva⁶. Ello significa que solo cabe la indemnización si se actúa con dolo o Culpa, lo que debe ser probado por la víctima⁷. Dicho sistema trae aparejado algunos problemas los cuales abordaremos someramente más adelante; a esto debemos agregar que la adopción de este sistema de responsabilidad fue discutido en su etapa de proyecto de ley.

En un primer momento, la Cámara de Diputados aprobó la intención de establecer un estatuto de responsabilidad objetiva, en que se responde por la sola concurrencia del daño, sin atender a la intencionalidad del presunto responsable⁸. Su justificación se sustentaba en una protección más eficaz al medio ambiente, pues sería menos gravoso para la víctima tener que imputar dolo o Culpa al autor, proponiendo la Cámara entonces en discusión en sala, la importancia del riesgo: “(...) *Indudablemente, si una persona levanta una industria o construye una obra de infraestructura, está creando un riesgo, y deberá responder en caso de que provoque daño*”.⁹ No obstante, el Senado posteriormente optó por consagrar el sistema de responsabilidad subjetiva siguiendo la misma línea de nuestro ordenamiento jurídico civil en materia de responsabilidad extracontractual. Dicho sistema se fundamenta además tomando en cuenta la situación económica que existía en esa época, donde era necesario un incentivo al desarrollo empresarial para aspirar a ser un país desarrollado. Esta era la desventaja que podía provocar en ese entonces el sistema de responsabilidad objetiva, ya que al ser el hombre responsable de todo daño, se abstienen de actuar o lo hacen con menor fuerza y dedicación, lo que resulta absolutamente contrario a los intereses de países como el nuestro¹⁰.

Así las cosas, como la responsabilidad civil ambiental sigue los lineamientos de la responsabilidad civil extracontractual, los requisitos para que opere esta son los siguientes¹¹: A) Capacidad del autor del hecho ilícito; B) Imputabilidad, esto es, dolo o Culpa del autor; C) Nexos causal, entre el hecho u omisión dolosa o culpable y el daño, y D) Existencia de un daño.

Como mencionamos en las primeras líneas del Génesis, este sistema no ha estado exento de críticas. *En primer lugar*, tomando en cuenta el principio preventivo en materia ambiental¹², un

⁶ De acuerdo al artículo 51 inciso primero de la ley n° 19.300, señala: “Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley”. Dicho inciso es similar al artículo 2314 del Código Civil, el que a su vez prescribe: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

⁷ RAMOS PAZOS, René, *De la Responsabilidad Extracontractual*, 4° Edición actualizada, Legal Publishing, 2008, p. 36.

⁸ ACHURRA GONZALEZ, Francisco, *La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental*, Editorial Congreso, 1999, p. 112.

⁹ BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, Chile, 1994, Historia de la ley n°19.300 Bases del Medio Ambiente, pp. 677-678.

¹⁰ ACHURRA GONZALEZ, ob.cit, p. 113.

¹¹ RAMOS PAZOS, René, ob.cit, p. 41.

¹² De acuerdo al mensaje Presidencial de la ley n° 19.300, al enumerar los principios inspiradores de la norma fija en primer lugar el

sistema como este no permite una adecuada protección al medio ambiente y a los recursos naturales¹³ al no ser un sistema expedito que proteja a la víctima del daño, así como también la protección del medio ambiente y sus ecosistemas. *En segundo lugar*, resulta muy difícil en materia probatoria acreditar la negligencia o conducta dolosa en materia de daños ambientales, puesto que el daño ambiental puede ocurrir aún sin infracción de ley; esta prueba se dificulta aún más si se considera que, en la mayoría de los casos, aquel que contamina actúa, hasta ahora, legalmente¹⁴. Aún más, quien ha sido víctima debe probar dolo o Culpa del agente por daños ambientales provenientes muchas veces de grandes conglomerados empresariales, cuyas acciones son complejas de precisar¹⁵. *En tercer lugar*, en cuanto a los titulares para ejercer las acciones¹⁶, el particular que desea ejercitar acciones de responsabilidad civil ambiental se enfrenta a un desembolso de dinero importante debido a los estudios, peritajes y necesidad de investigación por técnicos en la materia¹⁷.

Al igual que en responsabilidad extracontractual en materia civil, para aminorar el injusto que ha sufrido la víctima del daño¹⁸ se han establecido presunciones de culpabilidad en materia ambiental, como también la prevalencia de un sistema de responsabilidad objetiva contenida en leyes especiales¹⁹. Nos concentraremos en desarrollar en este trabajo solamente el sistema de responsabilidad civil que consagra la ley n°19.300; más específicamente en el elemento Culpa como requisito para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil ambiental.

II) La Culpa como requisito de responsabilidad civil en materia ambiental

Este capítulo contiene el desarrollo principal de este trabajo. Para una mejor comprensión, se ha subdividido de la siguiente manera: Concepto de Culpa y determinación del cuidado debido (II.1); Culpa infraccional (II.2); Presunción del artículo 52 (II.3); ¿Qué se presume en el artículo 52?: Posturas (II.4); y Resolución de Calificación Ambiental (RCA) & elemento Culpa (II.5).

II.1) Concepto de Culpa y determinación del cuidado debido

Podemos conceptualizar en términos generales la Culpa como “*la falta de diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios*”. En materia extracontractual “*hay culpa cuando por negligencia, descuido o imprudencia se realiza un hecho que conforme a la ley no debió llevarse a cabo o se omite un hecho que debió efectuarse*”²⁰.

principio preventivo que establece: “mediante este principio, se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos”. En BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, ob.cit, p. 14.

¹³ FERNANDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental chileno*, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p.129-130.

¹⁴ Esta postura era sostenida a inicios de la década de los 90' por doña PEREZ, María de los Ángeles. *Responsabilidad Civil*, en “Bases para una Ley General del Medio Ambiente en Chile”, Edit. Ambiente y Desarrollo S.A., Santiago, 1993, Capítulo 7, Primera Parte, p. 95.

¹⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán, “Daño Ambiental y Responsabilidad civil del empresario en la ley de bases del medio ambiente”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 23, 1996, p. 170.

¹⁶ Los titulares de la acción ambiental están contemplados en el artículo 54 de la ley n°19.300 y son las siguientes: Las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio; las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

¹⁷ Sin perjuicio que en el inciso tercero del artículo 42 de la ley n°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, permite de manera excepcional eximir a la parte, total o parcialmente, del pago del honorario del perito cuando considere que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo. En este caso, el Tribunal regulará prudencialmente la remuneración del perito, teniendo presente los honorarios habituales de la plaza y el porcentaje de la remuneración que no fuere pagada por el solicitante.

¹⁸ En palabras de don René Ramos Pazos: “*Justamente es este problema probatorio el mayor inconveniente que presenta el sistema de responsabilidad subjetiva, pues la prueba en muchos casos no es fácil, lo que conduce a que la víctima no pueda obtener la indemnización por el daño sufrido. Como una manera de paliar este grave inconveniente se establecen presunciones de culpabilidad. Es lo que hace nuestro Código Civil en los artículos 2320 a 2323 y 2326 a 2329.*” En RAMOS PAZOS, René, ob.cit, p. 55.

¹⁹ Dichas materias sólo contemplan reglas de responsabilidad civil general y no responsabilidad ambiental como tal. En FIGUEROA, E., Asenjo, R., Valdés, S., & Praus, S., 2005, “La responsabilidad civil ambiental, el daño al medio ambiente y su valor: una aproximación legal y económica”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 2 (2), p. 70.

²⁰ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de las Obligaciones*, Volumen II, Segunda

Dichos deberes de cuidado ¿cómo se determinan? La determinación es realizada por el juez, quien puede recurrir: la legislación²¹, los usos normativos y el estándar genérico de la persona diligente²². La determinación del cuidado debido en materia ambiental se realiza a través de dos criterios: primero, en razón de la infracción de normas legales o reglamentarias, caso en el cual la Culpa se presume; 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 y prudencialmente por los jueces²³. Ahora bien, fuera de los casos en que la ley señale una presunción o Culpa infraccional, la Culpa deberá acreditarse conforme a las reglas de responsabilidad extra-contractual del Código Civil.

II.2) Culpa infraccional

En palabras de don Enrique Barros, la Culpa infraccional “*supone una contravención de los deberes de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en una ley, reglamento, ordenanza, resolución u otra regulación semejante)*”²⁴. Concepto similar es el empleado por don René Ramos, quien al hablar de Culpa contra la legalidad (haciendo sinónimos Culpa contra legalidad con Culpa infraccional) la define como “*aquella que surge del sólo incumplimiento de una norma legal o reglamentaria (...). En estos casos basta tener por acreditada la culpa, puesto que ésta consiste precisamente en no haber respetado la norma en cuestión*”²⁵. Podemos, a través de estas definiciones, observar que la calificación de Culpa infraccional va más allá del incumplimiento de una ley ordinaria u especial sino también a reglamentos u otras normas de menor rango, cuya infracción constituyan Culpa. Así, citamos a modo de ejemplo una sentencia de la excelentísima Corte Suprema de fecha 19 de mayo del 2015 en la que asimila el principio de Culpabilidad en el derecho administrativo al de la noción de *Culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa*²⁶. La ley suele hablar, cuando se refiere a Culpa infraccional, de una presunción de Culpa o de responsabilidad²⁷. En materia ambiental la ley n°19.300 en su artículo 52 establece una presunción de Culpa por infracción de las normas ambientales, haciendo responsable al que la comete siempre que se acredite la relación de causalidad entre la infracción y el daño²⁸, presunción y problemática que trataremos a continuación.

II.3) Presunción del artículo 52

Mencionábamos que, frente al problema del sistema subjetivo de responsabilidad, para mitigar los efectos de dicho sistema se han incorporado presunciones de culpabilidad del autor²⁹ (que trataremos ahora), y por otra, ha creado normas de responsabilidad civil de carácter objetivas contenidas en leyes especiales.

No podemos comenzar sino citando el artículo 52 de la ley n°19.300 que señala: “*Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontamina-*

Edición ampliada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 270-271.

²¹ Llamada también Culpa Infraccional, que trataremos más adelante.

²² BARROS B. Enrique, ob.cit, p.97 y ss.

²³ *Ibid.*, p. 801.

²⁴ *Ibid.*, p. 97-98.

²⁵ RAMOS PAZOS, René, ob.cit, p. 54-55.

²⁶ Causa rol n° 24262/2014. Resolución N° 71889 de Corte Suprema, sala tercera (Constitucional) de 19 de mayo de 2015.

²⁷ BARROS B. Enrique, ob.cit, p.100.

²⁸ VIDAL OLIVARES, Álvaro. *Las Acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de Responsabilidad Aplicable*. Regímenes Especiales de Responsabilidad Civil, Cuadernos de análisis jurídicos, Colección Derecho Privado IV, Edición Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, año 2008, pp. 197-198.

²⁹ En FIGUEROA, E, ob.cit, p. 70.

ción, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”.

Como particularidades de esta norma podemos señalar: *en primer lugar*, la víctima se libera de acreditar el elemento interno cuando el agente causante actúa contraviniendo la legislación ambiental vigente, ya que la ley, a partir del hecho de esta contravención normativa, presume legalmente su responsabilidad³⁰; *en segundo lugar*, se trata de una presunción legal³¹, pudiendo admitir prueba en contrario; *en tercer lugar*, la presunción es de normativa ambiental ya sea legal o reglamentaria (debiendo recordarse la extensión del concepto de Culpa infraccional), lo que nos lleva a la discusión sobre qué ocurre en materia de responsabilidad ambiental en los casos de daño sin infracción de normas ambientales; *en cuarto lugar*, en palabras de don Pedro Fernández Bitterlich, esta presunción es amplia³² (aunque está discutido), pues no solo se aplica en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente sino además en otras leyes especiales, todas las cuales se encuentran vigentes por especial disposición del artículo 1° de la ley n° 19.300³³; y *en quinto lugar*, la norma en su inciso primero señala que se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño pero en su inciso segundo señala que para que exista indemnización se debe acreditar la relación causa a efecto. Dicho esto, abordaremos la discusión en torno a qué se presume realmente en el artículo 52.

II.4) ¿Qué se presume en el artículo 52?: Posturas

Abordaremos esta pregunta desde tres puntos de vista: La presunción del artículo 52 es de la responsabilidad (A); La presunción alcanza sólo al elemento Culpa (B) y por último, La presunción es del elemento Culpa y relación de causalidad (C).

A) La presunción del artículo 52 es de responsabilidad: al tenor del inciso primero del artículo 52, ello significaría presumir legalmente todos los elementos de la responsabilidad (imputabilidad, nexos causal, capacidad, daño). Esta postura merece algunas críticas³⁴:

Primero, en consideración a la historia de la ley n°19.300, frente a la discusión sobre el sistema de responsabilidad si bien existe una presunción de ésta, lo que en realidad se presume precisamente es la negligencia y la Culpa³⁵, sin hacer extensiva la presunción a otros elementos de la responsabilidad civil ambiental.

En segundo lugar, vulnera la buena fe como principio general del derecho. La buena fe se presume, y en materia de imputabilidad el dolo requiere texto expreso para que se presuma. El artículo 52 no establece de manera expresa la presunción de imputabilidad, debiendo en consecuencia

³⁰ VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El Derecho Ambiental, Presente y Pasado*, Editorial Jurídica de Chile, 1° edición, 2010, pp. 322-324.

³¹ BERMUDEZ SOTO, Jorge, ob.cit, pp. 396-397.

³² FERNANDEZ BITTERLICH, Pedro, ob.cit. p. 130.

³³ Sin perjuicio que otros autores señalen el carácter específico de la presunción, quedando a cargo del juez la determinación de la diligencia y cuidado. En BARROS BOURIE, Enrique; “La responsabilidad Civil en materia de Medio Ambiente”, *Derecho del Medioambiente, Congreso internacional Facultad de Derecho Universidad de Chile*, Editorial Jurídica Conosur, 1998, pp. 52-54. En el mismo sentido, don Jorge Bermúdez habla de una “enumeración genéricamente taxativa, resultando materialmente difícil determinar cuáles son. En BERMUDEZ SOTO, Jorge, ob.cit, p. 397.

³⁴ El desarrollo del elemento nexos causal en relación a la Culpa es tratada en el punto de vista B) y C).

³⁵ BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, ob.cit, p. 703. “(...) se establece que se presume legalmente la responsabilidad del autor si el daño ambiental se produce por infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación. O sea, se consagran determinadas presunciones, y éstas presumen, precisamente, la negligencia y la culpa.”.

el demandante acreditar sus pretensiones³⁶, salvo las hipótesis de Culpa del mismo artículo, que se presumen.

En tercer lugar, porque el elemento daño debe acreditarse. Más aún porque, en materia de responsabilidad civil ambiental, no todo daño que se produzca al medio ambiente es indemnizable³⁷ pues debe ser de carácter significativo, el que en definitiva tendrá que ser fijado en cada caso particular por el juez³⁸. Así, en materia de determinación de daños significativos la Corte Suprema se ha pronunciado: *“En efecto, el requisito de que el daño tenga un carácter significativo no está sujeto a un aspecto de extensión material de la pérdida, disminución o detrimento para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes, sino que debe acudir a una calibración de la significación de los deterioros infligidos a aquél.”*³⁹

B) La presunción alcanza solo al elemento Culpa: despejando entonces la necesidad que el daño deba acreditarse, esta postura consiste en que la presunción del artículo 52 solo se refiere al elemento Culpa, excluyendo la relación causal. Esta postura es la que ha seguido la doctrina mayoritaria y el fundamento de esta posición estriba en que no hay texto expreso que lo consagre, más aún al tenor del inciso segundo del presente artículo donde *“sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”*. Por ello la relación de causalidad del daño ambiental no puede presumirse, y en aquellos casos en que se presume la responsabilidad del sujeto agente de la acción u omisión que se estima provocó el daño, igualmente habrá que probar la relación causa a efecto entre la conducta y el daño producido⁴⁰; así se pronunció (a modo de ejemplo) la Corte Suprema en el primer fallo ambiental relativo al patrimonio cultural del país entre el Consejo de Defensa del Estado con Entel PCS Telecomunicaciones S.A.⁴¹. En los hechos, se debió acreditar que la construcción de la torre de telecomunicaciones era la causa del daño ambiental al patrimonio urbanístico del centro histórico de La Serena, declarada como zona típica conforme al Título VI de la ley n° 17.288 sobre Monumentos Nacionales. Otro fallo más reciente entre “Fisco de Chile con Servicio de Vertederos Los Maitenes”, donde la Corte de Apelaciones de Concepción estima: *“Es cierto que el precepto aludido dispone que en esas situaciones se presume la “responsabilidad” del autor del daño, pero no puede sino entenderse que lo que se quiere establecer es una presunción de culpabilidad, no de responsabilidad, puesto que para concluir en la responsabilidad deben concurrir los demás elementos que la constituyen, como, por lo demás, queda en evidencia cuando el inciso final del art. 52 advierte que habrá de acreditarse la relación causal”*⁴².

