

RENÉ RAMOS PAZOS

DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

CUARTA EDICIÓN ACTUALIZADA 2008

COLECCIÓN DE MONOGRAFÍAS

El Libro "De la responsabilidad extracontractual", de que es autor el profesor de la Universidad de Concepción, don René Ramos Pazos, ha sido preparado para que sirva de texto guía a los alumnos de Derecho. Se trata de un manual en que se exponen con claridad los diversos aspectos que componen el programa, recurriéndose a las más autorizadas opiniones de la doctrina nacional y a sentencias recientes de nuestros tribunales. Es una valiosa ayuda a los estudiantes de Derecho y a quienes se inician en la abogacía, finalidad que cumple sobradamente.

DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
CUARTA EDICIÓN ACTUALIZADA 2008

RENÉ RAMOS PAZOS

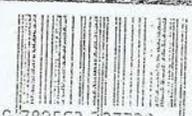
Formato 15,8 x 21 cm

170 pags.

Legal Publishing



Legal Publishing



9 789562 387729

CÓD. LEI-145

René Ramos Pazos



Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Fondo de Publicaciones

RENÉ RAMOS PAZOS

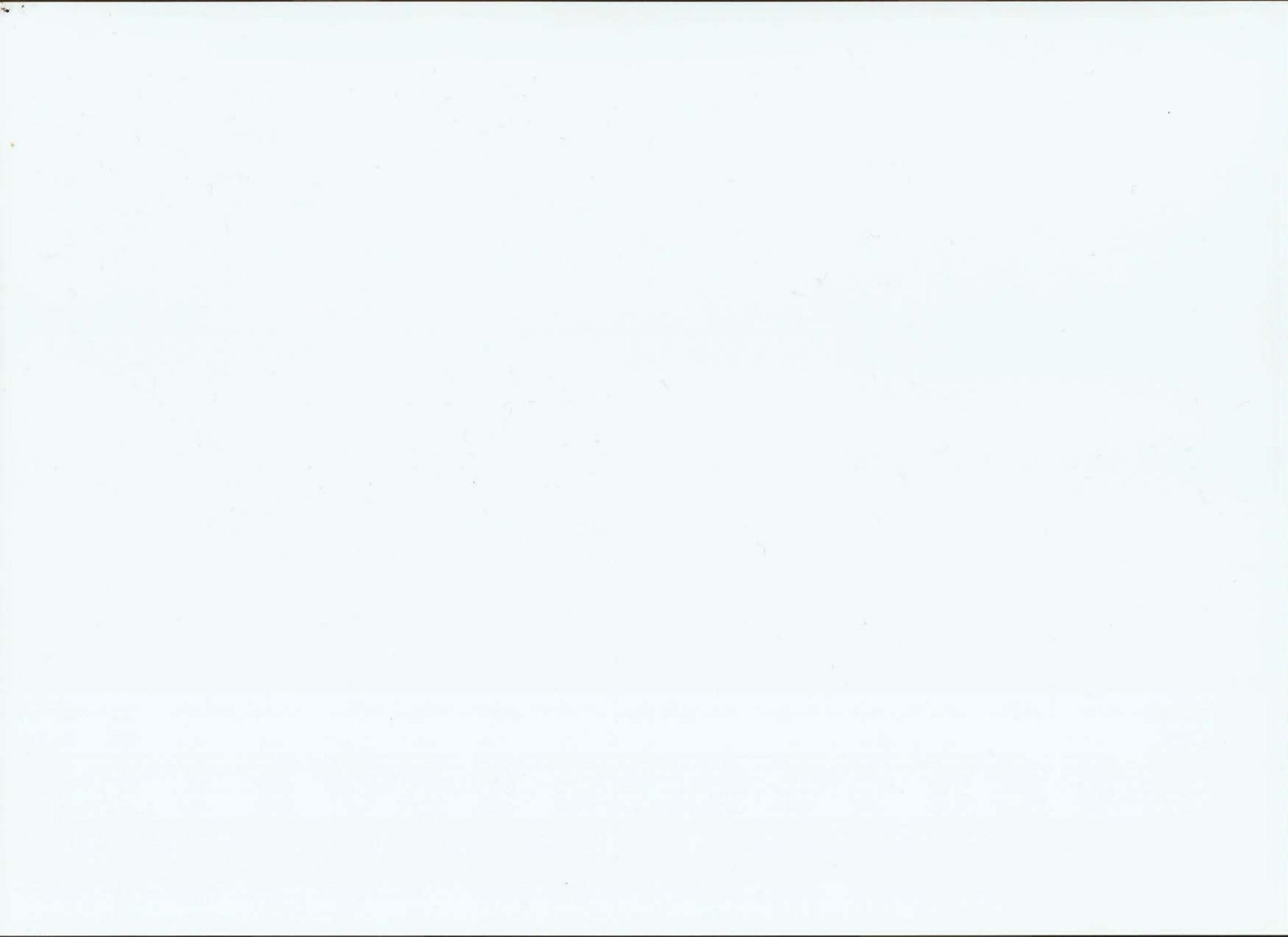
DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

COLECCIÓN DE MONOGRAFÍAS

CUARTA EDICIÓN ACTUALIZADA 2008



Legal Publishing



RENÉ RAMOS PAZOS

Para la Biblioteca de la
Corte de Casación
Casación - 2-12-08

**DE LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL**

CUARTA EDICIÓN ACTUALIZADA



ÍNDICE

A modo de presentación	IX
------------------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO DE LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL

1. Importancia del tema	1
2. Concepto de responsabilidad	2
3. Tipos de responsabilidad	2
4. Un mismo hecho puede generar responsabilidad penal y civil	3
5. Noción de responsabilidad civil	4
6. Responsabilidad precontractual	6
7. El Código Civil no contiene normas sobre responsabilidad precontractual	10
8. Fundamentos de la responsabilidad precontractual en los casos no cubiertos por el Código de Comercio	11
9. Normas por las que se debe regir la responsabilidad precontractual	12
10. Responsabilidad poscontractual	13
11. Diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual	14
12. Consecuencia importante de ser responsabilidades distintas	22

DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

© RENÉ RAMOS PAZOS

2008 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile • Teléfono: 600 700 8000 • www.legalpublishing.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 171.704 • I.S.B.N. 978 - 956 - 238 - 772 - 9

Fondo de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción

Primera Edición julio 2003

Segunda Edición agosto 2006 LexisNexis

Tercera Edición enero 2007 LexisNexis

Cuarta Edición junio 2008 Legal Publishing Chile

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

13. Responsabilidad legal	23
14 Responsabilidad cuasicontractual	24
15. Responsabilidad de derecho común	25
16. Del cúmulo u opción de responsabilidades	28
17. Excepciones en que se acepta el cúmulo	32
18. El cúmulo de responsabilidades en la Ley de Protección al Consumidor	32

CAPÍTULO SEGUNDO
DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

19. Concepto	35
20. Fundamentos de la responsabilidad extracontractual ..	36
21. Críticas a la teoría objetiva o del riesgo creado	37
22. Conclusiones	38
23. Teoría seguida por el Código Civil	39
24. Requisitos de la responsabilidad extracontractual	41
25. Mientras no se cumplan todos los requisitos anteriores, no cabe la indemnización	41
26 A) Capacidad delictual o cuasidelictual	42
27. Dementes	42
28. Menores de 7 años (infantes)	43
29. Mayor de 7 años y menor de 16 que haya obrado sin discernimiento	44
30. Responsabilidad de los terceros a cargo de los incapaces	44
31. Responsabilidad civil de las personas jurídicas	45
32. B) Imputabilidad	48
33. Del dolo	49

34. El dolo se aprecia en concreto	51
35. Prueba del dolo	51
36. De la culpa	51
37. Culpa contractual y extracontractual	52
38. La culpa se aprecia en abstracto	54
39. Culpa contra la legalidad	54
40. Prueba de la culpabilidad	55
41. Presunciones de responsabilidad	56
42. Presunciones de responsabilidad por hecho propio ..	56
43. Presunciones de responsabilidad por hecho ajeno	59
44. Análisis del artículo 2320	60
45. Requisitos para que opere la responsabilidad por hecho ajeno	60
46. Las presunciones de culpa son simplemente legales ..	63
47. Excepciones en que no se permite destruir la presunción	63
48. Las presunciones de responsabilidad que se están estudiando no privan a la víctima de su derecho para dirigirse en contra del causante del daño (el subordinado)	63
49. El principal tiene acción de reembolso en contra del subordinado	64
49. bis. Las responsabilidades por hecho ajeno no se pueden acumular	64
50. Casos contemplados en los artículos 2320 y 2322	65
51. Responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores	65
52. Responsabilidad de los tutores o curadores por el hecho de sus pupilos	66
53. Responsabilidad de los jefes de colegios por el hecho de sus discípulos	67

	Página		Página
54. Responsabilidad de los artesanos y empresarios por el hecho de sus aprendices o dependientes	69	76. Concepto de daño moral	86
55. Responsabilidad de los amos por el hecho de sus criados o dependientes	69	77. Valoración y prueba de los perjuicios	89
56. Presunciones de responsabilidad por hechos de las cosas	71	78. Valoración y prueba del daño moral	92
57. La responsabilidad por el hecho de las cosas es taxativa	71	79. Algunas características de la fijación del quantum del daño moral en Chile	94
58. Responsabilidad por el hecho de los animales	71	80. Época a la que debe estarse para el cálculo de los daños	96
59. Responsabilidad por los daños provenientes de la ruina de un edificio	72	81. Reajustes e intereses. Fechas desde y hasta las cuales se deben computar	99
60. Ruina proveniente de un vicio de construcción	73	82. Posibilidad de formular reserva para determinar el monto de los daños en el cumplimiento de la sentencia o en un juicio aparte	100
61. Responsabilidad por el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio	74	83. Nexo causal	102
62. Acción popular para evitar la caída de una cosa de la parte superior de un edificio	74	84. Pluralidad de causas. Problema de las concausas	103
63. Causales eximentes de responsabilidad	75	85. Doctrinas para resolver el problema de las concausas	103
64. Caso fortuito o fuerza mayor	75	86. Teoría de la equivalencia de las condiciones (<i>Condictio sine qua non</i>)	104
65. Cláusula de irresponsabilidad	76	87. Teoría de la causa próxima	105
66. Existencia de un daño	78	88. Teoría de la condición preponderante	105
67. Requisitos del daño	80	89. Teoría de la causa eficiente	106
68. El daño debe ser cierto	81	90. Teoría de la causa adecuada	106
69. El daño debe ser directo	82	91. Relación entre causalidad y nexo causal	107
70. El daño no debe encontrarse reparado	82	92. Efectos de la responsabilidad extracontractual	108
71. Naturaleza de los daños	82	93. De la acción de responsabilidad extracontractual	108
72. Daño material	82	94. Características de la acción de indemnización de perjuicios	108
73. Daño emergente	83	95. Titulares de la acción	109
74. Lucro cesante	84	96. Daño material en las cosas	110
75. Daño moral	84	97. Daño material en las personas	111

	Página
98. Daño extrapatrimonial o moral	111
99. La acción de responsabilidad extracontractual es transmisible	113
99 bis. ¿Es transmisible la acción de responsabilidad por daño moral?	113
100. Hecho de la víctima. Reducción de la indemnización por haberse expuesto imprudentemente la víctima	115
101. La acción de responsabilidad extracontractual se puede ceder por acto entre vivos a cualquier título, de acuerdo a las reglas generales	117
102. Titular pasivo de la acción de indemnización de perjuicios	117
103. a) Autor del daño	117
104. b) Herederos del autor del ilícito	118
105. c) Persona que recibe provecho del dolo ajeno	118
106. d) Personas civilmente responsables	119
107. Responsabilidad solidaria en el caso de pluralidad de autores	120
108. Extinción de la responsabilidad extracontractual	121
109. a) Extinción de la responsabilidad civil por transacción	121
110. b) Extinción de la responsabilidad extracontractual por renuncia	122
111. c) Extinción de la responsabilidad extracontractual por prescripción	122

CAPÍTULO TERCERO
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

	Página
112. Explicación preliminar	125
113. Fundamentos de la Responsabilidad de la Administración	125
114. Sustento jurídico del Estado de Derecho y de la Responsabilidad del Estado	126
115. La responsabilidad extracontractual del Estado está sujeta a reglas especiales	126
116. Textos legales que la contemplan	127
117. Ámbito de aplicación de los artículos 4° y 42 de la Ley de Bases	129
118. Características de la Responsabilidad del Estado	130
119. ¿Es cierto que la responsabilidad del Estado es objetiva?	131
120. Constitucionalidad del artículo 44 de la Ley de Bases	136
121. Falta de servicio	137
122. Requisitos para que proceda la indemnización por falta de servicio	139
123. La Administración debe indemnizar cuando impone un sacrificio especial a un administrado	140
124. La responsabilidad del Estado es materia de conocimiento de los tribunales ordinarios	145
125. Prescripción de la acción para demandar indemnización de perjuicios	145
Bibliografía	149

A MODO DE PRESENTACIÓN

Este libro ha sido escrito para que los alumnos de Derecho y los abogados que recién comienzan, puedan estudiar esta importante materia. Digo esto para aclarar que no es una obra que contenga opiniones novedosas u originales. Sólo me he limitado a exponer, de la manera más clara que me ha sido posible, lo dicho y escrito por otros que, sin duda, tienen mayor competencia en el tema. Sin embargo, mi experiencia de muchos en la docencia me ha enseñado que nada ayuda más a los estudiantes que los libros escritos en lenguaje claro, sin exceso de citas en latín (las que, desde luego, evito porque no sé latín), que sean fáciles de leer y de entender y que traten las materias en forma ordenada. Espero que este libro cumpla esas condiciones.

Dicho lo anterior, quiero explicar los motivos que me llevaron a la preparación de este manual.

Hasta hace pocos años la responsabilidad extracontractual tenía entre nosotros un escaso desarrollo. Hoy día eso no es así. El presente nos muestra un cuadro muy diferente. Basta revisar la jurisprudencia de estos últimos 20 años para comprobar la existencia de gran cantidad de juicios sobre esta materia. Cabe preguntarse, entonces ¿a qué se debe este cambio tan violento? Muchas

pueden ser las razones, pero nos parece que ha contribuido a esta situación, entre otras cosas, el cambio que ha experimentado la mentalidad de los chilenos, como consecuencia del sistema económico imperante. Vivimos una época caracterizada por la búsqueda del lucro a cualquier precio, para lo cual se recurre a toda clase de arbitrios los que, en casos extremos, se acercan peligrosamente al límite de lo ilícito.

La responsabilidad extracontractual ofrece un terreno fértil a los buscadores de dinero fácil. Agreguemos que esta tarea se ve facilitada por la extrema generosidad con que, a veces, nuestros tribunales cuantifican los daños, fijando indemnizaciones que pudieren ser razonables en países desarrollados, pero que resultan desmedidas si se considera nuestra realidad económica.

Otro factor que ha influido en el cambio que venimos comentando son las modificaciones experimentadas por nuestra legislación. En efecto, es sabido que nuestro Código Civil se inspira en el subjetivismo que exige como requisito para obtener una condena por indemnización de perjuicios, probar el dolo o la culpa en el agente. Y ello no es tarea fácil. Sin embargo, en materia de responsabilidad extracontractual nuestro sistema normativo ha experimentado cambios notables, evolucionado hacia sistemas de responsabilidad objetiva. Así, a modo de ejemplo, hace 20 ó 30 años era difícil encontrar demandas en contra de las municipalidades por accidentes ocurridos a peatones. En los tiempos que corren este tipo de juicios ha proliferado y ello porque el artículo 38 inciso 2° de la Carta Fundamental, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, y varios otros textos, adoptan la doctrina de la "falta de servicio", en boga desde hace varios años en los países desarrollados. En seguida, la ley N° 18.825 al modificar el artículo 38 de la Constitución, permitiendo que se pueda demandar la responsabilidad de los entes públicos, ante los tribunales ordinarios (y no ante

los tribunales de lo contencioso-administrativo que la ley jamás creó) facilitó definitivamente las cosas.

Las razones señaladas, entre otras, han determinado un desarrollo explosivo del instituto de la responsabilidad extracontractual.

Parece adecuado que quien cause un daño a otro deba responder. La equidad y la justicia así lo exigen. Pero cuesta aceptar los excesos y tenemos la convicción de que éstos se están produciendo. El resultado de ello es que se viva en un constante temor: el médico se niega a practicar una intervención quirúrgica si antes el paciente o sus familiares no suscriben un documento que lo libere para el caso que las cosas no resulten bien, documento, por lo demás, de dudoso valor. El abogado, el farmacéutico, el dentista, viven atemorizados, temiendo que cualquiera equivocación les haga perder en un día lo logrado en toda una vida de trabajo. Los profesionales para defenderse se ven obligados a contratar seguros, lo que trae como consecuencia un alza en el costo de los servicios.

Sólo me resta agregar que esta es una tercera edición que introduce algunos cambios —menores— a la primera, especialmente con el objeto de actualizar la jurisprudencia y dar cabida a nuevas opiniones de la doctrina.

René Ramos Pazos

Concepción, Ciudad Universitaria, marzo de 2006.

CAPÍTULO PRIMERO DE LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL

1. Importancia del tema.

Con bastante razón se ha dicho que "tal vez no existe en el derecho principio más fecundo que éste y cuyas aplicaciones sean más numerosas y variadas. A medida que la civilización se desarrolla, las relaciones sociales se tornan cada vez más complejas, el círculo de la actividad jurídica de cada uno de nosotros penetra más hondo que en el de sus semejantes. Estamos tan cerca los unos de los otros que nos resulta imposible obrar sin correr el riesgo de causar un perjuicio a otro; y sin embargo estamos condenados siempre a obrar más aún.¹

En el caso de Chile, debemos agregar que hasta hace algunos años esta materia no había alcanzado el grado de desarrollo e importancia que era fácil observar en la mayor parte de los países, por lo menos, del mundo occidental. En los últimos tiempos esta situación se ha revertido y nos atreveríamos a decir que en la ac-

¹ Sourdat, citado por Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, 5ª Edic., Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, T. Primero. Vol. I, N° 13, pág. 10.

tualidad se observa un uso abusivo de los juicios sobre la materia. Las cantidades que por este concepto se demandan, especialmente a título de daño moral, son tan cuantiosas que muchas veces pareciera que tiene más valor un hijo o un padre muerto que vivo. Con indudable acierto, un autor nacional ha acuñado la frase “la mercantilización del daño moral”.²

2. Concepto de responsabilidad.

Dentro del ámbito jurídico podemos afirmar que una persona tiene responsabilidad cuando está obligada a resarcir, reparar o indemnizar todo perjuicio causado a otra, sea porque habiendo contratado con él, incumplió alguna obligación derivada de ese contrato, sea porque incurrió en una conducta dolosa o culpable que le ha producido un daño, sea porque incumplió una obligación derivada de la ley o de un cuasicontrato.

En Chile, no existen las llamadas *indemnizaciones punitivas*, que se caracterizan porque exceden del perjuicio efectivo sufrido por la víctima y que cumplen una función vindicativa y preventiva. Barros explica que “en algunos Estados de USA la doctrina da lugar a indemnizaciones punitivas como sanción al demandado ‘por su conducta vergonzosa’, pero al mismo tiempo, ‘para disuadirlo a él y a otros como él de tener una conducta semejante en el futuro’”.³

3. Tipos de responsabilidad.

La primera distinción que debe hacerse es entre: A) Responsabilidad penal; y B) Responsabilidad civil. Esta última, a su vez,

² “La mercantilización del daño moral” (José Pablo VERGARA BEZANILLA: *Revista Consejo de Defensa del Estado*, año 11, N° 1, pág. 67).

³ *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, N° 142, pág. 218, Edit. Jurídica de Chile, año 2006.

puede ser: a) contractual; b) extracontractual; c) precontractual; y d) poscontractual

La Responsabilidad Penal proviene de la comisión de un delito o cuasidelito penal, es decir, de toda acción u omisión voluntaria o culpable penada por la ley (artículos 1° y 2° del Código Penal). La responsabilidad penal es ajena a la idea de daño. La ley sanciona delitos o cuasidelitos penales que pueden no causar daño como, por ejemplo, la conducción de un vehículo en estado de ebriedad; el portar un arma de fuego sin estar autorizado, etc. Lo que tipifica la responsabilidad penal es que se trate de una conducta penada por la ley. Ninguna acción puede ser castigada si falta un texto legal que la prohíba o sancione. No hay pena sin ley (“nulla poena sine lege”, principio consagrado entre nosotros en el art. 19 N° 3 inc. final de la Carta Fundamental).

4. Un mismo hecho puede generar responsabilidad penal y civil.

No obstante que las nociones de responsabilidad penal y civil son diferentes, un mismo hecho puede generar ambas.

Así lo expresa el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal: “se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado” (responsabilidad penal) y agrega: que “en el proceso penal podrán deducirse también, con arreglo a las prescripciones de este código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados” (responsabilidad civil). Así lo deja también de manifiesto el Código Procesal Penal en sus artículos 59 y siguientes.

La Corte Suprema en sentencia de 27 de abril de 2005, ha fallado que aun cuando de un mismo hecho puedan generar responsabilidades penal y civil, de naturaleza extracontractual, son distintas e

independientes entre sí. Para intentar la acción civil no es necesario deducir previa o conjuntamente la acción penal, ni que una sentencia haya establecido la existencia de un delito o cuasi delito penal.⁴

5. Noción de responsabilidad civil.

En términos generales podemos decir que “una persona es responsable civilmente siempre que debe reparar un daño”.⁵ Cuando una persona ocasiona un daño a otra, surge entre ellas una obligación, en que la víctima pasa a ser el acreedor y el causante del daño, el deudor. El artículo 1437 del Código Civil expresa lo que venimos diciendo al establecer que las obligaciones nacen “a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos...”.

Pablo Rodríguez define la responsabilidad civil diciendo que “consiste en el deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación”, entendiéndolo por obligación “un deber de conducta tipificado en la ley: “Si dicha conducta no se despliega, quien la infringe debe indemnizar los perjuicios que de ello se siguen”.⁶

Lo que caracteriza la responsabilidad civil es el daño. Si éste falta no hay responsabilidad civil. Sin embargo, se ha sostenido que en la responsabilidad contractual más importante que el daño es el incumplimiento culpable de una obligación, lo que aparecería confirmado por los artículos 1542 (cláusula penal) y 1559 N° 2 (evaluación de perjuicios legales), casos en que existe responsabi-

⁴ *Revista de Der. y Jur.* T. 102, sec. 1°, pág.-106.

⁵ Henri y León MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil Parte Segunda*, Volumen II, Ediciones Jurídica Europa -América, Buenos Aires 1960, N° 374, pág. 7.

⁶ Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad Extracontractual*, Edit. Jurídica de Chile, 1999, pág. 11.

lidad sin daño efectivo.⁷ Pensamos que los casos señalados por Lecaros (artículos 1542 y 1559 del Código Civil) más que constituir excepciones a la regla de que no hay responsabilidad civil sin daño, lo que hacen es establecer verdaderas presunciones de derecho de la existencia de los perjuicios.

En el caso que el daño provenga de no haberse cumplido una obligación contractual o de haberse cumplido imperfecta o tardíamente, estamos frente a la responsabilidad contractual que se manifiesta en la obligación de indemnizar perjuicios (art. 1556). Nótese que no basta con que las personas se encuentren ligadas por un contrato para estimar que la responsabilidad es contractual porque, como dice Ducci Claro, “aunque dos personas se encuentren ligadas por un contrato, si el daño que una causa a la otra no proviene de la violación de una obligación contractual, estaremos en presencia de una responsabilidad extracontractual y no de responsabilidad contractual”⁸. Un ejemplo de esta situación sería el caso de un banco que protestara indebidamente un cheque de un cuenta-correntista y comunicara el protesto a DICOM. Entre ellos existe el contrato de cuenta corriente bancaria definido en el artículo 1° de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, pero el protesto indebido no implica incumplimiento de ese contrato, sino, simplemente, una actitud dolosa o culpable que causa un daño (delito o cuasidelito civil).⁹ La responsabilidad será extracontractual cuando con dolo o culpa se causa un daño a otro, que no importe incumplimiento de un contrato.

⁷ José Miguel LECAROS SÁNCHEZ: *La responsabilidad pública de los Servicios de Salud. Algunos contrastes desde una perspectiva privatista* (información obtenida en Internet).

⁸ Carlos DUCCI CLARO: *Responsabilidad Civil*, Edit. Jurídica de Chile, 1971, pág. 17.

⁹ Rubén CELIS RODRÍGUEZ, “Informe en Derecho”, *Rev. Der. y Jur.* Tomo 89, Primera Parte, pág. 1.

La diferencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual es clara: en la primera se ha incumplido, dolosa o culpablemente, una obligación derivada de un contrato. Si ese incumplimiento causa perjuicios, éstos deben ser indemnizados. En eso estriba la responsabilidad contractual. Alessandri enseña que la “responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un contrato: consiste –dice– en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto (art. 1556 del C. Civil)”¹⁰. En la responsabilidad extracontractual, en cambio, el daño proviene de la comisión de un delito o cuasidelito civil, esto es, de un hecho ilícito cometido con intención de dañar que causa daño (delito civil, art. 2284 inc. 3º del Código Civil) o de un hecho ilícito culpable, cometido sin intención de dañar, que causa daño (cuasidelito civil, art. 2284 inc. 4º). El artículo 2314 del Código Civil expresa que “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”. La misma idea está reiterada en el artículo 2329 primera parte: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...”.

