

ABUSO DE MENOR EN COLEGIO MUNICIPAL

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA,
NN Y OTROS CON MUNICIPALIDAD
DE SAN PEDRO DE LA PAZ, ROL 3071-2013,
DEL 21 DE NOVIEMBRE DEL 2013
(RESPONSABILIDAD MUNICIPAL ART. 142 LEY 18.695)

Eduardo Soto Kloss.*

No suelen ser infrecuentes los casos de responsabilidad de las municipalidades por accidentes en las vías públicas en razón de la omisión de señalización de peligros en ellas y de la omisión en la mantención de aceras o calzadas, o, incluso, de mantención de piscinas o balnearios municipales y que dan cuenta las revistas de jurisprudencias y ahora la página web del Poder Judicial y otras semejantes.

Pero este caso que comentamos sí que es –afortunadamente– insólito, de allí que nos refiramos a él.

En efecto, un niño de “kínder” de un colegio municipal (colegio San Pedro de la Costa) es abusado sexualmente por un paradocente, dentro del establecimiento sin que nadie se percate de ello. Solamente al volver de las vacaciones de invierno, fines de julio de 2008, el niño le cuenta a su madre el hecho al ver al actor del ilícito; la madre hace las denuncias correspondiente y el paradocente es condenado penalmente por sentencia de junio de 2010.

La demanda de indemnización de perjuicios la deducen sus padres y el niño, sobre la base de la responsabilidad contractual del municipio en cuanto éste no cumplió sus obligaciones emanadas del contrato de prestación de servicios educacionales acordado con él¹ debiendo presumirse la culpa según el art. 1547 de dicho *Código*); en subsidio, demandan la responsabilidad extracontractual. Lo que demandan es el “daño moral”, pero en realidad más que eso –que es una concepción civilista– es la “alteración en las condiciones normales de vida” tanto del niño como de sus padres.

* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon- Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@ust.cl

¹ Arts. 1545, 1546, 1547 y 1556 del *Código Civil*.

El fallo de primera instancia² acogió la demanda condenando a la Municipalidad indicada al pago de veinte millones de pesos al niño, ocho millones a la madre y cinco millones al padre. La Corte de Apelaciones de Concepción, al conocer de la apelación de la demandada, lo confirma; en contra de este fallo ella deduce casación de forma y de fondo. La nulidad formal alegada –ausencia de consideraciones de hecho y de derecho– es rechazada, ya que el fallo de primer grado sí las formuló debidamente y el de apelación las hizo suyas al confirmar. La nulidad de fondo presenta mayor interés tanto en el fallo como en la prevención del ministro Muñoz, quien, como es su costumbre, ataca el fondo del asunto.

Alega la Municipalidad demandada que hay error en la sentencia que se casa, porque no es posible aplicar el *Código Civil* a la responsabilidad de las municipalidades, órganos del Estado, tema que está regulado por la Ley Orgánica Constitucional de ellas³, además que su relación con los alumnos de los colegios que administran no es una relación contractual desde que se encuentran obligados a admitirlos y es un régimen legal⁴.

Respecto de lo primero, la Corte Suprema reconoce que hay error en calificar los hechos acreditados como un “incumplimiento de una obligación contractual”, ya que la indemnización que los actores han demandado se origina en un ilícito, como ha sido el delito del cual es víctima el hijo de los actores, pero dicho error no lleva a la nulidad del fallo impugnado, dado que ellos también han demandado en subsidio la responsabilidad civil extracontractual de la Municipalidad fundados en el deber de cuidado infringido por ésta, por el “daño moral” que les ha sido causado, sobre la base del artículo 2329 y siguientes del *Código Civil*. Cierto es que también resulta equivocado dicho fundamento, pero tampoco ello perjudica la pretensión indemnizatoria deducida, puesto que en virtud del principio *iura novit curia* es al tribunal a quien toca “decir el Derecho” respecto de las pretensiones del justiciable, y aquí lo que es aplicable es la “falta de servicio” del órgano administrativo que es la demandada, llegándose al mismo resultado (consid. 9°).