C) La presunción es del elemento Culpa y relación de causalidad: de acuerdo a la doctrina mayoritaria, aquello que se presume es solo el elemento Culpa. Sin embargo, existe una tercera postura: La presunción es del elemento Culpa, que se extiende a la relación de causalidad tratándose de daños ecológicos puros⁴³. Ello porque el inciso segundo del artículo 52 habla de “indemnización”, refiriéndose a una acción de indemnización de perjuicios ordinaria; en ese caso se debe probar el nexo causal conforme al estatuto general de responsabilidad civil extracontractual. Así, se aducen tres razones por las cuales imponer el peso de la prueba de la falta de causalidad en el demandado resulta justificado tratándose de daños ecológicos:

³⁶ FEMENÍAS SALAS, Jorge, “Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil”, *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 17, 2011, p. 41.

³⁷ Artículo 2 letra e) ley n° 19.300: Daño Ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.

³⁸ BERMUDEZ SOTO, Jorge; ob. cit, p.402.

³⁹ Corte Suprema, causa rol n° 5826-2009, considerando sexto, 28 de Octubre del 2011.

⁴⁰ BERMUDEZ SOTO, Jorge, ob. cit, pp. 404-405.

⁴¹ URIARTE ROGRIGUEZ, Ana Lya, Juicio “Consejo de Defensa del Estado con Entel PCS Telecomunicaciones S.A.”, *Jurisprudencia Ambiental*, Consejo de Defensa del Estado, pp. 6-ss.

⁴² Corte de Apelaciones de Concepción. Causa rol n° 493-2011, 15 de septiembre del 2011.

⁴³ FEMENÍAS SALAS, Jorge Andrés, *El Régimen General de Responsabilidad por Daño Ambiental en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente*, Universidad de Valladolid- Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 412.

1º) Si alguien desarrolla una actividad es de suponer que lo hace del modo menos dañino, y es él quien está en mejores condiciones de demostrarlo;

2º) Existe una variedad de fuentes de contaminación cuyos efectos no son bien conocidos;

3º) Los demandados tienen mejor acceso a la información y mayores recursos para invertir en la prueba relativa a la causalidad⁴⁴.

Tomando en cuenta las razones antes expresadas ¿No resulta acaso razonable que sea el agente quien deba acreditar que el desarrollo de su actividad no es la consecuencia directa e inmediata del daño ambiental? Debemos saber que la ley n°19.300 contempla el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), instrumento de gestión ambiental al cual debe someterse el particular que desarrolla ciertas actividades, contempladas en el artículo 10 del mismo cuerpo normativo. El particular debe someterse obligatoriamente al SEIA, en caso que desarrolle alguna de las actividades enumeradas en el artículo 10 y que produzcan alguno de los efectos descritos en el artículo 11; en este caso deberá presentar ante el Servicio de Evaluación Ambiental, un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). En caso que sus actividades no produzcan los efectos descritos en el artículo 11 o aquellos que se sometan voluntariamente al SEIA, deberán presentar una Declaración de Impacto Ambiental (DIA).

Cualquiera que sea el caso, debemos considerar que frente a estas exigencias existe un procedimiento administrativo. Y a lo largo de este proceso, el empresario desembolsa altas sumas de dinero en estudios científicos y en terreno, que tienen por finalidad acreditar que sus actividades se ajustan a la normativa ambiental vigente. En caso que se ajuste a la normativa ambiental, el organismo público emitirá una Resolución de Calificación Ambiental que apruebe el proyecto. Podemos observar entonces, que si bien el empresario debe invertir en demostrar que su proyecto se ajusta a la normativa ambiental, por otro lado se encuentra en una posición más favorable, puesto que a lo largo del proceso tiene en su poder un conocimiento científico técnico y mayores recursos e información en comparación a la víctima que intenta las acciones de responsabilidad civil ambiental. Frente a esta posición favorable del particular, resulta razonable que él deba desvirtuar la relación de causalidad, acreditando que su actividad no es la causa a efecto entre la infracción y el daño producido. Esta tercera postura, si bien no constituye la posición mayoritaria, ha sido acogida en algunas oportunidades por nuestra jurisprudencia donde, “*a la manera de la ley alemana, 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*”⁴⁵, aunque no es la regla general pues la mayoría de los fallos que se refieren al tema la estiman de culpabilidad⁴⁶. Sin embargo, con la dictación de la ley n° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, resulta interesante comentar un fallo: *CDE contra Minera Esparta*, del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago Causa D-15-2015.

En los hechos, Minera Esparta era una empresa minera que desarrolló sus actividades en la Quebrada de la Plata, ubicada en la comuna de Maipú. Dichas actividades debían someterse al SEIA, específicamente mediante un Estudio de Impacto Ambiental. Ello nunca ocurrió, y la minera desarrolló sus actividades sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental (RCA), patente municipal ni la autorización respectiva del Sernageomin. Se dedujo la acción de reparación ambiental, la que fue acogida por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. El razonamiento del Tribunal fue el siguiente: que se aplica la presunción de culpabilidad del artículo 52, pues Minera

⁴⁴ CORRAL TAICIANI, Hernán, “La Relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, Publicado en Taitana Vargas Pinto (edit.), *La relación de causalidad, Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal, Cuadernos de extensión Jurídica (U. de los Andes)* 15, 2008 pp. 205-2011.

⁴⁵ Corte Apelaciones Copiapó, causa rol n° 557-2006. Considerando duodécimo, 5 de marzo del 2008.

⁴⁶ DELGADO SCHNEIDER, Verónica, “La Responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Volumen XXV N°1, julio 2012, p. 68.

Esparta desarrolló una actividad minera sin contar con una RCA y además el corte de bosque y vegetación nativa configura diversas infracciones a normas de protección, conservación y preservación ambiental. Además, se configuró la presunción de causalidad, pues la infracción de M.E. se ha traducido en omitir la adecuada evaluación de los impactos que el desarrollo de la actividad minera provocó en un lugar, así como el necesario plan de manejo que habría evitado la afectación al bosque nativo.

Dos aspectos resultan relevantes: *primero*, que reconoce una presunción de culpabilidad del actor al desarrollar la empresa una actividad sin contar con una RCA que apruebe el proyecto y, en *segundo lugar*, que el tribunal acoge la presunción de causalidad, pues se debe extender la presunción del artículo 52 por haberse infringido normas legales o reglamentarias sobre protección, preservación o conservación ambiental. Agregan que, sin perjuicio de lo anterior, existiría suficiente información que demostraría la relación de causalidad próxima y necesaria existente entre los hechos, conductas y omisiones culposas en que incurrió la demandada y el daño ambiental ocasionado en su predio⁴⁷.

II.5) Resolución de Calificación Ambiental (RCA) & elemento Culpa

Señalamos de manera general, que la Culpa infraccional abarca el incumplimiento tanto de leyes como de reglamentos y que a su vez, frente al incumplimiento de ciertas normas existe una presunción de “responsabilidad”. Analizaremos a continuación la RCA en relación con su incumplimiento y la posibilidad de imputar Culpa. La RCA es un acto administrativo parcialmente reglado. En caso de que esta calificación sea favorable, certificará que se cumple con todos los requisitos ambientales, incluyendo los eventuales trabajos de mitigación, compensación y reparación⁴⁸, siendo el proceso culmine en materia de procedimiento de evaluación de impacto ambiental de diversas actividades⁴⁹. Nace entonces la pregunta ¿Puede imputarse Culpa al autor del daño ambiental que ha incumplido una RCA? Lo analizaremos desde dos puntos de vista: Si procede la presunción del artículo 52 (A), y La existencia del daño y la RCA (B).

A) RCA y el artículo 52: Al tenor de este artículo, no se contempla de manera expresa el incumplimiento de la RCA como supuesto normativo de la presunción de responsabilidad⁵⁰. Ello no significa que el autor del daño se exima de responsabilidad, puesto que la ilegalidad no es requisito de responsabilidad, sino simplemente una presunción simplemente legal. En este caso, si bien no se puede presumir la responsabilidad (según la generalidad de la doctrina es más bien presunción de Culpa), sí puede la víctima acreditar la actitud negligente del autor en el desarrollo de sus actividades conforme a las reglas generales. Sin embargo, existe una postura que sostiene que la infracción a una RCA daría origen a presumir la Culpa del titular del proyecto⁵¹ tomando en cuenta los artículos 52 y 24 inciso segundo de la ley n°19.300 y el artículo 35 letra a) de la ley n°20.417 Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, puesto que:

⁴⁷ Tribunal Ambiental de Santiago Causa D-15-2015. Considerando Quincuagésimo cuarto. Santiago, seis de enero de dos mil dieciséis. Búsqueda web http://consultas.tribunalambiental.cl/ambiental_portal/Web/Portal/LEX_POR_ExpedienteCausa.aspx?idCausa=98&idTribunal=1&idCuaderno=104

⁴⁸ BERMUDEZ SOTO, Jorge, ob. cit, p. 311.

⁴⁹ Haciendo un resumen: frente al desarrollo de actividades, a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) existe un procedimiento donde ciertas actividades deben obligatoriamente pasar por un procedimiento de Estudio de Impacto ambiental (Aquellas actividades contempladas en el artículo 10 de la ley n°19.300 y que produzcan los efectos del artículo 11 de la misma ley), o a través de una Declaración de Impacto Ambiental (Actividades del artículo 10 que no produzcan los efectos del artículo 11, o aquellos particulares que deseen voluntariamente someter sus actividades al SEIA).

⁵⁰ Esta postura es compartida por Verónica Delgado: *Si bien el régimen es subjetivo, en el art. 52 existe una presunción de culpa contra la legalidad que, siendo amplia, lamentablemente no consideró la infracción a las RCA, desconociendo la operatividad del sistema, pues justamente en este acto terminal del SEIA se impondrán al titular del proyecto una serie de exigencias en materias que no están normadas. Su infracción, en consecuencia, no cambiará el onus probandi.* En DELGADO SCHNEIDER, Verónica, ob.cit, p. 68.

⁵¹ Dicha idea la comparte don Jorge Femenias en su Tesis Doctoral, en FEMENIAS SALAS, Jorge Andrés, Ob.cit, pp. 468 y ss.

-Respecto al artículo 52, la RCA correspondería a aquellas normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en esa ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

-El artículo 24 inciso segundo de la ley n°19.300 señala: “El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva.”

-Al hablar el artículo 52 de “otras disposiciones legales o reglamentarias”, ello incluye la hipótesis del artículo 35: Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental.

B) La existencia del daño y la RCA: bajo este punto de vista, puede existir la posibilidad de imputar Culpa al titular que cumple una RCA, en siguientes supuestos⁵²:

-Existencia de daño ambiental en actividades contempladas en RCA pero que no sobrepasa los límites de dicha resolución: en un primer momento, si el autor logra acreditar que su actividad está dentro de los márgenes de los reglamentos, entonces solo queda a la víctima la indemnización del artículo 55. Sin embargo, si ella logra acreditar Culpa por parte del empresario y éste causa injustamente un daño, puede originarse un cuasidelito civil, frente a la hipótesis de la teoría del abuso del derecho.

-Existencia de un daño ambiental en actividades no contempladas en RCA, pero dichos daños eran previsibles: en este caso, la resolución favorable que permite el desarrollo de una actividad empresarial no es un eximente de responsabilidad para el empresario. Solo es un punto de partida, o sea, que cumple con los requisitos iniciales para desarrollar su actividad. Por lo demás, será de cargo de la víctima acreditar la previsibilidad del daño en relación a las actividades del empresariado, puesto que en este caso no existe infracción a normativa legal o reglamentaria vigente, sino más bien del deber general de cuidado.

-Existencia de un daño ambiental por desarrollo de actividades no previstas en RCA y que eran imprevisibles: Puede en este caso el agente eximirse de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor siempre y cuando se acrediten los requisitos del caso fortuito por parte del empresario.

III) Daño, pero cumpliendo la norma: Culpa con legalidad

Puede ocurrir que existiendo un daño ambiental, el autor no sea poco diligente. En otras palabras: ha cumplido con las imposiciones establecidas por leyes y reglamentos o actuó con el debido cuidado. El profesor Alessandri al referirse a la Culpa con legalidad señala: “*el hecho de cumplir estrictamente con las disposiciones legales o reglamentarias no exime de adoptar las demás medidas de prudencia que las circunstancias requieran, y si el juez considera que éstas habrían sido tomadas por un hombre prudente, podrá declarar culpable a quien no las tomó, aunque haya observado aquellas*”⁵³.

Frente a esa hipótesis, la ley n°19.300 contempla la acción indemnizatoria ordinaria deducida por el personalmente afectado⁵⁴, lo que da a entender a primera vista, que excluye entonces

⁵² Para mayor estudio del tema, en HUNTER AMPUERO, Iván, “La Culpa con la ley en la Responsabilidad Civil Ambiental”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 18(2), 09-25. Diciembre 2005, pp. 9-25.

⁵³ ALESSANDRI, Arturo, *De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica, segunda edición, Santiago, 1983, p. 180.

⁵⁴ Artículo 55 ley n°19.300: Cuando los responsables de fuentes emisoras sujetas a planes de prevención o descontaminación, o a regulaciones especiales para situaciones de emergencia, según corresponda, acrediten estar dando íntegro y cabal cumplimiento a las

la presunción de culpabilidad del artículo 52 cuando el actor logra acreditar cabal cumplimiento y deber de cuidado en el desarrollo de su actividad, dejando solo entonces la acción indemnizatoria ordinaria debiendo acreditarse conforme a los reglas generales. Por lo tanto, volvemos al problema del sistema subjetivo de responsabilidad, donde será la víctima quien, para ejercer las acciones de responsabilidad, pruebe que si bien la empresa ha dado cumplimiento a la normativa, haya obrado con Culpa y además acreditar por parte de la víctima la relación de causalidad. Dicho tema junto a toda su problemática, debe tratarse más en extenso.

CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto, podemos sintetizar las siguientes ideas:

De lege lata, el sistema de responsabilidad civil ambiental está constituido sobre la base del sistema de responsabilidad del Código Civil del Título XXXV del Libro IV. Dicho sistema de responsabilidad es de carácter subjetivo, lo que trae como resultado que la víctima deba acreditar la Culpa o dolo del agente. Frente a este problema, el legislador en materia ambiental contempló de manera expresa presunciones, en el artículo 52. Dichas presunciones, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, constituyen una presunción de culpabilidad.

De lege ferenda, frente a la variedad de fuentes contaminantes, y la posición científica técnica favorable del empresario, resulta importante una modificación legislativa que extienda la presunción del elemento Culpa también a la relación de causalidad, pero sólo tratándose de daños ecológicos puros.

Aceptar solo la presunción del elemento Culpa, constituye una mayor dificultad para la víctima en materia probatoria y constituye, además, la ineficacia de un sistema de protección ambiental en su esencia. Debemos recordar el espíritu de la ley n°19.300: la protección del medio ambiente y sus ecosistemas. Por supuesto que nosotros, como sujetos de derecho, debemos crear normas que tengan por objeto permitir que podamos vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Pero ¿qué ocurre con el medio ambiente y su consideración como un bien jurídico protegido? La acción de reparación ambiental es la única acción ambiental “pura”, que protege al medio ambiente en cuanto tal. Frente a la dificultad de acreditar la relación de causalidad, la protección ambiental deja de ser eficaz. Por lo demás, una protección ambiental *antropocéntrica* ya existía con anterioridad a la dictación de la ley n° 19.300. Así, tenemos protección de rango constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; tenemos igualmente normas de responsabilidad de contenido patrimonial contempladas en leyes especiales (como por ejemplo, la ley de seguridad nuclear) y también tenemos el estatuto general de responsabilidad civil extracontractual de los artículos 2314 y siguientes. Igualmente resulta importante consagrar de manera expresa la Resolución de Calificación Ambiental dentro de las infracciones normativas. Ello porque es una primera medida reglamentaria que debe enfrentar el empresariado, la cual debe exigir un deber de cuidado permanente. Establecer su consagración expresa permitiría aún más el debido cuidado, sobretodo porque puede existir un daño ambiental cumpliendo una RCA o bajo un cuidado diligente, quedando exonerado el autor de la reparación al medio ambiente bajo ciertos supuestos.

