



Ángel Carrasco: Me ha parecido interesante presentar, por intermedio del presente artículo doctrinal, el sorprendente art. 2333 del Código civil redactado por Andrés Bello en los años 50 del siglo XIX. ¿Una acción popular preventiva civil abstracta para la defensa cautelar de intereses de sujetos no determinados? Sin precedentes, simplemente fruto de la genialidad de Bello como jurista, aunque, según me dicen, no secuenciado por normas correspondientes de la ley procesal civil.

LA ACCIÓN POPULAR PREVENTIVA DE DAÑOS DEL ARTÍCULO 2333 DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO EN FAVOR DE PERSONAS DETERMINADAS

Carlos Andrés Domínguez Scheid
Universidad Autónoma de Chile

Fecha de publicación: 9 de mayo de 2023

El artículo 2333 del Código Civil establece que, en general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que puedan amenazar a personas indeterminadas debido a la imprudencia o negligencia de algún agente. Sin embargo, si el daño solo afecta a personas determinadas, solo alguna de éstas podrá intentar la acción. Históricamente esta norma ha sido interpretada en el sentido de que solo permite una acción popular si se actúa en beneficio de personas indeterminadas, o si se actúa en beneficio propio y, además, de personas indeterminadas. En otras palabras, la interpretación tradicional ha limitado la acción popular solo a casos en los que el daño afecta a un grupo de personas indeterminadas, o en los que se ven amenazadas una persona determinada y un grupo de personas indeterminadas. Sin embargo, esta interpretación puede ser demasiado restrictiva y no tener en cuenta todas las posibles situaciones en las que una acción popular puede ser necesaria para prevenir daños contingentes. Por lo tanto, es importante explorar y considerar otras interpretaciones posibles del artículo 2333 para garantizar una protección adecuada de los derechos y la seguridad de las personas.

El propósito de este estudio es proponer una interpretación alternativa del artículo 2333 que sostiene que este artículo contiene dos acciones preventivas diferentes: una en favor de personas indeterminadas y otra en favor de personas determinadas. La distinción clave



entre estas dos acciones populares radica la legitimación activa. En el primer caso, cualquier persona puede actuar para prevenir un daño que amenaza con ocurrir, mientras que en el segundo caso, solo puede intentar la acción una persona del grupo de personas determinadas que esté actualmente amenazada de sufrir una contingencia de daño. Esto significa que la acción preventiva en favor de personas indeterminadas tiene un alcance más amplio, ya que cualquier persona puede actuar para prevenir un daño potencial, incluso si no está directamente amenazada. Por otro lado, la acción preventiva en favor de personas determinadas solo puede ser iniciada por alguna de las personas que está en peligro de sufrir el daño en cuestión. Esta distinción tiene implicaciones importantes para la interpretación y aplicación del artículo 2333 y puede tener consecuencias significativas para la protección de los derechos y la prevención de daños en la sociedad.

En general, sea que hablemos de acciones colectivas, acciones populares o acciones de representación estamos frente a una situación en la que la masividad de los daños desborda la tradicional relación individual del derecho civil, en la que cada cual es responsable por sus intereses y su patrimonio. Por lo tanto, el estudio de los mecanismos que pueden permitir un efectivo acceso a la justicia y una efectiva reparación colectiva tiene singular importancia.

1. De las acciones populares a las Class Actions y a las modernas acciones de representación

Desde el año 2004 el derecho chileno contempla un tipo de acción colectiva. Si bien ha tenido un desarrollo casi exclusivo en materia de consumo, hay otras áreas del derecho a las que leyes específicas le han dado aplicación [Domínguez Scheid: 2020, 360]. A su vez, estas acciones colectivas son tradicionalmente asumidas como un trasplante de las *Class Actions* del derecho de Estados Unidos. Esta asunción tiene sentido en cuanto en ese país las *Class Actions* tienen una historia que se remonta, a lo menos, al año 1833, con la adopción, por parte de la Corte Suprema, de la Regla de Equidad 48 [Redish, 2008: 7]. En el año 1842 se produjo la primera codificación de una acción colectiva, pero solo para procedimientos equitativos (*Equitable Proceedings*), que son un tipo de procedimiento judicial en la tradición del *Common Law*. Se basan en la equidad, es decir, en la justicia natural y el sentido común, en lugar de la ley escrita. A diferencia de los procedimientos legales, que se basan en reglas y estatutos específicos, los procedimientos equitativos tienen más flexibilidad y permiten al juez tomar en cuenta factores como la equidad, la justicia y la moralidad en su toma de decisiones. Los procedimientos equitativos a menudo se utilizan en casos de derechos de propiedad, contratos, fraudes y otros temas en los que se requiere una solución justa y equitativa que no se puede lograr mediante la aplicación estricta de la ley. La Regla de Equidad 48 permitía un



procedimiento de representación sin que cada individuo compareciera personalmente, pero establecía que para los miembros ausentes la sentencia no sería vinculante, por lo que podían elegir no estar obligados por ella si no estaban conformes con el resultado [Klonoff, 2017: 25-26].

