

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ACTIVIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN

JOSÉ MIGUEL LECAROS SÁNCHEZ
Universidad Nacional Andrés Bello

Como es de público conocimiento, la actividad de la construcción ha tenido durante la última década en nuestro país un crecimiento notable, exigiendo del derecho nuevas y más eficaces respuestas a los desafíos que ello implica. En septiembre de 1996, con la dictación de la ley N° 19.472, que se la llamó de la calidad de la construcción, se introdujo un marco normativo bastante más detallado que el que existía desde el punto de la responsabilidad en esta actividad. Aunque el objetivo de la ley fue sin duda mucho más allá de un simple objeto sancionatorio, lo cierto es que hubo una modificación normativa importantísima desde el punto de vista de la responsabilidad civil e infraccional. Dejando de lado los aspectos concernientes a la responsabilidad penal, infraccional o administrativa, en esta oportunidad intentaré hacer una aproximación crítica del marco normativo vigente para la responsabilidad civil en la construcción, deteniéndome en algunos aspectos que merecen, a mi juicio, dudas interpretativas de importancia.

Desde luego, la ley N° 19.472 no partió de la nada en estas materias. Con anterioridad, la responsabilidad civil que pudiera surgir de la actividad de la construcción estaba encuadrada dentro de un marco normativo claro. El era, en lo más específico, el artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (cuyo texto refundido se encuentra en el D.S. N° 458, D.O. de 13.04.76, en adelante, la ley). Conforme a esta norma, eran responsables por los perjuicios que causaren a terceros, los fabricantes por la calidad de los materiales, los proyectistas por los errores de diseño y los constructores por los vicios de construcción, en las obras en que hubieren intervenido (Cfr. artículo. 1.2.4 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción). Esta norma significaba una gran dispersión de responsabilidades, a mayor abundamiento poco delimitadas, en términos que el afectado prácticamente se encontraba obligado a demandar a todos, unos en subsidio de otros.

En una perspectiva más general, el afectado por errores o negligencias en la construcción podía accionar de conformidad al artículo 2003 N° 3 y 4 del Código Civil. Sin embargo, esta norma sólo es aplicable a los contratos de construcción de edificaciones a suma alzada o por precio único prefijado. En los casos de construcción bajo la forma de arrendamiento de servicios, esto es, suministrando el dueño los materiales, podía perseguirse responsabilidad civil conforme al artículo 2000.

En un ámbito más general aún, se podía hacer efectiva la responsabilidad por

incumplimiento conforme al artículo 1999 del Código Civil, o aplicar la responsabilidad del vendedor de sanear vicios redhibitorios (artículos 1857 y siguientes de Código Civil). Finalmente, cabía aplicar supletoriamente las reglas generales de responsabilidad contractual (artículos 1545 y siguientes del Código Civil) o de responsabilidad extracontractual (artículo 2314 y siguientes del Código Civil).

Pienso que las modificaciones introducidas por la ley N° 19.472 no significaron derogación tácita ni orgánica de ninguna de estas normas del Código Civil, las que mantienen plena vigencia, sin perjuicio que es de prever que su aplicación práctica irá quedando cada vez más circunscrita a situaciones específicas.

Una primera lectura del actual artículo 18 de la ley podría llamar la atención sobre el complejo juego de responsabilidades por hecho ajeno y acciones de repetición. Sin embargo, como veremos, no es en absoluto alejado de lo que es la legislación civil común, en particular de los artículos 2000 y 2003 del Código Civil. A continuación demos un breve repaso de los sujetos activos y pasivos de las acciones para hacer efectiva la responsabilidad civil en la actividad de la construcción.

1. EL SUJETO ACTIVO

En términos generales, puede considerarse como sujeto activo a todo aquel que resulte perjudicado por fallas o defectos en la construcción, esté o no vinculado contractualmente con el causante del perjuicio. Podrá intentar acción indemnizatoria conforme al artículo 18 citado, demandando al “propietario primer vendedor”, al proyectista o al constructor. Esto no obsta sin embargo -a nuestro juicio- que el afectado pueda demandar además, directamente, a un subcontratista, proveedor, fabricante y en general cualquier otro responsable de los perjuicios, con el cual no hubiere contratado, pero en tal caso deberá hacerlo en juicio ordinario y conforme a los artículos 2314 y siguientes, es decir, cargando con la necesidad de probar culpa o dolo en el demandado. El contexto de esta norma no permitiría aplicar a nuestro juicio, en estos casos, el efecto expansivo del contrato para concluir invocando responsabilidad contractual por un tercero ajeno al contrato. Lo anterior no obsta, además, a que el propietario primer vendedor sea, a su vez, el afectado, y accione directamente como sujeto activo contra el constructor o el proyectista.

Además, el afectado puede demandar aunque subsidiariamente respecto al proyectista, al revisor técnico (artículo 116 bis de la ley), por el cumplimiento de su cometido, salvo en lo relativo al cálculo estructural.