Sin duda, un tema interesante que requiere una investigación aún más profunda, con la finalidad de encontrar soluciones para aquel equilibrio entre el desarrollo humano y la sustentabilidad de nuestro medio ambiente.

BIBLIOGRAFÍA

ACHURRA GONZALEZ, Francisco, *La Responsabilidad Civil por Daño Ambiental*, Editorial Congreso, Santiago de Chile, 1999.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Chileno*, Tomo I. Editorial Jurídica, segunda edición. Santiago, 1983.

ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U, Manuel, VODANOVIC H, Antonio, *Tratado de las Obligaciones*, Volumen II, Segunda Edición ampliada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

BARROS BOURIE, Enrique, “La responsabilidad Civil en materia de Medio Ambiente”, Derecho del Medioambiente, *Congreso internacional Facultad de Derecho Universidad de Chile*, Editorial Jurídica Conosur, 1998.

BERMUDEZ SOTO, Jorge, *Fundamentos del Derecho Ambiental*, 2° Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2015.

BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL, Chile. 1994. Historia de la ley n°19.300 Bases del Medio Ambiente.

CORRAL TALCIANI, Hernán, “Daño Ambiental y Responsabilidad civil del empresario en la ley de bases del medio ambiente”, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 23, 1996.

CORRAL TAICIANI, Hernán, “La Relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente”, Publicado en Taitana Vargas Pinto (edit.), *La relación de causalidad, Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal, Cuadernos de extensión Jurídica (U. de los Andes) 15*, 2008.

DELGADO SCHNEIDER, Verónica, “La Responsabilidad civil extracontractual por el daño ambiental causado en la construcción u operación de las carreteras”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Volumen XXV N°1, julio 2012.

FEMENÍAS SALAS, Jorge, “Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil”, *Revista Derecho y Humanidades. Universidad de Chile*, N° 17, Año 2011.

FERNANDEZ BITTERLICH, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental chileno*, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

FIGUEROA E., Asenjo, R., Valdés, S., & Praus, S, 2005, “La responsabilidad civil ambiental, el daño al medio ambiente y su valor: una aproximación legal y económica”, *Revista de Derecho Ambiental*, N°.2 (2).

HUNTER AMPUERO, Iván, “La Culpa con la ley en la Responsabilidad Civil Ambiental”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 18(2), 09-25, Diciembre 2005.

PEREZ, María de los Ángeles, *Responsabilidad Civil*, en “Bases para una Ley General del Medio Ambiente en Chile”, Edit. Ambiente y Desarrollo S.A., Santiago, 1993. Capítulo 7, Primera Parte.

RAMOS PAZOS, René, *De la Responsabilidad Extracontractual*, 4° Edición actualizada, Legal Publishing, 2008.

URIARTE ROGRIGUEZ, Ana Lya, Juicio “Consejo de Defensa del Estado con Entel PCS Telecomunicaciones S.A.”, *Jurisprudencia Ambiental*, Consejo de Defensa del Estado.

VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, *El Derecho Ambiental, Presente y Pasado*, Editorial Jurídica de Chile, 1° edición, 2010.

VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Las Acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de Responsabilidad Aplicable*, Regímenes Especiales de Responsabilidad Civil, Cuadernos de análisis jurídicos, Colección Derecho Privado IV, Edición Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, año 2008.

EL MODELO DE SUMINISTRO ELÉCTRICO EN LA UNIÓN EUROPEA

THE MODEL OF ELECTRICAL SUPPLY IN EUROPEAN UNION

ALBERTO OLIVARES*
UNIVERSIDAD DE TALCA

RESUMEN: El trabajo revisa las diversas actividades que integran el sector eléctrico, de acuerdo con el modelo propuesto desde la Unión Europea: generación, transporte, distribución y comercialización. Asimismo, que comienza a situarse como actor relevante en la actividad eléctrica. Todo ello, con la finalidad de realizar propuestas para que el sector eléctrico en Chile avance hacia la denominada segunda etapa de liberalización de la industria eléctrica.

PALABRAS CLAVE: Suministro eléctrico; Unión Europea; Energía

ABSTRACT: *The study analyzes the various activities that make up the electricity sector, according to the model proposed by the European Union: generation, transport, distribution and marketing. Likewise, it begins to position itself as a relevant actor in the electrical activity. All this, with the purpose of making proposals for the electricity sector in Chile to advance towards the so-called second stage of liberalization of the electricity industry.*

KEY WORDS: *Electrical Supply; European Union; Energy.*

* Doctor en Derecho, profesor adscrito al Departamento de Derecho Público, Universidad de Talca. Avenida Lircay s/n. Talca. Dirección Postal: 2 Norte N°685, Talca. Email: aolivares@utalca.cl.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La expresión suministro eléctrico posee una doble acepción. En sentido amplio, es utilizada para hacer referencia a la prestación final que realiza el conjunto de las actividades que intervienen, de forma encadenada, en el sector eléctrico¹. Este es el uso que da, por ejemplo la legislación española que en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE), hace referencia a esta noción, al explicar que: “*Son actividades destinadas al suministro de energía eléctrica: generación, transporte, distribución, servicios de recarga energética, comercialización e intercambios intracomunitario e internacionales, así como la gestión económica y técnica del sistema eléctrico*” (art. 1.2).

Asimismo, la palabra suministro también puede significar, en sentido restringido, la entrega de energía que realiza la empresa suministradora al usuario final, para su consumo². Está referida, por tanto, a la actividad económica que se realiza entre las empresas comercializadoras (distribuidoras para el caso de Chile) y consumidores, como fase final de la actividad eléctrica, esto es, la comercialización o suministro³.

También utiliza con este alcance la LSE (española) el término suministro, al expresar que: “*El suministro de energía eléctrica se define como la entrega de energía a través de las redes de transporte y distribución mediante contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles*” (art. 43).

Es en el primer sentido –general o amplio– que se utiliza en este estudio la expresión suministro energético; es decir, como idea de servicio (o provisión de un bien) que engloba el conjunto de actividades que integran este esencial sector de la economía, desde la transformación de las fuentes primarias de energía en electricidad (generación o producción), la transmisión desde los puntos de generación hacia los puntos de consumo (transporte y distribución), hasta la enajenación a aquellos consumidores que lo demanden (comercialización)⁴.

Se trata de una cadena –la del suministro eléctrico– que tiene, ante todo, un carácter técnico, independiente de su modo de gestión y del marco regulatorio que la afecte. Desde esta perspectiva general, FABRA define el suministro de electricidad como: “*una actividad única que consiste en la producción de energía eléctrica, a partir de la transformación de materias energéticas y de energías primarias, y su puesta a disposición de los consumidores finales de electricidad*”⁵.

Es decir, aun cuando sea posible distinguir diversas fases que integran el sistema eléctrico, existe un principio de unidad esencial del suministro eléctrico, y que ha otorgado ciertas características especiales al sistema eléctrico y a la industria que lo desarrolla.

Ahora bien, cuando se revisa el concepto de suministro, como actividad que reúne a varias fases, que deben interactuar de manera coordinada y bajo un principio de unidad, debe tenerse en

¹ Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago: “El suministro en el sector energético”, en SANTOS RECH y CAMEO BEL (coord.): *Derecho de la Energía*, Wolters Kluwer, Madrid, 2006, p. 154.

² RIVERO TORRE, Pedro: “El suministro de electricidad”, en BECKER, Fernando et al. (dir.): *Tratado de la Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Económicos* (Tomo II) Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 79-80.

³ En Chile, tal como se ha mencionado con antelación, la comercialización no es una fase distinta de la actividad eléctrica; está integrada a la distribución. Es decir, son las empresas distribuidoras quienes se encargan de entregar la electricidad a los consumidores.

⁴ De manera un poco más técnica RIVERO TORRE explica la idea de suministro energético, haciendo referencia a una cadena que arranca del aprovisionamiento de energías primarias que se utilizarán en la generación de electricidad. Las centrales que convierten estas energías primarias en electricidad, realizan también una transformación de la electricidad a tensiones altas para llevar a cabo el transporte por el territorio. El transporte conecta a los centros de generación con los nudos en los que se inicia la actividad de distribución hasta los clientes finales. Se inicia en estos nudos un proceso inverso, con reducciones sucesivas de la tensión de las redes en las subestaciones transformadoras que van jalonando el avance de las redes hasta los niveles suficientemente bajos de ésta, para que la electricidad sea apta para el consumo de los clientes finales. RIVERO TORRE (2009) *ibid.*, pp. 83-84.

⁵ FABRA UTRAY, Jorge: *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 389.

cuenta, necesariamente, que dicha actuación coordinada para las diversas fases que intervienen en el suministro eléctrico –generación, transmisión, distribución y comercialización, en el modelo europeo– concentra gran parte de los esfuerzos de los órganos de la Administración encargados de velar por el correcto funcionamiento del sistema eléctrico.

En este sentido, y de manera certera, RIVERO TORRE explica que: “*Hablar de suministro de electricidad supone poner sobre la mesa un asunto de la mayor importancia en nuestros días, objeto de prioritaria preocupación por políticos, expertos y que incide ya, de un modo cada vez más intenso, en las inquietudes del conjunto de la ciudadanía*”⁶.

Observada esta idea omnicomprensiva del suministro eléctrico, y teniendo presente la necesaria cohesión que debe existir entre los diversos actores –privados y públicos– en el funcionamiento del sistema eléctrico, a fin de suministrar energía eléctrica a los consumidores, en ciertas condiciones de calidad y precio, pasaremos a continuación a estudiar las diversas actividades que intervienen en el sistema eléctrico para lograr el objetivo común del suministro.

II. EL SECTOR ELÉCTRICO EN EL MODELO DE LA UNIÓN EUROPEA

La prestación del servicio de suministro eléctrico requiere del funcionamiento de un conjunto de actividades eléctricas, que si bien pueden ser observadas como fases diversas, deben trabajar coordinadamente para que el sistema funcione correcta y continuamente.

La Unión Europea promueve una estructura integrada por cuatro actividades principales que participan en el suministro de energía eléctrica: la producción o generación, el transporte, la distribución y la comercialización.

También podemos encontrar industrias energéticas en que se organizan en tres grandes fases: generación, transmisión y distribución, no existiendo la figura de la comercialización, como actividad independiente, sino que recae en manos de quien realiza la distribución⁷.

De manera general, la figura de un sector eléctrico con una estructura de tres fases principales dominó en un primer momento de los procesos liberalizadores que recorren las diversas economías nacionales de Europa, Norteamérica y algunos países de otras regiones. En una segunda etapa de expansión del proceso liberalizador, impulsado principalmente desde la Unión Europea hacia los Estados miembro –hoy vigente–, se promueve la institucionalización de la figura del comercializador como cuarto actor esencial en el mercado energético⁸. No obstante, debe indicarse que la estructura de tres fases se mantiene vigente en algunos países como Chile, Argentina o Perú.

⁶ RIVERO TORRE (2009), *ibid.*, pp. 79-98.

⁷ Así lo establece, por ejemplo, la legislación eléctrica chilena, que divide el ciclo eléctrico en las actividades de generación, transmisión y distribución. Sobre este tema, *vid.* EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio y SEEGER CAEROLS, María: *Derecho Eléctrico* (2ª ed.), LexisNexis, 2007, pp. 1 y ss. De la misma manera, *vid.* *Energy Law Act of 2005*, de Estados Unidos, que en varias disposiciones de su texto hace referencia a “*systems for the generation, transmission and distribution of electric energy*”.

⁸ En la Unión Europea, la primera Directiva que introdujo normas comunes para el establecimiento de un mercado interior eléctrico fue la Directiva 96/92/CE, *cit.* Esta norma, en el artículo 1º, primera parte, expresaba: “*La presente Directiva establece normas comunes en materia de generación, transmisión y distribución de electricidad [...]*”. Admitía, por tanto, la clasificación del sector eléctrico en las tres fases referidas, permitiendo al distribuidor el suministro de electricidad a clientes finales, dejando abierta la posibilidad de que esta nueva figura del comercializador sea incorporada o no por los Estados miembros. Se trataba, evidentemente, de la primera fase de la apertura de los mercados nacionales para la construcción de un mercado interior y, por tanto, el modelo de la industria en general en Europa contemplaba estas tres fases para la actividad eléctrica, aun cuando algunos Estados miembros habían introducido en sus regulaciones la idea de escindir la actividad de suministro o comercialización de la distribución, como sucede con la Ley 54/1997 del sector eléctrico, de España. Sin embargo, la Directiva 2003/54/CE, *cit.*, que derogó la Directiva antes mencionada, propuso directamente a los Estados miembros un paso adelante en la evolución del proceso de liberalización de los mercados eléctricos, planteando una armonización de las estructuras eléctricas nacionales en torno a la organización de los sistemas en cuatro actividades (generación, transporte, distribución y comercialización o suministro). La Directiva vigente, 2009/72/CE, *cit.*, que deroga la Directiva 2003/54/CE, *cit.*, consolida esta estructura de la industria energética en Europa, en cuatro actividades, propia de la segunda fase de la liberalización del sector; estado en que se encuentra hoy la industria energética en la Unión Europea. Sobre este tema, PARENTE, Alesio: *Principios de derecho europeo de la energía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

En este trabajo, se incorpora también, al consumo como parte del sistema eléctrico. Si bien, la figura del consumidor no es incluido de manera expresa como actor en la configuración del sector eléctrico que realiza la mayoría de la doctrina del Derecho de la Energía, ha sido aquí incluida por el creciente interés que ha adquirido en el modelo de libre mercado que se promueve para el sector energético.

La capacidad de negociación –al menos teórica– que tiene el consumidor en el mercado eléctrico, le ha otorgado –o debería concederle– un rol preponderante en el sistema. El modelo liberalizado que se impone en la organización del sector, abandona el paradigma del Estado como representante de los consumidores a través de la idea de interés público y le otorga al consumidor un rol principal en la defensa de sus intereses, por medio de su concurrencia al mercado⁹.

Aunque, como se verá, este rol no ha sido realmente desarrollado de manera significativa en la práctica, en un teórico mercado interior de la electricidad que pregona la Unión Europea, sí se ha cimentado una organización jurídica del sistema eléctrico que realza la figura del consumidor¹⁰.

Entonces, la estructura que aquí se estudiará es aquella que integra las cuatro actividades clásicas, que se ejecutan en fases sucesivas: generación, transporte, distribución y suministro. Agregaremos un quinto componente a esta estructura: el consumo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que para que el sistema eléctrico funcione correctamente es necesario que haya un equilibrio entre generación y consumo eléctrico, es decir, que debe consumirse una cantidad idéntica a la que se produce, en el mismo instante, debemos concluir que estas fases sucesivas y concatenadas, deben ser también simultáneas. Configuran, por tanto, un sistema único que permite, en definitiva, que la electricidad pueda ser suministrada a los consumidores de manera útil para su consumo¹¹.

Esta estructura del sector eléctrico ha facilitado de manera natural el desarrollo de empresas verticalmente integradas, que realizaban todas las fases de la actividad eléctrica, generalmente en régimen de monopolio, permitiendo una organización centralizada de empresas que dominaban cuotas –habitualmente territoriales– de mercado e impedían la competencia en libre mercado.

Desde la última década del siglo pasado, esto es, desde que se promueve la liberalización del sector siguiendo el modelo implantado en el Reino Unido a través de la *Electricity Act* (1989), se ha incentivado un cambio de paradigma en el modelo energético que: primero, estimula la introducción de competencia en aquellas fases que es posible –generación y comercialización–; segundo, obliga a garantizar el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución, y entrega la gestión de estas a un operador independiente; tercero, exige la creación de un ente regulador independiente que garantice el correcto funcionamiento del sistema, y; cuarto, reconoce el derecho de los consumidores a elegir suministrador¹².

Este diseño fue reproducido por la Unión Europea, que promovió la separación de actividades y el acceso de terceros a las redes, como principios básicos de los sistemas eléctricos de los Estados miembros, a fin de desincentivar la integración vertical de la industria eléctrica y evitar la

⁹ En este sentido, la defensa del consumidor comienza a jugar un rol clave (o debería tenerlo) en la organización del sistema eléctrico, aproximándose a la idea del modelo anglosajón, antes vista. El Estado, por tanto, debe amparar y promover las organizaciones de consumidores, crear una regulación eficiente para la defensa de los derechos del consumidor, y designar –cuando sea necesario– un organismo público encargado de coordinar la tutela de los intereses de los consumidores.