A pesar del paradigma de que las acciones colectivas son algo nuevo y ajeno a la tradición del Derecho Continental, nuestro Código Civil siempre ha contenido distintas acciones populares, que tienen su origen en el Derecho Romano y que son una fuente importante de antecedentes en la protección de intereses colectivos, supraindividuales o de los llamados intereses individuales homogéneos. Este tipo de intereses no son exclusivos de la era moderna, sino que han sido objeto de protección legal desde hace mucho tiempo. El Derecho Romano establecía una serie de instituciones y procedimientos para la protección de los derechos de grupos de personas, incluyendo la figura de la «*actio popularis*» que permitía a cualquier ciudadano iniciar una acción judicial en defensa de un interés colectivo o difuso. [Delgado Schneider, 2005: 907-926]. La acción popular podemos entenderla como aquella que es conferida a toda persona para lograr cierto efecto jurídico, aun cuando no sea directa o exclusivamente afectada [Peñailillo Arévalo, 2019: 1539].

Es importante destacar que esta protección no se limita a una sola categoría de acciones colectivas, sino que se extiende a una variedad de remedios legales para proteger los derechos de los grupos, independientemente de la naturaleza del derecho que se protege o del tipo de acción colectiva utilizada para hacer valer ese derecho. Así, la acción popular es considerada como una de las primeras formas de acción colectiva en el sistema jurídico occidental, ya que se originó en el antiguo derecho romano y se ha trasladado a los sistemas jurídicos actuales, aunque con diferencias entre ellos [Guayacán Ortiz, 2013, 165].

2. La acción de representación del artículo 2333

La segunda parte del artículo 2333 tiene una enorme relevancia. Usualmente se lee y enseña este concepto entendiendo que, si el daño amenaza solamente a personas determinadas, sólo éstas pueden ejercer la acción. ¿Pero cuál acción? Y lo más relevante, ¿sólo éstas, o sólo alguna de éstas? La lectura adecuada y que fluye del tenor literal de la parte final del artículo 2333, es que si se amenaza a personas determinadas, alguna de estas personas, cualquiera de ellas, puede intentar la acción popular en favor de sí y de todas las demás.



En este sentido la acción preventiva en favor de personas determinadas tiene el carácter de una moderna acción de representación, en la que el actor busca una medida judicial para prevenir un daño que lo amenaza a él y a otros en su misma situación. Además, es muy relevante tener presente que el Código, al disponer que esta acción procede «por regla general» no está limitando su interposición a casos de daño personal, ni tampoco es exclusiva para la protección del medio ambiente, a pesar de tener en esa área un campo actual de discusión [Ver Banfi Del Río, 2022: 127].

En el derecho de la Unión Europea se ha acuñado recientemente el concepto de acción de representación para referirse a lo que hasta el 2020 se denominaba acción colectiva. Entre los múltiples nombres que se han dado en español al concepto de *Class Action* se puede encontrar los de acciones de clase, acciones de grupo, proceso colectivo, recurso colectivo, pretensión colectiva, entre otros [Gidi, 2004: 33-34]. Cabe destacar que el concepto de acción de representación europea se está trasponiendo a todos los Estados miembros de la Unión y en enero de 2023 se ha presentado en España el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Como ya he señalado, en el derecho chileno los procesos colectivos están regulados en la Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Estas disposiciones son aplicables, por expresa disposición legal, a otras materias específicas, como ley de urbanismo, competencia desleal, protección de las empresas de menor tamaño, entre otras. En el estudio de las *Class Actions* existe el concepto de su aplicación transubstantiva. En el derecho de Estados Unidos eso se refiere a que este tipo de proceso está dispuesto para su aplicación general en las Reglas Federales de Procedimiento Civil, sin atender a diferencias en cuanto a la materia sustantiva.