Si el afectado contrató a suma alzada con un arquitecto o constructor, podrá demandar indemnización de perjuicios si la edificación perece o amenaza ruina *en todo o en parte*, en los cinco años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción o vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio o por vicios de los materiales (artículo 2003 N° 3 Código Civil).

Si el afectado había contratado con quien culpable o dolosamente incumplió total, literal u oportunamente sus obligaciones, causando con ello perjuicio, podrá siempre demandar indemnización por responsabilidad contractual. Podrá hacerlo, a mi juicio, inclusive en el caso en que hubiere contratado a suma alzada con el arquitecto o constructor y se dieran las circunstancias señaladas en el artículo 2003 N° 3

del Código Civil. En efecto, en este caso no habría sino una opción de responsabilidades, en virtud de la cual el afectado renuncia a una regla de responsabilidad objetiva: el demandado podrá liberarse de responsabilidad probando la debida diligencia o cuidado, que en este caso sería la de un buen padre de familia.

Si el afectado es quien ha comprado, podrá además demandar la resolución de la venta o una rebaja proporcional del precio conforme a las reglas generales de los artículos 1857 y siguientes.

Ahora bien, como regla general, puede decirse que en todos aquellos casos en que quien no fue directamente responsable del daño, se vea obligado a indemnizar, tendrá acción de repetición contra el responsable. Así:

a) El propietario primer vendedor tiene acción de repetición contra quien sea responsable de las fallas o defectos de construcción que motivaron los daños o perjuicios -constructor, proyectista, proveedor, fabricante o subcontratista (art. 18 inc 1° de la ley), incluyendo al “revisor técnico”, aunque subsidiariamente del proyectista, como veremos (artículo 116 bis de la ley);

b) El constructor tiene acción de repetición contra el proveedor o fabricante por el uso de materiales o insumos defectuosos; y contra el subcontratista por fallas, errores o defectos en las obras ejecutadas por el subcontratista (art. 18 inc. 3° de la ley);

c) En general toda persona obligada a indemnizar tiene acción de repetición contra las personas que de ella dependen y que causaron el daño, si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia y era capaz de delito o cuasidelito (artículo 2325 Código Civil).

2. EL SUJETO PASIVO

a) El propietario primer vendedor (artículo 18 inc. 1° de la ley)

Según el artículo 18 inc. 1° de la ley, el propietario primer vendedor de una construcción es responsable de todos los daños y perjuicios que provengan de fallas o defectos en ella, sea durante su ejecución o después de terminada. Se refiere pues al propietario (persona natural o jurídica, pública o privada) de un inmueble construido por él o mandado construir por él. Es decir, que habiendo comprado el inmueble sin construir lo vende construido. La duda surge entonces de inmediato. ¿Y qué pasa con la persona natural o jurídica que ha comprado un inmueble con construcción y realiza reparaciones, refacciones, ampliaciones, transformaciones y lo vende?¹ ¿Responde de todas las fallas o defectos de la construcción? ¿Sólo de aquellas imputables a su intervención? Y si es así, ¿no pierde entonces el carácter de responsabilidad objetiva que el legislador quiere darle a la norma? ¿O tal vez no responde en caso alguno de las fallas o defectos porque no es el “primer vendedor” de la construcción?

Es evidente que el legislador quiso establecer un caso de abierta responsabilidad objetiva o sin culpa, motivado por el interés de facilitarle la persecución de la res-

¹ En alguna oportunidad nuestros Tribunales consideraron inaplicable el artículo 2003 del Código Civil, al calificar una obra como de “reparación” y no de “construcción” (G. de los T., N° 5927, 1901, C. Ap. Sección Civil, p. 1577).

ponsabilidad al afectado. Hace responsable al propietario primer vendedor de la construcción de “todos los daños y perjuicios”, tanto de los que le son imputables como de los que no lo son y tanto de los provocados en el comprador como en terceros adquirentes. No habrá necesidad de acreditar culpa o dolo en el propietario primer vendedor de la construcción ni éste podrá eximirse probando que actuó con la debida diligencia o cuidado.

La única exigencia es que los daños y perjuicios “provengan de fallas o defectos en ella”. Estimo que “fallas o defectos en ella” se refiere no sólo a fallas, errores, omisiones, cometidos *con ocasión* del acto mismo de la construcción, sino que se refiere en términos más amplios como “fallas o defectos” de lo construido, es decir, de la construcción considerada como obra concluida, como fallas o defectos evidenciados en el resultado de la actividad. Puede suceder que esas fallas o defectos se hayan originado en un error del proyectista, cometido mucho antes del inicio de la construcción en sí misma, y me parece que es obvio que tal situación aparece comprendida en esta responsabilidad del “propietario primer vendedor de la construcción”. De todos modos se hace necesario que la jurisprudencia aclare tanto el concepto de “propietario primer vendedor de una construcción”, como el concepto de “fallas o defectos en ella”.