¹⁰ Tal como se ha visto en el capítulo anterior, uno de los pilares de los ordenamientos jurídicos energéticos de los países anglosajones (principalmente Estados Unidos y Gran Bretaña) lo constituye precisamente la defensa de los derechos del consumidor.

¹¹ FABRA UTRAY, *ibid.*, p. 389.

¹² DE LA CRUZ FERRER, “El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de Actividades. Planificación”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago *et al.*; *Derecho de la regulación económica* (Vol. 3, Tomo I), Iustel, Madrid, pp. 279-331.

discriminación en el acceso a las redes de transporte y distribución¹³.

A continuación, serán ilustradas las diferentes actividades que integran el sector eléctrico, y que deben organizarse en torno a los dos principios antes indicados: la separación de actividades y el acceso de terceros a la red, a fin de lograr un mercado único de electricidad para la Unión Europea.

III. LA PRODUCCIÓN O GENERACIÓN

La electricidad es producida comercialmente por muchos miles de plantas de generación instaladas por todo el mundo, que utilizan las diversas fuentes primarias existentes para transformarlas en energía eléctrica. Desde una perspectiva económica, la generación representa entre el 35 y el 50% del costo de producción de la electricidad¹⁴. Por ello, importantes esfuerzos regulatorios tienen relación con el establecimiento de un *mix* energético que permita precios competitivos para la industria nacional en un contexto de globalización.

La Directiva 2009/72/CE define esta primera fase de la cadena de suministro eléctrico, indicando que se entiende por generación: “*la producción de electricidad*” (art. 2.1.). Asimismo, concreta que el titular de esta actividad es el productor, que es “*toda persona física o jurídica que genere electricidad*” (art. 2.2.).

La LSE española, no define expresamente qué entiende por generación, aunque cuando habla de la autorización administrativa exigida a las actividades de generación de electricidad, indica que la actividad de producción de energía eléctrica incluirá la transformación de energía eléctrica, así como sus infraestructuras de evacuación, que incluyen la conexión con la red de transporte o de distribución (art. 21).

A quien sí define esta norma es a los productores de energía eléctrica como “*aquellas personas físicas o jurídicas que tienen la función de generar energía eléctrica, ya sea para su consumo propio o para terceros, así como las de construir, operar y mantener las instalaciones de producción*” (art. 6.1.a).

Las legislaciones de la Unión Europea y española no dan muchas más luces sobre el concepto de producción, por tanto, recogemos una definición doctrinaria¹⁵. Se puede definir la producción o generación de electricidad como “*aquella actividad de transformación de una fuente energética primaria (carbón, diesel, agua, viento, sol, etc.) en energía eléctrica, realizada con alguna de las tecnologías existente*”¹⁶.

La generación, por tanto, presenta un elemento esencial: la transformación de una energía primaria en electricidad. Además, para efectos de autorizaciones administrativas, se someten al régimen de licencias de este tipo de actividades, no solo las infraestructuras de generación propiamente dichas, sino también aquellas que tienen por finalidad la evacuación de flujos eléctricos hasta las redes de transporte o distribución.

¹³ Pueden verse los considerandos 8 a 15 de la Directiva 2009/72/CE, *cit.*, en que se argumenta a favor de la separación de actividades en el sector eléctrico. Asimismo, *vid.* ALCOLEA CANTOS, José: “La separación de actividades en los grupos verticalmente integrados del sector eléctrico”, en BECKER *et al.* (dir.), *Tratado de la Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos* (Tomo I), *cit.*, pp. 689-709.

¹⁴ HUNT, SALLY: *Making competition work in electricity*, John Wiley & Sons, New York, 2002, pp. 17 y ss.

¹⁵ La legislación chilena tampoco entrega una definición para la actividad de generación. Tampoco da un concepto de productor de electricidad; directamente regula estas actividades.

¹⁶ *Cf.*: SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio: “La separación de actividades en la Ley 17/2007, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, del sector eléctrico, para adaptarla a la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad”, en LÓPEZ-IBOR MAYOR, VICENTE (coord.): *Comentarios a la Ley de reforma al sector eléctrico (Ley 17 de 2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 58.

En generación, los ordenamientos europeos han tendido a diferenciar entre la producción de electricidad con energías convencionales (petróleo, carbón, gas natural) y las energías renovables¹⁷. El origen de esta diferenciación de regímenes fue el impulso que desde la Unión Europea se ha dado a las energías renovables. En general, ha habido, en el entorno europeo y también de otros países, cierto apoyo a las ayudas y subsidios a este tipo de energías, tanto para la investigación como para su desarrollo. Chile, se ha sumado a estos esfuerzos, principalmente a partir de las leyes cortas I y II.

La justificación habitual del subsidio a este tipo de energías es que, con excepción de la energía hidroeléctrica y quizás algunos parques eólicos favorablemente localizados, la energía renovable normalmente se encuentra en una situación de desventajas de coste respecto de las energías convencionales o tradicionales. Existe una externalidad negativa de estas últimas –la considerable emisión de gases de efecto invernadero que su actividad produce– que no se ve reflejada en sus precios de venta de electricidad¹⁸.

Por otra parte, en la generación de energía eléctrica se reconoce el derecho a la libre instalación y la industria productora funciona bajo el principio de libre competencia, tal como aparece enunciado en la exposición de motivos de la LSE y promulgado en el artículo 11.1 de esta norma¹⁹. Chile aplica los mismos principios para la actividad de generación.

En consecuencia, estamos ante una actividad no regulada, en que los operadores de centrales de generación venden la electricidad que producen en un mercado establecido para tal efecto.

IV. EL TRANSPORTE O TRANSMISIÓN

El suministro energético es una actividad de redes, es decir, se requiere de un conjunto de redes instaladas en el territorio. La existencia de los antiguos monopolios eléctricos, se justificaba precisamente, entre otras circunstancias, en la existencia de grandes infraestructuras de redes necesarias para trasladar la electricidad desde los centros de generación hasta los centros de consumo (industrias y hogares).

Hablamos, cuando nos referimos a estos servicios en red, de la exigencia de una malla de transmisión sobre el territorio que desea suministrarse un servicio, para nuestro caso, la electricidad. Esta infraestructura genera problemas para introducir competencia en el sector eléctrico, principalmente por dos motivos: primero, por los importantes costes hundidos para las empresas eléctricas que, significan un importantísimo obstáculo de entrada a nuevas empresas; segundo, la dificultad económica y ambiental que ocasionaría la duplicidad de redes, para incentivar la competencia²⁰.

El sector de transporte de electricidad, se mantiene en la Unión Europea como una industria regulada, por constituir un monopolio natural, pero su propiedad y gestión (Directiva 2009/72/CE, art. 9.1.a.) se entrega a un órgano independiente (sea público, privado o mixto), el gestor de red, a fin de que éste garantice el libre acceso a las redes a todos aquellos operadores de las centrales de

¹⁷ SALMADOR SEGURA, JUAN: “La energía eléctrica: producción, transporte y distribución”, en SANTOS RECH y CAMEO BEL (coord.), *Derecho de la Energía*, Wolters Kluwer, Madrid, 2006, p. 294.

¹⁸ Cf. HAAS, REINHARD *et al.*: “Promoting electricity from renewable energy sources –lessons learned from EU, United States, and Japan”, en SIOSHANSI, Fereidoon: *Competitive electricity markets. Design, implementation, performance*, Elsevier, AMSTERDAM, 2008, p. 422.

¹⁹ En el mismo sentido, LÓPEZ-IBOR MAYOR dice: “*Dentro de las actividades, la producción de energía eléctrica se desarrolla en libre competencia basado en sus sistema de oferta de productores y un sistema de demanda de los consumidores cualificados, los distribuidores y los comercializadores*”, en LÓPEZ-IBOR MAYOR, “La liberalización del Sector Eléctrico: perspectiva jurídica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Abril-Junio, 1998, p. 202.

²⁰ Un interesante estudio sobre estos temas es el realizado por BAUKNECHT, Dierk y BRUNEKREEFT, Gert: “Distributed Generation and the Regulation of Electricity Networks”, en SIOSHANSI, *Competitive electricity markets. Design, implementation, performance*, Elsevier, Amsterdam, pp. 469-497. Asimismo, HUNT, *ibid.*, pp. 193-264.

generación existentes, que deseen participar en el mercado eléctrico, para suministrar electricidad²¹.

La Directiva 2009/72/CE define esta actividad como “*el transporte de electricidad por la red interconectada de muy alta tensión y de alta tensión con el fin de suministrarla a clientes finales o distribuidores, pero sin incluir el suministro*” (art. 2.3). Por su parte, la LSE, tal como lo hace con el resto de sectores que integran las actividades de suministro de energía eléctrica, define directamente al titular de esta actividad: el transportista, “*que es aquella sociedad mercantil que tiene la función de transportar energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de transporte*” (art. 9.1.d).

Asimismo, en el artículo 34.1, la LSE expresa que la red de transporte está integrada por “*las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos con tensiones iguales o superiores a 220 KV, así como también todas aquellas instalaciones, cualquiera sea su tensión, que cumplan funciones de transporte o de interconexión internacional, o de interconexión con los sistemas eléctricos extrapeninsulares*”²².

La misma disposición establece que la red de transporte se divide en redes de transporte primario y secundario. El primero está constituido por las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos con tensiones nominales iguales o superiores a 380 kV²³. También la integran las instalaciones de interconexión internacional, y en su caso, las interconexiones con los sistemas eléctricos españoles insulares y extrapeninsulares.

Por su parte, la red de transporte secundario, está constituido por las líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos con tensiones nominales iguales o superiores a 220 kV no incluidas en la definición anterior, y aquellas de tensiones inferiores, que cumplan funciones de transporte.

A diferencia de la generación y la comercialización –que constituyen actividades que operan bajo el principio de la libre competencia–, tanto el transporte como la distribución de electricidad en la Unión Europea constituyen actividades reguladas. Es decir, existe una intensa intervención sobre ellas, por parte de los órganos reguladores, a fin de garantizar el acceso de terceros a las redes, imponer a los propietarios de estas infraestructuras la obligación de realizar las inversiones necesarias para su correcto funcionamiento, implantar la red en el territorio, para garantizar el acceso universal al suministro, etc.²⁴.

No obstante, a fin de introducir competencia en el sector de transporte, la Unión Europea, a través de la Directiva 2009/72/CE, ha obligado a los Estados miembros a garantizar que las empresas propietarias de redes actúen como gestoras de estas redes (art. 9.1.a) o, en caso excepcional, designar un gestor de redes independiente distinto de la empresa manteniendo la propiedad en las empresas (art. 13.1).

La fórmula impuesta por la legislación chilena, en la reciente reforma a la Ley General de Servicios Eléctricos, realizada por la Ley 20.936 de 2016, en cambio, insta un Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional, como operador de red, no propietario de éstas.

En ambos casos, es decir, tanto si el gestor de la red de transporte sea a la vez propietaria de

²¹ Esta idea se plasma en el artículo 2.2 de la LSE: “[...] *Estas actividades se ejercerán garantizando el acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica a todos los consumidores y demandantes del servicio dentro de territorio nacional y tendrán la consideración de servicio esencial*”.

²² Para profundizar en este tema, SALMADOR, *ibid.*, pp. 364 y ss.

²³ De acuerdo con SIMMONDS, la transmisión a muy altos voltajes para reducir las pérdidas por transporte de electricidad. SIMMONDS, Gilliam: “Regulation of the UK Electricity Industry” en Centre for the Study of Regulated Industry: *Papers*, 2002, pp. 18 y ss.

²⁴ *Vid.* VILLAR ROJAS, FRANCISCO: “El acceso de terceros a las redes de transporte y distribución de electricidad”, en BECKER *et al.* (dir.), *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos*, (Tomo I), Aranzadi, Cizur Menor, pp. 555-579.

la misma (fórmula utilizada en España y en gran parte de los Estados miembros), como si el gestor de la red de transporte sea distinto de los propietarios de las redes (técnica usada excepcionalmente, para aquellos Estados miembros que llevan cierto retraso en la liberalización de sus mercados eléctricos), el gestor de redes opera como una persona física o jurídica, independiente, y que será responsable de la explotación, el mantenimiento y el desarrollo de la red de transporte en una zona determinada, y garantizará la gestión técnica de la misma, para su óptimo funcionamiento (Directiva 2009/72/CE, arts. 2.4, 9 y ss.).

En España, la gestión de la red de transporte la asume el operador del sistema (art. 34.2 LSE), Red Eléctrica de España (REE), que, según se mencionó, es el propietario único y exclusivo de la red²⁵.

V. LA DISTRIBUCIÓN

La distribución guarda una gran similitud con las actividades de transporte, por tanto, lo referido en el apartado anterior a sus características, en cuanto sistema de red, también es aplicable a este caso.

De manera resumida, diremos que la electricidad es transmitida (por las redes de transporte) desde los centros de generación hasta las subestaciones de distribución a tensiones muy altas, no disponibles para el consumo industrial o doméstico. Estas subestaciones de distribución, reducen la tensión de la electricidad, para ser transportada a las ciudades u otros centros de consumo, a través, precisamente, de las redes de distribución.

Por tanto, las redes de distribución son aquellas infraestructuras que constituyen las redes capilares de transmisión que, en definitiva, llevan la electricidad a los usuarios, con unas características técnicas (intensidad, potencia, etc.) que permiten su consumo. Existen redes de distribución de alta, media y baja tensión, atendida la intensidad de la electricidad que transmiten.

Ahora bien, en cuanto a su definición, la Directiva 2009/72/CE expresa que la distribución es el *“transporte de electricidad por las redes de distribución de alta, media y baja tensión con el fin de suministrarla a los clientes, pero sin incluir el suministro”* (art. 5). Esta última frase, *“pero sin incluir el suministro”*, constituye un importante avance de esta norma de la Unión Europea, respecto de la anterior Directiva 2003/54/CE. Esta norma permitía que el distribuidor también realizase labores de comercialización de la electricidad, sin afectar la separación de las actividades que propugnaba como base del nuevo modelo eléctrico liberalizado que proponía²⁶.

La LSE define expresamente la actividad de distribución de energía eléctrica como *“aquella que tiene por objeto la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte, o en su caso desde otras redes de distribución o desde la generación conectada a la propia red de distribución, hasta los puntos de consumo u otras redes de distribución en las adecuadas condiciones de calidad con el fin último de suministrarla a los consumidores”* (art. 38.1).

Se trata del segundo escalón de la actividad de transmisión de energía, y tiene por objeto su conducción desde los grandes canales de transporte hasta los correspondientes puntos de consumo,

²⁵ En cambio, un modelo distinto utilizan Alemania, Reino Unido y Austria, con múltiples gestores de red de transporte, que al mismo tiempo son propietarios de sus redes de transmisión en territorios determinados. Tanto Alemania como Reino Unido tienen cuatro gestores de redes de transporte y Austria, tres.

²⁶ Puede observarse, que hasta 2009 existía un aspecto que diferenciaba sustancialmente una y otra actividad (referido al transporte y la distribución): la posibilidad de los distribuidores de vender energía eléctrica al consumidor; sobre este tema *vid. SALMADOR, ibid.*, p. 374. La nueva Directiva 2009/72/CE, *cit.*, dando un paso más en la obligación que impone a los Estados de separar las actividades para el correcto funcionamiento del mercado eléctrico, impide precisamente esta doble función del distribuidor, limitando su actividad a la transmisión de los flujos eléctricos.

en determinadas condiciones de calidad. Es esta red la que suministra electricidad al cliente final²⁷.

Una importante diferencia con el transporte, es que para el caso de esta actividad, se designa gestores de las redes de distribución a los propios distribuidores, es decir, a aquellas sociedades mercantiles que tienen por función distribuir electricidad, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo (art. 9.e).

Por tanto, se trata de sociedades mercantiles dueñas de redes de distribución, que en cuanto gestores de sus propias redes, deben garantizar el acceso de terceros a éstas; pudiendo coexistir tantos gestores de redes de distribución como propietarios de éstas líneas existan en el territorio de un Estado.

VI. LA COMERCIALIZACIÓN

La cuarta actividad de la segmentación del sector eléctrico, en un entorno liberalizado, es la comercialización. La Unión Europea se refiere a ésta con el nombre de “*suministro*”, y lo define como “*la venta o reventa de electricidad a clientes*” (Directiva 2009/72/CE, art. 2.19). La misma idea es la expresada por el concepto legal de comercializador, dado por la LSE (arts. 6 letras f y h).