Antes de continuar debe señalarse que hay en este considerando 9° una afirmación que merece atención: si bien es cierto que la llamada “falta de servicio” (introducida en la Ley de Municipalidades Decreto Ley N° 1.289, de 1976 y reiterada en la Ley 18.695/1989) “es diferente de la responsabilidad regulada en el *Código Civil*” –se agrega–, y es erróneo “aunque haya tenido su origen en ella”. Es errado porque la “falta de ser-

² Primer Juzgado Civil de Concepción, 29 de octubre de 2012.

³ Art. 142 Ley 18.695.

⁴ Ley General de Educación.

vicio”, como lo hemos mostrado desde hace tiempo⁵, no es “culpa” como pretenden algunos, siguiendo su origen en Francia, que no en Chile, sino “omisión”, tal como reconoce este mismo fallo y en el mismo considerando 9º al añadir que en este caso *sub lite* lo que ha habido es

“no cuidarse [esto es, haberse incurrido en una ‘omisión’] al menor agredido en la forma como se esperaba por parte de la Administración y ello porque el artículo 142 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que hace responsable al municipio demandado”⁶.

Siguiendo el análisis, cabe indicar que se agrega que, si bien aquí hay un hecho/delito producido por un funcionario de la Municipalidad y, por ende, una falta personal, ello no la desliga o exonera de la propia responsabilidad en atención a su ausencia de cuidado y vigilancia en su actuar permitiendo que se produjera el hecho dañoso respecto de un menor de kínder (consid. 10º). Todo lo cual lleva a desestimar la nulidad de fondo deducida, quedando, así, firme el fallo impugnado.

La prevención del ministro Muñoz tiene su fundamento directo en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, vigente al tiempo de los hechos⁷, que estatuye los principios que sustentan el llamado proceso educativo (art. 2º), los cuales serían más desarrollados, con posterioridad, en la nueva Ley del ramo 20.370/2009⁸. Según dicha normación, complementaria de la Constitución (art. 19 Nº 10), sobre los establecimientos educaciones recae

“el deber de velar por la seguridad de los alumnos, empleando el cuidado necesario para prevenir eficazmente que quedaren expuestos y sin vigilancia ante sujetos que pudieren atacarlos en su intimidad sexual, como ocurrió en la especie” (consid. 2º),

más aún en este caso

“en que un paradocente que ninguna vinculación tenía con el curso del menor lo retiró de donde se encontraba... más en un kínder donde los niños son aun dependientes de los adultos”.

⁵ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, pp. 833-843, 844-854 y para municipalidades, pp. 870-871 y casos de pp. 876-888.

⁶ En la misma historia fidedigna de la Ley 18.695 quedó expresa constancia que se sigue la idea de falta de servicio de la Ley 18.575, de 1986, en cuanto se trata de una responsabilidad “objetiva”, como por lo demás lo ha entendido la misma Corte Suprema al conocer casos de responsabilidad de las municipalidades: *vid.* SOTO KLOSS, *op. cit.*, pp. 869-875, en especial p. 871.

⁷ Ley 18.962, texto refundido DFL/Educ. N°1/2005.

⁸ Texto refundido DFL/Educ. N° 2/2009.

Como bien se agrega en su consid. 3°, la Municipalidad demandada

“incurrió en falta de servicio, por cuanto no adoptó las medidas de resguardo, protección y prevención necesarias atendida la edad del menor afectado, pese a que se encontraba obligada a hacerlo”.

Es decir, *ella ha incurrido en una “omisión” del deber que la ley le ha impuesto de actuar*, idea de “omisión” en la que consiste la llamada “falta de servicio” y lo cual reiterará el ministro Muñoz en los considerandos 4° al 6° de su prevención:

“falta en la adopción de medidas de seguridad proporcionales al riesgo y a un mecanismo de supervisión adecuado. En efecto, esa *omisión* es una causa jurídicamente idónea para imputar responsabilidad, en la medida que es razonable deducir que el cumplimiento de la misma habría evitado la producción del resultado dañoso” (consid. 4°);

“*La no adopción de medidas* mínimas de prevención o la insuficiencia de las mismas es constitutiva de falta de servicio... (consid. 5°) y termina señalándose con extrema claridad: “genéricamente toda responsabilidad de los órganos públicos tiene por antecedente el incumplimiento de un deber legal” y “la omisión... es constitutiva de una falta de servicio” (consid. 6°).