La frase “sea durante su ejecución o después de terminada” no se refiere -en mi opinión- al momento en que se incurrió en la falla o defecto (no puede incurrirse en una falla o defecto después de terminada la obra). Pienso que hay que entenderla en el sentido que las “fallas o defectos” *de la construcción* pueden evidenciarse tanto en el proceso de la construcción como una vez concluida la obra, y esta responsabilidad comprende ambos casos, lo que nos lleva a analizar el tema de los plazos de prescripción y garantía, que veremos más adelante.

El propietario primer vendedor también puede ser demandado por fallas o defectos en la construcción, por parte del comprador, ejerciendo la acción de saneamiento por vicios redhibitorios. Los terceros adquirentes podrían también ejercer esa acción pero sólo contra sus respectivos vendedores.

El propietario primer vendedor tiene acción de repetición en contra de “quienes sean responsables de las fallas o defectos de construcción que hayan dado origen a los daños y perjuicios”. Insisto, como ya lo anticipara, que esta acción puede intentarla contra un proyectista, el constructor, el fabricante, el proveedor, el subcontratista, e incluso contra otros profesionales, tales como el revisor independiente, contra el cual puede repetir aun sólo en subsidio del proyectista; y salvo en los errores de cálculo, respecto de los cuales la ley exculpa de responsabilidad al revisor independiente.

La idea central de la nueva redacción del artículo 18 de la ley es, entonces, evitar que el afectado deba hacer un análisis técnico sobre a quién demandar, en el que puede fácilmente equivocarse, con lo que ello significa en términos de pérdida de tiempo, tanto para el demandado -que es arrastrado injustificadamente a los Tribunales- como para el demandante -que finalmente verá rechazada la demanda-. Conforme a la anterior redacción del artículo 18, el afectado debía analizar y decidir -previo a demandar- si la causa de los perjuicios era la mala calidad de los materiales, en cuyo caso debería dirigir la acción contra el fabricante, o un error de diseño, caso en el cual debía demandar al proyectista respectivo, o, en fin, un vicio de la construcción, en cuyo caso debería accionar contra el constructor.

Con la actual normativa el afectado no se habrá equivocado al demandar al propietario primer vendedor. Pues luego, tras el peritaje que el Tribunal ordene, el propietario primer vendedor sabrá contra quien o quienes repetir, atendiendo a la causa del perjuicio, lo que puede ser bastante difícil, toda vez que podría darse una sola causa claramente identificada, o un concurso de causas. Así, una filtración de agua puede estar causada por un error del subcontratista de gasfitería, una inadecuada especificación del impermeabilizante por el proyectista, un defecto del impermeabilizante atribuible al proceso de fabricación, o un mal estado de conservación del impermeabilizante, atribuible a negligencia del proveedor. Si se dio más de una de estas circunstancias, el asunto se convierte en monstruosamente complejo. ¿Contra quién se repite? ¿Habrá que determinar cuál fue la “causa preponderante”? ¿O consideraremos todas como condiciones equivalentes”? Estamos aquí en la médula del problema de la relación de causalidad.

b) Los “revisores independientes” (artículo 116 bis de la ley)

Se trata de personas naturales o jurídicas, con inscripción vigente en un registro especial que debe llevar el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, llamadas a verificar que los anteproyectos, proyectos y obras, cumplan con todas las disposiciones legales y reglamentarias (artículo 116 bis de la ley). La responsabilidad del “revisor independiente” está circunscrita al cumplimiento de su cometido. Me parece que no sería lógico demandarle responsabilidad -ni siquiera extracontractual- por fallas o defectos de la construcción ajenos a la labor de fiscalización que ellos deben realizar. El revisor independiente responde sólo si hay una falla o defecto originada en una falta de adecuación del anteproyecto, del proyecto o de la obra, a las normas legales o reglamentarias. Aquí también hay responsabilidad objetiva. Si la falla o defecto que originó el perjuicio, se produjo pese a estar ajustados -el anteproyecto, el proyecto o la obra- a las normas, el revisor independiente no tiene responsabilidad. Sólo hay “culpa contra la legalidad”. Y a la inversa, si la obra no se ha ajustado a las normas legales y reglamentarias, no puede exigirse responsabilidad civil alguna mientras no se hayan provocado daños o perjuicios.

La ley establece que son “subsidiariamente responsables con los proyectistas”. Esta responsabilidad es siempre subsidiaria de la del proyectista. No sólo frente a la acción del afectado; también frente a la acción de repetición del propietario primer vendedor. Este último repite “en contra de quienes sean responsables de las fallas o defectos...”; si persigue responsabilidad por una labor propia de proyectista, la debe perseguir en éste y sólo en subsidio en el “revisor independiente”. Su responsabilidad es siempre subsidiaria de la del proyectista, pues su labor es solamente de verificación de que lo hecho por el proyectista -entre otros profesionales- se ajusta a las normas legales y reglamentarias. La ley establece una responsabilidad del “revisor independiente” circunscrita sólo como subsidiaria de la del proyectista, y en rigor, el “revisor independiente” no debería tener responsabilidad alguna, dado que su labor es sólo de revisión. Sin embargo, ocurre que precisamente en eso consiste, además -al menos en parte-, la labor del “proyectista”: revisar, vigilar. De modo tal que el “revisor independiente” “revisa lo revisado”. Así entonces, como la del proyectista, la responsabilidad subsidiaria del “revisor independiente” dirá relación no sólo con fallas o defectos originados en el proyecto o anteproyecto, sino también durante la etapa de la construcción.