Esta venta de energía, que realiza el comercializador a los clientes finales a un precio y condiciones libres, es uno de los elementos destacados del diseño actual del modelo de mercado que la Unión Europea impone para la electricidad²⁸. Por tanto, se trata, al igual que la generación, de una actividad liberalizada, no regulada²⁹.

La figura del comercializador, tan habitual en otros mercados, se ha integrado recientemente al sector eléctrico³⁰. Como ya se ha dicho, se identifica con un segundo paso en el proceso de liberalización de la industria emprendida por la Unión Europea y algunos países no comunitarios³¹.

El motivo de la incorporación tardía de la figura del comercializador o suministrador como un actor independiente en la industria eléctrica, de acuerdo con DE FRUTOS GONZÁLEZ: “[...] *hay que buscarlo en la forma de organización tradicional del sector eléctrico que, hasta finales del pasado siglo, ha venido configurando el suministro de electricidad bajo el concepto de monopolio natural y estableciendo de manera unívoca el suministrador correspondiente a cada cliente*”³².

²⁷ CABALLERO SÁNCHEZ, RAFAEL: *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, p. 139.

²⁸ De manera muy general que el precio de la electricidad en libre mercado, se integra de dos partes diversas: i) una primera, que corresponde al precio de transmisión, correspondiente generalmente a una tarifa fija por la utilización de las redes de transmisión, para el transporte de la electricidad desde la central de producción hasta el punto de consumo, y ii) una segunda parte, que es propiamente el precio que acuerdan libremente oferente y comprador por el suministro; aunque veremos que la capacidad de negociación del consumidor es menor en la medida que menor es el consumo. Por tanto, el cliente doméstico tiene realmente escasa influencia en el proceso de negociación de la parte del precio de la electricidad que puede pactarse libremente. Para estudiar este tema, *vid. VV.AA.: La electricidad: tarifas y precios. Revisión histórica*, Universidad de Deusto, Bilbao, (s.f.). Disponible en: <http://www.bizkailab.deusto.es/wp-content/uploads/2013/06/La-electricidad-tarifas-y-precios-Revisi%C3%B3n-hist%C3%B3rica.pdf> [Consulta: 15 de octubre de 2013].

²⁹ CABALLERO SÁNCHEZ, *ibid.*, pp. 132 y ss.

³⁰ Una buena explicación de la asunción de la figura del comercializador en el diseño del mercado energético puede verse en NEBREA PÉREZ, JOAQUÍN: “Liberalización de las actividades eléctricas de distribución y comercialización”, en NEBOT LOZANO *et al.*: *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 231-259. Por su parte, SALINAS LA CASTA ilustra que la actividad de “*comercialización aparece para el Ordenamiento Jurídico español en la Disposición adicional décima de la derogada Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), como una actividad susceptible de ser regulada por el Gobierno, previo informe de la extinguida Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, aunque nunca fue objeto de desarrollo*”, SALINAS LA CASTA, Eduardo: “La actividad del comercializador. El paso de la tarifa regulada al suministro de último recurso. La Oficina de Cambios de Suministrador”, en MUÑOZ MACHADO *et al.*, *Derecho de la Regulación Económica* (Vol. 3, Tomo II), Iustel, Madrid, 2009, p. 765.

³¹ Un ejemplo de Estado extracomunitario que funciona con un modelo liberalizado de cuatro actividades, como el que estamos estudiando, es Noruega.

³² DE FRUTOS GONZÁLEZ, ALBERTO: “Comercialización y mercado minorista”, en BECKER *et al.* (dir.), *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos*, (Tomo II), Aranzadi, Cizur Menor, pp. 703-732.

La idea central de un sistema eléctrico que separe la comercialización de la distribución, es que este agente actúa como un tensor del sistema, en el sentido de tener un mayor poder de negociador para lograr mejores precios para la electricidad en el mercado energético, en beneficio del consumidor.

La figura del comercializador tiene relevancia en la implantación de un modelo liberalizado de mercado eléctrico. Históricamente, la industria energética ha funcionado con empresas integradas verticalmente y, por tanto, el suministro era realizado por la empresa generadora, por sí misma o a través de empresas filiales. Esta estructura generaba importantes fallos de mercado, referidos, entre otros, a las dificultades de entrada al mercado de nuevos competidores.

Con el comercializador independiente, se busca desvincular al comercializador del productor, y provocar –en consecuencia– un aumento de suministradores, que permita desarrollar un mercado eléctrico competitivo. En una estructura de mercado interior, es decir un mercado único de electricidad en que participan todos los Estados miembro, el comercializador puede adquirir electricidad a productores de toda la Unión Europea, permitiendo al ciudadano acceder a un gran mercado regional de la electricidad con precios competitivos.

Además, el consumidor será capaz de tomar nuevas decisiones, como por ejemplo discriminar la generación con determinadas fuentes energéticas (carbón, hidrocarburos) o premiar a otras por ser más amigables con el medio ambiente en sus procesos de producción.

Por tanto, previo proceso de apertura gradual de los mercados nacionales de los Estados miembros –iniciado con la Directiva 96/92/CE y perfeccionado con la Directiva 2003/54/CE–, la actual Directiva 2009/72/CE ha consolidado el funcionamiento de un mercado interior de la Unión Europea, con múltiples comercializadores, que en competencia, deberían provocar una disminución de precios u ofrecer un mejor servicio al mismo precio, en beneficio directo del consumidor.

Otra situación que debe tenerse en cuenta, respecto a los suministradores, es que a medida que ha ido consolidándose la apertura de los mercados internos e implementándose el mercado interior, los consumidores progresivamente –primero los industriales y luego los domésticos– han podido integrarse al mercado eléctrico, pudiendo negociar precios, a través de la figura del comercializador.

No obstante, considerando la categorización de servicio esencial o servicio público de la electricidad por parte de los Estados, y por tanto, siendo exigible en última instancia al Estado la garantía de acceso universal, la Directiva 2009/72/CE señala que: “*Los Estados miembros deberán garantizar que todos los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas [...], disfruten en su territorio del derecho a un servicio universal, es decir, del derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables, transparentes y no discriminatorios. Para garantizar la prestación del servicio universal, los Estados miembros podrán designar un suministrador de último recurso [...]*” (art. 3.3).

Por su parte, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, establece la tarifa de último recurso, como “los precios que podrán cobrar los comercializadores que, a tenor de lo previsto en el párrafo f) del art. 6, asuman obligaciones de suministro de referencia, a aquellos consumidores que, de acuerdo con la normativa vigente, cumplan los requisitos que les resulten de aplicación” (art. 17.3). Estos consumidores son aquellos que “tengan la condición de vulnerables” (art. 17.3).

Asimismo, el mismo art. 17 en el apartado 1, establece la figura de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica (PVPC), que podrán cobrar las empresas comer-

cializadoras a aquellos consumidores con una potencia contratada no superior a 10 kW y que deben estar acogidos al sistema PVPC.

El Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, es quien establece la metodología que de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación con comercializadores de referencia, que son aquellas empresas que hayan suministrado en el territorio español a más de 100.000 clientes de media en los últimos doce meses (art. 3.1).

Se trata, en definitiva, de una actividad nueva para el sector y aún en proceso de desarrollo en la gran mayoría de países que han liberalizado sus industrias eléctricas, y que pretende desarrollar de mejor manera el mercado único para la electricidad a nivel regional en la Unión Europea³³.

Si bien, en los primeros años de introducción de la figura del consumidor no hubo mayor diferencia entre los precios de clientes libres con los consumidores que elegían la tarifa de último recurso (regulada), en los últimos años, con el ingreso de nuevos comercializadores si ha existido un efecto real en el precio de la electricidad, para los pequeños consumidores, y lo que quizás es más importante, en la cantidad de servicios que se ofrecen por el mismo precios, entre otros, contratos sin exigencia de duración, o suministro garantizado de importantes porcentajes del consumo en energía renovable.

Esto muestra que luego de unos años de maduración del modelo, y con un proceso de educación del consumidor, la comercialización como nueva actividad del sector eléctrico ha permitido una reducción de precios, y un mejor servicio con aumentos importantes en la calidad del producto final.

VII. EL CONSUMIDOR

La liberalización no solo aportó las propuestas de desintegración vertical de las empresas que funcionaban con características monopólicas a través de la separación de sus actividades, a fin de introducir competencia, y la garantía de acceso a las redes.

En un modelo en que el Estado se retrae de la actividad económica, en favor de la libertad de empresa y del funcionamiento del mercado, se introduce, al menos en teoría, la figura del consumidor –y sus derechos–, como un elemento clave del sistema eléctrico. En este sentido, MUÑOZ MACHADO señala: “[...] *el sistema eléctrico tiene que conjugar, simultáneamente, la actividad de las empresas que producen la energía, las que la transportan, las que comercian con ella y capilarizan su distribución hasta el último rincón del territorio, las que la suministran a los usuarios finales e incluso, en fin, los intereses de los consumidores a los que la actividad se dirige*³⁴”.

El modelo liberalizado del sector eléctrico, que formula la Unión Europea, confiere al consumidor un rol esencial, no solo por promover y resguardar su capacidad para negociar con los distintos operadores el suministro eléctrico a un precio (a través de la figura del comercializador), sino también porque pone énfasis en la necesidad de que los Estados miembros desarrollen estatutos de defensa del consumidor eléctrico, que sean eficientes³⁵.

³³ NEBREA PÉREZ realiza una interesante proposición sobre la inutilidad de la separación de actividades para la distribución, gestión de la red y comercialización, señalando que es absolutamente artificiosa, por disimular algo que no es, innecesaria, e incluso antijurídica. NEBREA PÉREZ, Joaquín, “La comercialización de energía eléctrica. Aspectos jurídicos”, en ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS *et al.*, *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 146-203.

³⁴ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO: “La regulación de los sectores energéticos: Una visión general”, en SERRANO GONZÁLEZ Y BACIGALUPO SAGGESE (dir.), *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, Competencia y Control Judicial*, Iustel, Madrid, pp. 47-48.

³⁵ En este sentido, RIVERO TORRE señala que el cliente también debería ser pieza clave del proceso hacia el mercado en los distintos países, en RIVERO TORRE, Pedro: “Mi visión del sector eléctrico: ¿mercado o regulación?”, *Cuadernos de Energía*, 31, junio, 2011, p. 65.

A fin de cuentas, la liberalización del mercado se manifiesta a través del reconocimiento del derecho del consumidor de adquirir energía eléctrica en un mercado libre, de entre muchos productores de energía. Y en este modelo, la defensa de los derechos del consumidor ante empresas tan potentes como las eléctricas se erige como la piedra angular³⁶.

Otra cosa, es que este planteamiento teórico funcione en la práctica y más aún, que funcione eficientemente, tanto para los consumidores individualmente, como para la sociedad. Pensamos que este problema –la falta de capacidad real del consumidor de actuar libremente en el mercado minorista de electricidad– es uno de los obstáculos del funcionamiento del mercado interior de la electricidad. Situación que se replica en Chile, donde el consumidor aun no aparece como un actor relevante del sistema eléctrico.

En cuanto a su conceptualización jurídica, la Directiva 2009/72/CE hace referencia al término cliente, distinguiendo entre cliente mayorista y cliente final (art. 2.7). Este apartado no está referido al cliente mayorista, que adquiere electricidad para su reventa (art. 2.8), sino que al cliente final, es decir, aquel que compra electricidad para su consumo propio (art. 2.9). La misma Directiva distingue entre clientes finales domésticos y no domésticos, según si el uso de la electricidad está destinado o no a fines domésticos, excluidas las actividades comerciales o profesionales (art. 2.10 y 2.11).

Asimismo, desde el 1 de julio de 2007, todos los clientes, domésticos y no domésticos, son considerados clientes cualificados, es decir, tienen derecho a concurrir al mercado minorista a comprar electricidad (Directiva 2009/72/CE, arts. 32 y 33).

A nivel nacional, la LSE define a los consumidores como las “*personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo. Aquellos consumidores que adquieran energía directamente en el mercado de producción se denominarán Consumidores Directos de Mercado*” (art. 6.g).

Por otra parte, aun cuando hemos dicho que todos los consumidores tienen derecho a concurrir al mercado y elegir suministrador de electricidad, a cambio de un precio que contempla las tarifas de utilización de las redes de transporte y distribución, la Unión Europea ha decidido –como resabio de la idea de servicio público– reservar una instancia en que el consumidor doméstico y las pequeñas empresas (que empleen a menos de 50 personas) puedan continuar acogidos al *ancien régime*.

En primer lugar, impone a los Estados la obligación de garantizar el acceso universal al suministro eléctrico a todos los ciudadanos que los deseen, en su ámbito territorial, con una calidad determinada, y a unos precios razonables. Y, segundo, para garantizar este acceso universal, propone una fórmula, no obligatoria para los Estados miembros: la designación de un suministrador de último recurso, que preste el servicio de suministro a una tarifa regulada (Directiva 2009/72/CE, art. 3.3)³⁷.

Esta tarifa regulada, o tarifa de último recurso, se ha constituido en la opción de continui-

³⁶ La Directiva 2009/72/CE, *cit.*, en el considerando 51, señala que: “*Los intereses de los consumidores deben constituir el núcleo de la presente Directiva y la calidad del servicio debe ser una responsabilidad central de las empresas eléctricas*”. Por su parte el considerando 52 da con un elemento clave para la concreción efectiva del mercado eléctrico a nivel de usuarios finales: “*Los consumidores deben poder disponer de información clara y comprensible sobre sus derechos en relación con el sector energético*”. En el mismo sentido, CREMADES GARCÍA y PEINADO GRACIA indican que “*el corolario de la defensa de la competencia, como garantía de consumidores, es considerar que, la libertad de opción del consumidor, es su principal garantía más allá de los mecanismos específicos de tutela*”, en CREMADES GARCÍA, JAVIER y PEINADO GRACIA, Juan: “El consumidor de energía eléctrica”, en BECKER *et al.* (dir.), *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos*, (Tomo I), Aranzadi, Cizur Menor, p. 585.

³⁷ Sobre este punto, SALA ARQUER, JOSÉ: “El suministro de último recurso”, en BECKER *et al.* (dir.), *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos*, (Tomo I), Aranzadi, Cizur Menor, pp. 711-729.

dad de la gran mayoría de los consumidores respecto del régimen de tarifas previo a la liberalización, debido a las dificultades que el propio sistema posee para funcionar como un mercado típico, atendidas sus complejidades técnicas y económicas³⁸.

Finalmente, la protección del consumidor también debe significar que la energía se suministra a precios asequibles. Las asimetrías de información³⁹ y de poder contractual entre empresas energéticas y consumidores (especialmente los domésticos), genera una posición de desventaja respecto de este último. Esta situación, en el diseño del mercado eléctrico actual debe ser subsanado en primer lugar por el comercializador que opera como una especie de mandatario del consumidor que debe conseguir los mejores precios posibles, y en segundo lugar por el regulador que en última instancia debe garantizar la accesibilidad universal y a precios razonables para todos⁴⁰.

Aunque sobre este punto puede reflexionarse en un nuevo estudio, solo dejaremos planteada aquí la dificultad de determinar cuál es el precio asequible para la electricidad. Como señala RANCI: “*Aquí no hay una sola regla, sólo la experiencia y la historia*”⁴¹. Convergen aquí una serie de políticas públicas (energía, industria, empleo, social, etc.), modelos (libre competencia, competencia regulada, servicio público, entre otros), entes reguladores (energía, competencia), derechos de los ciudadanos (libertad de empresa, acceso universal, calidad de la energía), que tienen mayor o menor influencia en la determinación de los precios razonables de energía.

CONCLUSIÓN

La Unión Europea ha centrado sus esfuerzos en el correcto funcionamiento de un mercado único para la electricidad, como un mercado regional, competitivo, donde los consumidores de cualquier Estado miembro pueda libremente elegir entre los diversos oferentes que existen en todo el territorio de la Unión Europea.

La creación de este mercado único, como expresión del fomento a la competitividad va de la mano con otros tres objetivos principales de política energética: el desarrollo de sistemas energéticos sustentables, la interconexión de las redes eléctricas y la seguridad energética.