Estas afirmaciones son muy relevantes para el tema porque significan un vuelco bastante radical de una jurisprudencia anterior, de los últimos tres a cuatro años, en que la tercera sala (anterior a la integración y presidencia del ministro Muñoz, hoy presidente del supremo tribunal) llegó, en que la responsabilidad del Estado fue adquiriendo un carácter esotérico (para ser diplomático...) influido por injertos extranjerizantes, ajenos a nuestro ordenamiento y con la pretensión casi folklórica de que la responsabilidad del Estado está regida por el *Código Civil* y que la falta de servicio está en el propio texto de su artículo 2314...

Al concluir este comentario puede decirse que es importante este caso NN y otros con Municipalidad de San Pedro de La Paz en cuanto se condena a la demandada en un caso de abuso sexual de un alumno de “kínder” de un colegio municipal por su “*omisión* en el debido cuidado” que debe poner respecto de los alumnos para prevenir riesgos a su integridad física y síquica y proveer a su seguridad adoptando las medidas adecuadas y efectivas para ello.

En este caso el ilícito está probado por la condena penal del funcionario paradocente autor del delito, lo que evitó toda prueba al respecto del hecho, si bien debió probarse el “daño moral”, esa alteración en las

condiciones normales de vida de los demandantes, esto es del niño y de sus padres (*vid.* consid. 6°).

De interés, aunque errado, es el predicamento del tribunal de apelación (1° 4.2013) que dice la pretensión formulada siguiendo la fundamentación de los demandantes, que la plantean sobre la base de las normas del *Código Civil*, sea por la responsabilidad contractual (incumplimiento del contrato de prestación de servicios educacionales), sea, en subsidio, por la responsabilidad extracontractual del municipio, posición que aparece contradictoria y sobre lo cual no se dice palabra. Digo de interés –no para que sea ejemplo– porque la Corte de Apelaciones de Concepción parece no advertir que la demandada es un organismo por esencia, intrínsecamente, público que tiene un estatuto constitucional propio⁹ y una legislación complementaria bastante completa, incluida su actividad educacional; sin embargo, pasó de largo... De allí que la Corte Suprema con muy buen criterio (dada la justicia evidente de la pretensión indemnizatoria de los actores ante un hecho tan deleznable como el sufrido por un menor de kínder, tan pequeño), no obstante la equivocada fundamentación de ambos fallos de la instancia, aplica el antiquísimo principio del *iura novit curia*, o sea, precisa el estatuto jurídico que regula el caso, que no es otro que el que establece la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, art. 142 Ley 18.695, sobre la base de la falta de servicio en que ha incurrido la demandada al omitir el deber exigido por la Ley General de Educación, de velar por la seguridad e integridad de los alumnos, más aún en este caso de un menor de corta edad de un curso de kínder.

La prevención del ministro Muñoz –directa y al fondo del tema– centra el asunto en el incumplimiento de la autoridad educacional pública/municipal de sus “deberes” referentes a la seguridad de los alumnos y en la omisión en la adopción de las medidas correspondientes para evitar hechos como los de este caso, particularmente lamentable y ante lo cual dicha autoridad habría debido extremar esas medidas para evitarlos, prevención a través de la cual se insiste en que la falta de servicio en que ha incurrido la demandada es “omisión” de sus deberes que la ley le impone en la actividad que desarrolla.

Advertimos en el caso comentado una responsabilidad de las municipalidades diferente a la que vemos usualmente por accidentes en las vías públicas o en el uso de bienes nacionales de uso público o bienes municipales, y en que aparece que los alumnos víctimas de daños producidos en los colegios municipales, incluso por golpizas ejecutadas por

⁹ *Vid.* cap. XIII/XIV, arts. 107 a 111/118 a 122.

otros alumnos, casos de “matonaje” escolar¹⁰, acuden a los tribunales para que se les indemnicen los perjuicios allí sufridos.

Bibliografía citada

SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2012.

¹⁰ *Vid.* Briones y otros c/Municipalidad de Talcahuano, muerte de un escolar de octavo básico por golpiza dada por compañeros, Corte Suprema, 21 de junio de 2011, rol 2227-2009, en SOTO KLOSS, *op. cit.*, p. 906.