c) Los proyectistas (artículo 18 inc. 2º de la ley)

Los proyectistas son los profesionales que elaboran o participan en la elaboración de los proyectos y anteproyectos y verifican que se cumplan en la obra de la construcción misma. En el debate en el Senado se discutió el alcance de la expresión “proyectista”: se pensó que parecía incluir sólo a los arquitectos y excluir a los ingenieros y por tal motivo se propuso aludir a “arquitectos, ingenieros y demás proyectistas”. Finalmente, prevaleció el texto propuesto por el Ministro de Vivienda y Urbanismo que alude simplemente a “proyectistas” en el entendido que, incluyendo a arquitectos e ingenieros no excluye a otros profesionales.

Parte importante de la labor del proyectista es velar porque la obra a construir se ajuste a las normas legales y reglamentarias: antejardines, porcentajes de adosamiento al muro medianero, rasantes, asoleamientos, coeficientes de constructibilidad, alturas mínimas y máximas, etc. Pero la responsabilidad del proyectista es mucho más amplia que eso.

Según la ley (artículo 18 inc. 2º) son responsables “por los errores en que hayan incurrido si de éstos se han derivado daños o perjuicios”. “Errores”, se refiere a equivocaciones, faltas, omisiones *en su labor*. La responsabilidad del proyectista puede ser tanto la directa frente al afectado, como la responsabilidad frente a la acción de repetición del propietario primer vendedor de la construcción. En este caso, sin embargo, resulta bastante discutible que se trate de un caso de responsabilidad objetiva. Si la acción ejercida contra el proyectista proviene de quien contrató con él, sea la acción directa del afectado (que incluso puede ser el propio propietario primer vendedor) o la de *repetición* del propietario primer vendedor, habrá responsabilidad contractual, y por ende, probado que sea el error (incumplimiento contractual), se presumirá culpable debiendo el proyectista probar caso fortuito o fuerza mayor o haber empleado la debida diligencia o cuidado (que usualmente será la culpa leve -artículo 1547 inc. 1º del Código Civil-).

Si la acción es ejercida por un tercero afectado, no vinculado contractualmente, habrá responsabilidad extracontractual y será necesario acreditar que efectivamente el proyectista incurrió en un error, que ha habido relación causal entre el error y el daño o perjuicio. El error sería la evidencia de un incumplimiento y por ende se presume culpa, pues la actividad del profesional debe entenderse como encuadrada en las obligaciones de resultado y no simplemente de medio. El proyectista, dada su profesión, debe abstenerse de cometer errores; el cometerlos denota en sí mismo culpa, sin perjuicio que se admita prueba en contrario.

Cabe agregar que el proyectista puede, en todo caso, repetir contra el dependiente por quien es directamente responsable, conforme a la regla general del artículo 2325 del Código Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, el Código Civil establece en el artículo 2004, que se aplica a quienes se encargan de la construcción de un edificio en calidad de arquitectos, las reglas de responsabilidad del artículo 2003. Este último artículo se refiere, a su vez, a la responsabilidad derivada de un contrato para construcción de un edificio celebrado con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado.

d) Los constructores (artículo 18 inc. 3º de la ley)

Conforme al artículo 18 inciso 3 de la ley, los constructores, esto es, las personas naturales o jurídicas, particulares o públicas encargadas de la construcción, asumen

diferente responsabilidades. Estas son:

1) Los perjuicios provocados en terceros por fallas, errores o defectos en la construcción. En estos casos no tienen más posibilidad de repetir que la que podría emanar de la aplicación del artículo 2325 del Código Civil, esto es, contra el dependiente por quien responde.

2) Los perjuicios provocados en terceros por fallas, errores o defectos de la construcción, en las obras ejecutadas por los subcontratistas; toda vez que es un principio básico de derecho que la subcontratación no puede significar una exculpación del subcontratante por lo obrado por el subcontratado. Sin embargo, esta responsabilidad del constructor es sin perjuicio de las acciones legales que puedan interponer contra los subcontratistas. Esta referencia a acciones legales puede ser entendida, a nuestro juicio, no sólo como un simple derecho de repetir. El constructor podría, por ejemplo, demandar la resolución del contrato celebrado con el subcontratista en caso que éste no haya cumplido íntegra y oportunamente sus obligaciones. A su vez, el subcontratista podría repetir contra sus dependientes por cuyas acciones ha de responder, conforme al artículo 2325 del Código Civil.