6. Responsabilidad precontractual.¹¹

Según la doctrina, ella se va a producir en aquellos negocios que por su carácter complejo no pueden ser concluidos en un solo acto,

¹⁰ Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pág. 42.

¹¹ El concepto de culpa precontractual fue desarrollado por primera vez por Ihering en 1860. Posteriormente Fagella profundizó la idea, distinguiendo dos períodos: el primero (culpa precontractual), que consiste en todas las tratativas que efectúa una de las partes hasta la emisión de la oferta; el segundo (culpa in contrahendo) que abarca desde la oferta hasta que se realiza el contrato (BOFFI BOGGERIO: *Tratado de las Obligaciones*, T. III, pág. 202, citado por Carlos GHERSI: *Teoría General de la reparación de daños*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1999, N° 51, pág. 129.

pues presuponen prolongadas conversaciones previas. Un autor explica que estos tratos preliminares resultan forzosos en ciertos contratos por su gran importancia o compleja elaboración, y cita como ejemplos los proyectos de empréstitos, la fundación de sociedades, empresas de colonización y especialmente obras de construcción.¹²

Se la ha definido “como aquella en que incurre una parte si con dolo o culpa causa a la otra un daño injusto en el desarrollo de la formación del contrato o en el período previo de las tratativas o negociaciones preliminares”. “Estas últimas son los debates e intercambios de ideas entre las futuras partes acerca del contenido del contrato proyectado y de la conveniencia recíproca de darle vida”. “La etapa de las llamadas tratativas o negociaciones preliminares puede ser más o menos breve o larga, y dura hasta el día en que se formula la oferta de contratar hecha en los términos que la ley exige”.¹³

Goldenberg distingue las mismas dos etapas. Una primera que corresponde al período de los tratos preliminares, que es el momento de las exploraciones, acuerdos parciales, disidencias, tanteos y reservas, que permite a cada parte sopesar las proposiciones y exigencias de la otra, enderezadas a la armonización de opiniones con miras a generar una vinculación jurídica y, una segunda, que comienza con la oferta que “a diferencia de las meras propuestas para negociar constituye un acto jurídico que exterioriza ya en forma concreta la voluntad del solicitante, que una vez integrada con la del promisorio, va a formar el contenido de la declaración de voluntad común”. Explica que la responsabilidad en que puede incurrirse en la etapa de los tratos preliminares no tiene el mismo alcance ni fundamento que la que surge con posterioridad a la formulación de la oferta. Y por ello distingue entre la “culpa precontractual” y la “culpa in contrahendo”.

¹² Isidoro H. GOLDENBERG, *Indemnización por daños y perjuicios*. Editor José Luis Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 152.

¹³ Repertorio de Derecho Civil, T. X, pág. 27.

La primera dice relación con la ruptura unilateral en la etapa de las tratativas; y la segunda, con la ruptura en la segunda etapa.¹⁴

Durante el período precontractual puede ocurrir que una de las partes falte a la buena fe y lealtad que debe presidir la vida de los negocios, sea negando información, sea interrumpiendo abusivamente las conversaciones. Si con ello se causan perjuicios—donde lo más probable es que por la complejidad del asunto en discusión, se haya incurrido en gastos importantes—se debe indemnizar y será el juez, en cada caso, quien deberá ponderar las circunstancias específicas y determinar cuándo ha habido realmente ruptura de las tratativas.¹⁵ Es lo que constituye la responsabilidad precontractual. Como observa Ramón Domínguez “no es que quien inicie tratos contractuales haya de quedar ligado desde entonces y no pueda desistir. El desistimiento es un derecho que le cabe, como manifestación de la libertad contractual, que contiene, lógicamente, la de no contratar. Pero como ocurre con todo derecho que no sea absoluto, su ejercicio no ha de ser abusivo y dañoso”. Domínguez cita la opinión de J.M. Letes del Rfo: para quien “es normal afirmar que estas negociaciones previas no obligan a celebrar el contrato con vistas al cual se habían iniciado y que, por tanto, pueden romperse en cualquier momento sin consecuencia alguna y, en ciertas ocasiones se encuentra limitada por el principio general de la buena fe, que obliga a comportarse con arreglo a las diligencias que comúnmente debe observarse en el tráfico, y que en caso contrario se genera una responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, en virtud de la cual se deberá indemnizar el interés negativo”.¹⁶

¹⁴ GOLDENBERG, ob. cit. págs. 152-153.

¹⁵ HUGO ROSENDE ÁLVAREZ, *Responsabilidad Precontractual*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1979, pág. 34.

¹⁶ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen A., “Comentarios de Jurisprudencia”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* N° 199, pág. 179.

La Corte de Santiago, en un antiguo fallo—del 25 de agosto de 1948—señaló que “El Código Civil no establece normas específicas sobre responsabilidad precontractual. Esta, en doctrina, es aquella que nace de la equidad comercial. Obliga a indemnizar los perjuicios producidos por la confianza en la formación del contrato, o del retiro de la oferta de celebrar el contrato propuesto, que vulnera la seguridad dada de que aquél se perfeccionará. Tal oferta serviría de causa a los gastos realizados por la otra parte en razón de ser aquella un acto jurídico que importa una manifestación de voluntad hecha con intención de obligarse. El Código Civil contempla, sí, expresamente, las obligaciones que se contraen sin convención, prescribiendo que ellas nacen o de la ley o del hecho voluntario de una de las partes...”.¹⁷

Enrique Barros explica que en la etapa precontractual aun no hay promesa, de modo que tampoco puede haber contrato, pero existe un grado variable de confianza que debe ser honrado por quien la ha creado, por lo que “extender en exceso el principio de que no hay responsabilidad sin consentimiento, puede dejar sin reparación daños que resultan del abuso o de no tomar en consideración el interés de la contraparte; por el contrario, extender en exceso los deberes precontractuales supone introducir riesgos de responsabilidad en una frase caracterizada por la ausencia de la voluntad de obligarse”.¹⁸

La Corte de Concepción en varias oportunidades ha acogido demandas de responsabilidad precontractual, encontrándose algunas de estas sentencias comentadas por los profesores Domínguez Benavente, Domínguez Águila y Domínguez Hidalgo que pueden verse en la Revista de Derecho de la Univer-

¹⁷ T. 46, sec. 2ª, pág. 48.

¹⁸ BARROS B., Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* N° 801, pág. 100, Edit. Jurídica de Chile, 2006.

sidad de Concepción N° 199, pág. 179, N° 200, págs. 187 y 204, pág. 187. En la Revista N° 200, pág. 192, aparece comentado un fallo de la Corte de Casación, Cámara Comercial de París, de 22 de abril de 1997, Soc. Iveco France con Societé Mabo (Rev. Tri. Dr. Civil, 1997, pág. 651), cuya doctrina es la siguiente: “debe condenarse al pago de los perjuicios causados a la sociedad que rompe brutalmente y unilateralmente negociaciones contractuales de compras de vehículos muy adelantadas y falta así a las reglas de buena fe en las relaciones comerciales. Una respuesta a nuevas proposiciones hecha en un plazo razonable y con modificaciones poco importantes no justifica el retiro unilateral de las negociaciones, bajo pretexto de no haberse recibido respuesta”.

7. El Código Civil no contiene normas sobre la responsabilidad precontractual.

El Código Civil no reglamenta en forma especial este tipo de responsabilidad, vacío que suple, en algunos aspectos, el Código de Comercio, en sus artículos 98 y 100. Según el primero, si el destinatario de la oferta da extemporáneamente su aceptación, el proponente será obligado, bajo responsabilidad de daños y perjuicios, a dar pronto aviso de su retractación (art. 98 inc. final). El segundo agrega que “la retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido” (art. 100 inc. 1°). Sobre esta materia recomendamos ver: comentario de los profesores Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Carmen Aída Domínguez Hidalgo a sentencia de la Corte de Concepción de 5 de junio de 1996, recaída en la causa rol 374-93 “Forestal Bío-Bío S. A. y otra con Madesal y otra”, publicado en Revista

de Derecho de la Universidad de Concepción N° 199, pág. 179; comentarios de los mismos profesores a sentencias: de la Corte de Apelaciones de Concepción de 5 de junio de 1997, publicado en la misma Revista N° 200, pág. 187; a sentencia de Corte de Concepción de 30 de junio de 1999, causa “Soc. Ruz de la Barra con Comar S.A.” publicado en la misma revista, pág. 187; y a sentencia de Corte de Casación, Cámara Comercial, París, 22 de abril de 1997, “Soc. Iveco France con Societé Mabo”, Revista Tri. Dr. Civil, 1997, pág. 651, publicado en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 200, pág. 192.

8. Fundamentos de la responsabilidad precontractual, en los casos no cubiertos por el Código de Comercio.

Se estima que la responsabilidad precontractual puede afincarse en el artículo 1546 del Código Civil, pues si bien esta disposición está referida a la ejecución de los contratos –“los contratos deben ejecutarse de buena fe”– consagra un principio de aplicación más amplia que debe presidir la relación negocial en todo su desarrollo. También puede fundarse en las normas de la responsabilidad extracontractual según las cuales todo el que culpablemente causa un daño a otro debe indemnizarlo. “Hay, dice Ramón Domínguez –comentando la sentencia de 5 de junio de 1996, dictada por la Corte de Concepción, en la causa “Forestal Bío-Bío S.A., y otra con Madesal y otra”, rol 374-93– un deber de negociar de buena fe, con lealtad y diligencia. La infracción de estos deberes tal cual lo señala la sentencia, origina responsabilidad y obligación de reparar el daño causado a la otra parte”.¹⁹

¹⁹ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen A.. *Comentarios de Jurisprudencia*, Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 199, págs. 179 y siguientes.

9. Normas por las que se debe regir la responsabilidad precontractual.

Aceptada la premisa de que en Chile debe admitirse la responsabilidad precontractual, cabe dilucidar por qué disposiciones habrá de regirse. Para resolver este problema es previo recordar que dentro de la etapa que antecede a la formación de un contrato pueden distinguirse dos fases: una primera, de las tratativas o conversaciones preliminares (*pour parler*) que comienza con el inicio de las conversaciones y que termina con la formulación de una oferta, que da comienzo a la segunda fase. Rosende Álvarez explica que si en la primera fase existe convención que regule los gastos y acciones que ocurran en ella, la reparación de dichos desembolsos debe ceñirse a las normas de la responsabilidad contractual; y en ausencia de tales estipulaciones, a las de la responsabilidad extracontractual; en cambio, en *el período de la oferta* si hubo retractación tempestiva se trataría de una responsabilidad legal complementada por los preceptos que rigen la responsabilidad contractual; y en los casos de omisión de aviso de la retractación de la oferta cuando existe una aceptación extemporánea de la oferta, la responsabilidad sería delictual.²⁰

Alessandri afirma que la responsabilidad precontractual, es decir, la que incide en la formación de un contrato o con motivo de ella, como la que se produce en el caso de los artículos 98 inc. final y 100 del Código de Comercio, aunque no es posible clasificarla de contractual, porque aquél todavía no existe, se rige igualmente por las reglas de esta responsabilidad. Se trata de la infracción de obligaciones simplemente legales, cuales son esperar la respuesta dentro de los plazos señalados al efecto y dar pronto aviso de la retrac-

²⁰ Ob. cit., pág. 113.

tación...”. En cambio –agrega– la responsabilidad a que puede dar origen la ruptura de las negociaciones preliminares a un contrato, cuando esta ruptura es susceptible de producir responsabilidad, es extracontractual; tales negociaciones no crean entre las partes ningún vínculo jurídico.²¹

Avelino León, refiriéndose a la responsabilidad que se genera “al contratar (o culpa in contrahendo, como la llama Ihering), dice que si el oferente se retracta de su oferta “debe responder, del mismo modo que si hay una causal de nulidad o ineficacia que le sea imputable, como falta de capacidad, prohibiciones legales, judiciales o convencionales, o si el oferente que actúa como representante de otra persona, carece de poder, etc.”. Ello lo lleva a concluir que se deben aplicar las reglas de la responsabilidad extracontractual²². Esta opinión está referida, sin duda, a la responsabilidad que se genera después de formulada la oferta no cubriendo, por consiguiente, la etapa de las conversaciones preliminares.

10. Responsabilidad poscontractual.

En ciertos casos una de las partes de un contrato puede responder a la otra con posterioridad a su extinción. En principio, podría parecer que terminado el contrato ya no habría ningún tipo de vinculación ni obligación entre las partes; pero existen situaciones donde no obstante la finalización del contrato, siguen vigentes ciertas obligaciones. Carlos Alberto Ghersi²³. Este autor para explicar lo anterior se vale de un ejemplo en el *contrato de franchising*

²¹ Ob. cit. N° 29, pág. 57.

²² León HURTADO, AVELINO: *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Edit. Jurídica de Chile, 1963, N° 70, pág. 131.

²³ *Teoría General de la reparación de daños*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1999, N° 51, pág. 130.

“donde el franquiciante (dador de la franquicia: Mc. Donald’s, Burger King), le revele al franquiciado los secretos de su negocio, es decir, cómo se hace para desarrollar y realizar ese tipo específico de comercialización. Luego de finalizada dicha relación contractual, quien recibió la información debe mantener la confidencialidad de todo el *know how* del negocio franquiciado, puesto que si bien después de terminado el contrato cesaría la relación entre las partes, continúan existiendo ciertas obligaciones dado que –justamente– en virtud de dicha vinculación, una de las partes (el franquiciado) pudo llegar a conocer ciertos secretos exclusivos del franquiciante, que no debe revelar”.

11. Diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

Entre estos dos tipos de responsabilidad hay claras diferencias que derivan de que en la responsabilidad contractual existe entre las partes un vínculo jurídico preexistente, que crea una obligación que una de ellas no cumple. En cambio, en la extracontractual no existe ninguna relación jurídica previa. Se trata de personas extrañas. Lo que ocurre es que una de ellas, actuando con dolo o culpa, causa un daño a la otra, y de allí surge la obligación de indemnizar, que tiene su fuente en el hecho ilícito. Recordemos que el artículo 1437 menciona entre las fuentes de las obligaciones a los delitos y cuasidelitos, definidos en el artículo 2284 incisos 3° y 4°.

La diferencia conceptual que acabamos de explicar conduce a varias otras:

a) *En materia de capacidad.* La responsabilidad contractual supone en las partes capacidad para contratar, esto es, en términos generales, 18 años de edad (art. 26). En la extracontractual, la plena capacidad se adquiere a los 16 años, pero el mayor de 7 años y menor de 16 puede ser capaz si el tribunal determina que obró con discernimiento (art. 2319).

b) *En materia de culpa.* En la responsabilidad contractual la culpa admite grados: grave, leve y levísima (art. 44). Ello se explica porque al existir un contrato entre las partes, la ley les exige diversos grados de cuidado, según sea la naturaleza de este contrato. Así, en aquellos en que sólo se favorezca al deudor (comodato, por ejemplo), tiene éste un grado mayor de responsabilidad, debiendo actuar con aquella “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” (lo que significa que responde hasta de la culpa levísima); en aquellos en que sólo se favorezca al acreedor –depósito, por ejemplo– la responsabilidad del deudor es menor, respondiendo únicamente si ha actuado sin el cuidado “que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios” (es decir, responde sólo de culpa grave); y, finalmente, si el contrato favorece a ambas partes, el deudor sólo va a responder si actuó sin aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios” (artículos 44 y 1547 del Código Civil). De acuerdo a lo que venimos diciendo, en materia contractual no toda culpa hace incurrir en responsabilidad al deudor, ello dependerá del grado de cuidado que según la naturaleza del contrato, estaba obligado a observar.

En cambio, como en la responsabilidad extracontractual no existe un vínculo jurídico previo, no puede haber diversos grados de cuidado. Por ello cualquier falta de diligencia, cualquier descuido o negligencia que cause perjuicios a otro, genera la obligación de indemnizar.

c) *En la responsabilidad contractual es necesario constituir en mora al deudor;* pues el artículo 1557 señala que “se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora...”. No acontece lo mismo en la responsabilidad extracontractual.

tual, en que la obligación de indemnizar deriva de la sola existencia del hecho ilícito, por lo que, como lo ha dicho la jurisprudencia, su autor está en mora de indemnizar el daño de pleno derecho.²⁴

d) *En cuanto a la extensión de la reparación.* En la responsabilidad contractual, la regla es que el deudor responde de los perjuicios directos previstos, salvo que haya actuado con dolo, caso en que también pasa a responder de los perjuicios directos imprevistos (art. 1558). Aun cuando algunos lo discuten, debe también responder del daño moral siempre que por la naturaleza del contrato, su infracción sea capaz de producir ese tipo de daño. En la responsabilidad extracontractual, en cambio, se responde de todo daño sufrido por la víctima, por lo que no hay ninguna duda que la indemnización comprende el daño moral, pues el artículo 2329 es muy claro al señalar que “por regla general *todo* daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...”.

Cabe agregar que la tendencia actual de la doctrina y de la jurisprudencia es dar lugar también a la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual. En ese sentido Fernando Fueyo,²⁵ Leslie Tomasello Hart²⁶; Ramón Domínguez Águila²⁷; Carmen Domínguez Hidalgo²⁸. En el mismo sentido Corte de Santiago, 134, mayo 2001, Rev. Der. y Jur. T. 98, N° 2, sec. 2ª, pág. 41. En relación con la indemnización por daño moral, Pablo Rodríguez también la acepta, pero advierte que el daño moral no puede iden-

²⁴ T. 26, segunda parte, sec. 1ª, pág. 234.

²⁵ *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Edit. Jurídica de Chile, 1990, pág. 71 y “El daño extrapatrimonial y su indemnización especialmente en materia contractual”, separata de la *Rev. de Der. Privado*, año 1º, N° 1, enero-marzo de 1966.

²⁶ *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Edit. Jurídica de Chile, 1969, págs. 165-166.

²⁷ Comentario a sentencia, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, pág. 155.

²⁸ *El daño moral*, Edit. Jurídica de Chile, 2000, T. I., pág. 350.

tificarse en materia contractual y extracontractual, agregando que en el campo contractual “sólo cabe hablar de daño moral en la medida que el incumplimiento de una obligación de esta índole (lesión de un derecho patrimonial) provoca un daño en el fuero íntimo de las personas (lesión de un derecho o interés extrapatrimonial) en razón de la naturaleza de la obligación y la gravedad del atentado, el cual se revierte afectando la capacidad laboral, administrativa o intelectual del individuo”.²⁹

En contra de esta opinión está Lorenzo de la Maza³⁰, quien estima que “el contrato no es un instrumento de satisfacciones de orden moral o espiritual, sino de creación, circulación y distribución de bienes y servicios. En el mismo sentido José Pablo Vergara Bezanilla,³¹ quien afirma que lo que caracteriza al daño moral es que atenta “contra los derechos de la personalidad y contra los no patrimoniales de familia, lo que significa que él consiste en la lesión o detrimento que experimenta una persona en su honor, su reputación, su integridad física o psicológica, su libertad, sus afectos, estabilidad y unidad familiar, esto es, en general, en los atributos o cualidades morales de la persona, con las consiguientes repercusiones en la normalidad de su existencia” y agrega “No puede considerarse, entonces, que el dolor o el sufrimiento constituyan por sí solos un daño moral, si no van unidos al detrimento, real y probado, de alguno de aquellos atributos o derechos inherentes a la personalidad. Este concepto del daño moral lleva a este autor a concluir que “contrariamente a lo que suele afirmarse, el solo detrimento, merma o pérdida de bienes o intereses pecuniarios o mate-

²⁹ Pablo RODRÍGUEZ GREZ: *Responsabilidad contractual*, Edit. Jurídica de Chile, 2003, N° 426, pág. 257.

³⁰ “La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica”. *Rev. Chilena de Derecho*, Vol. 15 N° 1, págs. 29 y siguientes.

³¹ “La mercantilización del daño moral”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, año 1 N° 1 (julio de 2000), pág. 70.

riales —como ocurre generalmente tratándose de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación de origen contractual o legal— no constituye daño moral, aunque pueda causar sufrimiento o pesares, ya que la lesión o deterioro patrimonial no afecta a los atributos o cualidades de la persona”.

La primera sentencia que claramente aceptó el daño moral en materia contractual, es de 13 de diciembre de 1988 y dice relación con la reparación de los perjuicios a que fue condenado un banco por el incumplimiento de la obligación de otorgar un préstamo que en principio estaba acordado. A partir de ese momento, los tribunales comienzan a aceptar la indemnización del daño moral en materia contractual.³² La Corte Suprema en sentencia del 5 de noviembre de 2001 acogió por mayoría de votos una demanda por daño moral, en un caso de responsabilidad contractual, condenando a pagar a un laboratorio biológico la suma de \$ 60.000.000. En uno de sus considerandos expresa que “aceptar un distinto tratamiento en sede contractual y extracontractual en la materia que nos ocupa, conduce a situaciones absurdas, como sucede en los casos de responsabilidad profesional médica, en que no resulta equitativo que si no existe vínculo contractual entre el médico y el paciente proceda la indemnización del daño moral, pero no si esa relación existe, cuando se ha contratado por éste los servicios de aquél. Y agrega que “el citado artículo 1556 del Código Civil, no limita la reparación en materia contractual al daño emergente y al lucro cesante, desde que no excluye al daño moral...”³³

³² Al respecto pueden verse los fallos publicados en *Rev. Dr. y Jur.* T. 91, sec. 1ª, pág. 100; T. 4, sec. 3ª, pág. 94; T. 98 sec. 1ª, pág. 234; *Gaceta Jurídica* 257, pág. 39.

³³ En el mismo sentido Corte de Valparaíso de 14 de agosto de 2001, respecto de la cual la Corte Suprema, con un voto disidente, desechó la casación (*Gaceta Jurídica* 267, pág. 73); Corte de Santiago 14 de mayo de 2001, *Rev. Der. y Jur.* T. 98, sec. 2ª pág. 41; Corte de Concepción 2 de noviembre de 1989, causa rol 697-89, *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 190, pág. 148.

e) *En cuanto a la solidaridad.* Cuando el hecho ilícito es cometido por varias personas, la responsabilidad de cada uno de ellos es solidaria (artículo 2317). No ocurre lo mismo en la responsabilidad contractual, en que cada uno responde por su cuota, a menos que se haya estipulado lo contrario o lo disponga la ley (art. 1511). Es útil precisar que hay quienes piensan que si el incumplimiento contractual se produce con dolo o culpa grave, la responsabilidad sería solidaria. Ello en virtud del artículo 2317 inciso 2º del Código Civil, norma que a pesar de estar ubicada en el título de la responsabilidad extracontractual, tendría aplicación en la responsabilidad contractual porque de no entender que tiene ese alcance, carecería de utilidad desde el momento que no haría otra cosa que repetir lo dicho en el inciso primero.³⁴

f) *En lo relativo a la prueba.* En este punto se halla la diferencia más relevante entre ambos tipos de responsabilidad, pues en la extracontractual, la culpa debe probarla quien alega la existencia del hecho ilícito, ya que constituye un elemento de la acción (artículo 1698 del C. Civil). No ocurre lo mismo en la responsabilidad contractual, ya que al establecer el artículo 1547 que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo...” está invirtiendo el onus probandi. De acuerdo a esta disposición, es el contratante que incumple el que tiene que probar que actuó con la debida diligencia, lo que implica afirmar que la ley presume su culpa. Lo único que debe probar el actor es la existencia del contrato, fuente de la obligación incumplida. El artículo 1671, al tratar de la pérdida de la especie o cuerpo cierto que se debe, confirma el mismo principio: “Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya”.

³⁴ Orlando TAPIA SUÁREZ, “De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes”, *Memoria de prueba*, 1941, N° 382, págs. 402 y 403.

g) *En materia de prescripción.* La prescripción de las acciones para hacer efectiva la responsabilidad contractual se rige por la norma del artículo 2515 del Código Civil, es decir, que será por regla general 5 años contados desde que la obligación se hizo exigible. En cambio, la acción para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual prescribe en 4 años contados desde la perpetración del hecho (art. 2332).

h) *El artículo 173 del Código de Procedimiento Civil se aplicaría únicamente a la responsabilidad contractual.* En general se ha entendido que el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, sólo tiene aplicación en la responsabilidad contractual no en la extracontractual por ser el daño un elemento mismo de la acción de perjuicios. - En ese sentido sentencia de la Corte de Santiago en fallo de 28 de enero de 2003³⁵ y también la Corte Suprema en fallo de 15 de septiembre de 2003 (Rev. Der. y Jur. T 100, sec. 1ª, pág. 153).

Un criterio distinto adoptó la C. Suprema en fallo de 15 de septiembre de 1999³⁶. Pablo Rodríguez opina que el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil (complementado por el artículo 235 N° 6 del mismo código) es de aplicación general tanto para la responsabilidad contractual como extracontractual³⁷. En el mismo sentido Enrique Barros Bourie.³⁸

i) *En la responsabilidad delictual existe compensación de culpas,* desde que el artículo 2330 establece que “la apreciación del

³⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia T C*, sec. 2ª, pág. 17. En el mismo sentido C.S. fallo de 15 de septiembre de 2003, causa “García con I. Municipalidad de Viña del Mar”.

³⁶ Corte Suprema 15 de septiembre de 1999, “Sfeir y otro con Universidad de Concepción”, rol 2.240-97

³⁷ Responsabilidad extracontractual pág. 358; Responsabilidad contractual N° 432, pág. 265.