Estos cuatro objetivos complementarios, tienen por finalidad la obtención de un recurso eléctrico seguro, sustentable, de calidad y a precios accesibles para todos los habitantes de la Unión Europea. Para el cumplimiento de éstos, los órganos directores de dicha comunidad, han diseñado una estrategia que contempla un conjunto de acciones, planes, instrumentos que los Estados miembro han ido implementando progresivamente en sus propios ordenamientos jurídicos. Uno de ellos, es la que se estudia aquí: la separación de las diversas actividades que naturalmente se identifican al estudiar la industria eléctrica: generación, transporte y distribución, y creando una nueva fase, la comercialización, a fin de posibilitar que el suministro a los consumidores finales también se rija por las reglas de mercado. De esta forma, el suministro eléctrico se presta a través de cuatro fases concatenadas; dos de ellas que se desarrollan bajo los principios de la libre competencia –generación y comercialización–, y otras dos que se realizan como actividades fuertemente reguladas, por ser monopolios naturales –transporte y distribución–.

³⁸ En España, la tarifa de último recurso fue introducido a través del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica.

³⁹ Hay asimetría de la información cuando uno de los agentes económicos poseen mayor y mejor información que el otro, generando una situación de alteración del correcto funcionamiento del mercado. En el caso del mercado energético, es evidente la asimetría de información que existe entre empresas eléctricas y consumidor; más aún si el agente económico es un pequeño consumidor. Sobre este tema, *vid.* USATEGUI, José María: “Información asimétrica y mecanismos de mercado”, *Revista Vasca de Economía Ekonomiaz*, 45, III, 1999, pp. 116-141.

⁴⁰ Sobre este punto, RANCI, Pippo: “Seguridad de suministro y protección de los consumidores en el escenario de la Unión Europea”, en COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA: *El sector eléctrico ante un nuevo escenario*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 93-109.

⁴¹ *Ibidem*, p. 98.

Si bien, en un primer momento, no tuvo demasiado efecto en el modelo de negocios con que históricamente se había prestado el servicio eléctrico: empresas integradas verticalmente, con escasa competencia, poco a poco, la figura del comercializador ha servido para reducir los precios de la electricidad, aunque no drásticamente, pero también para que las empresas ofrezcan mejores servicios sin aumentar los precios, como es la posibilidad de acceder a contratos sin obligación de permanencia y la posibilidad de optar por planes que contemplen cuotas mayores de suministro con energías renovables.

La competencia en la comercialización de la electricidad también ha significado la consolidación de precios diferenciados para periodos de alta y baja demanda, y la inclusión de tecnología que permite al consumidor tomar decisiones inteligentes de consumo.

Desde esta perspectiva, Chile debe plantearse seriamente en promover el desarrollo de esta cuarta fase en su industria eléctrica, que permita a los consumidores comenzar a tener posibilidades reales para tomar decisiones en el mercado, que modifiquen conductas hacia un sistema eléctrico más sustentable y que obligue a las empresas eléctricas que funcionan en nuestro mercado nacional a prestar un mejor servicio sin que ello signifique un alza significativa en los precios de este bien esencial.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOLEA CANTOS, JOSÉ: “La separación de actividades en los grupos verticalmente integrados del sector eléctrico”, en BECKER *et al.* (dir.), *Tratado de la Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos* (Tomo I), *cit.*, pp. 689-709.

BAUKNECHT, DIERK Y BRUNEKREEFT, GERT: “Distributed Generation and the Regulation of Electricity Networks”, en SIOSHANSI, *Competitive electricity markets. Design, implementation, performance*, Elsevier, Amsterdam, pp. 469-497.

CABALLERO SÁNCHEZ, RAFAEL: *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003.

CREMADES GARCÍA, JAVIER Y PEINADO GRACIA, JUAN: “El consumidor de energía eléctrica”, en BECKER *et al.* (dir.), *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos*, (Tomo I), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 581-616.

DE FRUTOS GONZÁLEZ, ALBERTO: “Comercialización y mercado minorista”, en BECKER *et al.* (dir.), *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos*, (Tomo II), Aranzadi, Cizur Menor (Tomo II), pp. 703-732.

DE LA CRUZ FERRER, “El funcionamiento del sistema eléctrico. Sujetos. Separación de Actividades. Planificación”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago *et al.*; *Derecho de la regulación económica* (Vol. 3, Tomo I), Iustel, Madrid, pp. 279-332.

EVANS ESPIÑEIRA, EUGENIO Y SEEGER CAEROLS, MARÍA: *Derecho Eléctrico* (2ª ed.), LexisNexis, 2007.

FABRA UTRAY, JORGE: *¿Liberalización o Regulación? Un mercado para la electricidad*, Marcial Pons, 2004.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO: “El suministro en el sector energético”, en SANTOS RECH y CAMEO BEL (coord.): *Derecho de la Energía*, Wolters Kluwer, Madrid, 2006, pp. 151-184.

HAAS, REINHARD *et al.*: “Promoting electricity from renewable energy sources –lessons learned from EU, United States, and Japan”, en SIOSHANSI, Fereidoon: *Competitive electricity markets. Design, implementation, performance*, Elsevier, Amsterdam, 2008.

HUNT, SALLY: *Making competition work in electricity*, John Wiley & Sons, New York, 2002.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, “La liberalización del Sector Eléctrico: perspectiva jurídica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Abril-Junio, 1998, pp.191-210.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO: “La regulación de los sectores energéticos: Una visión general”, en SERRANO GONZÁLEZ y BACIGALUPO SAGGESE (dir.), *Cuestiones actuales del Derecho de la Energía. Regulación, Competencia y Control Judicial*, Iustel, Madrid, pp. 17-52.

NEBREDÁ PÉREZ, JOAQUÍN: “Liberalización de las actividades eléctricas de distribución y comercialización”, en NEBOT LOZANO *et al.*: *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 231-259.

“La comercialización de energía eléctrica. Aspectos jurídicos”, en ÁLVAREZ-VALDÉS y VALDÉS *et al.*, *Regulación sectorial y competencia*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 146- 203.

PARENTE, ALESIO: *Principios de derecho europeo de la energía*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

RANCI, PIPPO: “Seguridad de suministro y protección de los consumidores en el escenario de la Unión Europea”, en COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA: *El sector eléctrico ante un nuevo escenario*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 93-109.

RIVERO TORRE, PEDRO: “El suministro de electricidad”, en BECKER, Fernando *et al.* (dir.): *Tratado de la Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Económicos* (Tomo II) Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 79-98.

“Mi visión del sector eléctrico: ¿mercado o regulación?”, *Cuadernos de Energía*, 31, junio, 2011.

SALA ARQUER, JOSÉ: “El suministro de último recurso”, en BECKER *et al.* (dir.), *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos*, (Tomo I), Aranzadi, Cizur Menor, (Tomo I), pp. 711-729.

SALINAS LA CASTA, EDUARDO: “La actividad del comercializador. El paso de la tarifa regulada al suministro de último recurso. La Oficina de Cambios de Suministrador”, en MUÑOZ MACHADO *et al.*, *Derecho de la Regulación Económica* (Vol. 3, Tomo II), Iustel, Madrid, 2009, pp. 189-254.

SALMADOR SEGURA, JUAN: “La energía eléctrica: producción, transporte y distribución”, en SANTOS RECH y CAMEO BEL (coord.), *Derecho de la Energía*, Wolters Kluwer, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO: “La separación de actividades en la Ley 17/2007, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, del sector eléctrico, para adaptarla a la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad”, en LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente (coord.): *Comentarios a la Ley de reforma al sector eléctrico (Ley 17 de 2007)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 56-127.

SIMMONDS, GILLIAM: “Regulation of the UK Electricity Industry” en Centre for the Study of Regulated Industry: *Papers*, 2002, pp. 1-143.

USATEGUI, JOSÉ MARÍA: “Información asimétrica y mecanismos de mercado”, *Revista Vasca de Economía Ekonomiaz*, 45, III, 1999, pp. 116-141.

VILLAR ROJAS, FRANCISCO: “El acceso de terceros a las redes de transporte y distribución de electricidad”, en BECKER *et al.* (dir.), *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico. Aspectos Jurídicos*, (Tomo I), Aranzadi, Cizur Menor, pp. 555-579.

EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN CHILE. UN BREVE PANORAMA EN EL DERECHO CHILENO

THE PRINCIPLE OF CAUTION IN CHILE. A BRIEF OVERVIEW OF CHILEAN LAW

CHRISTOFHER EL SO KOTZING*
MG. UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN

RESUMEN: El objeto del artículo es realizar un breve panorama del reconocimiento y la aplicación del denominado principio de precaución en Chile. Lo anterior tiene como objetivo determinar su campo de aplicación en nuestro país como también dar a conocer en qué casos nuestros tribunales lo han reconocido como también lo han utilizado. Sin perjuicio de ello, se propone su implementación y regulación como también su aplicación ya sea de forma directa o a través de las herramientas y principios básicos reconocidos en nuestro ordenamiento nacional.

PALABRAS CLAVE: Principio de precaución, responsabilidad civil, principio de cautela, función reparadora.

ABSTRACT: *The purpose of the article is to provide a brief overview of the acknowledgement and application of the so-called precautionary principle in Chile. In order to accomplish this aim, its scope will be studied in our country as well as the situations will be described in which our courts have recognized and used this principle. Notwithstanding, its implementation and regulation are proposed as well as its application either directly or through the basic tools and principles recognized in our national law.*

KEY WORDS: *Principle of precaution, civil responsibility, precautionary principle, restorative function.*

INTRODUCCIÓN Y ALGUNAS REFERENCIAS AL ORIGEN DEL PRINCIPIO

Con los constantes avances de la ciencia y tecnología que van transformándose en una herramienta más en el diario vivir, van surgiendo situaciones donde, y por la búsqueda de un beneficio, puede traer por consecuencia, un perjuicio en contra de la sociedad. En vista de ello, los Estados, al tener la función de regulación de las actividades con efectos en la colectividad toda, tienen el deber de fijar reglas mínimas de operación tanto al empresario como también al particular, con el objeto de evitar riesgos, daños y peligros a la población o a un grupo determinado de ella.

A raíz de esto y con el objeto de evitar actividades potencialmente dañosas, tanto en distintos ordenamientos jurídicos como en tratados internacionales, van surgiendo ciertas reglas de cuidado que un individuo o empresario debe adoptar al momento de ejercer una determinada actividad tendiente a satisfacer una necesidad particular o social. En este orden de ideas cobran importancia los principios vinculados a la tutela inhibitoria, denominados como *principio de precaución y prevención en materia de daños*, los que, al menos en Europa ya sea en normas internas o comunitarias, han sido mayormente estudiados y aplicados.

En vista de lo indicado, el *principio de precaución* o también conocido como *principio de cautela*, actúa sobre la base de una incertidumbre de daño en una determinada actividad que, obliga a adoptar medidas tendientes a evitarlos, a falta de un estudio concluyente de la existencia o inexistencia del riesgo. En virtud de lo anterior, la finalidad del principio consiste en que la actuación, ya sea del Estado o de la sociedad, se haga efectiva en forma previa a la materialización de un perjuicio que, si bien, no se tiene certeza de su existencia, no por ello no pueda limitar al individuo o a los gobiernos del desarrollo de una actividad ante la probabilidad.

En relación a este principio, identificar el punto de partida del mismo, no es algo que queda del todo claro, pero, y ya en un antiguo canon se indicaba que “*el comportamiento humano debía tener una visión renovada del concepto de prudencia ante lo incierto y desconocido, enlazándola con la conjetura basada en la memoria y la inteligencia y la providencia, entendida esta como una disposición anticipada para evitar o minimizar los daños o males supuestos y temidos*”¹. Por otra parte, igualmente se ha mencionado que dicho principio, se puede encontrar en los postulados del filósofo JONAS, quien “*trabajó sobre los problemas éticos y sociales emergentes de los desarrollos tecnológicos, señalando que la supervivencia humana dependía de sus esfuerzos por cuidar del planeta en el futuro. Desarrolló los fundamentos filosóficos y éticos de lo que más adelante se designaría como principio de precaución*”².

Es en los últimos treinta años del siglo XX donde se ha hecho referencia de forma más común al principio, ya sea en tratados, directivas, como en otros instrumentos³, siendo una de las primeras aproximaciones al concepto tal como lo conocemos hoy, desarrolladas en Alemania, donde se proponía la creación de herramientas preventivas en atención a actividades potencialmente dañosas en relación a la salud y al medioambiente, pero obteniendo mayor consagración en el derecho internacional y comunitario, según el cual es deber de los Estados el aplicar medidas de control que tengan por objeto la prudencia de las actividades realizadas por particulares. Debido a lo anterior, a través del Consejo de las Comunidades Europeas en 1980 y como medida de “precaución”, se implementa una política por la cual los Estados miembros, se comprometen a la reducción de los denominados “Clorofluorocarbonos⁴” que den lugar a emisiones contaminantes, pudiendo

¹ DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA (Dir.), “*El principio de precaución ambiental: La práctica argentina*”, Lerner Editora SRL, Córdoba-Argentina, 2009, p. 14.

² *Ibid.*, p. 14.

³ Sobre este punto resulta interesante el cuadro expuesto por José Manuel del Cózar Escalante en su artículo “Principio de precaución y medio ambiente”. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2017

⁴ Se debe entender como el gas que producen los aerosoles donde, en contacto con el aire, pueden durar en el hasta 100 años.

esta medida ser nuevamente revisada en el futuro⁵. Pero es en la “Convención de Río sobre medio ambiente y desarrollo”, desarrollada en la ciudad de Río de Janeiro en 1992, donde en su principio número 15 establece que, “*Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*”⁶. En vista de ello y con la creación de un concepto sobre la institución, se consigna que su génesis obedece primeramente a un mecanismo de protección del medioambiente.

El principio aludido posteriormente fue ganando terreno en el ámbito de la salud e incluso en el ámbito alimentario a raíz de la medida de la prohibición de bovinos afectados por la encefalopatía espongiforme en el Reino Unido, comúnmente conocida como el “mal de las vacas locas”, donde surgió la incertidumbre en relación a si el consumo de la carne de estos animales que padecen la enfermedad, podrían afectar también a los humanos, fundamentalmente causada por la alteración de la proteína “prión”, la que produciría malformaciones en el cerebro humano. Es por ello que, como primera medida de precaución y ante la sospecha del contagio por consumo, se estableció la prohibición de exportación de bovinos y productos derivados desde el Reino Unido. Esta aplicación del principio de precaución no quedó exenta de conflictos, debido a las consecuencias económicas derivadas del caso.

Teniendo presente esta breve referencia al tratamiento que ha tenido el principio en Europa surge la interrogante si, en nuestro país, ha tenido el recogimiento que ha alcanzado en este continente y su aplicación a materias concretas. Es por ello que las líneas siguientes se ocuparán para exponer el recogimiento que ha tenido el principio en Chile, el determinar en qué casos concretos se ha aplicado, si, a falta de un recogimiento expreso por parte de nuestra legislación nacional, pueda ser utilizado vinculado a herramientas clásicas de nuestro derecho.

PANORAMA EN CHILE SOBRE EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Como primera observación podemos identificar que en Chile y en la determinación del concepto y fines del mismo, una de las primeras referencias directas al principio podemos encontrarlo en una Sentencia de la Corte Suprema de fecha 28 de noviembre del año 2005 con respecto de un juicio llevado entre el Centro Juvenil Ages y el Instituto de Salud Pública, que venía a resolver si podía comercializarse el fármaco denominado “Postinor-2” o comúnmente llamado “Píldora del día después”⁷ ante la declaración de nulidad de derecho público del acto administrativo que permitía su comercialización por el Vigésimo Juzgado Civil de Santiago. Sin embargo y al igual que en Europa, es en materia medioambiental donde el principio, además de ser mayormente utilizado

⁵ Consejo de las Comunidades europeas (1980). Decisión del Consejo, de 26 marzo de 1980, relativa a los clorofluorocarbonos en el medio ambiente. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/1980/090/L00045-00045.pdf>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2017.

⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992). Declaración de Río sobre Medioambiente y desarrollo. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>. Fecha de Consulta: 9 de mayo de 2017.