3) Los perjuicios provocados en terceros por fallas, errores o defectos en la construcción derivadas del uso de materiales o insumos defectuosos. Esta responsabilidad del constructor tiene lugar sin perjuicio de las acciones legales que los constructores puedan ejercer en contra de los proveedores o de los fabricantes. Contra los proveedores o fabricantes, según los casos, el constructor podría ejercer, entre otras, una acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, una acción de saneamiento de vicios redhibitorios, una demanda de resolución de contrato, o demandar la responsabilidad conforme a la ley del consumidor, etc.

Cabe notar que en el debate legislativo de la ley N° 19.472, se pretendió excluir de esta referencia al proveedor, toda vez que la responsabilidad del proveedor puede ser perseguida por el consumidor final (constructor) conforme a la legislación de protección al consumidor. La verdad es que no es el único aspecto en que hay duplicidad entre las acciones del artículo 18 de la ley y, al menos, la actual ley de protección de los derechos de los consumidores, ley N° 19.496.

En efecto, la nueva ley de protección al consumidor establece una responsabilidad contractual (sin perjuicio de demandar además la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada), en ciertos casos que sin duda pueden también ameritar ejercer las acciones conferidas por el artículo 18 de la ley. Tal, por ejemplo, cuando un producto sujeto a normas de seguridad o calidad obligatorias, no cumplen con las correspondientes especificaciones; cuando el producto, por deficiencias de fabricación, elaboración, materiales, partes, piezas, elementos, sustancias, ingredientes, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea enteramente apto para el uso o consumo al que está destinado; cuando el producto no reúne las especificaciones convenidas entre el proveedor y el consumidor; o cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso a que habitualmente se destine.

Estas y otras acciones pueden ser ejercidas por el consumidor, indistintamente, contra el fabricante o el importador, en caso de ausencia -es decir, en subsidio- del vendedor (proveedor). A su vez, el proveedor condenado a indemnizar tiene acción de repetición por la suma pagada, contra el fabricante o el importador.

No hay a mi juicio derogación tácita ni orgánica, ni siquiera parcial, del artículo 18 de la ley por la ley 19.496, aunque tratándose de acciones que pueden tener

identidad de cosa pedida, de partes y de causa de pedir, y en tal medida pueden ser excluyentes, la interposición de una puede generar *litis pendencia* respecto de la otra; razón por la cual sería siempre conveniente plantearlas una en subsidio de la otra .

Por lo demás, cabe recordar que la ley del consumidor contempla expresamente la acción del proveedor contra el fabricante. De forma tal que tanto por aplicación del artículo 18 de la ley como por aplicación de la ley del consumidor, puede suceder que el afectado demande al constructor, éste al proveedor y éste al fabricante.

El artículo 18 de la ley establece expresamente que la responsabilidad que en dicha norma se establece para el constructor es sin perjuicio de la establecida en el artículo 2003 N° 3 del Código Civil. Esta norma consagra una responsabilidad civil contractual del constructor -persona natural o jurídica, pública o privada, incluyendo al arquitecto que actúa como constructor- que se origina cuando se celebra un contrato de construcción por suma alzada, suministrando el mismo constructor los materiales (que se rige por los principios de una compraventa y no de un arrendamiento de servicios para la ejecución de obra material).

En virtud de esta responsabilidad, “el empresario” (constructor) debe indemnizar por los daños que se originen si la construcción “perece o amenaza ruina, *en todo o parte* , en los cinco años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales”.

Esta norma merece algunos comentarios. En primer lugar, esta disposición, plenamente vigente -el artículo 18 de la ley la deja expresamente vigente-, tiene gran importancia toda vez que consagra un *plazo de garantía*, sin alterar en forma alguna las normas de prescripción. De esta forma, la acción indemnizatoria podría ejercerse dentro de cinco años (acción personal ordinaria) contados desde la fecha en que la obligación indemnizatoria se hizo exigible (artículos 2514 y 2515 del Código Civil), haciéndose exigible la obligación indemnizatoria cuando la construcción perece o amenaza ruina en todo o en parte, hecho que, según se ha dicho ya, puede ocurrir (generando la obligación indemnizatoria) en cualquier tiempo dentro de los cinco años subsiguientes a la entrega.

De esta forma, podría ejercerse una acción casi diez años después de la entrega... Lo cual es abiertamente más favorable al afectado que el plazo del artículo 18 de la ley, donde las acciones prescriben en cinco años contados desde la recepción final.

De lo anterior se sigue que si al afectado le fue entregada la obra después de 5 años desde la recepción final, no podría demandar a la constructora conforme al artículo 18 de la ley, aunque podría hacerlo conforme al artículo 2003 N° 3 del Código Civil, probando, eso sí, que no hay una mera falla, error o defecto en la construcción, sino que acreditando que la construcción “perece o amenaza ruina” (destrucción generalizada) si bien esa ruina puede ser en todo o en parte.