³⁸ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Contractual y Extracontractual*. Edit. Jurídica de Chile, 2006.

daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. En materia contractual, no existe una regla similar. Sin embargo, se ha fallado que en caso de conculpabilidad o co-culpabilidad entre el acreedor y el deudor, procede una deducción en la cantidad que el acreedor tiene derecho a exigir a título de indemnización de perjuicios.³⁹

j) *En la responsabilidad contractual se responde siempre de una conducta propia.* Ello, sin perjuicio de que “en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fueren responsables” (art. 1679). En cambio, “en la responsabilidad delictual y cuasidelictual, la ley admite expresamente una relación causal indirecta o remota, imponiendo la obligación de indemnizar no sólo al que causa el daño, sino a otras personas que han concurrido causalmente a él, como consecuencia de no haber ejercido el cuidado que la misma ley le encomienda sobre la persona que causa el perjuicio”⁴⁰. Señala este autor que lo anterior le parece de la mayor importancia, agregando que “el padre, el tutor o curador, los jefes de colegios, los patronos y empleadores, etc., responden de los daños que causan sus hijos, pupilos, discípulos, dependientes, etc., en razón de que concurren al daño en virtud de una relación causal remota que la misma ley describe. En estos casos, creemos nosotros –señala Rodríguez– no se responde de la conducta ajena, sino de la conducta propia, al dejar de ejercer el control, fiscalización y cuidado que le asigna la ley...”⁴¹

k) *En materia de responsabilidad extracontractual, en ciertos casos existe acción popular* (art. 2333), lo que, obviamente, no acontece en materia contractual.

³⁹ Corte de Santiago, 25 de octubre de 1999, *Gaceta Jurídica* 232, pág. 96.

⁴⁰⁻⁴¹ Pablo RODRÍGUEZ GREZ, ob. cit., pág. 33.

12. Consecuencia importante de ser responsabilidades distintas.

Estando reguladas la responsabilidad contractual y extracontractual por reglas diferentes se debe entender que quien demanda indemnización de perjuicios debe precisar qué responsabilidad está invocando, puesto que la fuente de la obligación en uno y otro caso es distinta. En una es el incumplimiento de un contrato, en el otro, la existencia de un delito o cuasidelito. La causa de pedir—fundamento inmediato del derecho deducido en juicio, según el artículo 177 inciso final del Código de Procedimiento Civil—no es la misma. No se trata simplemente de aplicar el aforismo “iura novit curia”, según el cual las partes señalan los hechos y el derecho lo aplica el juez, pues éste debe indicar en su fallo “las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a su sentencia” (art. 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil). Naturalmente que puede demandarse un tipo de indemnización y, en subsidio, la otra.

Se ha fallado que si bien son distintas las responsabilidades contractual y extracontractual, en la medida que ambas pueden justificar de diversa manera la indemnización que en uno y otro caso se demande, no lo es menos que cualquiera sea la sede en que se invoque la reparación, ésa siempre será una misma: el resarcimiento de los perjuicios causados por un ilícito del demandado, sin que haga diferencia alguna la naturaleza de las normas infringidas por el agente del daño; en consecuencia, a lo sumo, podría convenirse en que la alegación de una u otra responsabilidad podría constituir una diversa causa de pedir, pero no un diferente objeto o cosa pedida...⁴²

⁴² T. 98, sec. 1°, pág. 50, Consid. 2°.

Por las razones recién dadas no compartimos la doctrina de este fallo.

13. Responsabilidad legal.

El que incumple una obligación legal incurre en responsabilidad.

Pablo Rodríguez enfatiza que las obligaciones legales pueden nacer directamente de la ley, “con independencia de la conducta o de los actos que ejecuta el sujeto que soporta el deber de conducta”; o como consecuencia de que el sujeto describa la hipótesis contenida en la ley. Pone como ejemplo del primer caso el artículo 2125 inc. 2°; y como ejemplo del segundo, el inciso 1° de la misma norma. Esta disposición establece en su inciso 1° que “las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación”. Y en el inciso 2° agrega que “Aun cuando se excusen del encargo, deberán tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda”. La responsabilidad que se genera en ambos incisos tiene su origen en la ley. En el caso del inciso 1°, la ley ha establecido una forma especial de reparación, que consiste en tener al silencio como aceptación; y en el 2°, el incumplimiento de la obligación que allí se consigna genera la obligación de indemnizar perjuicios, obligación que tiene su fuente directamente en la ley⁴³. Este autor señala algunas características de las obligaciones legales:

- a) pueden hallarse sujetas al sistema objetivo o subjetivo de responsabilidad;
- b) no se presumen y deben estar contempladas en la ley o imponerse en una sentencia judicial que integra una laguna legal;

⁴³ Pablo RODRÍGUEZ, ob. cit., págs. 42 a 44.



c) se rigen por las disposiciones generales del Código Civil y por sus leyes complementarias, si las hubiere;

d) deben considerarse obligaciones legales las que nacen de la costumbre, por cuanto ésta sólo tiene fuerza jurídica cuando la ley se remite a ella (en derecho civil) o en el silencio de la ley (en materia comercial), en ambos casos por mandato normativo expreso.⁴⁴

14. Responsabilidad cuasicontractual.

En Chile, el artículo 1437 contempla, entre las fuentes de las obligaciones, a los cuasicontratos. El código no los define, pero señala sus elementos en los artículos 1437 y 2284. Estas disposiciones llevan a Stitckin a conceptualizarlos como “el hecho voluntario, lícito, no convencional, que genera obligaciones”⁴⁵. Para él, las obligaciones derivadas de los cuasicontratos son legales.

Según Pablo Rodríguez, en los cuasicontratos la obligación nace “precisamente, por el hecho de desarrollarse una hipótesis descrita en la ley y que no importa la celebración de un contrato ni la ejecución de un hecho ilícito” (ob. cit., pág. 47). Luego, para este profesor la responsabilidad derivada de los cuasicontratos es un tipo de responsabilidad legal que se va a producir únicamente cuando el sujeto ejecute la conducta descrita en la hipótesis legal. En los cuasicontratos —dice este autor— “antes de que nazca la obligación, se atraviesa por la ejecución de la conducta descrita en la hipótesis, lo que no sucede en la obligación propiamente legal, en que se impone un deber de conducta con prescindencia absoluta del sujeto que actúa como destinatario de la norma”.⁴⁶

⁴⁴ Ob. cit., págs. 42-43.

⁴⁵ David STITCKIN BRANOVER, *Derecho Civil*, T. I Editorial Universitaria, S.A., Santiago 1948, pág. 19.

⁴⁶ Pablo RODRÍGUEZ GREZ, ob. cit., pág. 49.

15. Responsabilidad de derecho común.

El artículo 1547 al establecer los distintos grados de culpa se refiere a los contratos, pero no ha considerado lo que ocurre con las obligaciones generadas por los cuasicontratos o por la ley. Ello plantea la interrogante de saber por qué reglas se rige la responsabilidad generada por el incumplimiento de este tipo de obligaciones, ¿por las de la delictual o de la contractual? En esta materia, la doctrina está dividida.

Alessandri afirma que el derecho común en materia de responsabilidad está constituido por las normas de la responsabilidad contractual, opinión que funda en dos órdenes de consideraciones: a) que en Chile —a diferencia de lo que ocurre en Francia— el código se ocupa de la responsabilidad en el Título XII del Libro IV, bajo el epígrafe “Del Efecto de las Obligaciones”, sin referirlas a una especie determinada, por lo que fuerza es concluir su aplicación general; y b) porque en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil es muy claro en cuanto a que la responsabilidad de que allí se trata es únicamente la proveniente de los delitos y cuasidelitos, pues esa es la denominación del título y en varias disposiciones se reitera la misma idea (v. gr. 2314, 2317, 2318, 2319, etc.)⁴⁷. El hecho de haberse reglado separadamente la responsabilidad extracontractual lleva a concluir que se trata de normas excepcionales que, por lo mismo, no se pueden extender a las obligaciones derivadas de los cuasicontratos o de la ley.

De igual forma opina Claro Solar:⁴⁸ “...el código aplica a los cuasicontratos las reglas establecidas en el artículo 1547”. Nada

⁴⁷ Obra cit., págs. 54 y 55.

⁴⁸ Luis CLARO SOLAR: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, T. XII, N° 1067, págs. 522-523.

significa que este artículo se refiera particularmente a los contratos, porque como ya lo hemos manifestado, las reglas generales que el legislador ha establecido en los Títulos I, II y XII se aplican a toda clase de convenciones (contratos y cuasicontratos) y a las obligaciones legales en cuanto les sean aplicables. En el mismo sentido Rubén Celis Rodríguez⁴⁹. Una opinión distinta encontramos en Pablo Rodríguez Grez, Carlos Ducci y Orlando Tapia Suárez. El primero, después de analizar la opinión de Alessandri, señala que no le parece claro aquello de que “las normas que regulan los ilícitos civiles sean excepcionales, y generales las que regulan los contratos. Existen en los respectivos títulos normas excepcionales, como sucede, por vía de ejemplo, con aquella que establece que el contrato no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causales legales (art. 1545 del Código Civil) en materia de responsabilidad contractual; y existen normas generales, como ocurre con el inciso primero del artículo 2329 del mismo Código, que dispone que, por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta, en materia delictual y cuasidelictual. No es posible, creemos nosotros –termina Rodríguez Grez– atribuir carácter general o excepcional a toda la regulación legal referida”⁵⁰. Más adelante explica que la situación se aclara si se sigue al Código Civil francés, fuente inspiradora del nuestro. Los redactores de ese código “manifestaron claramente su voluntad de clasificar las obligaciones en dos grandes categorías: de una parte, las que nacen del contrato, de la voluntad del acreedor y del deudor; de otro lado, las que son impuestas por el legislador y se trate de las obli-

⁴⁹ *La responsabilidad extracontractual*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanidades. Universidad Nacional Andrés Bello, 1945, pág. 48.

⁵⁰ Ob. cit., pág. 53.

gaciones legales propiamente dichas, delictuales o cuasidelictuales. Entre estos dos grandes tipos de obligaciones existe una diferencia fundamental de hecho, las situaciones son claramente distintas. Y cita en seguida, los dichos de Treihard en la Exposición de Motivos al Cuerpo Legislativo, sesión de 9 de Pluvioso del año XII: “En los contratos, el consentimiento mutuo de las partes contratantes es el que produce entre ellas obligaciones. En los cuasicontratos, al contrario, como en los delitos y cuasidelitos, la obligación, así como lo he observado, resulta de un hecho: es la ley la que lo hace obligatorio”⁵¹.

En el mismo sentido Ducci Claro: “Hemos sostenido antes que las normas de responsabilidad extracontractual se aplican al no cumplimiento de las obligaciones cuasicontractuales y legales. Nos ha parecido que la comisión de un hecho prohibido por la ley, como el no cumplimiento de una obligación legal, sancionada expresamente o no con indemnización, constituye precisamente la comisión de un hecho ilícito de aquellos a que se refiere el artículo 2284 del Código Civil y que sirven de base a la responsabilidad extracontractual. Respecto de las obligaciones cuasicontractuales –continúa– nos hemos inclinado por la misma solución, ya que no son en el fondo sino obligaciones legales”⁵².

En el caso de los perjuicios causados por la nulidad de un contrato, cuando ha existido dolo o culpa, se rigen por las reglas de la responsabilidad extracontractual, lo que en algunos casos ha sido establecido expresamente por la ley, como ocurre en las situaciones previstas en los artículos 1455 y 1814 inc. 3°⁵³.

⁵¹ Ob. cit., pág. 53.

⁵² Carlos DUCCI CLARO, *Responsabilidad Civil*, Edit. Jurídica de Chile, 1971, págs. 22-23.

⁵³ Ducci, ob. cit., pág. 23.

Por su parte, Orlando Tapia Suárez señala que la responsabilidad que genera la infracción de una ley es la extracontractual, por cuanto esa infracción por sí sola constituye un hecho ilícito. Y en lo que concierne a las obligaciones cuasicontractuales “en la mayoría de los casos no son sino obligaciones legales, ya que por lo general se encuentran señaladas determinadamente por el legislador”.⁵⁴

16. Del cúmulo u opción de responsabilidades.

Como explica Alessandri “el problema del cúmulo consiste simplemente en determinar si la infracción de una obligación contractual, cuasicontractual o legal puede dar origen a una u otra responsabilidad indistintamente o sólo a la contractual, es decir, si el daño que proviene de esa infracción da al acreedor el derecho de elegir entre ambas responsabilidades y demandar indemnización de acuerdo con la que más le convenga”. Agrega que “este problema no es propiamente de cúmulo de ambas responsabilidades, como se la denomina de ordinario, sino de opción entre una y otra”.⁵⁵

Pedro Zelaya E., por su parte, explica que el problema del cúmulo de responsabilidades se puede sintetizar en una pregunta “¿puede una parte del contrato (el acreedor) que ha sido víctima de un daño como consecuencia de la conducta dolosa o culpable de la otra parte (deudor), prescindir de la normativa contractual (responsabilidad contractual) y demandar la indemnización fundado en la responsabilidad extracontractual de la otra? Más adelante da el siguiente concepto del Cúmulo de Responsabilidades: “En tér-

⁵⁴ Orlando TAPIA SUÁREZ, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual de los contratantes*, Editorial LexisNexis, 2006, N° 309, pág. 454.

⁵⁵ ALESSANDRI, ob. cit. (ob. cit. N° 44, págs. 80 y siguientes).

minos generales, el llamado cúmulo u opción de responsabilidad se presenta toda vez que la infracción de una obligación preexistente entre las partes (incumplimiento del deudor que da origen a la responsabilidad contractual) constituye –al mismo tiempo– un delito o cuasidelito civil”. Agrega que “se le suele denominar también –con mayor precisión– la concurrencia de responsabilidades o bien, la concurrencia de la responsabilidad aquiliana con la contractual”⁵⁶.

Hay consenso en la doctrina nacional en orden a que no se puede aceptar el cúmulo de responsabilidades, por lo que si el perjuicio deriva de un incumplimiento contractual, la indemnización se rige por las reglas de la responsabilidad contractual. Ello en razón de que “las disposiciones generales en materia de responsabilidad contractual que establece la ley o las estipulaciones que las partes hayan convenido para modificarlas, forman parte de la ley del contrato que obliga a los contratantes en los términos que establecen los artículos 1545 y 1546 del Código Civil y a la cual éstos no pueden sustraerse”⁵⁷. A lo anterior cabe agregar que en diversos contratos el código da reglas especiales, que dejarían de tener aplicación si se admitiera accionar por las reglas de la responsabilidad delictual (arts. 1861, 1932, 1933, 2192, 2203, etc.).

Como se ha señalado, la doctrina concuerda en que lo que se ha dado en llamar el Cúmulo de Responsabilidades, constituye sólo un problema de opción.⁵⁸ Aceptar el cúmulo significa aceptar que los perjuicios causados por el incumplimiento de una obliga-

⁵⁶ Pedro ZELAYA ETCHEGARAY: “El cúmulo de responsabilidad en la nueva ley de protección al consumidor. Estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras”. *Cuadernos de Extensión de la Universidad de los Andes*, 1999, pág. 232.

⁵⁷ DUCCI, ob. cit., pág. 24.

⁵⁸ ALESSANDRI, ob. cit., N° 44, págs. 80-81.

ción contractual puedan ser demandados indistintamente por las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual. Alessandri coloca el siguiente ejemplo: “el pasajero herido en un accidente ferroviario ¿puede demandar indemnización en conformidad a las reglas de responsabilidad contractual únicamente o le es lícito prescindir del contrato y demandarla de acuerdo con los artículos 2314 y siguientes del C.C. En el primer caso no habría cúmulo; en el segundo, sí”.⁵⁹

De ninguna manera puede entenderse que aceptar el cúmulo signifique permitir la acumulación o superposición de responsabilidades, es decir, que pudieren demandarse ambas. Ello importaría un enriquecimiento sin causa que nuestra legislación no admite. Es importante sí dejar establecido que –como lo observa Alessandri– si aparte de los perjuicios producidos por la inexecución de un contrato se generan otros ajenos al incumplimiento, por culpa o dolo del deudor, “habrá lugar a ambas responsabilidades: la contractual por el perjuicio proveniente de esa inexecución y la delictual o cuasidelictual por el otro daño”.⁶⁰

La posición que se adopte frente al problema del cúmulo es importante, desde que, como se ha visto, hay marcadas diferencias entre ambos tipos de responsabilidades, por lo que no da lo mismo aplicar las reglas de una o de otra.

La jurisprudencia en forma reiterada ha rechazado el cúmulo de responsabilidades.⁶¹ Excepcionalmente nuestros tribunales lo han aceptado.⁶² Se trataba en este caso de un accidente ferroviario

⁵⁹ Ob. cit., págs. 82-83.

⁶⁰ Ob. cit., pág. 81.

⁶¹ T. 48, sec. 1ª, pág. 252; T. 89 sec. 2ª, pág. 129; T. 47 sec. 1ª, pág. 127; T. 50, sec. 1ª pág. 147; Corte de Concepción 13 de marzo de 2003, rol 1.785-2002, Corte de Santiago, 16 de abril de 2007; Revista Jurisprudencia al día N° 56, año II.

⁶² Corte Suprema, 13 de diciembre de 1920.

que ocasionó la muerte a un pasajero. Demandó la madre como heredera de la víctima y la Corte resolvió que no había incompatibilidad entre la vigencia de un contrato y la comisión de un cuasidelito por uno de los contratantes, concluyendo que era posible aplicar la disposición legal que rige el contrato de transporte, según la cual se presume la culpabilidad del porteador.

La Corte de Concepción en un interesante fallo⁶³ aceptó el cúmulo de responsabilidad al señalar –considerando 5º– que “es una realidad innegable que los daños causados a la paciente con ocasión de una intervención quirúrgica pueden revestir simultáneamente características propias de una infracción contractual (el contrato de prestación médica, de hospitalización y/o de asistencia sanitaria) y, al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil (la violación del deber general de actuar con diligencia y no causar daño a otro). En otras palabras –continúa el fallo– la negligencia médica y hospitalaria con daños al paciente puede incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la normativa contractual (arts. 1547 y siguientes del Código Civil) y de la extracontractual (arts. 2314 y siguientes del Código Civil)”. “No cabe duda que en la actualidad existe una gran inseguridad conceptual en la delimitación de los supuestos de hecho de una y otra responsabilidad, es decir, la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquellos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros, es muy borrosa en ciertos ámbitos del quehacer humano y, sobre todo, en los servicios de atención médica empresarialmente organizada. Por ello es preferible otorgar a la víctima la opción de elegir la vía extracontractual, aunque el demandado pruebe que existía un vínculo contractual pre-

⁶³ Sentencia de 10 de agosto de 2000. Recurrída de casación, ésta fue rechazada en sentencia de 24 de enero de 2002.

vio al daño, hecho este último que, por lo demás, no se ha alegado ni establecido en autos, esto es, no se encuentra acreditada la existencia de un vínculo contractual entre la paciente fallecida y la parte demandada. Solamente aparece la existencia de dicho vínculo entre el médico que la operó y ella”.⁶⁴

17. Excepciones en que se acepta el cúmulo.

Alessandri señala como excepciones, en que procede el cúmulo: a) cuando así lo han estipulado las partes; y b) cuando la inejecución de la obligación constituye a la vez un delito o cuasidelito penal, puesto que en conformidad al artículo 10 del Código de Procedimiento Penal de todo delito o cuasidelito penal cometido por el deudor nace una acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado, y esta acción no es otra que la que reglamentan los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.⁶⁵

18. El cúmulo de responsabilidades en la Ley de Protección al Consumidor.

Zelaya afirma que con la actual redacción de la ley N° 19.496, el problema del cúmulo va a depender en gran medida, por una parte, de la interpretación que nuestros tribunales den al artículo 20 de la ley; y, por otra, de la forma cómo sigan resolviendo los problemas del cúmulo planteados en otros casos tradicionalmente ubicados en las “zonas limítrofes o fronterizas”, entre ambas clases de responsabilidad. Este artículo expresa que “en los casos que

⁶⁴ Pedro ZELAYA ETCHEGARAY, en *Rev. de Der. y Jur.* T. 96, N° 2, 1977, pág. 47.

⁶⁵ Ob. cit. N° 51, pág. 91.

a continuación se señalan, sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, el consumidor podrá optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o devolución de la cantidad pagada...”:

Según Zelaya el artículo 20 admite dos interpretaciones: a) entender que ella tiene un carácter eminentemente contractual y que “al igual que la indemnización por vicios redhibitorios cuando existe mala fe en el vendedor (art. 1861 del CC), el comprador directamente afectado no podría obtener la reparación de los daños causados a bienes jurídicos ajenos al contrato de compraventa o suministro (bienes jurídicos no tutelados directa y específicamente por el contrato); o b) dar a la norma una interpretación más extensiva, sosteniendo que la acción indemnizatoria incidental o accesorio a que se refiere el artículo 20 tiene un carácter sui generis, en cuanto “reconoce una cobertura indemnizatoria amplia cubriendo la reparación de los daños patrimoniales y morales y daños a la vida e integridad física del mismo, y también los perjuicios causados a otros bienes del comprador, aunque no fueren objeto del contrato”. Si se sigue la primera interpretación, el comprador no podría demandar los daños causados por la cosa defectuosa a bienes distintos de los que fueron objeto del contrato (otros bienes del comprador), ni menos a la vida o integridad física del mismo. Sólo podría demandar, y siempre conjuntamente con el ejercicio de alguno de los derechos que le concede el artículo 20 LPC, la indemnización de los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y morales que sean una consecuencia directa y necesaria del incumplimiento contractual. Para demandar la reparación de otros daños, se debería intentar una demanda en conformidad a los artículos 2314 y siguientes. Por eso –agrega– “bajo esta interpretación restrictiva, surgiría con todas sus fuerzas el problema del cúmulo u opción, pues los compradores afectados por el producto defectuoso intentarían hacer uso de la responsabilidad aquiliana,

ya que la indemnización accesoria ex art. 20 LPC tendría efectos indemnizatorios limitados” y la pregunta que cabe formular es si podría el comprador afectado demandar ex arts. 2314 y ss., la reparación de todos los daños (patrimoniales y morales) causados por la cosa entregada por el vendedor, si existe un vínculo contractual previo al daño.⁶⁶

“De seguirse la segunda interpretación del artículo 20 –continúa– podría sostenerse que la acción indemnizatoria incidental o accesoria a que se refiere el artículo 20 tiene un carácter sui generis, en el sentido que reconoce una cobertura indemnizatoria amplia, cubriendo la reparación de los daños patrimoniales y morales causados al propio comprador, incluyéndose los daños corporales y daños a la vida o integridad física del mismo, y también los perjuicios causados a otros bienes del comprador, aunque no fueron objeto del contrato”⁶⁷. El problema en este caso viene a ser el determinar la normativa aplicable a falta de regulación específica en la Ley de Protección al Consumidor. Zelaya estima que éstas deben ser las normas de la responsabilidad extracontractual.⁶⁸

En relación con la responsabilidad que puede hacerse efectiva en conformidad la Ley de Protección al Consumidor, la Corte de Concepción ha establecido que la infracción al artículo 23 de la ley N° 19.496, genera responsabilidad contractual, por lo que debe presumirse la culpa del deudor.⁶⁹

⁶⁶ Ob. cit., págs. 239 y siguientes.

⁶⁷⁻⁶⁸ ZELAYA, ob. cit., pág. 242.

⁶⁹ Sentencia de 29 de enero de 2003, causa rol 20.455-2001.

CAPÍTULO SEGUNDO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

19. Concepto.

Se entiende por responsabilidad extracontractual la que proviene de la comisión de un hecho ilícito que cause daño a otro, es decir, de un delito o cuasidelito civil (artículos 2314 y 2284 del Código Civil).

Se ha fallado que cuando se invoca la responsabilidad extracontractual, se debe describir y señalar determinadamente el presunto hecho ilícito en que se funda la demanda, vale decir, cuál es el delito o cuasidelito, penal o civil, que genera la obligación de indemnizar, todo ello conforme al artículo 1437 del Código Civil que en forma perentoria establece cuáles son las fuentes de las obligaciones en nuestro sistema legal⁷⁰. Este mismo fallo resolvió que no es admisible fundar una acción para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual en un principio o teoría (abuso del derecho), no reconocida expresamente en la legislación patria como fuente de obligaciones.⁷¹

⁷⁰ Corte de Concepción, 13 marzo 2003, causa rol 1.785/2002, Consid. 8°.

⁷¹ Fallo anterior, Consid. 10°.

20. Fundamentos de la responsabilidad extracontractual.

Dos teorías se han dado para fundar la responsabilidad extracontractual: la subjetiva o clásica y la objetiva o del riesgo creado. La primera se sustenta en la culpabilidad del autor, de tal suerte que sólo cabe la indemnización si se actúa con dolo o culpa, lo que debe ser probado por la víctima. De acuerdo a la segunda debe responder del daño, quien crea el riesgo, sin que tenga importancia la culpabilidad del agente.

En la antigüedad, la víctima obtenía la reparación recurriendo a la venganza, con lo que la responsabilidad estaba desligada de la idea de culpa: "se presentaba como una reacción de la víctima contra la causa aparente del daño; de la misma manera que un niño se vuelve contra el objeto que lo ha herido, así el hombre de poca cultura exige reparación de todo atentado a su persona o a los suyos; devuelve golpe por golpe, sin preocuparse de la cuestión de la imputabilidad y por más que tenga que habérselas con un niño, un animal o un objeto inanimado. La responsabilidad era la expresión jurídica de la vindicta privada"⁷². De esa forma, la responsabilidad era objetiva, quedando el autor del daño obligado a la reparación, cualquiera fuera la forma en que se hubiere producido el hecho.