En nuestro derecho, ¿es posible argumentar una especie de acción colectiva de aplicación general? Sí, si nos atenemos a la letra del artículo 2333 del Código Civil. Esto ya ha sido enunciado en la doctrina nacional [Ver Domínguez Águila, 2005: 334 y Rodríguez Grez, 1999: 35]. Esta regla general del artículo 2333 establece una acción colectiva precisamente destinada a prevenir la ocurrencia de un daño, lo que parece de toda lógica, ya que si el daño se ha producido serán quienes lo han sufrido quienes estarán en mejor posición para buscar su indemnización.

Las acciones colectivas para prevenir daños (también conocidas como acciones colectivas por daños preventivos o acciones colectivas por daños hipotéticos) son una forma de acción colectiva en la que un grupo de personas se une para demandar a quien amenaza



con causar daños en el futuro. En lugar de esperar a que los daños ocurran y luego presentar una demanda, los demandantes buscan medidas preventivas para evitar los daños futuros.

En tiempos recientes existen tres casos en los que fue ejercida la acción preventiva del artículo 2333, aunque en dos de ellos no se trató de una acción popular, toda vez que los demandantes actuaron frente a un daño contingente que los amenazaba única y exclusivamente a ellos. El tercer caso es el de la Ilustre Municipalidad de Quintero con ENAP Refinerías S.A., en el que la municipalidad actuó frente a un daño ambiental que amenazaba a toda la comunidad. Sin embargo, tanto los tribunales de instancia cuanto la Corte Suprema, que conoció vía casación, rechazaron la pretensión, razonando esta última que el daño que motivaba la acción ya no era contingente, sino que estaba efectivamente producido, por lo que su reparación debía buscarse en las normas especiales de la ley de bases de medio ambiente, siendo competentes los tribunales ambientales y no un juzgado de letras en lo civil [Diez Schwerter, 2019: 723].

3. Una posible aplicación práctica de esta acción colectiva en favor de personas determinadas

El gran problema de daños masivos de nuestra época está relacionado a las alzas del precio de los planes de salud y del precio de las Garantías Explícitas de Salud (GES) que las ISAPRES ejecutan cada año. La ley N° 19.496 en su artículo 2° letra f) excluye a las prestaciones de salud de la aplicación de sus, aunque en su artículo 2° bis establece una contra excepción, para el caso de que se trate de causas en las que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios. Esta situación ha sido latamente discutida en tribunales, mediante acciones colectivas presentadas por asociaciones de consumidores en representación del interés colectivo de todas las personas afiliados a una determinada ISAPRE. Las demandas colectivas presentadas en el año 2014 fueron conocidas y rechazadas, con procesos que terminaron, vía casación en el fondo, en la Corte Suprema. Respecto de las causas presentadas en el año 2017, fueron derechamente declaradas inadmisibles. En ambos casos los tribunales interpretaron que las normas de la ley N° 19.496, por expresa disposición de esa misma ley, no eran aplicables en los casos de alzas de los precios de planes de salud. La última demanda colectiva fue presentada por CONADECUS en contra de todas las ISAPRE abiertas, causa rol C-5677-2021 del 21° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago. El tribunal dispuso su archivo con fecha 31 de enero de 2023 ya que no se ha notificado la resolución que recibe la causa a prueba. El punto 3 a probar es precisamente la efectividad de ser aplicable la ley N° 19.496 a las ISAPRES.



Como es de público conocimiento la forma que hasta el año 2022 se ha utilizado para reclamar judicialmente contra las alzas de los precios de los planes de ISAPRE ha sido presentar un recurso de protección, que en general han sido sistemáticamente acogidos por los tribunales de justicia. Precisamente conociendo de uno de estos recursos de protección la Corte Suprema ordenó a las ISAPRES devolver todos los cobros percibidos en exceso desde el 1° de abril de 2020.

Lo llamativo es que la Corte Suprema permanentemente ha sostenido que el recurso de protección no es una acción popular, pero en estas causas le ha dado efecto a la sentencia a todos los afiliados a una determinada ISAPRE, hayan o no presentado un recurso de protección. Aparte de los problemas políticos, económicos y sociales que este fallo puede generar en el sistema privado de salud, tanto a nivel nacional como internacional, desde el punto de vista jurídico es muy significativo que se hayan rechazado las acciones colectivas contra las ISAPRES y que luego, conociendo por la vía de protección, se haya generado el mismo efecto que se pretendía con ellas. Este fallo manifiesta una anomalía en el sistema jurídico de Chile ya que es muy probable que las ISAPRES jamás esperaron una sentencia que tuviese ese efecto *erga omnes*.