Finalmente, no está de más hacer notar que la responsabilidad del constructor, sea conforme al artículo 18 de la ley o conforme al artículo 2003 N° 3 del Código Civil, es objetiva: en el artículo 18 de la ley la responsabilidad nace toda vez que el perjuicio es causado por fallas, errores o defectos en la construcción, sin que quepa al constructor eximirse de responsabilidad probando haber empleado algún grado de diligencia. En el artículo 2003 N° 3 citado, el constructor es responsable por “vicio” (falla, defecto) de la construcción o de los materiales; o “vicio” del suelo. En este último caso, sin embargo, pese a tratarse de responsabilidad contractual, no se presume la culpa, toda vez que verificar la ausencia de “vicios del suelo” no es

obligación del constructor; entonces, el Código exige en el actor probar negligencia en el constructor o sus dependientes: debe tratarse de vicios del suelo “que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio”

e) Todo el que sea responsable de las fallas o defectos de construcción que hayan dado origen a los daños y perjuicios (artículo 18 inc. 1º de la ley)

En este caso estaremos normalmente frente a un constructor, un arquitecto, un ingeniero, un calculista, un proveedor, un fabricante, un subcontratista. Con todo, el artículo 18 de la ley -con mucho criterio- prefirió hacer una mención genérica y no taxativa de los responsables. Contra el responsable podrá accionar el afectado invocando las normas generales de responsabilidad extracontractual o contractual según los casos, o la norma del artículo 18 de la ley, si procediere según las hipótesis que hemos analizado. Podrá también accionar de repetición el propietario primer vendedor.

f) La respectiva persona jurídica como codeudora solidaria del constructor o proyectista que actúe por ella (art. 18 inc. 4º de la ley)

En todos aquellos casos en que el constructor o proyectista persona natural aparezca como responsable directo -frente al afectado- o como responsable indirecto -frente al propietario primer vendedor-, por los daños y perjuicios ocasionados por “fallas errores o defectos en la construcción” (el constructor) o por “errores” (el proyectista), el actor puede demandar solidariamente a la persona jurídica por quien actuó el profesional competente -constructor o proyectista-. Esto significa que el actor podrá dirigirse indistintamente por el total de la indemnización, sea contra el propio profesional que actuó por la persona jurídica, o contra la persona jurídica.

Del debate legislativo no se desprende ninguna claridad sobre qué significa la frase “profesional competente que actúe por ellas...” (por las personas jurídicas). Sin embargo, me parece que no puede entenderse en el sentido de exigir que el profesional tenga la calidad de representante legal de la persona jurídica. Entenderlo así implicaría restringir la aplicación de esta regla sólo a aquellos casos en que el representante legal de la persona jurídica sea constructor o proyectista, lo que es absurdo. Basta, entonces, con que el profesional haya actuado como dependiente o integrante de la persona jurídica en su calidad de empresa. No es necesario tampoco que haya entre la persona jurídica y el profesional un vínculo de subordinación y dependencia laboral. Basta con que la labor hecha por el profesional haya sido ofrecida, publicitada, contratada, como un trabajo o servicio de la persona jurídica. Es decir, me parece que estamos frente a una cuestión de hecho que debe ser prudencialmente apreciada por el Tribunal. Podría incluso pensarse en la eventualidad que a fin de esquivar esta responsabilidad solidaria, la persona jurídica esciture formales contratos de subcontratación de servicios (simulados) con el profesional que en la realidad es parte de la empresa. Si el Tribunal estima que en el trabajo realizado, en el hecho, el profesional actuó *por* la empresa y no *para* la empresa, como se pretende según el contrato, podría dar lugar a la responsabilidad solidaria de la empresa.

3. LA IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO PASIVO

Conforme al texto vigente del artículo 18 de la ley, el propietario primer vendedor, es decir, el propietario de un inmueble construido que actúa como vendedor en la primera compraventa de ella, está obligado a incluir en la escritura pública de compraventa una nómina que contenga la individualización de los proyectistas y constructores a quienes pueda asistir responsabilidad de acuerdo al mismo artículo (artículo. 18 inciso 5º de la ley). El Notario Público que otorgue la escritura sin esta nómina, podrá ser suspendido hasta por seis meses de su oficio sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiese asistirle (artículo 24 de la ley).

Al aludir a proyectistas o constructores, el artículo 18 se está refiriendo tanto a personas naturales como jurídicas; pues a continuación la norma agrega que tratándose de personas jurídicas “deberá individualizarse...” (además, se entiende) “...a sus representantes legales”. Es decir, a aquel o aquellos que invistan, a la fecha de la autorización de la escritura pública de compraventa, la calidad de representantes legales de la persona jurídica.

Estos representantes legales no asumen ninguna responsabilidad personal, salvo que sean al mismo tiempo constructores o proyectistas que hayan actuado por la persona jurídica, pero en tal caso la responsabilidad no la asumen por ser representantes legales sino en dichas calidades.