Sólo en una etapa posterior entra en juego la idea de la imputabilidad, según la cual sólo se debe responder cuando el daño es la consecuencia de una conducta culpable del autor. Nace así la teoría subjetiva de la responsabilidad. "Según ella, como los hombres pueden actuar libre e independientemente, cada uno debe recoger los beneficios que le proporcionen la suerte o su actividad y soportar los daños causados por la naturaleza o el hecho ajeno. No basta que un individuo sufra un daño en su persona o bienes para que su

⁷² JOSSEAND, T. II, Vol. I, N° 412, pág. 295.

autor deba repararlo, es menester que provenga de un hecho dolooso o culpable, sin dolo o culpa no hay responsabilidad".⁷³

La teoría subjetiva, llamada también clásica, es una clara manifestación de los principios liberales e individualistas en boga en la primera mitad del siglo 19.

Pero el Derecho es el reflejo de la sociedad. Por ello esta concepción subjetiva no resulta satisfactoria cuando adviene el maquinismo con todas sus transformaciones en las relaciones "empresa-trabajador". Las falencias de la tesis subjetiva se aprecian primero en los accidentes del trabajo. La responsabilidad sustentada en la culpabilidad obliga a la víctima a probar el dolo o la culpa del autor, de donde viene a resultar que en la mayoría de los casos no obtiene reparación por no haber podido probar esta culpabilidad ("Prueba diabólica" la llama Ripper). Por lo demás, la mayoría de las veces estos accidentes se producen por culpa de la propia víctima, por lo que de seguirse la tesis de la responsabilidad subjetiva, se dejaría al trabajador privado de toda posibilidad de indemnización.

Por ello se hace necesario fundar la responsabilidad, no ya en la culpabilidad del agente, sino en el hecho de que debe responder quien crea el riesgo, lo que aparece justo, ya que es él quien se beneficia con la actividad que genera ese riesgo.

21. Críticas a la teoría objetiva o del riesgo creado.

La teoría objetiva no ha estado exenta de reproches. En efecto se ha dicho: a) que al suprimir el elemento culpabilidad quita el fundamento moral a la obligación de indemnizar. El autor del daño

⁷³ Arturo ALESSANDRI, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, N° 69, pág. 109.

debe responder porque actuó mal y con ello causó un daño a otro; b) que frena la iniciativa empresarial, ya que las personas evitarán desarrollar aquellas actividades peligrosas que puedan llegar a generar el pago de fuertes indemnizaciones; c) que con ella se favorece la actitud irresponsable de los empresarios, pues éstos, para prevenir el pago de indemnizaciones, tomarán seguros lo que los inducirá a actuar en forma menos prudente; d) que no simplifica el problema de la responsabilidad, porque normalmente el daño es generado por diversas causas, resultando poco equitativo que sólo deba responder el que generó la actividad que lo produjo; y e) que la afirmación de que es justo que responda del daño el que desarrolla la actividad peligrosa porque él es el que se beneficia, no es totalmente correcta ya que parte de los beneficios van a la colectividad sea en forma de impuestos, puestos de trabajo, etc.⁷⁴

22. Conclusiones.

La doctrina concluye que ambas doctrinas presentan ventajas y desventajas. Sin duda, la objetiva facilita a las víctimas el pago de las indemnizaciones por los perjuicios sufridos y tiene un innegable fondo de justicia, pues, como dice Alessandri, "si el hombre con su actividad puede obtener un provecho o beneficio, justo es que repare los daños que así causa"⁷⁵. Pero, por otra parte, la responsabilidad subjetiva no puede ser desechada. Por el contrario, "hay conveniencia en conservarla como principio general de responsabilidad, porque, a diferencia de la responsabilidad objetiva, descansa en un valor humano, cual es la conducta del agente, y para una sociedad, como la nuestra, que atribuye la debida im-

⁷⁴ Véase ALESSANDRI, ob. cit. N° 74, páginas 116 y siguientes; Pablo RODRÍGUEZ, ob. cit. págs. 64-65.

⁷⁵ ARTURO ALESSANDRI, ob. cit. N° 75, pág. 120.

portancia a los valores espirituales, ésta es una razón digna de considerarse"⁷⁶. En el mismo sentido Josseland: "la responsabilidad objetiva nunca destronará completamente a la responsabilidad subjetiva; no es de desear que la noción de riesgo venza inexorablemente a la de culpa; es incluso digno de notarse que la tesis del abuso de los derechos haya suministrado a la responsabilidad subjetiva un elemento nuevo y le haya permitido desarrollarse en esa dirección. Pero la tendencia actual —agrega— es particularmente favorable a la responsabilidad objetiva..."⁷⁷

La doctrina nacional y extranjera concuerdan en que "ambas teorías no son incompatibles y se complementan muy bien: subjetiva u objetiva, toda teoría sobre responsabilidad tiende a ese fin, siempre perseguido, jamás logrado plenamente: el equilibrio perfecto, aunque inestable de los intereses y de los derechos"⁷⁸.

23. Teoría seguida por el Código Civil.

Nuestro Código Civil, dada la época de su promulgación, sigue, como lo hemos señalado, la teoría clásica o subjetiva fundada en la culpabilidad del autor. Así aparece de manifiesto al relacionar los artículos 2314 y 2284.

Sin embargo, existen en nuestro ordenamiento positivo diferentes leyes inspiradas en la teoría del riesgo creado. Así, por ejemplo, ocurre con el decreto ley N° 2.222, al tratar de la responsabilidad civil por los daños derivados de los derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas (artículos 144 y siguientes); con el Có-

⁷⁶ ALESSANDRI, ob. cit. N° 75, pág. 120.

⁷⁷ Derecho Civil T. II, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, N° 418, págs. 300-301.

⁷⁸ JOSSERAND, ob. cit. N° 418, pág. 301.

digo Aeronáutico, artículos 142 y siguientes; con la Ley N° 16.744, sobre Accidentes del Trabajo, con el artículo 174 inciso 2° de la ley N° 18.290 que hace solidariamente responsable al propietario de los daños que se causen con su vehículo, etc.⁷⁹

Respecto a la responsabilidad solidaria que establece el artículo 174 de la Ley del Tránsito, se ha fallado que no es oponible al dueño del vehículo el proceso penal en que el tercero, dueño del vehículo, no tuvo la calidad de parte, señalando que “no resulta pertinente que sus decisiones –las de la sentencia– le sean oponibles, ni aun a pretexto de la solidaridad legal invocada por la demandante, porque ésta y la responsabilidad civil debe ser declarada en un juicio en que dicho tercero cuente con la oportunidad de formular sus excepciones y defensas y en que una sentencia determine el monto de los perjuicios, de modo que careciendo el demandado de autos de legitimidad pasiva, la demanda debió rechazarse”.⁸⁰

También se ha fallado que “En materia extracontractual la solidaridad deriva de la ley o del hecho de ser los deudores solidarios autores comunes del hecho ilícito, pues están obligados ‘*in solidum*’; por tanto, nunca se producirá la identidad legal de parte que exige la ley para que surta efecto la autoridad de cosa juzgada. Al respecto se debe distinguir la eficacia del fallo y la autoridad de cosa juzgada. Por tratarse la obligación ‘*in solidum*’ de una relación jurídica de sujeto múltiple, lo decidido respecto de unos van a alcanzar a los otros, no ya como cosa juzgada sino por eficacia del fallo. Entonces la sentencia afecta tanto al acreedor o codeudor que intervino en el juicio como a los demás, con la diferencia que

⁷⁹ Otros casos de responsabilidad objetiva. Ver Patricio LAGOS NARVÁEZ: “La responsabilidad objetiva, su evolución en Chile desde 1988”. Universidad del Desarrollo. Colección de Tesis de Magíster en Derecho de la Empresa, pág. 99.

⁸⁰ Revista *Leyes y Sentencias* N° 32, pág. 91.

respecto del que fue parte concurre la cosa juzgada y la eficacia del fallo, siendo entonces lo decidido irrevocable a su respecto, mientras que para los que no fueron emplazados en el juicio va a operar sólo la eficacia del fallo, y para ellos lo decidido en lo civil no revestirá el carácter de irrevocable y podrán en consecuencia discutir la decisión si experimentan un perjuicio jurídico proveniente de ella, pues en estos casos la discusión del quántum de la indemnización, que puede abarcar incluso aspectos vinculados al daño moral, es perfectamente posible”.⁸¹

24. Requisitos de la responsabilidad extracontractual.

Los requisitos de la responsabilidad extracontractual son los siguientes:

- A) Capacidad del autor del hecho ilícito;
- B) Imputabilidad, esto es, dolo o culpa del autor;
- C) Nexa causal, entre el hecho u omisión dolosa o culpable y el daño, y
- D) Existencia de un daño.

25. Mientras no se cumplan todos los requisitos anteriores, no cabe la indemnización.

Aparentemente parece una simpleza el señalar que mientras no concurren todos los requisitos no nace la obligación de indemnizar. Sin embargo, es útil consignarlo porque cobra especial importancia en algunos aspectos, como por ejemplo la fecha desde la cual debe contarse el plazo de prescripción del artículo 2332 del

⁸¹ Corte Suprema 5 de marzo de 2008, causa rol 4788-2006. “Carta Leflay Cayupi Cuevas con Zodemir del Tránsito Luengo Salvo y otros”.

Código Civil. En efecto, generalmente se ha entendido que los 4 años que esa norma señala corren desde que se cometió el hecho material del cual derivaron los perjuicios, lo que no admite dudas en el caso en que éstos se produzcan simultáneamente con la realización del hecho, pero que pasa a ser dudoso cuando sobrevienen con posterioridad. Volveremos sobre este punto cuando estudiemos la prescripción.

26. A) Capacidad delictual o cuasidelictual.

El primer requisito de la responsabilidad extracontractual es que el autor sea capaz de delito o cuasidelito. Al igual que en materia contractual, la regla general es la capacidad; la excepción, la incapacidad. Son incapaces: a) los dementes; b) los menores de 7 años, y c) los mayores de 7 años y menores de 16, que hayan actuado sin discernimiento (art. 2319).

27. Dementes.

Es sabido que para nuestro Código Civil son dementes aquellas personas que por cualquier motivo se hallan privadas totalmente de razón, se encuentren o no declaradas en interdicción. No rige en esta materia el artículo 465 del Código Civil, por ser aplicable esa norma únicamente a la capacidad para celebrar actos y contratos. Las únicas exigencias de la ley es que la demencia sea total y exista al momento de la comisión del hecho ilícito. No es necesario que la demencia sea permanente⁸². Pablo Rodríguez⁸³ estima que el artículo 465 es una disposición más procesal que

⁸² ALESSANDRI, ob. cit. N° 87, pág. 135.

⁸³ Pablo RODRÍGUEZ, ob. cit., págs. 191-192.

civil, por lo que le parece perfectamente aplicable el artículo 2319. No desconoce que la norma está concebida para "los actos o contratos", pero como donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, no ve inconvenientes en aceptar la aplicación del artículo 465 eximiendo con ello al representante del demente del peso de la prueba cuando existe decreto de interdicción. Además, así se evita que un litigante incurra en gastos innecesarios.

El Código Civil no resuelve lo que ocurre con aquellas personas que actúan en estado de inconsciencia por otras razones (drogados, hipnotizados, sonámbulos). Sólo se refiere al caso del ebrio, estableciendo en el artículo 2318 que "es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito". Esta disposición si bien sólo está referida al ebrio, se inspira en un principio más general, por lo que es perfectamente aplicable al drogado y a todos aquellos que caen en estado de inconsciencia por su propia decisión. Como observa Pablo Rodríguez,⁸⁴ cuando el estado de inconsciencia no es la consecuencia de un acto voluntario del autor, sino que proviene de un tercero "opera una causa de inimputabilidad, porque el autor del daño se encuentra en la misma situación que un demente o un infante respecto del ilícito civil" agregando que "la acción indemnizatoria, en este caso, debe ser dirigida en contra de la persona que colocó al autor del daño en la situación de inconsciencia" (pág. 192). En el mismo sentido Alessandri.⁸⁵

28. Menores de 7 años (infantes).

Estas personas son incapaces de delitos o cuasidelitos, por carecer absolutamente de discernimiento. Por la misma razón el ar-

⁸⁴ Pablo RODRÍGUEZ, ob. cit., págs. 191-192.

⁸⁵ ALESSANDRI, ob. cit. N°s. 88, 89, 92, 93, págs. 135 a 137.

título 723 los declara incapaces de adquirir la posesión de cosas muebles, para sí o para otros.

29. Mayor de 7 años y menor de 16 que haya obrado sin discernimiento.

Así lo establece el inciso 2° del artículo 2319: “Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de diez y seis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”, lo que quiere decir que son incapaces de delito o cuasidelito.

¿Cuál es el juez competente para resolver si el menor obró o no con discernimiento? Según Alessandri⁸⁶ lo es el que deba conocer del proceso en que se persiga la responsabilidad de aquél o de la persona que deba responder de los actos del menor con arreglo al artículo 2320, careciendo de competencia en esta materia el Juez de Menores, porque la declaración de discernimiento que corresponde a éste está referida únicamente a los procesos penales. Así aparece del artículo 26 N° 8 de la ley N° 16.618, Ley de Menores.

30. Responsabilidad de los terceros a cargo de los incapaces.

El artículo 2319 señala que por los daños causados por estas personas –los incapaces– responderán “las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.” Nótese que el guardián del incapaz va a responder sólo si se pudiere imputárseles negligencia lo que nos lleva a concluir que, en definitiva, está respondiendo de un hecho propio: no haber cumplido adecuadamente

⁸⁶ ALESSANDRI, ob. cit. N° 97, pág. 141.

te con el deber de cuidado. Y tanto es así que no va a tener derecho para dirigirse sobre los bienes del incapaz (art. 2325).⁸⁷

Como observa Alessandri, esta prueba de ordinario va a ser fácil. Las mismas circunstancias en que ocurrió el hecho pueden ser la prueba más concluyente del incumplimiento de la obligación de cuidado.⁸⁸

31. Responsabilidad civil de las personas jurídicas.

Las personas jurídicas de derecho privado tienen responsabilidad extracontractual. Lo reconoce expresamente el inciso 2° del artículo 58 del Código Procesal Penal: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”. El alcance de esta frase final no nos parece claro, pues no sabemos si lo que quiere decir es si cuando un representante de ella ejecuta un hecho ilícito deba responder la persona jurídica o si simplemente lo que quiso expresar es que también tal hecho pudiere generar algún tipo de responsabilidad para la persona jurídica.

En Chile, estimamos que el problema debe resolverse de diferente manera según se trate de una Corporación o de una Sociedad Anónima, situaciones ambas tratadas en la ley. En el caso de las Corporaciones la norma a aplicar es el artículo 552 del Código Civil: “Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante.” Ello es así por cuanto el Código

⁸⁷ Pablo RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 25.

⁸⁸ ALESSANDRI, ob. cit. N° 100, pág. 143.

Civil, en materia de personalidad jurídica, sigue la teoría de la ficción, según la cual por las personas jurídicas actúan sus representantes (art. 545). Como no hay representación para ejecutar hechos ilícitos, no se divisa la razón por la que tuviera que responder la Corporación por los actos ilícitos en que incurran sus representantes.

La situación es distinta en las sociedades anónimas, por cuanto respecto de ellas nuestra legislación acepta la teoría del órgano, como aparece en el artículo 133 de la ley N° 18.046: "la persona que infrinja esta ley, su reglamento o, en su caso, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios. Lo anterior es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que corresponda (inc. 1°)". "Por las personas jurídicas responderán además civil, administrativa y penalmente sus administradores o representantes legales, a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción" (inc. 2°). Y la norma termina: "Los directores, gerentes y liquidadores que resulten responsables en conformidad a los incisos anteriores, lo serán solidariamente entre sí y con la sociedad que administren, de todas las indemnizaciones y demás sanciones civiles o pecuniarias derivadas de la aplicación de las normas a que se refiere esta disposición".

No está resuelto en modo alguno qué ocurre con las demás personas jurídicas, por ejemplo, con las sociedades colectivas o de responsabilidad limitada. En Chile, la Excm. Corte Suprema en fallo del 4 de enero de 1996, desechó los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por la Empresa Sociedad General Supply Ltda., en contra de una sentencia de la Corte de Iquique que la había condenado al pago de una indemnización de \$20.000.000.⁸⁹ El ilícito en la especie consistió en que los ejecuti-

⁸⁹ T. 93, N° 1, sec. 1ª, pág. 1, Considerando 12.

vos de la empresa señalada ocultaron información o negaron en lo penal hechos que les constaban y que hacían verosímil la versión de la actora y, en cambio, afirmaron existir un delito que no podían menos que saber que no parecía tal. La sentencia señala que "la responsabilidad civil que se ha perseguido en este juicio de típico corte indemnizatorio en contra de la persona jurídica demandada, la sociedad "General Supply Limitada" tiene independencia y puede existir, como ha ocurrido, con prescindencia total de la responsabilidad penal que también pudiera recaer en las personas naturales que actuaron en su nombre y representación, pues aquí sólo se trata de las consecuencias que han derivado de un hecho ilícito y que ha inferido injuria o daño a otra persona y sus efectos reparatorios.

En otro orden de ideas, en el caso de las personas jurídicas no siempre es posible conocer al dependiente que ejecutó el acto que produjo el daño. La doctrina entiende que en tal caso la empresa debe responder si se acredita que la causa de ese daño se encuentra en la organización humana que titulariza. Se trata de una responsabilidad directa. Así, un fallo italiano resolvió que un banco debía responder del mal funcionamiento empresarial, a pesar de no haberse identificado al autor material del hecho culposo, bastando con que se encontrare probado que el hecho aconteció durante el ejercicio de las funciones. En el mismo sentido se orienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo español⁹⁰. Lo que se viene diciendo es diferente a lo que ocurre en el caso de la responsabilidad por hecho ajeno. Así, por ejemplo, si un vehículo de la Universidad de Concepción (Corporación de Derecho Privado) causa un accidente del tránsito con resultado de muerte de una persona, el

⁹⁰ Citado por Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI: *Daños causados por los dependientes*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, págs. 38-39.

conductor será responsable del cuasidelito penal (cuasidelito de homicidio), pero la Universidad tendrá responsabilidad civil en virtud de lo dispuesto en el artículo 2320, según el cual toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado (el chofer en este caso). Además, por ser la dueña del vehículo tendría responsabilidad civil, en conformidad al artículo 174 inciso 2° de la ley N° 18.290.

32.B) Imputabilidad.

Es el segundo requisito o elemento de la responsabilidad extracontractual. No basta con causar daño a otro para que se genere la obligación de indemnizar. Es necesario que el acto o hecho que produce el daño sea el resultado de una conducta dolosa o culpable del actor. Así resulta de relacionar los artículos 2314 con el 2284 incisos 3° y 4°. La primera de estas normas expresa que “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización. Luego se responde por haber incurrido en delito o cuasidelito, y en conformidad al artículo 2284, en el primer caso hay intención de dañar (dolo) y en el cuasidelito, un hecho culpable. La Corte de Concepción, en sentencia de 12 de julio de 2001, resolvió que “si bien el despido del trabajador por conducta inmoral fue calificado como injustificado por sentencia judicial, no procede acoger la demanda entablada contra el empleador por responsabilidad extracontractual por cuanto no se probó dolo o culpa en su actuación”.⁹¹

Esta exigencia es la consecuencia de seguirse en Chile la teoría subjetiva o clásica en materia de responsabilidad.

⁹¹ *Gaceta Jurídica* 256, pág. 232.

33. Del dolo.

El dolo o malicia consiste –dice el artículo 44 del Código Civil– en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Dicho de otro modo, el autor causa un daño en forma deliberada. El dolo puede ser positivo o negativo. El primero consiste en la ejecución de un hecho; el segundo en una omisión o abstención como, por ejemplo, el que pudiendo salvar a alguien que se está ahogando nada hace justamente para que se ahogue. Si no actúa por temor, evidentemente no hay dolo.

El dolo puede ser directo o eventual, creación este último del Derecho Penal. Se actúa con dolo directo cuando se causa un mal con la clara intención –intención positiva– de causarlo. Al lado de esta concepción románica del dolo está lo que la doctrina llama dolo eventual, es decir, aquel que realiza una acción u omisión, sin ánimo de causar daño, pero representándose la posibilidad de que su actuar puede causarlo. Al comportarse de esa manera actúa con dolo eventual.

La pregunta que cabe formular es si este *dolo eventual* es suficiente para que el acto sea imputable al autor. Se pronuncia por la negativa Arturo Alessandri: “Si el autor del hecho u omisión no quiso el daño, si el móvil de su conducta no fue causarlo sino otro diverso, aunque haya podido preverlo o haya obrado a sabiendas de que su acción u omisión debería originar el daño, no hay dolo. No basta la conciencia de que se pueda causar un daño, es menester la intención de dañar” (art. 2284).⁹²

Una opinión distinta sustenta Pablo Rodríguez: “El dolo en cuanto intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro se satisface siempre que el autor del hecho (acción u

⁹² ALESSANDRI, ob. cit. N° 116, pág. 163.

omisión) se encuentre en situación de: a) Prever racionalmente el resultado dañoso, por lo menos como probable (lo cual supone descubrir la cadena causal que desemboca en la consecuencia dañosa); b) Aceptar este resultado y, por lo mismo, asumir que el perjuicio obedece a esa y no a otra acción complementaria o conjunta; y c) Estar en situación de optar por una conducta opuesta que excluya el daño” (ob. cit. 167). Para este autor su posición aparece respaldada por varias disposiciones del Código Civil: el artículo 1558 que estaría demostrando “que el dolo para nuestro legislador va incluso más allá de la previsibilidad en materia de perjuicios contractuales, ya que hace responsable de todos los perjuicios previstos al deudor que incurre en culpa”; el artículo 1468 “conforme al cual no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. “Quien sabe una cosa —razona Rodríguez Grez— obviamente está en situación de prever sus consecuencias”⁹³. El mismo autor trata también el tema en su obra “La obligación como deber de conducta típica” y allí explica el dolo eventual con el siguiente ejemplo: “Un sujeto tiene un perro agresivo para la custodia de su casa habitación. Él sabe que todas las noches pasa frente a su inmueble un vecino, músico de una orquesta que termina su jornada de trabajo en la madrugada. Para evitar que su vecino sea atacado por el perro, lo deja amarrado. Pero una noche decide dejarlo suelto, representándose *con certeza* que el vecino será atacado cuando pase, como sucede normalmente, frente a su domicilio. Acepta este efecto porque la noche es lluviosa y fría y prefiere no salir a la intemperie”. Se pregunta Rodríguez ¿qué tipo de dolo es éste? Y se responde que se trata de un dolo directo. En seguida, cambia ligeramente el ejemplo, haciendo pasar al músico irregularmente a altas horas de la noche y,

⁹³ Ob. cit., págs. 167-168.

aun, en muchos casos traído a su domicilio en automóvil. En este caso, “el dueño del animal se representa el daño que puede sufrir su vecino, pero lo estima sólo probable, ya que él no se producirá si en esa oportunidad el vecino no regresa a altas horas de la noche al hogar y, aun cuando así ocurra, es también probable que llegue hasta su casa en automóvil. Si el perro ataca al vecino —se pregunta Rodríguez— ¿de qué dolo responde el dueño del perro?” Y se contesta que “de dolo eventual, porque el dueño del perro al dejarlo suelto y representarse el daño probable, pero no cierto, lo asume como contingente o aleatorio”.⁹⁴

34. El dolo se aprecia en concreto.

Esto significa que el tribunal, en cada caso particular, y atendiendo a los móviles del autor, deberá verificar si se cumplen los requisitos que tipifican el dolo.

35. Prueba del dolo.

El dolo, dice el artículo 1459, no se presume. Por consiguiente, deberá probarlo quien lo alegue.

36. De la culpa.

Alessandri, tomando pie en el artículo 44 del Código Civil, define la culpa como la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios. Los artículos 2319 y 2329 la hacen sinónima de descuido o negligencia.⁹⁵

⁹⁴ Pablo RODRÍGUEZ: *La obligación como deber de conducta típica*. Facultad de Derecho.

⁹⁵ ALESSANDRI, ob. cit. N° 123, pág. 172.

Distintas sentencias de nuestros tribunales coinciden en que la culpa implica una actitud descuidada, negligente, falta de previsión. Así, por ejemplo, se ha fallado que "La culpa consiste en la falta de previsión o cuidado; es un concepto jurídico caracterizado siempre (ya se trate de culpa penal o civil, contractual o extracontractual) por la falta de cuidado o diligencia, descuido o imprudencia que produce un daño, sin intención de causarlo".⁹⁶ Otra sentencia ha dicho que "La culpa en sí, prescindiendo de la relación con el actuar del hombre abstracto a que se ocurre hablando de la culpa contractual, consiste en no precaver aquello que ha podido preverse y evitarse; en una negligencia, es decir, en no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta. La culpa extracontractual, pues, se traduce en una negligencia del hechor que, como consecuencia, origina el evento dañoso".⁹⁷ El tribunal de casación italiano, en sentencia de 3 de febrero de 1971, declaró que "en sentido técnico-jurídico, la palabra culpa se refiere al comportamiento consciente del agente que, sin voluntad de ocasionar daño a otro, es causa de evento lesivo por negligencia, imprudencia o impericia o por inobservancia de reglas o normas de conducta".⁹⁸

37. Culpa contractual y extracontractual.

Concordamos con Alessandri en que la culpa es una misma en materia contractual y extracontractual, pues en ambas importa una conducta descuidada, negligente, falta de previsión, imprudente. Cierto es que en la primera existe una graduación, que no se en-

⁹⁶ T. 55, sec. 1ª pág. 35.