⁷ Al respecto en el fallo indicado, comentado por Eduardo Soto Kloss, el principio de precaución es “*de larguísima tradición en la teología moral; ante una amenaza de producir un mal –en este caso, la muerte de seres humanos concebidos y en pleno proceso de gestación– el deber esencial de toda persona es abstenerse, y más aún tratándose de una autoridad del Estado, cuya misión es “promover el bien común” (art. 1° inc. 4° de la Constitución) con “pleno respeto de los derechos de las personas” (ídem); y el que está por nacer lo es cabal y plenamente como lo afirma la propia Constitución en sus arts. 1° inc. 1° (y la historia fidedigna de su establecimiento: vid. Ley N° 19.611) y 19 N° 1 (la Constitución asegura a todas las personas: N° 1...)*. Si este “principio de precaución” se aplica sin remilgos para proteger la naturaleza y su equilibrio ecológico, cuanto más ha de aplicarse para proteger la vida humana (a cuyo servicio está aquella y existe en razón de las personas); “*las dudas deben interpretarse en sentido favorable*”, decían los clásicos, ya que ha de estarse a aquello que favorece a las personas y, en este caso, su vida y su integridad, como es el de la persona concebida ya en el claustro materno; no se trata sino del principio básico pro homine (que Modestino recuerda en el Digesto 1.3.25 y que tiene aplicación en el pro reo, pro cives, pro trabajador; etc.). Ello aparece más que evidente para toda persona humana que piensa sensatamente y actúa con la razón (y no obnubilada por ideologías antinatalistas, antihumanas, practicadas por regímenes totalitarios genocidas, que parecen redivivos hoy en estas políticas de corrosión social y moral)”. SOTO KLOSS, EDUARDO, “*Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los tribunales*”, N° 2-2005, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 1122.

ha sido igualmente discutido. La referencia al mismo puede identificarse en algunos fallos donde, tímidamente, se limitan a contrastarlo con el principio mayormente aplicado en Chile que es el preventivo, que actúa sobre la base del riesgo cierto y daño cierto o, en otras palabras, su actuación tiene como premisa un peligro sabido, conocido y con resultados negativos de los que se tiene exactitud en cuanto a su consecuencia y magnitud. En vista de ello, la Corte Suprema señaló en fallo Rol N°2138-2012 lo siguiente:

El principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (periculum in mora). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que éstos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren”⁸.

Así también, otra sentencia de la Corte Suprema ha indicado:

“En lo concerniente al principio de cautela, se debe tener en consideración, que en caso de riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente o la salud humana, la falta de certeza científica absoluta no puede servir de excusa para posponer la adopción de medidas efectivas de prevención del deterioro medioambiental. En consecuencia, el ejercicio por parte de la autoridad competente de acciones idóneas inspiradas en el principio de precaución, no es más que la puesta en práctica de la prudencia en este ámbito”.

Seguidamente en el mismo fallo indica que la diferencia entre los principios de cautela y de prevención, se configura por el hecho de que en el postulado de prevención se posee la certeza de que verificándose determinado factor el daño ocurrirá, en cambio, en el instituto de la precaución, aunque se produzca la circunstancia o factor concomitante, en realidad no se sabe si el daño efectivamente acaecerá, sin embargo hay razones plausibles para pensar en ese sentido”⁹.

Como se puede apreciar, la referencia al principio de precaución es solamente ilustrativa, donde nuestros tribunales solo lo comparan con el preventivo, distinción que, desde ya, la estimamos como errónea e innecesaria teniendo presente que este principio actúa bajo la hipótesis de riesgo incierto y daño incierto o dudoso.

⁸ Corte de apelaciones de Valparaíso, R.G.T. Y OTROS CON RECONSA S.A., 27 de julio de 2012, Valparaíso. Rol 2138-2012. Los hechos hacen referencia a un recurso de protección presentado por un grupo de ciudadanos contra la empresa mencionada indicado que estos procedieron a cerrar un sector de dunas vulnerando el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. La empresa recurrida indica que el cierre se produce producto de que el actuar culpable de personas que transitan con sus vehículos sobre ellas vienen a deteriorar el paisaje.

⁹ Corte Suprema, C.F.T. Y OTROS CON MINERA LOS PELAMBRES S.A., 21 de octubre de 2014, Palacio de los Tribunales de Justicia, Chile. Rol 12938-2013. Interpusieron denuncia de obra nueva en contra de Minera Los Pelambres S.A., representada por don J.P.L.F., a fin de que se declare que no puede funcionar el tranque de relaves El M., prohibiéndose toda obra destinada a su funcionamiento; que aquellas obras que se hayan ejecutado alterando o impidiendo el curso de las aguas y el flujo o cauce de las mismas deberán ser demolidas o dejadas sin efecto si producen el perjuicio denunciado.

Por su parte y a nuestro entender, donde de forma más clara ha podido identificarse la aplicación del principio de precaución es en materia de eventuales daños que generan las llamadas antenas de telefonía celular, donde el asunto vino a ser regulado a través de la Ley N°20.599, publicada el 11 de junio de 2012, la que vino a modificar la Ley General de Urbanismo y Construcción. Por medio de ella, se agregó un nuevo articulado que establece una verdadera reforma a la regulación sobre la instalación y restricciones de las antenas de telefonía celular. Esto se une al hecho que en Chile se cuenta con estándares de cuidado en esta materia aún más estrictos que en Europa y en Estados Unidos¹⁰.

En base a lo anterior y como consta en la Historia de la Ley *“se ha propuesto perfeccionar, en primer lugar, la norma vigente de campos electromagnéticos no ionizantes para todos los concesionarios de telecomunicaciones y las relativas a las condiciones de emplazamiento de las torres que soportan los sistemas radiantes”*¹¹. Todas estas ideas tomaron cuerpo con la dictación de la Ley ya indicada, la que viene en agregar una serie de nuevos requisitos y elementos para la construcción de estas torres, siendo la misma norma la que se encarga de establecer las condiciones mínimas para que estas puedan ser construidas, así como también, en crear una serie de limitaciones respecto al número de estructuras que se pueden construir en un lugar determinado.

Todos estos requisitos fueron perfectamente establecidos aplicando el principio de precaución, ya que como se dijo en la discusión de la Ley, existe *“un principio precautorio, que se aplica cuando no hay evidencias que demuestren que hay un efecto claro, o se demuestre que una situación es inocua”*¹². Por lo demás, y como uno de los fines de la ley que se recogen, es el de:

*“precisar una norma máxima de radiación y un criterio precautorio, porque hoy día es evidente la carencia de estudios que demuestren que las radiaciones electromagnéticas son dañinas para la salud, pero tampoco se ha asegurado que sean absolutamente inocuas. En el área de la salud, cuando no hay claridad acerca de cómo puede afectar algún tipo de contaminante, se establece un criterio precautorio. Es decir, hasta no haber certeza de que el riesgo es cero, se colocan medidas adicionales de protección. Por eso, además de la norma de emisión, hemos visto la necesidad de fijar ciertas distancias, particularmente en las zonas sensibles”*¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, además la Historia de la Ley establece referencias al principio, donde nuevamente se comete un equívoco en el concepto y ámbito de aplicación de este, confundiendo con el preventivo. Es así como en base a su fundamento, se indica lo que sigue:

*“el Gobierno, acogiendo la inquietud ciudadana y basándose en el principio preventivo, hasta que existan estudios científicos concluyentes sobre las consecuencias para la salud pública, ha resuelto perfeccionar, en primer lugar, la norma vigente de emisiones de campos electromagnéticos no ionizantes para todos los concesionarios de telecomunicaciones y las relativas a las condiciones de emplazamiento de las torres que soportan los sistemas radiantes”*¹⁴.

¹⁰ En razón a lo indicado, en nuestro país se permite un máximo de 100 microwatts por centímetro cuadrado y en aquellas zonas declaradas sensibles el margen se reduce a 10 microwatts. El establecimiento de dichos márgenes puede ser revisado en la resolución número 403 del año 2008 de la Subsecretaría de telecomunicaciones.

¹¹ Historia de la ley N°20.599 (2012). Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=4443-14. Fecha de consulta: 10 de julio de 2017.

¹² Historia de la ley N°20.599 (2012). Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Indicación sustitutiva del Ejecutivo de 08 de abril de 2008, p.4. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4462/>.

¹³ Historia de la ley N°20.599 (2012). Trámite Comisión Mixta, Cámara de Diputados-Senado, sesión 87 del 10 de enero de 2012, p.13. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4462/>.

¹⁴ Historia de la ley N°20.599. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Indicación sustitutiva del Ejecutivo de 08 de abril de 2008, p.4. Disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4462/>.

Como se puede apreciar, la mención es en razón del principio de precaución, más que al principio de prevención.

En razón a la aplicación del principio precautorio y ante esta falta de estudios concluyentes sobre el riesgo de radiación, la Ley N°20.599 establece una serie de restricciones en cuanto a la instalación de las antenas, tomando en cuenta la falta de precisos resultados en torno al posible daño que generarían. Tales restricciones, en términos resumidos, se exponen del siguiente modo:

1) La creación de la denominada “zona saturada de antenas”: La mencionada, prohíbe la instalación de nuevas estructuras cuando ya existan dos o más torres de doce o más metros de altura dentro de un radio de cien metros a la redonda, salvo el caso de “colocación” el cual consiste en que el prestador de servicios móviles pueda instalar su estación de telecomunicaciones en una estructura ya instalada con otro operador, evitando así nuevas construcciones. En la misma línea es obligación de la Subsecretaría o el organismo designado al efecto que, en caso de ser una zona declarada como saturada, se establezca un plan de mitigación que permita reducir, en el plazo de un año, las emisiones a rangos permitidos. (Artículo 116 E de la Ley General de Urbanismo y construcción). Como se puede apreciar la medida creada en la Ley no se centra en la emisión de ondas electromagnéticas, sino que más bien, en el impacto visual que a juicio de los ciudadanos generan estas instalaciones. Por ello, la idea de colocación como excepción a la regla de zona saturada sirve, a nuestro entender, como una herramienta que provoca un mayor riesgo (si bien incierto) de exposición de ondas, ya que, a ojos del común de las personas, al ver físicamente solo una estructura no significa necesariamente que se encuentra expuesta a solo una emisión, lo que lleva necesariamente a una exposición mayor en caso de existir más de un proveedor.

2) Establecimiento de zonas prohibidas de instalación: Se establecen lugares donde debe existir cierto distanciamiento mínimo para su construcción por el eventual riesgo que existe a la exposición continua por parte de una persona a una onda electromagnética. Ante la falta de un estudio concluyente sobre la materia y teniendo presente que hay cierto grupo de personas que, dada sus características o condiciones requieren de mayor prevención en su salud, es que la Ley antes indicada viene en establecer ciertos lugares prohibidos de instalación, tales como; establecimientos educacionales públicos o privados, salas cuna, jardines infantiles, hospitales, clínicas o consultorios, hogares de ancianos, predios urbanos donde existan torres de alta tensión. Esta enumeración permite otros lugares sensibles de protección que deben ser definidos por la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

3) Mayor verificación por parte de los Municipios: Donde es obligatorio tramitar y obtener por parte del proveedor el respectivo permiso de construcción de la Dirección de Obras Municipales, además se les faculta para dictar ordenanzas al respecto donde regulen las zonas de instalación de torres. Si bien la medida se puede ver como un avance, este es solamente aparente, ya que los órganos encargados para realizar dicha labor serán siempre las Direcciones de Obras Municipales y el Concejo Comunal, donde normalmente y dado lo técnico de la materia, no son los funcionarios idóneos para realizar las observaciones que correspondan, desde el punto de vista de lo intangible que constituye una emisión de una onda magnética.

Pero independiente de lo anterior y del avance que puede significar estas herramientas, antes de su dictación y manteniendo este criterio, nuestros tribunales no han recepcionado el sentido interpretativo a las que apuntarían estas normas, ni tampoco el principio precautorio subyacente en las mismas, y como mecanismo tendiente a evitar eventuales daños, sino que más bien, continúan con la idea que la función preventiva en materia de daños, obedece necesariamente a la idea de un riesgo con daño cierto, bien, en apreciar la responsabilidad desde un punto de vista de su función reparadora más que preventiva. Esto, en palabras de PÉREZ RANGONÉ, supone que “*nuestro sistema de la responsabilidad civil y su correlato en la acción de condena solo como posibilidad resarcitoria o restitutoria resulta insuficiente para el resguardo adecuado de determinados de-*

rechos. *Es más puede predicarse que con esa visión se generan incentivos para vulnerarlos sin inconvenientes*¹⁵.

Prueba de lo anteriormente expuesto, podemos encontrarlo en distintos fallos que son uniformes en manifestar que, a falta de estudios claros sobre la materia, no puede paralizarse la actividad en base a supuestos o hipótesis de daño. Es así como nuestros tribunales han resuelto que:

*“los resultados de las investigaciones efectuadas a la fecha no han demostrado categóricamente, la existencia de efectos nocivos sobre la salud humana por la exposición a los campos electromagnéticos originados por las antenas y equipos de telefonía móviles; que no hay evidencias de que las antenas y aparatos de telefonía móvil interfieran en el buen funcionamiento de marcapasos cardíacos u otros, en la medida que los niveles de exposición se mantengan dentro de lo recomendado y normado; y que respecto de los efectos térmicos y no térmicos, no existen problemas significativos para la salud humana con las exposiciones asociadas a las ondas electromagnéticas utilizadas por la telefonía móvil, dentro de los niveles estimados como seguros”*¹⁶.

Por otro lado, y en el mismo sentido, la Corte Suprema también ha indicado que:

*“Desde un punto de vista científico, no hay hasta ahora, evidencias claras en cuanto a la presencia de antenas (telefónicas) que por la presente vía se pretendía erradicar, o al menos, impedir que su funcionamiento, produzcan daños a las personas y es por lo mismo, que el recurso se había fundado en aspectos relacionados con la normativa sobre construcción, vale decir, cuestiones técnicas totalmente ajenas al objetivo que este persigue y a las garantías constitucionales que se le han esgrimido para fundar esta acción cautelar. A lo anterior hay que sumar que no se advierte por este tribunal cual pueda ser la ilegalidad y, menos aún, la arbitrariedad en la que ha incurrido la empresa telefónica al emplazar la antena en el lugar en que se cuestiona y, ciertamente, el recurso no logra demostrarlo de manera convincente, por lo que el fallo recurrido no ha debido acoger la acción cautelar y, particularmente, fundarse para ello, en una argumentación de hecho totalmente ajena a las garantías constitucionales invocadas”*¹⁷.

En el mismo sentido en el año 2016, la Corte Suprema mantiene el criterio considerando que, *“en el escenario descrito, ocurre en primer lugar que la obra ya ha sido detenida de modo que no existe un peligro inmediato como el que se reclama, a lo que se suma –como ya se anticipó– que no existe evidencia científica que avale la posible ocurrencia de daños a la integridad física o síquica de las personas que residen en zonas próximas a aquella en que se instala una antena como la que pretende erigir la recurrida”*¹⁸.

¹⁵ PÉREZ RAGONÉ, ÁLVARO, “Tutela inhibitoria como técnica procesal civil de la aplicación de los principios de prevención y precaución”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVIII N° 1, 2007, p. 229.

¹⁶ Corte de apelaciones de San Miguel, R.H.A. Y OTROS CON CLARO S.A., 9 de junio de 2016., Rol 1589-2015. Los hechos consisten en que los recurrentes tomaron conocimiento que dicha empresa construirá una antena de telefonía celular de 11,90 metros de altura, puesto que la Junta de Vecinos A.V. recibió carta certificada que así lo consignaba. Indican que ello constituye una amenaza que conculca su derecho a la vida e integridad física y psíquica; derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y el derecho de propiedad consagradas en los numerales 1, 8 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental

¹⁷ Corte Suprema, E.A.P. CON ENTEL PCS S.A., 17 de julio de 2001, Palacio de los Tribunales de Justicia, Chile. Rol 2010-2001. Los Hechos: La recurrente junto con otros, demandan a Entel PCS por la construcción de una torre de telefonía celular en el predio de Avenida Linares 0406 comuna de La Granja, fundan su presentación que el funcionamiento de esta torre provoca daños a la salud de las personas y vulnera su integridad física y psíquica como también su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como también a su derecho de propiedad

¹⁸ Corte de Apelaciones de San Miguel, R.G.D. CON WOM S.A., 6 de marzo de 2017, Av. España N° 503, Santiago. Rol 4461-2016. Hechos. “Sostienen que extraoficialmente tomaron conocimiento de que la empresa recurrida pidió instalar la antena en infraestructura ya existente, lo que no es efectivo. Señalan que es un sector residencial y que en un radio de 20 metros al lugar de la instalación, residen al menos 70 niños, que constituyen un grupo poblacional de mayor riesgo para las radiaciones de antenas celulares, por lo que se trata de una zona susceptible de ser declarada zona sensible de acuerdo a los criterios señalados en el artículo 7 de la Ley General de Telecomunicaciones. Aduce que la Inmobiliaria que les vendió sus propiedades contempló espacios para los servicios y equipamiento para evitar la afectación directa de la población vulnerable, además de encontrarse proyectada la instalación de un colegio a menos de 18 metros del lugar donde se ubica la antena”.