Ahora bien, la individualización de los representantes legales no tiene otro sentido que el de facilitar la demanda y emplazamiento de la persona jurídica. Pero no se divisa la utilidad de esta individualización, toda vez que de todos modos, llegado el momento de demandar a la persona jurídica, deberá indicarse el representante legal a la fecha de la demanda. A menos que se estime que para emplazar a la persona jurídica bastara con notificar al representante legal a la fecha del contrato de compraventa... Sin embargo, me parece que esta última idea debe descartarse de plano. Primero, porque implicaría una modificación tan sustancial de las reglas generales sobre notificaciones, que exigiría una norma clarísima y explícita en tal sentido, cosa que no ocurre. Y segundo, por las desastrosas consecuencias prácticas que ello podría traer consigo en términos de indefensión para una persona jurídica cuyos actuales representantes legales nunca llegaron a enterarse de la existencia de una demanda y un juicio en su contra.

Tenemos entonces que, para ser coherente con lo expresado precedentemente, hay que entender que tratándose de una persona jurídica hay que individualizar a ésta, a su representante legal, y al profesional -proyectista o constructor- que actuó por la persona jurídica. Creemos que no otro puede ser el alcance de la expresión “a quienes pueda asistir responsabilidad de acuerdo al presente artículo”.

Es obvio que esta nómina tiene por objetivo facilitar al afectado la interposición de la demanda directamente contra el constructor o proyectista, no obstante que la misma demanda la puede plantear -si así lo desea- contra el propietario primer vendedor. El afectado preferirá accionar contra el constructor o proyectista, desde luego, cuando el propietario primer vendedor sea una persona natural o jurídica de poca solvencia o sea una persona jurídica disuelta. En este último caso la responsabilidad se podrá hacer efectiva en contra de quienes “eran sus representantes legales a la fecha de celebración del contrato” (artículo. 18 inc. 6º de la ley) , lo cual también puede resultar poco atractivo para el demandante.

¿Qué significa “a la fecha de celebración del contrato”? ¿Se refiere al de compraventa o al de construcción? Hasta el último momento en el Senado se planteó esta interrogante sin que hubiera claridad. Sin embargo, por la ubicación de este inciso, que sigue a aquel que exige la inclusión de una nómina en la escritura pública de compraventa, parecería desprenderse que se refiere al contrato de compraventa. En el debate legislativo, sin embargo, en uno de los proyectos que se planteó, se establecía que en caso de personas jurídicas disueltas la responsabilidad se haría efectiva sobre el representante legal a la fecha de la disolución.

Naturalmente, una solución de este último tipo tiene el gran inconveniente de incentivar el nombramiento -probablemente a cambio de un pago de una suma de dinero- de “palos blancos” insolventes, sin nada que perder, como representantes legales en la etapa previa a la disolución de la persona jurídica. Sin embargo, nos parece que habría sido más justo imponer esa responsabilidad personal en el representante legal a la fecha del contrato de construcción. Después de todo, ese representante legal, como tal, probablemente ha tenido un cargo directivo en esa época, y por ende no ha podido ni debido menos que preocuparse por fiscalizar todo el proceso de construcción. Esta solución, por lo demás, se acerca mucho más a la filosofía que inspira el artículo 21 de la ley, al establecer que la responsabilidad infraccional de las personas jurídicas, en caso de haberse disuelto, se hará efectiva en forma personal sobre quien hubiera sido su representante legal a la fecha de la infracción.

4. PRESCRIPCIÓN Y GARANTÍA

Las acciones para hacer efectivas “las responsabilidades civiles a que se refiere” el artículo 18 de la ley, prescribirán en cinco años contados desde la fecha de la recepción definitiva de la obra por parte de la Dirección de Obras Municipales (artículo 18 inc. final). Sin embargo, la lógica nos indica que esta regla es sólo para hacer efectivas las responsabilidades directas. Tratándose de la acción de repetición, lo lógico y lo justo sería aplicar el artículo 2514 del Código Civil, y estimar que los cinco años corren desde que la obligación se hizo exigible, esto es, desde que queda ejecutoriada la sentencia condenatoria.

Contar los cinco años desde la fecha de la recepción definitiva fue un gran avance en relación a como venía el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, que establecía la contabilización del plazo a partir del “término de la ejecución de la obra”, lo que era enormemente equívoco. Ahora bien. Nos parece que tratándose de acciones dirigidas contra el propietario primer vendedor es adecuado contar los cinco años desde la recepción definitiva (pues es de su responsabilidad e incumbencia hacerla). Sin embargo, respecto de las acciones ejercidas directamente por el afectado contra proyectistas o constructores, nos parece habría sido más justo establecer que los 5 años empezaran a correr desde la fecha en que termina la obra. Ello, por cuanto, no estando en manos del constructor o proyectista solicitar la recepción definitiva, la negligencia del propietario primer vendedor en tal sentido podría significar prolongar excesivamente la responsabilidad del constructor o del proyectista.