⁹⁷ C. Suprema 23 de enero de 1975, *Revista Fallos del Mes* N° 194, sent. 3, pág. 292.

⁹⁸ Citado en el *Repertorio C. Civil*, T. X, pág. 29.

cuentra en la extracontractual, pero ello se explica porque en aquella las partes están unidas por un vínculo jurídico que impone al deudor un deber de cuidado distinto según el tipo de contrato de que se trate (art. 1547).

La pregunta que cabe formular es de qué culpa se responde en materia extracontractual. Rodríguez Grez afirma que se responde del cuidado que dispone la ley en cada caso "como sucede, por ejemplo, tratándose de la culpa contra la legalidad y de una diligencia general o deber de cuidado y prudencia impuesto por los estándares habituales existentes en la sociedad". Explica que "si, como hemos dicho, la culpa extracontractual expresa el deber social de comportarse sin causar daño a nadie, ello implica, desde luego, que corresponde a la ley, en algunos casos, determinar este deber de cuidado. En los demás, es la sociedad misma, espontáneamente, la que debe establecer el nivel de diligencia requerido, conforme los usos, hábitos y costumbres imperantes...". Agrega que "nadie puede desconocer que en la vida moderna es prácticamente imposible comportarse de manera de evitar *todo* daño. Existe por lo mismo, un cierto nivel de daños que es tolerable y que todos deben soportar, sea porque corresponden al grado de actividad que prevalece en la sociedad, o porque es el subproducto obligado de la vida en comunidad". Concluye este profesor: "Nuestra concepción de la culpa, por consiguiente, parte de un supuesto básico y fundamental: en todo acto de conducta del sujeto que vive en sociedad subyace un deber, jurídicamente consagrado, de comportarse con un cierto grado de diligencia o cuidado (evitando la negligencia, la imprudencia y la impericia), que está dado ya sea por la norma o por un estándar general fijado por la sociedad toda y que, en definitiva, lo extrae el juez en el ejercicio de la jurisdicción...".⁹⁹

⁹⁹ Pablo RODRÍGUEZ, *Responsabilidad Extracontractual*, págs. 180, 181, 182.

38. La culpa se aprecia en abstracto.

La doctrina está de acuerdo en que la culpa se debe apreciar en abstracto, esto es, comparándola con un modelo ideal que, según Alessandri, debe ser “un hombre prudente colocado en su misma situación”. Agrega: “el juez deberá, pues, comparar la conducta del agente con la que habría observado un hombre prudente de idéntica profesión u oficio colocado en el mismo lugar, tiempo y demás circunstancias externas de aquél ¿Qué habría hecho éste en su caso? ¿Habría obrado en igual forma o habría tomado otras precauciones? Si lo primero, no hay culpa; en caso contrario, sí”¹⁰⁰. En términos parecidos Pablo Rodríguez: “...la culpa se apreciará conforme al deber de cuidado y diligencia que a cada cual corresponde en la comunidad, atendiendo a su ubicación, actividades, nivel cultural, grado educacional, etc.”.¹⁰¹

39. Culpa contra la legalidad.

Culpa contra la legalidad es aquella que surge del solo incumplimiento de una norma legal o reglamentaria, como es el caso de la persona que provoca un accidente por infringir las normas del tránsito. En estos casos basta con probar la violación de la norma para tener por acreditada la culpa, puesto que ésta consiste precisamente en no haber respetado la norma en cuestión.

Se ha fallado que si un banco protesta un cheque incumpliendo las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, se incurre en este tipo de responsabilidad¹⁰². También se ha resuelto que la apreciación de la culpa del

¹⁰⁰ Ob. cit. N° 124, págs. 173-174.

¹⁰¹ Ob. cit., pág. 183.

¹⁰² Corte Suprema, 26 de septiembre de 2006: Leyes y Sentencias N° 27, pág. 27.

infractor resulta innecesaria cuando proviene de la violación de la una obligación determinada por una ley o norma reglamentaria, cuando así ocurre hay culpa por el solo hecho de que el agente haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, “pues ello significa que omitió las medidas de prudencia o precaución que una u otro estimaron necesario para evitar el daño”¹⁰³.

Enrique Barros precisa que si bien la regla general es que la infracción de una norma legal permite dar por acreditada la culpa, ello no significa *contrario sensu*, que el cumplimiento de todas las normas legales acredite que se ha actuado con la diligencia debida, pero constituye un valioso indicio de ello.¹⁰⁴

40. Prueba de la culpabilidad.

Quien demanda indemnización por responsabilidad extracontractual tiene que probar el dolo (art. 1459) o la culpa del autor de los daños. Respecto de la culpa, bueno es recordar que al revés de lo que ocurre en la responsabilidad contractual, en la extracontractual no se presume, por lo que debe probarse. Ello, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil. 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, que pasamos a estudiar en los párrafos siguientes.

¹⁰³ Corte de Santiago 28 de septiembre de 2006. “Leyes y Sentencias” N° 27, pág. 67.

¹⁰⁴ Enrique BARROS B, ob. cit. pág. 103.

41. Presunciones de responsabilidad.

Alessandri agrupa estas presunciones en tres categorías: A) por hecho propio (art. 2329); B) por el hecho ajeno (arts. 2320, 2321 y 2322), y C) por el hecho de las cosas (arts. 2323, 2324, 2326, 2327 y 2328).

42. Presunciones de responsabilidad por hecho propio.

Según Alessandri, el artículo 2329 establece “una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente...”¹⁰⁵. Y el ejemplo que coloca es el siguiente: cuando se produce un choque de trenes, la víctima no tiene por qué probar la culpa de la empresa o de sus dependientes, bastándole con acreditar el choque y el daño sufrido, por cuanto este hecho –el choque– por su naturaleza, supone culpa, pues los trenes deben funcionar en condiciones de no chocar.

Para la cabal comprensión de esta materia es necesario transcribir el artículo 2329: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

“Son especialmente obligados a esta reparación:

- 1°. El que dispara imprudentemente un arma de fuego;
- 2°. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;
- 3°. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él”.

¹⁰⁵ Ob. cit. N° 194, pág. 195.

La tesis de que el artículo 2329 contiene una presunción de responsabilidad por hecho propio, no es generalmente aceptada y, de hecho, no ha tenido acogida en la jurisprudencia nacional. Veamos, en todo caso, las razones que da Alessandri en defensa de su posición:

1. La ubicación del artículo 2329. Esta disposición está colocada después que el código trata en los artículos 2320 a 2328 los casos de las presunciones por hecho ajeno, por la ruina de un edificio de que es dueño, por los daños causados por animal de que se sirve o por las cosas que caen o se arrojan de la parte superior de aquél, y comienza diciendo “Por regla general...”. La colocación de esta norma y la frase con que se inicia hacen sostener –dice Alessandri– que el artículo 2329 quiso dictar una regla que comprendiere los demás casos análogos que pudiesen haberse omitido. Con ello “quiso significar que lo que ocurre en los casos de los artículos anteriores ocurre también en él y como en ellos la culpabilidad se presume...”. De lo contrario –agrega– sería inexplicable el empleo de la expresión “por regla general”;

2. De no entenderse el artículo 2329 en el sentido que se acaba de indicar, carecería de utilidad, pues no haría más que repetir lo ya dicho en el artículo 2314, en orden a que quien causa un daño a otro debe indemnizarlo;

3. La redacción del artículo 2329 conduce a la misma conclusión. En efecto, no dice que “todo daño causado, cometido u ocasionado por malicia o negligencia de una persona” ni que “todo daño proveniente de la malicia o negligencia de otro”; sino que emplea la forma subjuntiva “pueda” que es sinónima de otras: “que sea posible”, “que sea susceptible”, con lo que está dando la idea de algo que “puede ser”.

Carlos Ducci da al artículo 2329 un alcance distinto, parecido pero más limitado, que el que le da Alessandri. Según él estaría consagrando una presunción de responsabilidad en el caso de las

actividades peligrosas “Quien crea una situación peligrosa, tiene el deber de restablecer la seguridad de los terceros aumentando su diligencia. Como esta diligencia particular constituye un concepto positivo y no negativo, la prueba de ella debe corresponder al que crea la situación peligrosa”. “Se produce así—dice— una cadena lógica de conceptos. La mayor peligrosidad requiere una mayor diligencia; la mayor diligencia implica el peso de la prueba; del peso de la prueba derivan las presunciones de la responsabilidad. En último término, puede llegarse a la responsabilidad legal u objetiva en los casos previstos por la ley”.¹⁰⁶

Por su parte, Ramón Meza Barros interpreta el artículo 2329 de una manera diferente. A su juicio, en el inciso 1º repite la regla general del 2314, y en el inciso 2º contempla excepciones a esa regla, en cuanto se estaría presumiendo la culpa del agente. Así lo estaría demostrando el término “especialmente”, pues lo “especial” significa aquello que se diferencia de lo común, ordinario o general.¹⁰⁷

La jurisprudencia nacional, en general, se ha pronunciado por la tesis de que el artículo 2329 sólo reitera o repite lo dicho en el artículo 2314.¹⁰⁸ En cambio, en Colombia con disposiciones en todo iguales a las del Código Civil chileno, los tribunales de ese país han dado al artículo 2356 (que equivale al 2329 nuestro) un alcance como el sostenido entre nosotros por Alessandri o por Ducci.¹⁰⁹

Es indudable que al darse al artículo 2329 la interpretación que sustentan Alessandri o Ducci, la norma pasa a tener evidente utili-

¹⁰⁶ Ob. cit. Nº 25, págs. 45-46.

¹⁰⁷ *Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones*, Edit. Jurídica T: II, Nº 420, pág. 282.

¹⁰⁸ T. 39 sec. 1ª, pág. 203; T. 51, sec. 4ª, pág. 182.

¹⁰⁹ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil*, T. X, págs. 231-232.

dad pues, como observa Alessandri “el campo de aplicación de la responsabilidad se ampliaría enormemente, porque las más de las veces el daño proviene de un hecho demostrativo de culpa por sí solo. La responsabilidad presunta pasaría a ser así la regla general y el principio de que no hay responsabilidad delictual o cuasidelictual sin que se pruebe dolo o culpa, la excepción”.¹¹⁰

43. Presunciones de responsabilidad por hecho ajeno.

La regla es que únicamente se responda por hechos propios. Sin embargo, en forma excepcional, se pasa a responder por hechos ajenos cuando el hecho ilícito es cometido por una persona que está al cuidado o bajo la dependencia o vigilancia de otra. Esta materia está tratada en los artículos 2320 y siguientes del Código Civil.

¿Por qué se habla de presunciones de responsabilidad por hecho ajeno? Porque acreditado que el hecho ilícito fue cometido por el “dependiente”, debe responder “el principal” por cuanto no cumplió debidamente con su obligación de cuidado. En esa forma la ley está presumiendo la culpabilidad del principal. Como observa Alessandri, “en realidad es incorrecto hablar de responsabilidad por el hecho ajeno. El que tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que causa un daño, no responde del hecho de ésta, sino del suyo propio, cual es la falta de vigilancia que sobre ella debía ejercer...”. “La responsabilidad por el hecho ajeno tiene, pues, por fundamento la culpa de la persona sobre quien pesa; pero la víctima no necesita probarla, *se presume*. En esto consiste la excepción al derecho común”.¹¹¹

¹¹⁰ Ob. cit. Nº 203, pág. 299.

¹¹¹ Ob. cit. Nº 213, págs. 306-307.

44. Análisis del artículo 2320.

El artículo 2320 no es taxativo, pues en su inciso 1° establece la regla general de que “toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”, para contemplar en los incisos siguientes ejemplos de tales situaciones de dependencia.

45. Requisitos para que opere la responsabilidad por hecho ajeno.

Antes de referirnos a cada uno de los casos del artículo 2320, es necesario precisar cuáles son los requisitos para que se genere esta responsabilidad por hecho ajeno: a) que exista un vínculo de subordinación o dependencia entre dos personas; b) que este vínculo sea de derecho privado; c) que ambas personas sean capaces de delito o cuasidelito; d) que el subordinado o dependiente haya cometido un hecho ilícito, y e) que la víctima pruebe la responsabilidad del subordinado o dependiente.

Respecto al primer requisito es evidente, pues, justamente, la responsabilidad del principal se funda en la existencia de esta dependencia. No importa la razón, la naturaleza ni el origen de ella.

En cuanto al segundo requisito —que el vínculo sea de derecho privado— se explica porque si es de derecho público, las reglas de la responsabilidad son distintas. En tal caso habrá responsabilidad del Estado que se rige por reglas diferentes. José Bidart Hernández afirma que “Desde un punto de vista normativo y doctrinario no existe un buen fundamento que permita excluir al Fisco del artículo 2320 del C.C. si se trata del delito o cuasidelito causado por sus funcionarios y dependientes en el ejercicio de sus funciones. De este modo, es posible dar una interpretación diversa del artículo 2320 a la basada en la opinión del decano Alessandri, y que ha sido el camino

establecido por algunas sentencias recientes en esta materia”. Explica que “don Arturo Alessandri R. se basó en la doctrina francesa, y la verdad es que el Derecho francés no puede servirle de fundamento. En efecto, hay dos grandes obstáculos a su uso como base de argumento: a) En Francia, la responsabilidad civil por el hecho ajeno está reglamentada en el artículo 1384 del Código Civil. Sin embargo, esta norma tiene un carácter taxativo y no genérico como nuestro artículo 2320; por lo tanto, en el primero sólo se admite la responsabilidad extracontractual en aquellos casos específicos que señala; b) El Derecho Administrativo francés ha consagrado un Estado responsable, a través de una responsabilidad administrativa legislada y una jurisdicción que la aplica, y que hacen que el Estado se obligue por los daños causados por sus funcionarios. Incluso la jurisprudencia criminal aplica al Estado el artículo 1384”.¹¹²

La Corte de Copiapó el 7 de julio de 1998 señaló: “Establecido en autos un vínculo de Derecho Público entre el Estado y su dependiente, autor de un cuasidelito de homicidio, corresponde al Fisco asumir la responsabilidad de reparar los daños causados, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 38 de la Constitución Política y artículos 2317 y 2320 del C.C. y art. 4° de la ley N° 18.575”.¹¹³

Concluye Bidart afirmando que “gran parte de la doctrina administrativa de nuestro país se inclina por fundamentar, exclusivamente, la responsabilidad extracontractual del Estado en normas de Derecho Público”.¹¹⁴

¹¹² JOSÉ BIDART HERNÁNDEZ: *Sujetos de la Acción de Responsabilidad Extracontractual*, Edit. Jurídica de Chile, 1985, pág. 205.

¹¹³ *Gaceta Jurídica* 226, pág. 56.

¹¹⁴ JOSÉ BIDART, ob. cit., págs. 205-206.

Digamos para terminar este punto que, en definitiva, no tiene mayor gravedad para la víctima que no se apliquen las reglas del artículo 2320, ya que es indudable que le favorece demandar indemnización de acuerdo a las normas del Derecho Público.

Respecto al tercer requisito (que ambas personas sean capaces de delito o cuasidelito), tanto el principal como el dependiente deben ser capaces de delito o cuasidelito. Por consiguiente, si el subordinado es incapaz de delito o cuasidelito, no cabe presumir la responsabilidad de quien lo tiene a su cuidado. Así resulta de comparar los artículos 2320 a 2322 con el artículo 2319. "En conformidad a este último el guardián de un demente, de un infante o de un menor de dieciséis años que obró sin discernimiento, es responsable del daño que éstos causen si puede *imputárseles negligencia*, es decir, a condición de probarse culpa, y este artículo, por ser especial, prevalece sobre aquéllos".¹¹⁵

En cuanto al cuarto requisito—comisión de un delito o cuasidelito por el subordinado—es evidente, pues el principal sólo responde por los hechos ilícitos de la persona que está bajo su cuidado. Así aparece del artículo 2321 al responsabilizar a los padres por los *delitos o cuasidelitos* cometidos por sus hijos menores.

Finalmente, debe tenerse presente—y este es el último requisito—que lo que presume la ley es la responsabilidad del principal, no la del subordinado, por lo que la de este último debe probarse. Como dice Alessandri, "será menester que la víctima pruebe estos tres elementos: el dolo o la culpa del subordinado o dependiente, el daño causado y la relación causal entre aquél o aquélla y éste".¹¹⁶

¹¹⁵ ALESSANDRI, ob. cit. N° 218, pág. 317.

¹¹⁶ ALESSANDRI, ob. cit. N° 220, pág. 319.

46. Las presunciones de culpa son simplemente legales.

Probándose los requisitos recién tratados, se presume la culpa del principal y la relación causal entre esta culpa y el daño "es decir, que de parte de esa persona (principal) hubo falta de vigilancia y que esta falta de vigilancia fue la causa del daño irrogado por el subordinado o dependiente".¹¹⁷

Del inciso final del artículo 2320 se desprende que estas presunciones son simplemente legales, quedando desvirtuada si el principal prueba que "con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho" (art. 2320 inc. final).

47. Excepciones en que no se permite destruir la presunción.

No se admite probar en contrario, en dos casos: a) si el hecho causante del daño lo realizó el subordinado por orden del principal. Así se desprende del artículo 2325; y b) cuando el delito o cuasidelito cometido por el hijo menor conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir. En este último caso, se trata de una verdadera presunción de derecho, como lo demuestra la expresión "siempre".

48. Las presunciones de responsabilidad que se están estudiando no privan a la víctima de su derecho para dirigirse en contra del causante del daño (el subordinado).

El hecho de que la víctima pueda accionar en contra del principal, no lo privan de su acción en contra del autor del hecho ilícito.

¹¹⁷ ALESSANDRI, ob. cit. N° 321, pág. 320.

Así, por ejemplo, el empresario responde de la culpa de sus dependientes, por lo que la víctima puede demandar al primero, pero si quiere puede demandar conjuntamente o separadamente a los dos. Lo único que le está vedado es accionar en contra de ambos por el total, pues estaría pretendiendo una doble indemnización. Cabe agregar que si bien se puede demandar a ambos, no hay solidaridad.¹¹⁸

49. El principal tiene acción de reembolso en contra del subordinado.

Así lo consigna el artículo 2325. Sin embargo, carece de esta acción en dos casos: a) cuando el subordinado actuó por orden del principal o; b) cuando era incapaz de delito o cuasidelito.

49 bis. Las responsabilidades por hecho ajeno no se pueden acumular.

Ello quiere decir que “la víctima del daño inferido por quien está al cuidado de dos o más personas por causas diferentes, sólo puede invocar la responsabilidad de que tratan los artículos 2320 a 2322 de aquella que lo tenía a su cuidado al momento del daño y no de los demás”.¹¹⁹ De manera que si, por ejemplo, un menor comete un hecho ilícito mientras está en el colegio, se debe demandar al jefe del colegio y no a su padre. Así ha sido fallado.¹²⁰

¹¹⁸ ALESSANDRI, ob. cit. N° 226, pág. 323; ABELIUK, ob. cit. T. I N° 277, pág. 226; Hernán CORRAL *Lecciones de Responsabilidad civil extracontractual*, Edit. Jurídica de Chile, pág. 233.

¹¹⁹ Arturo ALESSANDRI, ob. cit. N° 230, pág. 327.

¹²⁰ Corte de San Miguel, 14 de abril de 2003; *Gaceta Jurídica* 274, pág. 140 (Consid. sexto).

Esta regla tiene como excepción el artículo 2321: cuando el delito o cuasidelito cometido por el hijo menor provengan de la mala educación o de los hábitos viciosos que su padre le ha dejado adquirir, caso en que también se puede demandar al padre, puesto que de conformidad a este artículo “los padres *son siempre* responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos”, que sean consecuencia de aquello. Cabe agregar que si bien se puede demandar a ambos, no se pueden acumular las indemnizaciones.

50. Casos contemplados en los artículos 2320 y 2322.

En los números siguientes iremos analizando los casos contemplados en estas disposiciones.

51. Responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores.

“El padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa” (art. 2320 inc. 2°). El fundamento de esta responsabilidad descansa en los artículos 222 y 224 del C. Civil. Según el primero, los hijos deben respeto y obediencia a sus padres y, según el segundo, “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos” (inc. 1°).

Nos parece oportuno observar que desde que entró en vigencia la ley N° 19.585, no vemos ninguna razón para que la responsabilidad de la madre lo sea sólo a falta del padre. Antes de dicha reforma aquella discriminación tenía sentido, pues en conformidad al antiguo artículo 219 (que en parte corresponde al actual artículo 222), los hijos legítimos debían respeto y obediencia a su padre y a su madre, *pero estaban especialmente sometidos al padre*. El actual artículo 222 expresa que “los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”, sin hacer ninguna distinción entre el padre y la madre.

El único requisito que exige el art. 2320 inciso 2º es que el hijo menor habite en la misma casa de su padre o de su madre.

Si el hijo menor tiene un peculio profesional o industrial y, dentro de él, comete un hecho ilícito, se afirma que el padre no tiene responsabilidad por cuanto el hijo se mira como mayor de edad para la administración y goce de este peculio (art. 251).¹²¹ Nos asisten dudas de que ello sea así, desde que el fundamento de la responsabilidad de los padres no se basa en la patria potestad, sino en el deber de cuidado y el peculio profesional no tiene relación con este deber de cuidado, sino con la administración y goce de los bienes del hijo.

Recordemos que, en conformidad al artículo 2321 “los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir”.

52. Responsabilidad de los tutores o curadores por el hecho de sus pupilos.

El tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado (art. 230 inc. 3º). Nótese que el pupilo tiene que vivir bajo la dependencia o cuidado de su guardador, pero no es necesario que vivan en la misma casa, pues la ley no lo exige.

En el caso de los curadores, éstos van a responder únicamente cuando se trate de curadores generales o interinos, pues son los únicos que pueden tener al pupilo bajo su dependencia y cuidado. Por consiguiente, quedan excluidos de la regla los curadores ad-

¹²¹ ALESSANDRI, ob. cit. N° 245, pág. 339.

juntos, de bienes y especiales, pues todos estos tienen que ver con los bienes y no con la persona del pupilo.

No se debe olvidar que si el pupilo es alguno de los incapaces indicados en el 2319 (dementes, infantes o menor de 16 años que actuó sin discernimiento), el tutor o curador no va a responder de sus hechos, salvo en cuanto se les probare su propia negligencia (art. 2319 inc. 1º).

53. Responsabilidad de los jefes de colegios por el hecho de sus discípulos.

El artículo 2320 inciso 4º establece que “los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de sus discípulos, mientras estén bajo su cuidado”.

Respecto de esta causal, cabe tener presente:

a) que esta responsabilidad se produce únicamente cuando el hecho ilícito ocurre mientras el discípulo está bajo el cuidado del colegio, lo que normalmente va a ocurrir desde que el alumno ingresa hasta que sale del establecimiento, a menos que el colegio haya asumido el deber de cuidado como podría ser el caso de los paseos de curso, o cuando los alumnos son llevados a sus casas en vehículos del mismo colegio;

b) que esta responsabilidad no tiene relación con la edad del discípulo;

c) que este caso no cubre los daños que el discípulo se pueda causar a sí mismo, pues debe recordarse que se está tratando de los casos de responsabilidad por hecho ajeno. De modo que si el alumno se accidenta en el colegio, podrá existir responsabilidad contractual del establecimiento si se estima que el contrato de educación engendra la obligación de seguridad; o, en caso contrario, responsabilidad extracontractual directa —no compleja— del colegio si el hecho se debe a culpa o a negligencia de éste;

d) esta presunción tiene aplicación cualquiera sea el colegio, esto es, cubre desde educación parvularia a universitaria, sin importar si se trata de un establecimiento gratuito o pagado; y la responsabilidad corresponde a los jefes de los colegios o escuelas, cualquiera sea su denominación (Directores, Rectores, etc).

En relación con esta presunción, la Corte de Santiago en sentencia de 22 de julio de 1997, ha dicho que “si por mandato del artículo 2320 del Código Civil, los jefes de los colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras estén bajo su cuidado, no se advierte razón lógica alguna para que los mismos jefes de los colegios y escuelas no deban responder igualmente del hecho de sus dependientes o de otros terceros cuando los ofendidos o víctimas hayan sido precisamente los discípulos y educandos mientras se hallaban bajo su obligación de cuidado, de protección y de guarda” y agrega “La responsabilidad del ‘sostenedor’ del establecimiento educacional, en el caso de autos, emana por otra parte no sólo de la ley positiva antes referida, sino además de la obligación de seguridad que, por su naturaleza ha engendrado con cargo al sostenedor, y en beneficio del educando ‘el ingreso’ de éste al plan regular de educación ‘formal’ del institutò de enseñanza de que se trata. En este caso, esa obligación de seguridad con cargo al Colegio y a su sostenedor tiene así su fuente en la ley –como ya se dijo–, concepto dentro del cual ha de entenderse ese desarrollo ‘moral’, ‘espiritual’ y ‘de personalidad’, y de esas ‘potencialidades físicas, afectivas e intelectuales’ que constituyen la esencia y el contenido mismo de esos particulares y precisos preceptos normativos...”.¹²²

¹²² *Gaceta Jurídica* N° 205, año 1997, pág. 136, consid. 3°.

54. Responsabilidad de los artesanos y empresarios por el hecho de sus aprendices o dependientes.

Por “artesano” según el diccionario, debemos entender a la persona que ejercita un arte u oficio meramente mecánico; y por “empresario”, según el mismo diccionario, la “persona que por concesión o por contrata ejecuta una obra o explota un servicio público” o “la persona que abre al público y explota un espectáculo o diversión”.