Como se puede apreciar, encontrar jurisprudencia que acoja la aplicación del principio de precaución atendiendo los fines para los cuales se ha establecido, es un tema complejo, atendiendo a que nuestros tribunales, aún funcionan bajo la premisa de un riesgo conocido con un resultado concreto que sirva de base para dar lugar a la paralización de la actividad riesgosa.

Por su parte, desde un punto de vista doctrinario, el principio de precaución debe ser enmarcado dentro de las acciones preventivas de responsabilidad donde básicamente requiere “*que la amenaza o perturbación afecte un derecho indubitado de la víctima y que no se trate de una carga que el actor debe probar*”¹⁹.

Pero independiente de ello, en nuestro país ha tendido a ser estudiado desde el punto de vista del derecho ambiental. Pese a su aplicación restringida a esta rama del derecho, estimamos que su utilización puede ser llevada a otros campos que no sean los frecuentes o lo más estudiados (como son el medioambiente, la salud y la alimentación). Para llegar a ello, podemos utilizar las herramientas o instituciones ya reconocidas y estudiadas en nuestro derecho nacional, tales como el deber de no dañar a otro consagrado en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil y la buena fe como principio general de derecho. Sin perjuicio de lo anterior, el problema que puede traer aparejado es que, de acuerdo con nuestro sistema clásico de responsabilidad extracontractual, tendríamos que acreditar un actuar doloso o culpable del sujeto activo al que se le pretende regular o paralizar su actividad ante la falta de estudios concluyentes en relación a su actividad eventualmente riesgosa. Unido a lo anterior, si se parte de la idea que este principio descansa en una incertidumbre de daño que, en el futuro se generaría, “*podría ser incluso morigerada la responsabilidad del actor al ser un imprevisto imposible de resistir; por tanto, un caso fortuito o fuerza mayor, por una “incertidumbre” que siempre los acompaña*”²⁰.

Otro punto interesante en esta materia es determinar un plazo en la aplicación del principio precautorio. Cobra interés lo anterior, puesto que, si estimamos que para su implementación podríamos utilizar las clásicas herramientas indicadas, no debemos dejar de lado que la víctima también juega un papel importante en orden a que también debe impedir la creación de un propio perjuicio. Por ello, ante dudas de un riesgo producto de la falta de estudios sobre la materia es aceptable indicar que, así como se le exige al actor tomar medidas precautorias, el sujeto pasivo también debe evitar generar su propio daño absteniéndose de realizar actos donde el riesgo eventual pueda operar. Por tanto, en base al criterio de la exposición imprudente al daño del artículo 2330 del Código Civil, *si la acción u omisión de la víctima es negligente; en este caso, la culpa del propio perjudicado que contribuye a la provocación del daño, acarreará repercusiones en la cuantía*²¹.

En el mismo orden de ideas anterior, en caso de que el principio no logre el objetivo deseado desde esta función preventiva de daños, entonces y solo entonces podríamos pasar a una etapa o fase reparadora, lo cual en este punto cobra importancia, el poder determinar el momento en que nació esta “duda razonable” y cuando se convirtió en un “daño cierto o concreto”, ya que este lapso deberá tomarse en consideración para determinar el quantum indemnizatorio, ya sea aumentándolo o incluso eximiendo al actor bajo esta premisa de utilización tardía de la acción por existir ya no una duda sino que una certidumbre de daño causado por el actuar negligente de la víctima. Como se puede apreciar, *más que un problema de culpa es un asunto de causalidad*²².

Teniendo presente lo anteriormente dicho y en consideración a las limitaciones que puede generar la carga de probar la culpa o negligencia del sujeto pasivo, interesante también es la idea de

¹⁹ BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 591.

²⁰ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”, *Cuadernos de Análisis Jurídico, Temas de responsabilidad Civil*, N°1, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004, p. 71.

²¹ BAHAMONDES OYARZÚN, CLAUDIA Y PIZARRO WILSON, CARLOS, “La exposición de la víctima al daño: Desde la culpabilidad a la causalidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIX N° 2, 2012, p. 41.

²² *Ibidem*.

FIGUEROA YÁÑEZ en orden a prescindir del elemento culpa para adoptar los criterios de la responsabilidad objetiva donde, *se puede hacer siempre responsable al que crea el riesgo, cualquiera que sea la conducta preventiva que haya seguido*²³, *lo que permitiría llegar a donde se genera el riesgo más que al acto donde se genera el daño*²⁴. Si bien la fórmula parece la más práctica para lograr el fin deseado, genera la interrogante en torno a determinar cuál es el grado de diligencia que debe ser exigido a un sujeto ante una actividad que no se sabe con exactitud si genera o no efectos negativos a la sociedad y, además, cual es el grado de incentivo que genera el principio a la creación de nuevas ideas para el bienestar social ya que, si utilizamos la fórmula de la responsabilidad objetiva, toda persona tendría que prever los eventuales riesgos que la actividad produce, generándose un efecto negativo en cuanto al desarrollo de la sociedad por el aumento del costo de la producción relacionado con la prevención de riesgos incluso inciertos. Por ello, y en el mismo sentido se ha dicho que *“la demanda por aplicarlo es intensa, especialmente en ámbitos en donde pueden existir riesgos masivos. Subyacen a ello también consideraciones distributivas muy atendibles desde el punto de vista de la intervención pública. Sin embargo —y esto es lo relevante—, por más loables que sean, el principio precautorio en su versión fuerte no siempre es útil para promover tales objetivos”*²⁵.

Es por esto que abogamos porque el principio de precaución sea regulado por el Estado, ya que sus fines son útiles, pero sus efectos también pueden ser peligrosos, en la medida de que se establezca un nivel de precaución muy alto, con el objeto de evitar todo eventual riesgo que pudiera ocasionar un retroceso en el avance e innovación. En el mismo sentido cobra nuevamente fuerza la idea de establecer daños o riesgos que sean tolerables por la sociedad y que no sean indemnizados o reparados, o expresado de otra forma, daños lícitos, que por el hecho de vivir en sociedad se esté obligado a soportarlo y que, por tanto, no puedan ser objeto de prevención o reparación, por tener esta calidad de vecino *que nos obliga a soportar molestias e incomodidades siempre que ellas no se eleven a los niveles de tolerabilidad normal u ordinaria*²⁶. Por tanto, la figura del daño lícito por el hecho de vivir en sociedad puede servir como mecanismo de contrapeso ante la precaución excesiva.

Por su parte, otra herramienta que podríamos utilizar sería la consagrada en el artículo 2333 del Código Civil que concede acción popular en todos los casos de daño contingente que amenace a personas indeterminadas. Si bien, se ha dicho que las características de la amenaza debe ser *cierta, precisa y no vaga, de tal manera que el juez pueda determinar si es ilícita o no*²⁷, estimamos que su ámbito de aplicación no debe quedar solamente restringido a daños, peligros o riesgos ciertos, lo que pareciera más familiarizado con el principio preventivo, sino que también, se debiera aplicar a toda situación o actividad que ante esta falta de estudios poco claros si dicho acto es o no riesgoso, pueda ser limitado o paralizado. Lo anterior se deduce, haciendo una interpretación extensiva del artículo antes mencionado, y según como el Código Civil no nos da un concepto de lo que debe entenderse como contingencia, interpretando la expresión en su sentido natural y obvio como un *“acontecimiento que pueda suceder o no”*²⁸ se puede afirmar que *todo daño debe ser objeto de responsabilidad preventiva*²⁹, ya sea cierto o dudoso o *que provenga de una acción u omisión*³⁰.

²³ FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO, ob. cit., p. 71.

²⁴ RODRIGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 84.

²⁵ CORDERO VEGA, LUIS Y TAPIA, JAVIER, “Principio precautorio”. Disponible en http://www.elmercurio.com/blogs/2012/10/16/6379/principio_precautorio.aspx. Fecha de consulta: 18 de julio de 2017.

²⁶ CÉSPEDES MUÑOZ, CARLOS, *“El daño lícito”*, Editorial La ley, España, 2016, p. 73.

²⁷ SOTO KLOSS, EDUARDO, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 85.

²⁸ Real Academia Española. (2014). Contingencia. En *Diccionario de la lengua española* (23.ªed.). Consultado en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=AVWiN0d>. Fecha de consulta: 25 de julio de 2017.

²⁹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *“Lecciones de responsabilidad civil extracontractual”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 357.

³⁰ DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil Chileno, sus elementos y ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLVI, p. 136.

Por ende, en la medida que cualquier daño aunque sea incierto o dudoso pueda ser precavido a un costo razonable, es lícito exigir que el actor lo prevenga con el fin de evitarlo.

CONCLUSIONES

El estudio del principio de precaución, tanto para la jurisprudencia nacional como respecto de nuestros legisladores, sigue siendo a la fecha un concepto confuso, sobre todo en cuanto a la determinación de su finalidad, ya que tiende a ser vinculado con el principio preventivo. Sin perjuicio de ello, en las situaciones donde ha podido ser aplicado, dicha diferencia de conceptos no ha sido obstáculo alguno para llegar al resultado esperado consistente en la paralización de la actividad potencialmente dañosa. Lo anterior nos obliga nuevamente a insistir en su regulación implementación y aplicación precisa en cuanto al objetivo del mismo.

Por otro lado, el principio de precaución sigue siendo de aplicación restringida debido a su recurrente uso en las áreas de protección al medio ambiente, la salud y la alimentación. Sin embargo, los fines de este no significan necesariamente restringir su concepto a otras áreas donde no ha sido implementado, como por ejemplo, al mundo social, económico o incluso el área patrimonial desde el punto de vista de las relaciones sociales particulares que se generen en razón de actos o contratos.

Por otro lado, la aplicación del principio nos lleva necesariamente a ver el derecho desde otro enfoque o prisma en el sentido de que la conducta del sujeto debe estar encaminada a un rol preventivo en una determinada actuación. Por ello, si una actividad se realizara tomando en consideración los posibles riesgos o amenazas de un daño cierto (como es en el caso del principio preventivo) o dudoso (como en el principio que estamos estudiando) se tendría más posibilidades de evitar los riesgos, como así la judicialización del daño, logrando por tanto generar una actividad más segura para la población.

La función preventiva del derecho de daños en materia de medioambiental se puede observar claramente a través de distintas manifestaciones en el ordenamiento jurídico chileno, donde fue base para la Ley N°19.300, como también para la modificación de la Ley General de Urbanismo y Construcción, el cual estableció un estatuto precautorio en base a la Ley de Antenas indicada precedentemente.

El principio de precaución podemos unirlo a la idea clásica del deber de no dañar a otro. Debido a ello, como toda persona tiene esta obligación de evitar realizar alguna actividad riesgosa para un individuo o la sociedad toda, no debemos agotar su uso solo a riesgos conocidos o ciertos, sino que también a toda actividad eventualmente perjudicial. Sin perjuicio de ello, reconocemos que la aplicación del principio sin límites establecidos o sin límites concretos, puede traer aparejado un desincentivo en el orden económico o un aumento del valor de inversión. De ahí que, así como instamos en que el principio pueda ser regulado con el objeto de tener un reconocimiento más preciso en el ordenamiento jurídico nacional, también hacemos presente que su regulación y estructura debe ser establecida en orden a determinar su procedencia y márgenes tolerables de daños o molestias, con la finalidad de evitar la paralización total de una determinada actividad económica o investigación productiva.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico nacional podemos ver que el principio de precaución ha sido reconocido en la jurisprudencia como también en la doctrina nacional. Sin embargo, su aplicación parece limitada, al igual que en Europa, al ámbito medioambiental o de la salud, y sin tener suficientemente claro, en algunas situaciones ya indicadas, su diferencia con el principio preventivo.

En Chile hemos podido también verificar que nuestros tribunales siguen unidos a una idea de que los daños deben ser reparados más que prevenidos. Lo anterior se comprueba con los fallos citados, los cuales, haciendo referencia al principio y a falta de estudios que justifiquen tomar medidas preventivas al respecto, han rechazado el principio bajo el fundamento de que falta certeza de daño o ausencia de estudios que indiquen la existencia de un eventual riesgo o peligro. En la misma línea estimamos que la aplicación de estos principios debe ser una labor transversal en el sentido de que, tomando en consideración el deber de no dañar a otro, no tenemos necesariamente que esperar efectivamente por parte del sujeto activo se vulnere o contravenga el principio, sino que, teniendo presente su existencia de este deber, el rol del sujeto pasivo igualmente debe también ser encaminado a evitar su propio daño. De ahí que nuestros tribunales, también deben ser más abiertos a ordenar la paralización de actividades ante dudas o amenazas de daños, tomando siempre en consideración los daños tolerables que somos obligados a soportar por el solo hecho de vivir en sociedad. Reiteramos y reconocemos que es un asunto complejo en su aplicación pero que, unido a las herramientas ya reconocidas o reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, éstas pueden ser útiles para aplicar a lo menos y de forma indirecta el principio, sin dejar de no recordar nuevamente, la clásica acción frente a daño contingente contenida en nuestro Código Civil.

Finalmente podemos decir que abogamos por una aplicación general del principio de precaución y no limitarlo a ciertas materias. El principio está y puede ser utilizado bajo el amparo de los ya reconocidos principios y herramientas clásicas o generales.

BIBLIOGRAFIA

BAHAMONDES OYARZÚN, CLAUDIA Y PIZARRO WILSON, CARLOS, “La exposición de la víctima al daño: Desde la culpabilidad a la causalidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIX N° 2, 2012.

BARROS BOURIE, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

CÉSPEDES MUÑOZ, CARLOS, *El daño lícito*, Editorial La ley, España, 2016.

CORDERO VEGA, LUIS Y TAPIA, JAVIER, “Principio precautorio”. Disponible en http://www.elmercurio.com/blogs/2012/10/16/6379/principio_precautorio.aspx. Fecha de consulta: 18 de julio de 2017.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

Declaración de Río sobre Medioambiente y desarrollo. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>. Fecha de Consulta: 9 de mayo de 2017.

DEL CÓZAR ESCALANTE, JOSÉ MANUEL, “Principio de precaución y medio ambiente”, *Revista de Salud pública*, N° 2, 2005. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272005000200003. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2017.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas. N° 15 Vol. 2. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/1980/090/L00045-00045.pdf>. Fecha de consulta: 9 de mayo de 2017.

DIEZ SCHWERTER, JOSÉ LUIS, “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil Chileno, sus elementos y ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLVI.

DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA (Dir.), *El principio de precaución ambiental: La práctica argentina*, Lerner Editora SRL, Córdoba-Argentina, 2009.

FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO, “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”, *Cuadernos de Análisis Jurídico, Temas de responsabilidad Civil*, N° 1, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004.

Historia de la ley N°20.599 (2012). Disponible en: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=4443-14. Fecha de consulta: 10 de julio de 2017.

PÉREZ RAGONÉ, ÁLVARO, “Tutela inhibitoria como técnica procesal civil de la aplicación de los principios de prevención y precaución”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVIII N° 1, 2007.

Real Academia Española. (2014). Contingencia. En *Diccionario de la lengua española* (23.ªed.). Consultado en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=AVWiN0d>. Fecha de consulta: 25 de julio de 2017.

RODRIGUEZ GREZ, PABLO, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

SOTO KLOSS, EDUARDO, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

SOTO KLOSS, EDUARDO, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los tribunales*, N° 2-2005, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.



UCSC

Programas de Postgrado Facultad de Derecho UCSC

MAGÍSTER

- Derecho Privado
- Derecho Procesal de Familia
- Derecho Penal



www.derecho.ucsc.cl
Lincoyán 255 - Concepción

CONTENIDOS / CONTENTS

- “Medidas para proteger al socio frente a los abusos de la mayoría social”** 11
“Measures to protect the partner against the abuse of the social majority”
RODRIGO VIGUERA REVUELTA
- Notas sobre la indemnización expropiatoria. El caso español** 25
Notes on expropriatory compensation. The spanish case
CARLOS CÉSPEDES MUÑOZ
- Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: regulación y confrontación con el sistema norteamericano y europeo continental** 49
Resource of inapplicability for unconstitutionality: regulation and confrontation with the north american and european continental system
JAIME RAMÍREZ CIFUENTES
- La culpa como elemento de responsabilidad civil ambiental** 65
Negligence as an element of environmental liability
LUIS ALEJANDRO LÓPEZ FUENTES
- El modelo de suministro eléctrico en la Unión Europea** 79
The model of electrical supply in European Union
ALBERTO OLIVARES
- El principio de precaución en Chile. Un breve panorama en el derecho chileno** 95
The principle of caution in Chile. A brief overview of chilean law
CHRISTOFHER ELSO KOTZING