Finalmente, cabe hacer presente que se echa de menos que la ley de Urbanismo y Construcciones no haya contemplado un plazo de garantía como el que contempla

el Código Civil en el artículo 2003. Como explicaba anteriormente, de acuerdo a esta última norma, la acción indemnizatoria debe intentarse dentro de 5 años contados desde que es exigible la respectiva obligación de indemnizar, lo que ocurre cuando el edificio perece o amenaza ruina en todo o en parte, con tal que ello ocurra en cualquier tiempo dentro de los 5 años subsiguientes a la entrega. Los defectos de construcción muchas veces se hacen evidentes tiempo después de su término o tiempo después de la recepción definitiva. Si eso ocurriera después de los 5 años siguientes a la recepción definitiva, el afectado carecería de acción no obstante que en nada hubo pasividad de su parte.

Creo, con todo, que un defecto no tarda nunca cinco años en hacerse evidente y por ende creo que un plazo de garantía de 5 años es absolutamente excesivo. Sería, pues, conveniente establecer, tanto en el artículo 18 de la ley general de urbanismo y construcciones como en el artículo 2003 del Código Civil, un plazo uniforme de garantía menor, por ejemplo de dos años, contados desde la recepción definitiva, sin perjuicio de la prescripción de 5 años contados según las reglas generales, desde que el daño se produce, esto es, desde que la obligación indemnizatoria se hace exigible. Si el daño se produjese después del plazo de garantía, al comprador podría quedarle a salvo el derecho a una indemnización, según las reglas generales de responsabilidad contractual y eventualmente, la acción rehditoria o la de rebaja proporcional del precio por vicios ocultos que, en los inmuebles prescribe, como se sabe, en un año y 18 meses, respectivamente, contados desde la entrega real.

5. BREVE ALUSIÓN A UN PROYECTO EN TRÁMITE

En junio de 1997 ingresó a trámite un proyecto de ley por iniciativa presidencial que introduce modificaciones a la ley general de urbanismo y construcciones, planteado como una complementación de las reformas que a ella introdujera la ley 19.472. Sobre el tema de esta exposición deseo comentar dos aspectos.

El primero dice relación con la responsabilidad civil del propietario primer vendedor. Se precisa esta responsabilidad indicando que no le serán imputables las fallas derivadas del uso inadecuado, del desgaste normal o de transformaciones efectuadas por el comprador. Nos parece extraordinariamente inconveniente esta precisión. Desde luego es innecesaria, toda vez que si la falla deriva de un uso inadecuado, de un desgaste normal o de transformaciones efectuadas por el comprador, es obvio que el propietario primer vendedor no es responsable, pues éste lo es, como literalmente dice el artículo 18 actualmente vigente, de los daños y perjuicios “que provengan de fallas o defectos *en ella*”. Es decir, fallas o defectos inherentes a la obra y por ende derivadas de la construcción-. Además, bastaría con aplicar las reglas generales de derecho relativas a la relación de causalidad para eximir de toda responsabilidad al propietario primer vendedor de los daños y perjuicios que se deriven de estas circunstancias que le son totalmente ajenas. Pero digo que este proyecto de reforma, además de innecesario es inconveniente, por cuanto pareciera restringir la posibilidad del intérprete de hacer otras exclusiones de la responsabilidad del propietario primer vendedor, igualmente implícitas que las referidas, por el sólo hecho de no estar mencionadas expresamente en la norma.

El segundo aspecto dice relación con la prescripción de las acciones para hacer efectiva la responsabilidad civil del propietario primer vendedor. El proyecto establece plazos diferenciados de prescripción según la naturaleza del defecto o el bien afectado. Así, cinco años si se tratare de casos de imposibilidad o de restricción significativa para habitar la vivienda o utilizar una construcción por fallas o defectos en la estructura, en cubierta y en fundaciones o por vicios que amenacen la solidez de la edificación; y tres años por perjuicios derivados de los proyectos y ejecución de las instalaciones de especialidades, tales como instalaciones eléctricas o de gas. En casos de desperfectos en obras de terminaciones, tales como pinturas, alfombras, revestimientos, o el funcionamiento deficiente de artefactos sanitarios, griferías y otras instalaciones menores, la acción deberá intentarse en el plazo de garantía otorgado por el fabricante o proveedor del insumo, que no podrá ser inferior a un año.

Pues bien. Me parece inconveniente establecer plazos de prescripción diferenciados dependiendo de la gravedad del defecto, pues en la práctica ello implica que en el respectivo juicio habrá que hacer un análisis de fondo para el efecto de acoger o no la excepción de prescripción. Pero incluso más. Aun aceptando estos plazos diferenciados, una buena técnica legislativa aconsejaría más bien vincular los plazos de prescripción con descripciones genéricas acerca del grado de gravedad del defecto y no, como se pretende, vincular los plazos con defectos específicos. Además, siempre habrá algún defecto o vicio no comprendido en los casos descritos en la ley. ¿Qué prescripción se aplicará en tales casos? Por tal motivo, por muy genérica que fuera la descripción de las distintas clases de gravedad de los vicios o defectos, creo que es fundamental mantener un plazo supletorio o residual, aplicable para aquellos casos en que no puedan aplicarse los restantes plazos.