Respecto a este caso, deberá tenerse presente:

a) que esta responsabilidad sólo se produce si el aprendiz o dependiente se encuentra bajo la dependencia o cuidado del artesano o empresario;

b) que no cubre los daños que el aprendiz o dependiente se cause a sí mismo. Si estas personas se accidentan, se aplicarán reglas de la responsabilidad contractual si había contrato de trabajo (por aplicación del 184 del Código del Trabajo) o las de la responsabilidad extracontractual directa (no compleja); y

c) que esta responsabilidad cesa si los empresarios o artesanos prueban que no pudieron impedir el hecho “con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere” (art. 2320 inc. final).

55. Responsabilidad de los amos por el hecho de sus criados o dependientes.

Según el artículo 2322 “los amos responderán de la conducta de sus criados y sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya producido a su vista” (inc. 1°).

El fundamento de esta responsabilidad es “*la culpa in eligendo*” y “*la culpa in vigilando*” que se atribuye al amo: la ley presume que si un criado o sirviente comete un delito cuasidelito en el ejercicio de sus funciones, es porque aquél no lo vigiló o dirigió de-

bidamente o porque eligió como tal a un individuo incompetente o sin las condiciones requeridas.¹²³

Respecto del caso que estamos tratando, deberá tenerse presente:

a) que el amo sólo responde si el hecho lo realiza el criado o sirviente en el ejercicio de sus respectivas funciones. De consiguiente, si no hay nexo de causalidad entre esas funciones y el daño, no hay responsabilidad compleja;

b) no responde el amo si prueba que el criado o sirviente cuando causó el daño ejercía sus funciones de un modo impropio, que no tenía medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente. En este caso toda la responsabilidad recaerá sobre dichos criados o sirvientes (art. 2322 inc. 2°).

En relación con esta disposición se ha fallado que “los artículos 2320 y 2322 indican respectivamente: toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que se tuvieren a su cuidado” y “los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones y esto aunque el hecho de que se trata no se haya ejecutado a su vista. Que así las cosas, los sentenciadores concluyen que la acción indemnizatoria del actor debe ser acogida, puesto que se encuentra establecido que la lesión del menor Mario Ernesto Aburto Free -Informe de fs. 148- se produjo mientras se encontraba hospitalizado en la clínica demandada, atendido por personal de dicha entidad y bajo su responsabilidad”.¹²⁴

¹²³ ALESSANDRI, ob. cit. N° 294, pág. 375.

¹²⁴ Corte de Santiago, *Gaceta Jurídica* 199, pág. 89.

56. Presunciones de responsabilidad por hechos de las cosas.

El dueño o el que se sirve de una cosa, debe cuidar que ésta se mantenga en buen estado para no causar daños a terceros, de tal suerte que si alguno se produce se presume su culpabilidad.

57. La responsabilidad por el hecho de las cosas es taxativa.

Ocurre lo contrario de lo que sucede con la responsabilidad por hecho ajeno, en que el artículo 2320 se limita a poner ejemplos. Aquí los casos son taxativos. Ello, porque falta aquí una norma como la del inciso 1° artículo 2320.

El código trata las siguientes situaciones:

A) daño causado por un animal (arts. 2326 y 2327);

B) daño ocasionado por la ruina de un edificio (arts. 2323 y 2324), y

C) daño causado por una cosa que se cae o se arroja de la parte superior de un edificio (art. 2328).

58. Responsabilidad por el hecho de los animales.

La ley regula dos situaciones: la primera en el artículo 2326 y la segunda en el art. 2327.

El artículo 2326 prescribe: “El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el mismo animal, aun después que se haya soltado o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal” (inc. 1°). “Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra del dueño, si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado o prudencia debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento” (inc. 2°).

El artículo 2327 se refiere al daño causado por un animal fiero. Dice: “El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño no será oído”. En relación con este último caso, deberá tenerse presente:

1. que se entiende por animal fiero el animal feroz o peligroso, como los leones, tigres, etc. Animal fiero no es sinónimo de animal salvaje o bravío, pues por tal el art. 608 entiende “los que viven libres e independientes del hombre (ej. los conejos silvestres)”;

2. que la responsabilidad es de quien tiene el animal, aunque no sea el dueño ni se sirva de él, y

3. que la presunción de culpabilidad del que tiene el animal es de derecho, pues no admite prueba en contrario. Algunos piensan que se trata de un verdadero caso de responsabilidad objetiva, puesto que se debe indemnizar prescindiéndose del elemento culpabilidad.

59. Responsabilidad por los daños provenientes de la ruina de un edificio.

Trata de esta presunción de responsabilidad el artículo 2323: “El dueño de un edificio es responsable a terceros (que no se hallen en el caso del artículo 934), de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia” (inc. 1º). “Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización a prorrata de sus cuotas de dominio” (inc. 2º).

La frase que el inciso 1º contiene entre paréntesis: “que no se hallen en el caso del artículo 934”, significa que si la víctima es un vecino, sólo se le va a indemnizar si hubiere notificado la correspon-

diente querrela de otra ruinoso. Ello, porque en su condición de vecino debió interponer esta acción para que el edificio fuere demolido o reparado. Si no lo hizo actuó negligentemente y, por ello, producido el daño, no tiene derecho a demandar indemnización.

Para terminar con este punto, señalemos que si la ruina del edificio proviene exclusivamente de una fuerza mayor o caso fortuito (terremoto, incendio, derrumbe de un edificio vecino, etc.) no opera la regla del artículo 2323, pues tal ruina no se debe al hecho de “haberse omitido las necesarias reparaciones o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia”.

60. Ruina proveniente de un vicio de construcción.

Esta situación la reglamenta el artículo 2324: “Si el daño causado por la ruina de un edificio proviniera de un vicio de construcción, tendrá lugar la responsabilidad prescrita en la regla 3ª del artículo 2003”, esto es, responderá el empresario que hizo la obra o suministró los materiales. También responderá en este caso el que se encargó de la construcción del edificio en calidad de arquitecto (art. 2004). Corral Talciani señala que “Pueden ser demandados directamente por el perjudicado tanto el constructor como los proyectistas (o arquitectos). Aunque la norma parece restringirse a los contratos de construcción pactados a suma alzada, la norma del artículo 2324 extiende su régimen a todo edificio cualquiera sea la modalidad del contrato de construcción”.¹²⁵ Según Corral, la ley N° 19.472 “ha contribuido a aclarar y ordenar un poco mejor el régimen de la responsabilidad civil por daños en la actividad de la construcción, centralizando en el propietario primer vendedor

¹²⁵ Hernán CORRAL, *Responsabilidad civil extracontractual en la construcción*, artículo publicado en *Gaceta Jurídica* 223, año 1999, pág. 31.

el deber de reparar y estableciendo una suerte de responsabilidad objetiva parcial a favor de los perjudicados".¹²⁶

61. Responsabilidad por el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio.

Este caso lo trata el artículo 2328, en los siguientes términos: "El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable esta sola" (inc. 1°).

Para que opere la norma recién transcrita es necesario, entonces, de la concurrencia de los siguientes requisitos: 1. Que el daño lo cause una cosa que cae o se arroja de un edificio; 2. Que dicha cosa caiga o se arroje de la parte superior de un edificio; y 3. Que esa parte del edificio esté habitada.¹²⁷

La cosa que cae no puede ser parte del mismo edificio (caída de una cornisa, por ejemplo), pues en tal caso nos encontraríamos en la situación prevista en el artículo 2323.

62. Acción popular para evitar la caída de una cosa de la parte superior de un edificio.

El inciso 2° del artículo 2328 establece que "Si hubiere alguna cosa que, de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado, amenace caída y daño, podrá ser obligado a removerla el due-

¹²⁶ Hernán CORRAL, ob. cit., pág. 41.

¹²⁷ ALESSANDRI, ob. cit. N° 364.

ño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa o que se sirviere de ella; y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción". Este es un caso en que la ley considera el daño eventual, para los efectos de precaverlo, no de indemnizarlo.

63. Causales eximentes de responsabilidad.

Según Alessandri, el autor del daño no está obligado a indemnizar, en dos casos: cuando ha habido ausencia de dolo o culpa y cuando se hubiere establecido una cláusula de irresponsabilidad. Señala como ejemplos de la primera situación el caso fortuito o la fuerza mayor, la orden de ley o de la autoridad legítima, la violencia física o moral, la legítima defensa, el estado de necesidad, la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, las inmunidades de que gozan ciertas personas.

En términos generales, se puede afirmar que no hay obligación de indemnizar si a pesar de haberse causado un daño, la conducta del agente no es antijurídica, como podría ser el caso del médico que por salvar a la madre deba matar a la criatura que lleva en su seno; o la del que se ve obligado a destruir una vivienda para evitar la propagación del fuego de una casa vecina. Detengámonos en el caso fortuito o fuerza mayor.

64. Caso fortuito o fuerza mayor.

Como es sabido, está definido en el artículo 45 del Código Civil como "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

Sus características son ser *imprevisto*, es decir, que no haya razones para estimar que el hecho va a ocurrir es *irresistible*, o sea,

que no es posible evitar sus consecuencias. Por excepción, se responde del caso fortuito, en la situación contemplada en el artículo 2327: es el caso del daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.

Henry y Léon Mazeaud y André Tunc señalan que debe distinguirse entre caso fortuito y ausencia de culpa. Y para ello se valen de un ejemplo que nos parece muy ilustrativo donde no existe caso fortuito por faltar los requisitos recién señalados. Se trata del caso de una persona que es herida fuera del campo de juego, por una pelota de tenis lanzada por un jugador; la insuficiencia de altura de la red metálica de cierre es la causa del accidente. Explican que “la víctima no tiene que molestarse mucho para demostrar que el autor del daño no puede alegar la fuerza mayor: ningún acontecimiento imprevisible e irresistible ha obligado al jugador a proyectar la pelota en un campo de juego cuyo cierre no medía la altura. Pero está claro que por eso sólo no está probada la culpa del jugador; la víctima deberá probar no sólo que le era posible no jugar al autor del daño, sino además que un jugador prudente de tenis no habría arrojado la pelota; lo cual es muy diferente”.¹²⁸

65. Cláusula de irresponsabilidad.

Se le define como “aquella por la cual la futura víctima releva totalmente al futuro autor del daño de su obligación de repararlo si éste llega a producirse”.¹²⁹

¹²⁸ *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil*, T. I, Vol. II, Edic. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, N° 631, pág. 327.

¹²⁹ ALESSANDRI, ob. cit. N° 542, pág. 631.

En la responsabilidad contractual se aceptan en virtud de lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, sin más límites que el que no pueden significar una renuncia anticipada del dolo o a la culpa grave (por equivaler esta última al primero, art. 44 inc. 2° del Código Civil). La pregunta que cabe formular es si se deben admitir este tipo de cláusulas en la responsabilidad extracontractual.

Para dar adecuada respuesta a esta interrogante, Pablo Rodríguez distingue entre los daños a las personas y a las cosas y los que provienen de la comisión de un delito o cuasidelito. Les niega valor a las cláusulas de irresponsabilidad o responsabilidad atenuada en materia delictual civil, porque “es principio de orden público que la condonación del dolo futuro no vale. Si ello se aceptara se estaría contraviniendo lo previsto en el artículo 1465 del Código Civil y, lo que es más importante, se admitiría la regulación de un hecho contrario a derecho y, por lo mismo, al margen de toda reglamentación” (ob. cit., pág. 468). También les niega valor cuando proviene de un hecho ejecutado con culpa inexcusable o cuando se trata de daños en la persona. El fundamento en este último caso es que la persona humana no está en el comercio humano, de tal suerte que no puede disponerse en modo alguno de su integridad, salvo que se trate de la donación de órganos a donantes vivos, autorizada expresamente por la ley N° 19.451 de 10 de abril de 1996.¹³⁰

Las cláusulas que presentan problema son aquellas en que se libera de responsabilidad por daños causados en una cosa por culpa excusable (es decir, con ausencia de dolo o culpa grave). Su validez es discutible. Alessandri les da valor por no estar prohibidas por la ley ni contravenir el orden público.¹³¹ Opinión contraria sustenta Pablo Rodríguez, fundado en que “los derechos que con-

¹³⁰ Pablo RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 468.

¹³¹ ALESSANDRI, ob. cit. N°s. 553 al 558, págs. 640-641.

fieren los artículos 2314 y siguientes del Código Civil no miran sólo al interés individual del titular y, por lo mismo, no pueden ellos renunciarse anticipadamente por medio de una cláusula de irresponsabilidad¹³². Personalmente, nos parece más ajustada a derecho esta última opinión.

66. Existencia de un daño.

El tercer requisito de la responsabilidad extracontractual es la existencia de un daño. No se trata, sin duda, de un requisito menor, desde que precisamente lo que se indemniza es el daño producido a la víctima. Tan fundamental es que se ha sostenido que “el daño, más que elemento de responsabilidad civil, es un presupuesto de ella, sea contractual o extracontractual”.¹³³ En el mismo sentido Díez,¹³⁴ y la jurisprudencia.¹³⁵ Prácticamente todos los artículos del Título XXV hacen referencia a esta exigencia. Sin duda los más explícitos son el 2314: “el que ha cometido un delito o cuasidelito *que ha inferido daño a otro...*”; y el 2329 “Por regla general *todo daño* que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...”.

La doctrina ha tratado de precisar en qué consiste realmente este requisito. Y las opiniones son variadas. Así, para Arturo Alessandri, “daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.” El daño supone la destrucción o dismi-

¹³² Ob. cit., págs. 470-471.

¹³³ Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista*. Rev. Der. Universidad de Concepción N° 188, pág. 126.

¹³⁴ José Luis Díez, ob. cit., pág. 27.

¹³⁵ Corte Suprema T. 65, sec. 4ª, pág. 323; Corte Temuco, T. 69, sec. 4ª, pág. 66.

nución, por insignificante que sea, de toda ventaja, beneficio patrimonial o extrapatrimonial de que goza un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son indiferentes, la ley no las considera. Y agrega que “no es necesario que el perjuicio, detrimento o menoscabo consista en la lesión o pérdida de un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora”.¹³⁶ Fueyo entiende por daño “la *violación de uno o de varios derechos subjetivos* que integran la personalidad jurídica de un sujeto”.¹³⁷ Según José Luis Díez, para que haya daño basta un menoscabo, detrimento, lesión, molestia o perturbación de *un simple interés* del que sea titular una persona o la situación de hecho en que se encuentre.¹³⁸ En parecidos términos se pronuncia Ramón Domínguez Águila.¹³⁹

Como se puede apreciar, para algunos el daño supone la lesión de un derecho subjetivo. En cambio, para otros, la mayoría, basta que se afecte un interés del sujeto, que Díez define como “todo lo que es útil, cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal que sea un bien para que el sujeto satisfaga una necesidad, cause felicidad y rechace un dolor” (ob. cit., pág. 25). Pero este interés tiene además que ser lícito o legítimo¹⁴⁰ Domínguez¹⁴¹, Pablo Rodríguez¹⁴² Díez.¹⁴³

¹³⁶ Ob. cit. N° 138, pág. 210.

¹³⁷ Fernando FUEYO L. *Cumplimiento o Incumplimiento de las Obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, págs. 23-24.

¹³⁸ José Luis Díez: *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Edit. Jurídica de Chile, págs. 23-24.

¹³⁹ Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Consideraciones en torno al daño en la Responsabilidad Civil. Una visión comparatista*. Rev. Der. Universidad de Concepción, N° 188, pág. 125.

¹⁴⁰ ALESSANDRI, ob. cit., pág. 212.

¹⁴¹ Ramón DOMÍNGUEZ, ob. cit., pág. 137.

¹⁴² Pablo RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 260.

¹⁴³ José Luis Díez, ob. cit., pág. 48.

Y esta exigencia de que el interés sea lícito o legítimo, se ha planteado reiteradamente tanto en la doctrina nacional como extranjera a propósito de diversas situaciones, especialmente tratándose de indemnizaciones demandadas por concubinos. Al respecto, Alessandri es categórico en afirmar que en tal caso no proceden las indemnizaciones demandadas¹⁴⁴; en cambio Pablo Rodríguez¹⁴⁵, admite que el interés no es legítimo en los casos del concubinato de personas obligadas por vínculo matrimonial, pero lo considera legítimo en la situación contraria. En parecidos términos se pronuncia Díez.¹⁴⁶ Una sentencia de la Corte de Concepción, de 4 de diciembre de 2000, aceptó, sin hacer distinciones, el pago de una indemnización por la muerte de la concubina producida en un accidente.¹⁴⁷

67. Requisitos del daño.

Para que el daño sea indemnizable, debe cumplir diversos requisitos:

a) debe ser ocasionado por una persona distinta del ofendido y ello explica que el monto de la indemnización se reduzca si en el hecho hubo responsabilidad de la víctima (art. 2330);

b) debe ser anormal, de donde se sigue que no dan derecho a indemnización aquellas molestias propias de la vida en sociedad, como serían, por ejemplo, los ruidos molestos producidos con motivo de la construcción de un edificio;

c) debe afectar un interés lícito de la víctima, requisito éste estudiado en el punto anterior;

¹⁴⁴ Ob. cit. N° 138, pág. 212.

¹⁴⁵ Pablo RODRÍGUEZ, ob. cit., págs. 263-264.

¹⁴⁶ Ob. cit., pág. 53.

¹⁴⁷ *Fallos del Mes* 496. Pág. I. En el mismo sentido, *Gaceta de los Tribunales*, 1945, 1^{er} semestre, pág. 232.

d) el daño debe ser cierto;

e) el daño debe ser directo, y

f) no debe encontrarse reparado.

Estudemos estos tres últimos requisitos.

68. El daño debe ser cierto.

Así lo entiende la doctrina: Pablo Rodríguez,¹⁴⁸ Díez,¹⁴⁹ Alessandri¹⁵⁰. Este requisito se desprende del empleo de diversas formas verbales, “inferido”, “causado”, “sufrido”, contempladas en los artículos 1437, 2314, 2315, 2318, 2319, 2325 a 2328.

Es indemnizable tanto el daño presente como el daño futuro, con tal que sean ciertos. Por consiguiente, no procede indemnizar el daño eventual o hipotético, sin perjuicio de que se considere para otros efectos (acción popular en los casos de los artículos 948, 2328 inc. 2° y 2333). Este requisito adquiere especial connotación en el caso de la indemnización del lucro cesante por cuanto éste, por su propia naturaleza, presenta ciertos visos de incertidumbre, que ha llevado a Gatica Pacheco a sostener que “la prueba que al respecto se rinda no puede ser examinada con el mismo rigor que tratándose del daño emergente”.¹⁵¹

En relación con este punto, en doctrina se plantea si debe indemnizarse la pérdida de “una chance”, entendida ésta como “una expectativa de ganancia o una probabilidad más o menos cierta de pérdida”.¹⁵² Ramón Domínguez Águila, comentando una senten-

¹⁴⁸ Ob. cit., pág. 265.

¹⁴⁹ Ob. cit., pág. 31 y páginas 54 y siguientes.

¹⁵⁰ Ob. cit., pág. 139 y págs. 213 y siguientes.

¹⁵¹ Sergio GATICA PACHECO. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Edit. Jurídica de Chile, 1959 N°s. 80 y 81, págs. 107 a 110.

¹⁵² Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Rev. Der. Universidad de Concepción* N° 188, pág. 150.

cia de la Corte de Concepción, precisa que la reparación de una chance “no equivale a reparar un daño hipotético, sino uno que es cierto, en cuanto la probabilidad puede ser también un valor apreciable en dinero, es decir, con valor patrimonial”.¹⁵³ Volveremos sobre el punto cuando examinemos la valorización del lucro cesante.

69. El daño debe ser directo.

Ello significa que debe ser la consecuencia inmediata y necesaria del hecho que la provoca. Este requisito se verá cuando se estudie el nexo causal.

70. El daño no debe encontrarse reparado.

Parece evidente que si el daño ha sido reparado, la víctima no puede pretender que se le vuelva a indemnizar, pues importaría un enriquecimiento sin causa. Este requisito cobra importancia en materia de seguros (arts. 517, 532, 534, 553 del Código de Comercio).

71. Naturaleza de los daños.

El artículo 2329 inciso 1° expresa que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, de donde se desprende que deben ser indemnizados tanto los daños materiales como los morales.

72. Daño material.

El daño material “consiste en una lesión pecuniaria, en una disminución del patrimonio”¹⁵⁴. Pablo Rodríguez agrega que se

¹⁵³ Rev. Der. Universidad de Concepción N° 206, pág. 169.

¹⁵⁴ ALESSANDRI, ob. cit. N° 143, pág. 220.

debe indemnizar tanto el daño presente como el futuro, siempre que se tenga la certeza que se producirá; si no existe tal certeza el daño es incierto y no es indemnizable¹⁵⁵. La doctrina entiende que este daño puede recaer tanto en la persona como en las cosas, pues la ley no distingue, y porque ello se desprende tanto del artículo 44 inciso final del Código Civil, que define dolo “como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, como del artículo 2329 que hace indemnizable “todo daño”. Esta distinción, sin embargo, cobra importancia cuando se trata de avaluarlo.

Para evitar confusiones, parece de interés señalar que el daño en la persona puede ser tanto material como moral, y será del primer tipo cuando incapacita a la víctima para trabajar o le limita su capacidad de trabajo. Se ha fallado que “la pérdida de una pierna ocasiona no sólo daños de orden material por la falta de ella –falta que trae como consecuencia una disminución de la capacidad para trabajar y aun para vivir– sino que produce también una disminución de la capacidad psíquica del individuo, por cuanto se ve en situación precaria, de lisiado, que lo puede llevar hasta la mendicidad y que lo mantiene en un estado de pesadumbre y sufrimiento...”¹⁵⁶

El daño material puede ser de dos clases: daño emergente y lucro cesante, distinción que si bien el código hace a propósito de la responsabilidad contractual –artículo 1556– es también aplicable a la responsabilidad extracontractual.

73. Daño emergente.

Es el detrimento patrimonial efectivo que sufre la víctima. Así, por ejemplo, constituye daño emergente el menor valor del ve-

¹⁵⁵ Pablo RODRÍGUEZ, ob. cit., págs. 289-290.

¹⁵⁶ T. 32, sec. 1°, pág. 10.

hículo chocado. Como dice Rodríguez Grez, “es la diferencia que se produce en el activo del patrimonio de una persona, como consecuencia del ilícito civil, entre su valor original (anterior al hecho que se reprocha) y el valor actual (posterior al mismo hecho)”.¹⁵⁷

74. Lucro cesante.

Consiste en la privación de una ventaja económica que, como consecuencia del ilícito, la víctima no va a poder lograr. Siempre constituye un daño futuro y, por lo mismo, es difícil calcularlo.

75. Daño moral.

El Código Civil no contempló la indemnización del daño moral. Han sido los tribunales los que, por razones de equidad, lo fueron incorporando a nuestro mundo jurídico. En el caso de la responsabilidad extracontractual, lo fundaron en el artículo 2329 inciso 1º: “por regla general *todo daño* que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”. Díez menciona una sentencia de la Corte de Santiago, de 27 de julio de 1907, como la primera que acogió una demanda por daño moral extracontractual.¹⁵⁸ Por faltar en la responsabilidad contractual una disposición equivalente al artículo 2329, los tribunales durante muchos años se negaron a admitir la indemnización del daño moral cuando se incumplía un contrato.

Hoy parece insostenible mantener una postura contraria a la reparación del daño moral tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual, dentro del ordenamiento jurídico chileno.

¹⁵⁷ Ob. cit., pág. 291.

¹⁵⁸ Ob. cit., pág. 94 (Rev. Der. y Jur. T. 4º, sec. 2ª, pág. 139).

Como expresa Carmen Domínguez H., “por lo pronto, el marco constitucional actual favorece toda interpretación amplificadora de la tutela personal al consagrar, como primera garantía, en el artículo 19 ‘el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona’ (Nº 1) y ‘el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia’ (Nº 4) y a cuyo respecto están obligados todos los ciudadanos, todos los poderes del Estado y, por ende, todos los tribunales, de forma que bien puede afirmarse que, en la actualidad, la reparación del daño moral tiene base constitucional. Esta es una conclusión que se impone a partir del artículo 6º de la Constitución, que consagra lo que algunos denominan el principio de la legalidad constitucional, en conformidad al cual toda autoridad ha de obedecer primeramente la norma constitucional y ha de someterse a ella”.¹⁵⁹

Inspirada en estas ideas, la Corte de Antofagasta, en sentencia del 10 de octubre de 2000,¹⁶⁰ precisó que “el daño moral, nacido al amparo de preclaras decisiones jurisprudenciales, aparece recogido más allá del basamento constitucional recién citado en algunas leyes nacionales específicas: Ley sobre Accidentes del Trabajo Nº 16.744, artículo 69 letra b) y en la especie que se refiere precisamente a esta causa, en el artículo 3º letra e) de la Ley Nº 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor”.¹⁶¹

La Corte de Concepción, en sentencia del 2 de noviembre de 1989, acogió una demanda por daño moral en favor de una perso-

¹⁵⁹ Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO: *El daño moral*, Edit. Jurídica de Chile, 2000, T. I, pág. 360.

¹⁶⁰ *Gaceta Jurídica* 268, pág. 115.