Sin embargo, el Derecho Civil chileno tiene en su repertorio las acciones preventivas del artículo 2333, que pueden ir mucho más lejos de lo que la doctrina nacional ha entendido. No sirven solamente para prevenir daños ambientales o si algún hecho amenaza con algún tipo de daño corporal, sino que tienen aplicación en todas las materias de derecho sustantivo nacional.

Entonces, en el caso de las alzas de precio de los planes de salud, GES, y de la aplicación de las tablas de factores de los planes, si se entiende que existe esta acción preventiva general, se podría argumentar que el acto arbitrario de las ISAPRE es auténticamente negligente o imprudente, apoyándose en fallos de la Corte Suprema que entienden la negligencia vinculada a la desidia, la falta de atención y la imprudencia a la falta de cautelas y precauciones, en realidad, son dos conceptos que indican el mismo estado espiritual, a tal punto que la diferencia se ha buscado en que la imprudencia concierne a estados de ánimo activos y la negligencia a los pasivos, vale decir, que sólo describirían el mismo aspecto de la culpa, bien in agendo o bien in omitiendo [CS, 13.07.2011, Rol 2044-2010].

Como punto final y relacionado con el desarrollo de las *Class Actions* en los procedimientos de equidad del derecho anglosajón, en Chile la equidad natural está presente en el artículo 24 del Código Civil como regla general de interpretación de la ley.



También, el artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil contempla los principios de equidad, a falta de ley, como motivación de las sentencias judiciales.

4. Conclusiones

La antigua tradición romana ha desarrollado el concepto de *actio popularis*, el cual ha perdurado en el Código Civil hasta nuestros días. Esta idea sostiene que, en casos que involucren conflictos jurídicos de relevancia más allá de los intereses individuales, el derecho romano ya había encontrado soluciones antes que el derecho anglosajón. Por lo tanto, la dificultad para entender las *Class Actions* en el Derecho Continental podría solucionarse con el uso del concepto de acción popular, presente en nuestra tradición jurídica desde Roma. El entendimiento de que en el artículo 2333 existe una acción colectiva preventiva que puede ser interpuesta por una persona en beneficio de personas determinadas que están amenazadas, por ejemplo, por un afiliado a una ISAPRE en su beneficio y en el de todos quienes están afiliados a la misma institución serviría para dar una solución legal en el mismo sentido que lo ha hecho la Corte Suprema conociendo de un recurso de protección. La protección de bienes y derechos de dimensión supraindividual puede ser abordada por el derecho civil, que es el derecho común en nuestro país, de aplicación supletoria y general.



Bibliografía

- Banfi Del Río, Cristián (2022). *Derecho Privado Chileno y Comparado ante los principios de prevención y de precaución*. Santiago: Editorial Tirant lo Blanch.
- Delgado Schneider, Verónica (2005). “La protección del medio ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: Un estudio histórico-comparativo”, en Dora Martinic Galetovic y Mauricio Tapia Rodríguez (Dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, pasado, presente y futuro de la codificación, Tomo II*. Santiago: LexisNexis, pp. 907-926.
- Diez Schwerter, José Luis (2019). “La acción por daño contingente del artículo 2333 del Código Civil en movimiento: Tres casos de la jurisprudencia reciente”, en Manuel Barría Paredes et al. (Dirs. y Coords.), *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 723-741.
- Domínguez Águila, Ramón (2005). “Instituciones jurisprudenciales en el Código Civil chileno”, en Dora Martinic Galetovic y Mauricio Tapia Rodríguez (Dirs.): *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, pasado, presente y futuro de la codificación, Tomo I*. Santiago: LexisNexis, pp. 331-357.
- Domínguez Scheid, Carlos Andrés (2020). “Las acciones colectivas en Chile: Entre el derecho del consumidor y la protección de la libre competencia”, en Ana Montesinos García (Dir.) y María José Catalán Chamorro (Coord.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 359-375.
- Gidi, Antonio (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Guayacán Ortiz, Juan Carlos (2013). *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Klonoff, Robert H. (2017). *Class Actions and Other Multy-Party Litigation*. St. Paul: West Academic Publishing.
- Peñailillo Arévalo, Daniel (2019). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Thomson Reuters.
- Redish, Martin H. (2008). *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*. Stanford: Stanford University Press.
- Rodríguez Grez, Pablo (1999). *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.