¹⁶¹ Corte de Concepción, causa rol 697.89, comentada por los profesores Ramón DOMÍNGUEZ BENAVENTE y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Rev. Derecho Universidad de Concepción* Nº 190, pág. 148.

na jurídica. El caso planteado era el siguiente “un banco, equivocadamente, hizo protestar una letra de cambio que le había sido pagada, protesto que se publicó en el Boletín Comercial. En el juicio la entidad bancaria argumentó que las personas jurídicas no podían ser víctimas de daño moral, argumento que fue desestimado por la Corte. La Corte Suprema desechó la casación”. Los profesores Domínguez, comentando esta sentencia, aclaran que se debe distinguir entre las diversas especies de daño moral. En algunos casos puede referirse a atributos exclusivos del ser humano, como cuando se invoca el “pretium doloris”. Pero, en otros, como ocurre en este caso, el daño moral es la lesión al honor, atributo que también se da en las personas jurídicas con la denominación de prestigio o reputación. Citando a Henry y León Mazeaud, los comentaristas precisan que, si bien la persona jurídica no tiene corazón, tiene un honor y consideración.

76. Concepto de daño moral.

La primera cuestión que debe analizarse es lo que se entiende por daño moral. Y al respecto hay distintas posiciones que se pueden resumir del modo siguiente:

a) Tesis según la cual el daño moral consiste y encuentra su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona. Como observa Díez Schwertter¹⁶² “se toma el término dolor en un sentido amplio, comprensivo del miedo, la emoción, la vergüenza, la pena física o moral ocasionada por el hecho dañoso”, agregando que entendido así, el perjuicio moral no es más que el pretium doloris, o “dinero o precio del llanto”. Este

¹⁶² Díez, ob. cit., pág. 82.

autor cita numerosas sentencias que siguen este criterio: T. 60 sec. 4ª pág. 55; T. 68, sec. 4ª pág. 168, T. 70 sec. 4ª pág. 65, Gaceta Jurídica 108, pág. 82; T. 81, sec. 4ª pág. 140; T. 81, sec. 4ª pág. 35; T. 80, sec. 1ª pág. 128. La Corte de Santiago en sentencia del 16 de junio de 1999, siguió esta línea y resolvió “que siendo la demandante una persona jurídica, esto es, un ente ficticio creado por la ley, no cabe considerársela como sujeto de sufrimiento, dolor, angustia o cualquier otra lesión a los sentimientos propios de una persona natural, sentimientos que esta parte ha invocado como fundamento del daño moral cuya indemnización persigue. Tampoco se acreditó que la circunstancia del protesto indebido del documento de que se trata haya trascendido en el ambiente comercial en que ella se desenvuelve en términos de producir un menoscabo en su buena fama comercial, más aún si se considera que no se probó que el protesto se hubiese publicado en el Boletín de Informaciones de la Cámara de Comercio”.¹⁶³

Esta es la teoría aceptada mayoritariamente en nuestro país¹⁶⁴. Sin embargo, es objeto de varias críticas, entre otras, que no es aplicable a las personas jurídicas, por cuanto éstas no pueden experimentar dolor; y además porque no cubre todos los perjuicios extrapatrimoniales, quedando excluidos, por ejemplo, los estéticos o las molestias causadas por la alteración en las condiciones de vida.

b) Doctrina según la cual el daño moral importa una lesión a un derecho extrapatrimonial de la víctima. Los que la sustentan hacen la distinción entre los daños materiales y morales. Los que causan agravio a los primeros originan un daño patrimonial, en

¹⁶³ Gaceta Jurídica N° 228, pág. 71, consid. 11. En el mismo sentido T. 99 sec. 1ª, pág. 309.

¹⁶⁴ ALESSANDRI, ob. cit. N° 143, pág. 220.

tanto que el atentado a los segundos engendra un daño extrapatrimonial o moral.¹⁶⁵

Este criterio está contenido en sentencia de la Corte Pedro Aguirre Cerda de 26 de diciembre de 1983:¹⁶⁶ "...es aquel que se causa con motivo de un hecho ilícito, siempre que se afecte o vulnere un derecho extrapatrimonial de la persona, en cuyo caso debe hacerse la reparación preferentemente en forma no pecuniaria, restituyéndose al damnificado al estado anterior a la lesión y, subsidiariamente, por no permitirlo de otro modo las circunstancias, mediante una cantidad de dinero que se fija discrecionalmente por el juez conforme a la equidad. Esta reparación es acumulable con la del daño patrimonial que proceda". Sustenta esta tesis Fernando Fueyo, redactor de la sentencia recién citada.¹⁶⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado que "el daño moral puede comprender sufrimientos y aflicciones a las víctimas directas y allegados y menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones no susceptibles de medición pecuniaria".¹⁶⁸

Díez Schwerter critica esta postura porque: "a) en ciertos casos la lesión a un derecho extrapatrimonial genera, a más del consiguiente perjuicio moral, un daño patrimonial". Como ocurre, ejemplo -agrega- en la mayoría de los atentados contra la vida, salud o integridad física de las personas (los más preciados derechos extrapatrimoniales), que de ordinario acarrearán daños emergentes (por ejemplo, gastos médicos o fúnebres) y lucro cesante (lo que la víctima directa o indirectamente dejó de percibir a raíz del

¹⁶⁵ Díez, ob. cit., pág. 85.

¹⁶⁶ *Gaceta Jurídica* N° 46, pág. 93, considerando 8.

¹⁶⁷ *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Edit. Jurídica de Chile, 1990, págs. 94 y siguientes.

¹⁶⁸ T. 98, sec. 6°, pág. 67.

hecho ilícito) y b) porque no es sostenible "dentro de un sistema positivo como el nuestro, en donde no existe disposición legal alguna que exija la lesión de un derecho (sea patrimonial o extrapatrimonial) para que se configure un daño".¹⁶⁹

c) Tesis según la cual, para que haya daño moral basta que se lesione un interés extrapatrimonial de la víctima, definidos por Díez como aquellos "que afectan a la persona y lo que tiene la persona pero que es insustituible por un valor en moneda, desde que no se puede medir con ese elemento del cambio".¹⁷⁰⁻¹⁷¹

Para Pablo Rodríguez "existen intereses que, aun cuando no conformen derechos subjetivos, por representar preferencias, proyectos, expectativas, deseos, etc., de la persona humana y no contradecir el sistema jurídico positivo, pueden provocar un daño cuando son negados o conculcados por un hecho imputable a otro sujeto". El daño moral -afirma- "afecta, por lo mismo, a los *derechos* extrapatrimoniales como a los *intereses* extrapatrimoniales que están integrados a la persona como tal y, por lo tanto, su lesión puede importar un perjuicio reparable".¹⁷²

77. Valoración y prueba de los perjuicios.

¿Cómo se avalúan los perjuicios? Se debe distinguir entre el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral:

a) **Valoración y prueba del daño emergente.** El daño emergente por su propia naturaleza no crea problemas. Podrá probarse

¹⁶⁹ Ob. cit., págs. 87-88.

¹⁷⁰ Ob. cit., pág. 88.

¹⁷¹ Esta doctrina la sustentan entre nosotros Pablo RODRÍGUEZ (ob. cit., págs. 304 y siguientes); José Luis Díez (ob. cit., págs. 88-89); en Argentina, Eduardo ZANNONI, y en Italia Adriano de CUPIS ("El daño", Edit. Bosch, Barcelona, segunda edición págs. 82 y siguientes) y fue acogida por la Corte Suprema en sentencia de 16 de octubre de 1970 (T. 67, sec. 4°, pág. 424).

¹⁷² Pablo RODRÍGUEZ, ob. cit., págs. 305-306.

con facturas de hospital, peritajes, testigos, etc., según el ilícito de que se trate. La prueba testimonial no tiene las limitaciones de los artículos 1709 y 1710 del Código Civil, por cuanto éstas sólo rigen para la prueba de los actos y contratos;

b) **Valoración y prueba del lucro cesante.** En el caso del lucro cesante, la valoración es más difícil, por su naturaleza eventual. Sergio Gatica expresa que “el lucro cesante, a diferencia del daño emergente, es difícil de establecer, por su carácter esencialmente eventual que lo transforma en un principio jurídico lleno de vaguedades e incertidumbres”.¹⁷³

Es corriente, en el caso de accidentes laborales, que se demande como lucro cesante lo que la víctima podría haber ganado de haber seguido trabajando hasta el término de su vida laboral. Así ocurrió, por ejemplo, en un caso que falló la Corte de Concepción. Se trataba de una persona que se vio obligada a jubilar a los 45 años de edad, por haber padecido un accidente laboral. Estimó el actor que le correspondía por lucro cesante la diferencia entre lo que estaba ganando al momento de ocurrir el accidente y lo que quedó percibiendo como pensión de jubilación, y ello por el tiempo que le faltaba para cumplir los 65 años de edad en que habría podido jubilar con tiempo completo. La sentencia dijo que “la forma de calcular el perjuicio por el concepto que se analiza –lucro cesante– sería exacta si hubiera la certeza de que el actor viviría hasta cumplir los 65 años de edad y que durante todo ese tiempo mantendría su trabajo, circunstancias ambas imposibles de determinar”. En seguida, la Corte, siguiendo a Isidoro Goldenberg¹⁷⁴ hizo el distingo entre el daño cierto que puede ser presente o futu-

¹⁷³ Ob. cit. N° 80, pág. 108.

¹⁷⁴ Isidoro GOLDENBERG *Indemnización de Perjuicios*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1993, págs. 247-248).

ro, pero que indefectiblemente se producirá, y los daños eventuales, agregando que sólo en el primer caso funciona la mecánica de la responsabilidad civil, que es un instituto reparador: las otras situaciones son hipotéticas, problemáticas, teñidas de incertidumbre, en fin, simples quimeras de las que el derecho se desentiende. Y siguiendo al mismo autor, agregó que en el suceder fáctico entre la mera posibilidad y la certidumbre, existe una zona intermedia, gris, que es la probabilidad suficiente, que es más que la posibilidad pero menos que la certeza, situación que se conoce en derecho como “chance”, y agregó que “los hechos en que el actor hace consistir el lucro cesante, caen dentro de esa zona gris de que habla Goldenberg y, por la misma razón, corresponde al fallador, en cada caso concreto sometido a su conocimiento, determinar el monto a pagar, considerando el mérito de autos”. Señala que por el carácter vago e incierto del lucro cesante, el legislador no ha establecido reglas sobre su apreciación, con el objeto de dejar su determinación sujeta a la prudencia del tribunal.¹⁷⁵

En relación con la pérdida de una chance, es interesante conocer la doctrina de dos sentencias dictadas por tribunales franceses, comentadas por los profesores Domínguez Benavente, Domínguez Águila y Domínguez Hidalgo.¹⁷⁶ En la primera de ellas se resolvió que debe repararse como pérdida de una chance el perjuicio sufrido por un estudiante que, a consecuencia de un accidente de la circulación, no ha podido presentarse a un examen, en el que, vistos sus antecedentes académicos, tenía grandes posibilidades de ser admitido (Corte de Apelaciones de Limoges, 2ª Cámara civil, 19 de octubre de 1995. J. C. P. 1995, IV, 897); y en la segunda

¹⁷⁵ Corte de Concepción, 12 de enero de 2002, causa “Sánchez Aguayo con Compañía Siderúrgica Huachipato”, rol laboral 167-99.

¹⁷⁶ *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 199, pág. 188.

se estableció que “debe repararse el daño consistente en la pérdida de una chance de evitar el robo en una casa, debido al desperfecto de un sistema de alarma que, al no funcionar, impidió la concurrencia oportuna de la policía” (Corte de Apelaciones de Dijon, 1ª Cámara, 21 de junio de 1995, J.C.P., 1995, IV, 173). Explican los comentaristas que en los casos recién indicados “se trata de situaciones muy claras en que no se ha reclamado por meras posibilidades demasiado hipotéticas, sino por chances u oportunidades muy evidentes de obtener un beneficio que, por el hecho culpable ajeno, se han perdido. Por lo tanto –agregan– esas chances tenían un carácter de certeza, si no les constituían en daños ciertos, tampoco eran puramente eventuales”.

78. Valoración y prueba del daño moral.

Si difícil es valorizar el lucro cesante, mayores problemas presenta cuantificar el daño extrapatrimonial dada su naturaleza netamente subjetiva. Por ello, la jurisprudencia nacional en forma reiterada ha venido estimando que es facultad de los jueces apreciarlo discrecionalmente.¹⁷⁷

La solución anterior con ser cómoda, es peligrosa en extremo, pues conduce a que para casos similares se fijen indemnizaciones muy diferentes, lo que resulta manifiestamente injusto. Cabe agregar que la situación que venimos reseñando ocurre en casi todas las legislaciones, sean de raíces romano-germánicas o del Common Law. Carmen Domínguez reproduce una serie de ejemplos extraí-

¹⁷⁷ Carmen DOMÍNGUEZ, cita una serie de fallos en ese sentido, ob. cit., pág. 663. En ese sentido Corte Suprema 29 de enero de 2002 Consid. 13, *Gaceta Jurídica* 259, pág. 17. Veáanse también C. Antofagasta 19 de junio de 2006, *Revista Leyes y Sentencias*, N° 21, pág. 97; Corte de Santiago. 16 de noviembre de 2006, *Revista Leyes y Sentencias* N° 30, pág. 56; C. Suprema 31 de mayo de 2005 (Rev. *Der. y Jur.* T. 102, Sec. 1ª, pág. 183).

dos del estudio realizado por McIntosh y Holmes que resultan muy ilustrativos sobre las diferencias de montos fijados en distintos países para casos similares. Así, señala que un mismo hecho da lugar en Portugal a una indemnización de 748,030 pesetas y en Irlanda a 30.787.030 pesetas, lo que arroja una diferencia de 40 veces (ob. cit., pág. 666). La misma autora señala que en las legislaciones más avanzadas, se hacen esfuerzos por acotar la materia, limitando las facultades de los tribunales. Cita los casos de España (Ley de Protección al Honor, Intimidad Personal y Familiar de 1982 y Ley de Propiedad Intelectual), de México cuyo Código Civil, en su artículo 1916 inc. 4º expresa “El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso”; y el de Argentina (art. 522 del Código Civil).¹⁷⁸

En Chile, la determinación del quantum queda entregada por entero, sin limitaciones, a los tribunales, con el agravante de que, al revés de lo que ocurre en la generalidad de los países, se admite que la fijación que hacen los tribunales de fondo pueda ser revisada por el tribunal de casación. La Excma. Corte Suprema, inspirada seguramente en el pensamiento atribuido a Carnelutti de que los tribunales de casación no sólo deben juzgar sino que también orientar para juzgar, se ha reservado la facultad de modificar el quantum, sea por la vía de la casación en el fondo o de la casación de oficio.

José Pablo Vergara Bezanilla estima que al no existir en nuestro derecho normas especiales sobre la prueba del daño moral, deben regir sin contrapeso las reglas generales. Por ello, para que el daño moral sea indemnizable se requiere, como ocurre con todo daño, que sea cierto o real y no meramente hipotético o eventual,

¹⁷⁸ Carmen DOMÍNGUEZ, ob. cit., T. II, págs. 663 y siguientes.

correspondiendo el peso de la prueba al actor.¹⁷⁹ En el mismo sentido, Corte de Santiago 9 de abril de 2007, Consid. 2º, (*Gaceta Jurídica* 322, pág. 200).

En relación con esta materia, la Corte de Santiago el 17 de julio de 2003 ha fallado que “cuando la cosa pedida es por su naturaleza divisible, como sucede en las obligaciones de dinero, la pretensión del todo es comprendida en la de sus especies”. Por ello, si se demanda por daño moral \$ 15.000.000 y la sentencia otorga sólo \$ 2.000.000, no concurre la causal de casación del artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil.¹⁸⁰

79. Algunas características de la fijación del quantum del daño moral en Chile.

Podemos señalar como características más destacadas las siguientes:

1. La fijación la hace discrecionalmente el tribunal sin ceñirse a ningún parámetro, sin más limitaciones que el que debe hacerlo con equidad y en conformidad al mérito del proceso.¹⁸¹ Se ha fallado que la ley no entrega parámetros para determinar el daño moral, daño que comprende distintos tipos, por lo cual toca al juez determinar las circunstancias de hecho que permiten inferir su efectiva ocurrencia y determinar su monto.¹⁸² Como acabamos de se-

¹⁷⁹ “La mercantilización del Daño Moral”, *Revista Consejo de Defensa del Estado*, año 11, pág. 71.

¹⁸⁰ *Gaceta Jurídica* 277, pág. 154.

¹⁸¹ Corte Suprema 29 de enero de 2002, *Gaceta Jurídica* 259, pág. 17; Corte Suprema, 17 de diciembre de 2002, Consid. 3º, *Gaceta Jurídica* 269, pág. 90; Corte Suprema, 16 de diciembre 2002, *Gaceta Jurídica* 270, pág. 96.

¹⁸² T. 98, sec. 5ª, pág. 87.

ñalar, la Corte Suprema, por la vía de la casación, puede revisar los montos fijados por los tribunales de la instancia.

2. Dada su naturaleza esencialmente espiritual, se estima que no es necesario probarlo, debiendo el tribunal presumirlo, considerando el dolor producido a la víctima y, en su caso, las relaciones de parentesco existente entre el actor y la víctima. En este sentido la Corte de Santiago en sentencia de 23 de marzo de 2001: “El daño moral experimentado por los familiares más próximos de la víctima, no requiere demostración, a diferencia de lo que ocurre con los daños propiamente patrimoniales, conclusión que se funda en el carácter espiritual que aquél reviste”. “Por consiguiente, corresponde al juez apreciar esta especie de daño de acuerdo al mérito del proceso y a las reglas de equidad”.¹⁸³ Una interpretación distinta encontramos en Fueyo, quien sostiene que “todo daño debe probarse, sea patrimonial, sea extrapatrimonial. El método y el objeto sobre que recae la prueba, y su extensión, serán diferentes, según la clase de daño; pero esta es una cuestión aparte y no hace excusable la prueba que se ha de rendir en todo caso”.¹⁸⁴ Comparte este criterio José Pablo Vergara Bezanilla.

3. En muchos casos, la fijación del monto se hace sin reparar que la indemnización debe cumplir una función reparadora, no punitiva, por lo que no debiera ser considerada, para su regulación, la situación económica de las partes.

4. La reparación debe ser integral. Se ha resuelto que “el daño moral sólo puede ser objeto de compensación de dos maneras: mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero y mediante la realización de actos u obras

¹⁸³ T. 98, sec. 2ª, pág. 24.

¹⁸⁴ Fernando Fueyo L., *Interpretación y Juez*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976, pág. 73.

de alcance o repercusión públicos, como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolución de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos y de compromiso con esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”.¹⁸⁵

5. La indemnización del daño moral no tiene carácter reparatorio, puesto que el pago de una indemnización en dinero no borra el daño. Si el hecho causó la muerte de un hijo o la pérdida de un brazo o de una pierna, no es posible volver a la situación anterior. Sólo cumple una finalidad “satisfactiva” en el sentido que “gracias al dinero, la víctima que lo recibe puede procurarse satisfacciones materiales y espirituales”.¹⁸⁶

80. Época a la que debe estarse para el cálculo de los daños.

Debemos distinguir entre a) daño material y b) daño moral.

a) Momento al que debe estarse para fijar el daño material.

No está dicho en la ley a qué momento debe estarse para la determinación del monto de los perjuicios, lo que tiene trascendencia, entre otras cosas, para saber desde cuándo deben computarse los reajustes e intereses. Para resolver el problema, se barajan distintas alternativas: a) que el monto se determine considerando el momento de ocurrir el hecho ilícito; b) que se esté al momento en que el daño se produce; y c) que el monto se determine atendiendo a la fecha de la sentencia.

Según Alessandri “el juez debe regular la indemnización según el monto del daño *al tiempo del delito o cuasidelito*: si éste recae

¹⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de mayo de 2001, *Rev. Der. y Jur.* T. 98, sec. 6ª, pág. 67.

¹⁸⁶ Henri y León MAZEAUD y Andre TUNC: *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual* N° 319, pág. 446.

sobre una cosa, la indemnización se determinará por el valor que entonces tenía la cosa”.¹⁸⁷

Una opinión distinta sustenta Díez Schwerter, quien señala que “el juez avalúa los perjuicios materiales en la sentencia; allí determina el *quale* y el *quantum* (es decir, en qué consisten –daño emergente o lucro cesante– y su valor expresado en dinero); pero ello no implica que deba hacerlo, necesariamente, en relación a ese “tiempo presente” (el de la sentencia), pudiendo recurrir a otras alternativas, como situarse en un “tiempo pasado” (por ejemplo, el de la comisión del hecho ilícito, el de la realización del daño o el de la demanda) o incluso en uno “futuro” (aquel que se espera que se verifique el daño futuro)”. Explica que para evaluar los perjuicios materiales el juez debe colocarse *en el momento en que éstos se produjeron*, pues el derecho a la reparación y la obligación correlativa nacen al producirse el daño (*ni antes ni después*), más aún cuando es en ese instante que existen “las constancias materiales que lo constituyen y los factores económicos que en ese mismo momento determinaban su valor y que permiten probarlo”. Este profesor agrega que esta solución no presenta problemas tratándose de daños materiales actuales (constituyan daño emergente o lucro cesante), pero admite que en el caso de perjuicios materiales futuros (daño emergente o lucro cesante), el panorama pudiera ser algo más oscuro.¹⁸⁸

En el mismo sentido Pablo Rodríguez: “nosotros creemos, contra la doctrina mayoritaria, que el juez debe colocarse en el momento en que se consuma el ilícito, ni antes ni después...” (ob. cit., pág. 345) (y el ilícito según este autor se consuma cuando se gene-

¹⁸⁷ Ob. cit. N° 475, pág. 567. En el mismo sentido T. 68, sec. 4ª, pág. 137; T. 69, pág. 181.

¹⁸⁸ Díez SCHWERTER, ob. cit., pág. 184.

ra el daño). Funda su opinión, entre otras, en las siguientes razones: "1) el momento en que se consuma el delito o cuasidelito es el que marca el punto de partida de los daños que deben indemnizarse. Al concluir todos los requisitos del ilícito es posible determinar el daño presente, el daño futuro y proyectar el daño moral, atendiendo a los elementos antes enumerados; 2) Todo daño que sobrevenga después de consumado el delito o cuasidelito civil es una consecuencia directa de él y, por lo mismo, debe ser reparado. En otras palabras, la indemnización comprende todos los daños ciertos y directos que se siguen del ilícito, y ello está determinado, al menos virtualmente, al momento en que éste se consuma; 3) La demanda —recalca este autor— no marca el instante en que se causan los daños, mucho menos la sentencia de primera o segunda instancia o su ejecutoria. Lo propio puede decirse de la liquidación del crédito respectivo. Todas estas etapas más bien corresponden a presupuestos de carácter procesal y no sustancial de la reparación".¹⁸⁹

La tendencia generalizada en el derecho extranjero es entender que los daños y su monto expresado en dinero, se deben estimar al momento de dictarse la sentencia. Así ocurre, dice Díez, en Francia, Italia, España.¹⁹⁰

b) Momento al que debe estarse para la fijación del daño extrapatrimonial. Se entiende que esta apreciación debe hacerse al momento en que se dicta la sentencia. En ese sentido Díez, quien al comentar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 15 de abril de 1981, publicada en el T. 78, sec. 11, pág. 33, cons. 2º señala: "Estamos plenamente de acuerdo con la sentencia anotada porque estimamos que el juez al dictar su sentencia (caracterizada

¹⁸⁹ Ob. cit., págs. 346-347.

¹⁹⁰ José Luis Díez, ob. cit., pág. 184 y siguientes. Según este autor así ha sido entendido por algunos fallos nacionales: T. 67, sec. 4º, pág. 424; T. 74, sec. 4º, pág. 314; *Fallos del Mes* 228, pág. 346; T. 75, sec. 4º, pág. 601; *Gaceta Jurídica* N° 173, pág. 138.

como declarativa) debe determinar si el hecho ilícito le ocasionó un daño moral a la víctima y, en caso afirmativo, establecer su entidad y categoría, para finalizar fijando la suma de dinero que en su concepto es capaz de satisfacer en ese momento a la víctima". Agrega que "a diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial, no existen aquí las constancias materiales (como tasaciones o comprobantes de pérdidas y gastos) que permitan retrotraer la evaluación al instante en que el perjuicio se produjo".¹⁹¹

81. Reajuste e intereses. Fechas desde y hasta las cuales se deben computar.

Como la indemnización debe ser íntegra, las sumas ordenadas pagar deben serlo reajustadas y con intereses. Respecto a los reajustes, no es que de accederse a ellos cambie el monto del daño sino que "es su valor el que ha variado como consecuencia de haberse modificado el poder adquisitivo de la moneda; su depreciación produce ese aumento de valor, y como la víctima tiene derecho a la íntegra reparación, tales variaciones han debido considerarse, *si así se solicita* y en la medida en que se hayan establecido en el proceso". Así lo ha dicho la Corte Suprema en fallo de 16 de octubre de 1970, consid. 33. Por nuestra parte, vamos más allá (concordamos con el voto disidente del abogado integrante don Pedro Jesús Rodríguez), pues entendemos que aunque no se solicite la reajustabilidad, el tribunal debe ordenar su pago, pues con ello no está variando el monto de la indemnización sino sólo actualizando los valores, de tal suerte que si no se hace así, la indemnización deja de ser completa.

En cuanto a la fecha desde la cual se debe calcular los reajustes, nuestros tribunales han tenido pronunciamientos muy diversos.¹⁹²

¹⁹¹ Díez, ob. cit., pág. 258.

¹⁹² Díez, ob. cit., pág. 205.

83. Nexo causal.

Este requisito, que también se exige para la responsabilidad contractual, no ha sido definido por el legislador. La Corte Suprema ha dicho que “debe entenderse que entre un acto ilícito y un determinado daño hay relación causal cuando el primero engendra el segundo y éste no puede darse sin aquél, en otros términos, existe relación de causalidad cuando el hecho doloso o culposo es la causa directa y necesaria del daño”.¹⁹⁶ Debe haber una relación de causa a efecto. Se desprende del artículo 2314 “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro” y de varias otras disposiciones: 2316 “es obligado a la indemnización el que hizo el daño”; 2318: “el ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito”; 2329 “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por éstas”, etc.

Por no existir esta relación causal, se ha fallado que si un Conservador de Bienes Raíces no inscribe una hipoteca y posteriormente el inmueble sale a remate, alcanzando el producido de la subasta sólo para el pago de acreedores de grado preferente al que habría correspondido al demandante de haberse inscrito oportunamente esa hipoteca, no procede la indemnización porque, en ese caso, el perjuicio no es el resultado de la falta de inscripción, ya que aun de haberse practicado oportunamente el acreedor no se habría pagado.

Reiteradamente se ha fallado que la determinación de la relación causal es una cuestión de hecho que, por lo mismo, escapa al control del tribunal de casación.¹⁹⁷

¹⁹⁶ C. Suprema, 2 de septiembre de 1999. *Revista Fallos del Mes* N° 490, pág. 1867.

¹⁹⁷ T. 50, sec. 4ª, pág. 40; T. 51, sec. 1ª, pág. 488; T. 89, sec. 1ª, pág. 41; *Rev. Fallos del Mes* 490, pág. 1867.

84. Pluralidad de causas. Problema de las concausas.

Si el daño proviene de una sola causa, el problema es simple. Pero, como dice un autor “los hechos son siempre fenómenos complejos por la concurrencia de circunstancias diversas que actúan como condición del resultado, o sea, en nuestro caso, del daño cuya reparación se pretende”.¹⁹⁸ Como observan Mazeaud y Tunc desde el instante en que se examinan de manera un poco atenta las circunstancias en que se ha realizado el daño, se advierte casi siempre que ese daño se halla lejos de tener por causa un solo acontecimiento, una sola acción. Son múltiples los hechos que han concurrido a su realización y sin la conjunción desventurada de los cuales no se habría producido. Sin duda –agregan– que entre ellos figura un acto imputable al demandado; pero ese acto no ha desempeñado sino un papel parcial: se encuentra junto a él, ya sean hechos provenientes de terceras personas o de la misma víctima, ya sean casos de fuerza mayor. ¿Cabe exigir entonces –se pregunta– la responsabilidad del demandado? ¿es suficiente como nexos el vínculo de causa a efecto parcial? En la afirmativa –se preguntan– ¿debe soportar el peso total de la reparación el demandado?¹⁹⁹ Esto es lo que se denomina el problema de las concausas.

85. Doctrinas para resolver el problema de las concausas.

Las teorías más conocidas son: la de la “Equivalencia de las condiciones”, la de la “Causa Próxima”; la de la “Condición Preponderante”; la de la “Causa Eficiente” y la de la “Causa Adecuada”.

¹⁹⁸ Jorge BUSTAMANTE ALSINA: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Novena Edición, Edit. Abeledo Perrot, N° 581, pág. 267.

¹⁹⁹ Henri y León MAZEAUD y André TUNC, ob. cit., T. II, Vol. II, pág. 17.

86. Teoría de la equivalencia de las condiciones. (*Condictio sine qua non*)

En el plano filosófico fue elaborada por Stuart Mill, para quien los acontecimientos se dan tan sólo en sucesión, y aun cuando ésta sea invariable, no cabe afirmar que uno sea la razón de otro. La causa, filosóficamente hablando, es la suma de las condiciones de toda naturaleza, que siendo realizadas, hacen que siga el consiguiente, de toda necesidad. Este pensamiento tuvo repercusiones jurídicas, especialmente en la doctrina alemana, y primero en el Derecho Penal, con Von Buri, a fines del siglo XIX, para la cual todo efecto es resultante de conjugación de todas las condiciones, que deben ser consideradas equivalentes en lo causal y en lo jurídico, de manera que constituyen “*condictio sine qua non*” del resultado final.²⁰⁰ Nuestros tribunales aplican esta doctrina.²⁰¹

Alterini señala que, en la práctica, esta teoría conduce a soluciones inaceptables. “Así, por ejemplo, dice, respondería de homicidio quien infirió a una persona una lesión que determinó que debiera ser llevada al hospital donde murió víctima de un incendio; o el que convivió íntimamente con una mujer tuberculosa y así apresuró su fin” y, cita en seguida, un comentario irónico de Binding, quien dice que si en conformidad a esta teoría, todo el mundo es culpable de todo, correspondería castigar como coautor de adulterio no sólo al varón que yace con mujer casada con otro hombre, sino también al carpintero que hizo la cama.²⁰²

²⁰⁰ Atilio Anibal ALTERINI: *Responsabilidad Civil*, Tercera Edición, Edit. Abeledo Perrot N° 177, págs. 144 y siguientes.

²⁰¹ Corte de Santiago, 17 abril 2002 (Gaceta Jurídica 262, pág. 81).

²⁰² ALTERINI, ob. cit. N° 178, pág. 144.

Esta teoría fue objeto de varios retoques que modificaron su versión original dando lugar a otras doctrinas que, en forma resumida, veremos en los puntos siguientes.

87. Teoría de la causa próxima.

Para ésta sólo constituye “causa” aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado que se halla temporalmente más próxima a éste; las otras son simplemente “condiciones”. Tuvo su origen en Inglaterra y se inspira en un pasaje de Francis Bacon en sus *Maximes de Lsw.*: “Sería para el Derecho una tarea infinita juzgar las causas de las causas y las influencias de las unas sobre las otras. Y por ello se contenta con la causa inmediata y juzga las acciones por esta última sin remontar a un grado más lejano”.²⁰³

Se la critica porque “no siempre la condición última es la que verdaderamente causó el daño: por ejemplo, si una persona, dolosa o culpablemente, cambia el remedio que debe suministrarse a un enfermo por una sustancia tóxica, y la enfermera, ignorando la sustitución, se la da al enfermo y éste muere; el causante o autor de la muerte no es, por cierto, la enfermera –que puso la condición más próxima– sino aquella otra persona que realizó el cambio”.²⁰⁴

88. Teoría de la condición preponderante.

“La causa, según esta teoría, resulta ser aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y contrarios a la producción del daño, influyendo decisivamente en el resultado”.²⁰⁵

²⁰³ Citado por Jorge BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., pág. 269.

²⁰⁴ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. N° 586, pág. 268.

²⁰⁵ BUSTAMANTE, ob. cit. N° 588, pág. 269.

89. Teoría de la causa eficiente.

Es enunciada por Birkmeyer, quien parte de la base de que todas las condiciones no tienen la misma eficacia en la producción del resultado, por lo que no son equivalentes. Por ejemplo "si una persona proporciona fósforos a otra, y ésta causa un incendio, ambas acciones —la del que suministró las cerillas, y la del incendiario— son condiciones inexcusables para que se produzca el efecto; pero debe considerárselo causado por el hecho de quién provocó el fuego, por ser la condición más activa o eficaz".²⁰⁶

Se observa a esta posición diciendo que es imposible establecer la mayor eficiencia de una condición sobre otra.²⁰⁷

90. Teoría de la causa adecuada.

Fue formulada por Von Kries y es la que se impone hoy día. Según ella "no todas las condiciones necesarias para un resultado son equivalentes. Aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, esa es la causa. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto son solamente condiciones o antecedentes o factores concurrentes".²⁰⁸

Agrega este autor que "para establecer cuál es la causa conforme a esta teoría, debe formularse un juicio de probabilidad, o sea, considerar qué acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente el resultado dañoso".²⁰⁹

²⁰⁶ ALTERINI, ob. cit. N° 186, pág. 148.

²⁰⁷ BUSTAMANTE ALSINA, N° 586, pág. 260.

²⁰⁸ Jorge BUSTAMANTE, ob. cit. N° 590, pág. 270.

²⁰⁹ Jorge BUSTAMANTE, ob. cit. N° 591, pág. 270.

91. Relación entre causalidad y nexo causal.

En los casos de responsabilidad subjetiva, que constituyen en Chile la regla general, la separación entre culpabilidad y nexo causal es clara. Ello significa que aunque el hecho cause daño y sea realizado con culpa o dolo no existe obligación de indemnizar si falta el nexo causal, es decir, si el daño no es la consecuencia del hecho ilícito. Así lo prueba el artículo 171 de la ley N° 18.290. "El mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor si no existe relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente. En consecuencia, si una persona infringe alguna disposición y tal contravención no ha sido causa determinante de los daños producidos, no estará obligado a la indemnización".

En el sistema de la responsabilidad subjetiva la búsqueda de la causalidad es relativamente simple porque en la generalidad de los casos la denominada equivalencia de las condiciones es un criterio que responde satisfactoriamente a las necesidades del juez que ha de resolver el caso. El que realiza un hecho ilícito, es decir, culpable o doloso, es responsable de todo daño que no se habría producido si aquel hecho no ocurre. Señala Ramón Domínguez Águila que lo anterior se explica porque la responsabilidad subjetiva se funda en el elemento "previsibilidad", por lo que la relación de causalidad se puede establecer sin graves inconvenientes aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones. "La falta de previsibilidad actúa entonces —dice— de una doble manera: por una parte para determinar si la conducta observada por el demandado fue o no culpable, en el sentido de si pudo y debió prever que ese acto podía causar daño y por otra, para fijar la extensión del daño reparable con el fin de no extender la responsabilidad a daños remotos".²¹⁰

²¹⁰ Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al Derecho Chileno", *Rev. Der. Universidad de Concepción* N° 209, pág. 14.

La situación es menos clara en los casos en que se sigue la doctrina de la responsabilidad objetiva, como ocurre entre nosotros, por ejemplo, en los casos de la responsabilidad del Estado (arts. 7° y 38 de la Carta Fundamental y 4° y 44 de la Ley Orgánica de Bases de la Administración). En ellos la previsibilidad opera de manera diferente. El acto será previsible, si es de tal naturaleza que “normalmente” es idóneo para producir el daño de que se queja la víctima. Contrario sensu, no cabe imputar objetivamente un daño a la conducta del demandado cuando la producción de tal daño habría sido descartada como muy improbable según el curso normal de las cosas.

92. Efectos de la responsabilidad extracontractual.

El efecto propio de la responsabilidad extracontractual es generar la obligación de indemnizar íntegramente los perjuicios causados a la víctima (arts. 1437, 2314, 2329). La indemnización debe ser completa, salvo que el que lo ha sufrido se haya expuesto imprudentemente (art. 2330).

93. De la acción de responsabilidad extracontractual.

El hecho ilícito genera para el autor la obligación de indemnizar a la víctima y para esta última el derecho personal correlativo para exigir la reparación íntegra del daño que se le ha producido. Así resulta de los artículos 578, 1437, 2284 y 2314 del Código Civil. Y en conformidad a la parte final del artículo 578, de este derecho nace la acción personal para exigir la indemnización de perjuicios correspondiente.

94. Características de la acción de indemnización de perjuicios.

La acción de indemnización de perjuicios presenta las siguientes características:

a) es personal, porque sólo puede reclamarse del autor del daño;

b) es mueble, porque persigue una reparación pecuniaria (art. 580) o la ejecución de hechos destinados a hacer cesar o impedir el daño y los hechos que se deben se reputan muebles (art. 581);

c) es patrimonial, lo que implica que es transmisible, comerciable, renunciabile y prescriptible, características sobre las que volveremos con más detalle.

95. Titulares de la acción.

En principio—dice Alessandri—esta acción sólo compete a quien ha sufrido o teme un daño y solamente a él; sin interés no hay acción.²¹¹

Ahora, como el daño puede ser contingente o producido, es necesario formular algunas precisiones: a) *Si el daño es contingente*, debe subdistinguirse según amenace a persona determinada o indeterminada. En el primer caso la acción compete sólo a esas personas. Así ocurre en el caso del artículo 932. En el segundo, hay por lo general acción popular, como ocurre en los casos tratados en los artículos 948 y 2328 inc. 2° (art. 2333);

b) *Si el daño se ha producido*, la acción compete exclusivamente a quien lo sufrió, a menos que lo haga en su nombre o como heredero, legatario o cesionario suyo. Nadie más tendría el interés jurídico necesario para intentar la acción.

Ahora, la víctima puede ser una o varias personas. La primera situación no genera problemas. Cuando los perjudicados son varios, todos tienen derecho a que se les indemnicen los perjuicios que se le han causado. Por consiguiente, habrá tantas indemnizaciones distintas como personas damnificadas.²¹²

En el caso de pluralidad de víctimas éstas pueden ser afectadas de distinta manera, sea porque cada una ejerce, con relación a la

²¹¹ ALESSANDRI, ob. cit. N° 377, pág. 454.

²¹² ALESSANDRI, ob. cit. N°s. 378, 379, 380, pág. 4.

cosa destruida, derechos diferentes, sea porque el daño causado a una repercute en otra. Y debe además distinguirse según el daño recaiga en una cosa o en una persona; y en este último caso si el daño es material o moral.²¹³

96. Daño material en las cosas.

En este supuesto, se aplica el artículo 2315 del C. Civil: "Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede pedirla en otros casos el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño". Se ha fallado que este artículo no contiene una enumeración taxativa de los que pueden demandar la indemnización; se limita a desarrollar en forma explicativa el principio general. Un fallo de la Corte de Concepción de 28 de marzo de 2006 resolvió que el artículo 2315 toma la palabra ausente en su sentido natural y obvio, por lo mismo al decir "pero en ausencia del dueño", ha querido significar pero solamente cuando el dueño no esté, o esté alejado del sitio, que se hubiese marchado y separado del que tiene la cosa con obligación de responder de ella, siendo inubicable por éste.²¹⁴

También se ha resuelto "si a la época de la colisión el actor no era dueño, ni poseedor, ni usufructuario del vehículo dañado, su demanda no puede prosperar, no por irresponsabilidad del demandado, sino por falta de legitimación del demandante."²¹⁵

²¹³ ALESSANDRI, ob. cit. N° 381, pág. 455.

²¹⁴ Corte de Concepción 28 de marzo de 2006. (Revista Leyes & Sentencias, N° 15 del 17 al 30 de abril, pág. 100.

²¹⁵ T. 67, sec. 4ª, pág. 89.

97. Daño material en las personas.

Respecto del daño material producido en una persona, tienen acción para demandar:

a) la víctima inmediata y directa del ilícito, y

b) la víctima mediata o indirecta del mismo, cuando con motivo del delito o cuasidelito, queda privado de la ayuda económica que le proporcionaba la víctima principal. Ejemplo de esta situación, lo encontramos en una antigua sentencia que acogió una demanda en que no se solicitaba por el actor que se le resarciera la falta de un hijo, ni se invocaba la calidad de heredero de la persona fallecida, sino que reclamaba la indemnización del daño material sufrido con la muerte de su hijo por la pérdida de la ayuda pecuniaria y personal que éste le proporcionaba.²¹⁶ Nótese, que la acción en este caso es personal, no deriva del causante. Alessandri aclara que no es necesario tampoco que la responsabilidad del autor del daño para con la víctima directa sea delictual o cuasidelictual, puede ser contractual. Y pone el ejemplo del pasajero que se accidenta –víctima directa– tiene acción de responsabilidad contractual, porque está ligado al agente por un contrato de transporte; pero la persona que vive a sus expensas –víctima indirecta– tiene acción de responsabilidad extracontractual, por cuanto no tenía con él ningún vínculo jurídico.²¹⁷

98. Daño extrapatrimonial o moral.

Puede demandarlo todo aquel que ha visto lesionado un interés extrapatrimonial. Por consiguiente, tienen acción tanto las personas naturales como las jurídicas. Estas últimas, cuando se vea afecta-

²¹⁶ T. 30, sec. 4ª pág. 18.

²¹⁷ ALESSANDRI, ob. cit. N° 383, pág. 459.

do su prestigio comercial, reputación, crédito o confianza. La Corte de Apelaciones de Concepción en fallo de 2 de noviembre de 1992, acogió una demanda intentada por una persona jurídica en contra de un banco que protestó una letra de cambio que estaba pagada, habiéndose publicado el protesto en el Boletín Comercial, y ordenó pagar diversas sumas por daño material y moral.²¹⁸

La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia del 22 de enero de 2008, resolvió que “si bien, por regla general, las simples molestias no pueden ser fuente de responsabilidad civil (daño moral), la reiteración de la conducta descrita le agrega una mayor significación o entidad al malestar y preocupaciones generadas en el sujeto, que, no obstante ser deudor de una deuda castigada con el demandado, tenía derecho a no aparecer en tales listas y, en consecuencia, a ser rehabilitado en la plaza comercial²¹⁹.”

En el caso de las personas naturales tienen acción por daño moral no sólo las víctimas directas del ilícito o sus herederos, sino también las denominadas “víctimas por repercusión”, esto es, “todos aquellos que sin tener la calidad de víctimas inmediatas o directas, también lo sufren en razón de que el daño inferido a las víctimas directas los hiere en sus propios sentimientos o afectos o les lesiona algún interés o derecho extrapatrimonial del que son titulares (según la noción del daño moral que se siga), no requiriéndose que entre ellas exista vinculación jurídica” (Carmen Domínguez).²²⁰ Pueden encontrarse en esta situación, el cónyuge o incluso, según algunos, los concubinos,²²¹ sus parientes, amigos, novios, etc. Es claro que en el caso de las “víctimas por repercusión”, tienen que probar haber sufrido real y efectivamente.

²¹⁸ T. 89, sec. 1ª, pág. 41.

²¹⁹ Leyes y Sentencias N° 58, página 37.

²²⁰ Ob. cit., T. I, pág. 127.

²²¹ Fallos del Mes N° 496, pág. 1.

99. La acción de responsabilidad extracontractual es transmisible.

La acción derivada de un hecho ilícito es transmisible por testamento o ab intestato, a título singular o universal. Luego pueden ejercitarla tanto los herederos como los legatarios.

Si la víctima fue íntegramente indemnizada por el autor del ilícito, no podrá dirigirse en contra de quien obtuvo provecho del dolo ajeno, pues habría un enriquecimiento sin causa.

99 bis ¿Es transmisible la acción de responsabilidad por daño moral?

Para el análisis de este problema debemos hacer algunas distinciones: a) la víctima fallece cuando ya hay sentencia que acoge la demanda por daño moral; b) caso en que la víctima demanda en vida, pero fallece durante el pleito; y c) caso en que la víctima fallece antes de deducir la acción.

El caso a) es el más simple de todos. Ninguna duda cabe que si la sentencia ordenó pagar a la víctima directa una indemnización por cualquier tipo de daño (material o moral), si ésta fallece, la acción para cobrar la indemnización se transmite a sus herederos (1097 del Código Civil);

El caso b) tampoco presenta problemas. Si la víctima directa litigaba por sí sola, se aplica el artículo 5° del Código de Procedimiento Civil y si lo hacía a través de mandatario judicial este mandato se mantiene (artículo 529 del Código Orgánico de Tribunales). Agreguemos, sin embargo, que en derecho comparado este punto es discutible.²²²

²²² Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA “Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral” *Revista Chilena de Derecho*, 2004, Septiembre-Diciembre, Vol. 31 N° 3, pág. 498.

Los problemas los plantea el caso c), esto es, cuando la víctima fallece sin haber interpuesto demanda. La pregunta que cabe formular es si en este supuesto ¿pueden sus herederos demandar el daño moral sufrido por la víctima directa? Para algunos sus herederos pueden hacerlo. Argumentan que en caso contrario “el autor de un accidente mortal sería tratado mejor que el autor de lesiones no mortales, ya que muerta la víctima, el autor quedaría a salvo de toda demanda”. Agregan que “la víctima adquiere un derecho de reparación desde que el daño se produce y este derecho es un verdadero crédito de indemnización que, por lo mismo, forma parte del patrimonio de la víctima como cualquier otro crédito. Si bien el sufrimiento experimentado por la víctima es personal, el crédito de reparación que ese daño genera no lo es y se refiere al sufrimiento pasado que ya generó el derecho a indemnización. Como los herederos son los continuadores del difunto, ese crédito pasa a ellos y pueden, por él, deducir la acción pertinente”.²²³

Pablo Rodríguez categóricamente admite que en el caso que estamos tratando puedan los herederos demandar. Su opinión la funda en diversas consideraciones cuyo análisis escapa a la finalidad de este trabajo.²²⁴

Ramón Domínguez es de opinión de que esta acción es intransmisible. Sostiene que “el fundamento personalísimo del daño a reparar y la finalidad perseguida con la indemnización no se avienen con un ejercicio de la acción por quienes no han sufrido el daño”. Agrega que “admitir la transmisibilidad es llevar el principio de la continuación del causante por sus herederos a extremos impropios y que sólo se explican por una mercantilización exage-

²²³ Ramón, DOMÍNGUEZ, *Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral*, pág. 498.

²²⁴ Pablo RODRÍGUEZ, *Responsabilidad Extracontractual*, págs. 364 y siguientes.

rada del tema de la responsabilidad civil”.²²⁵ En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en sentencias de 27 de junio de 2007 (causa rol 309-2006) y 27 de noviembre de 2007 (causa rol 6196 -2006).

100. Hecho de la víctima. Reducción de la indemnización por haberse expuesto imprudentemente la víctima.

Como hemos visto (párrafo 63) es causal de exoneración de responsabilidad la “culpa exclusiva de la víctima” como ocurriría si ésta con ánimo de suicidarse se arroja bajo las ruedas de un automóvil. Y ello es lógico pues, en tal supuesto, faltaría la relación de causalidad o nexo causal entre la conducta del demandado y el resultado. Como observa Alessandri, “Para que la culpa de la víctima exonere de responsabilidad al agente, no es menester que a éste le haya sido absolutamente imposible preverla o resistirla; esta culpa constituye una causal de irresponsabilidad distinta del caso fortuito. Basta que no haya incurrido en ella, esto es, que el daño tenga por única causa la culpa de la víctima”.²²⁶

Una situación distinta ocurre cuando el daño es la consecuencia tanto de la culpa del agente como de la víctima, pues en tal caso procede la reducción de la indemnización. Así está establecido en el artículo 2330: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Es importante tener en cuenta que este artículo no establece una facultad para el juez, sino que le es imperativo.

Cuestión aparte es determinar en qué términos debe hacerse la reducción. De seguirse la doctrina de la equivalencia de las con-

²²⁵ Ramón DOMÍNGUEZ, *Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral*, págs. 500 y siguientes.

²²⁶ ALESSANDRI, ob. cit. N° 391, pág. 474.

diciones, debería rebajarse a la mitad, pues, según ella, todas las causas del daño son de la misma entidad. Sin embargo, se estima más justo que la rebaja la haga el juez considerando la influencia que cada una de estas culpas tuvo en la ocurrencia del hecho, lo que naturalmente implica separarse de la teoría de la equivalencia de las condiciones. En ese sentido, Ramón Domínguez Águila.²²⁷

Esta norma no crea mayores dificultades si quien acciona es la víctima directa. Tampoco hay problemas si quien demanda lo hace fundado en su calidad de heredero de la víctima directa, pues al representarlo –artículo 1097 del Código Civil– le afecta la imprudencia de su causante. En cambio, si el actor lo hace invocando un interés propio, material o moral, como la víctima sería el mismo, no tendría por qué afectarle la imprudencia de su causante, él no ha incurrido en imprudencia alguna. Sin embargo, esta solución no resulta justa por cuanto “si las acciones son diferentes y se trata de una acción personal del causahabiente, esto no significa que sea totalmente independiente de la víctima directa. La acción es personal en el sentido de que ella no figura en el patrimonio dejado por la víctima; que no es a título de sucesor que el causahabiente dispone del derecho a obtener la indemnización de un daño que repercute en su patrimonio. Pero, desde otro punto de vista, como lo sostiene Savatier, dicho derecho “permanece atado al difunto, en el sentido de que los valores de los que los suyos se ven privados son los que se ligaban a su existencia y que habrían recibido de él, no de su propio fondo”.²²⁸

²²⁷ Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA: “El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil”, *Rev. de Derecho*. Universidad de Concepción, N° 136, pág. 29.

²²⁸ Ramón DOMÍNGUEZ: “El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil”, *Rev. Derecho*. Universidad de Concepción, pág. 29.

101. La acción de responsabilidad extracontractual se puede ceder por acto entre vivos a cualquier título, de acuerdo a las reglas generales.

En este caso, no se divisa inconveniente alguno para que pueda demandar el cesionario.²²⁹

102. Titular pasivo de la acción de indemnización de perjuicios.

La norma básica en esta materia es el artículo 2316: “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”. “El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho”.

Luego, de acuerdo a esta disposición son sujetos pasivos de la responsabilidad extracontractual: a) el autor del daño; b) sus herederos; y c) el que recibe provecho del dolo ajeno y sus herederos, pero sólo hasta el monto del provecho. Este dictado se debe ampliar a otras personas que responden civilmente por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas.

103. a) Autor del daño.

Para los efectos de la responsabilidad civil, debe entenderse comprendido dentro de la voz “autor” no sólo al que materialmente cometió el ilícito, sino también a los cómplices o encubridores. Como expresa Alessandri, ello se desprende del propio artículo 2316 “pues éste limita la responsabilidad del que obtuvo provecho del dolo ajeno hasta concurrencia de lo que valga el provecho siempre que no sea cómplice en el dolo, de donde se infiere que si lo es,

²²⁹ ALESSANDRI, ob. cit. N° 391, pág. 474.

su responsabilidad es completa, de acuerdo a la regla general del inciso 1° del mismo artículo”.²³⁰

104 b) Herederos del autor del ilícito.

Los herederos del autor del delito o cuasidelito responden porque representan a la persona del causante y le suceden en todas sus obligaciones transmisibles (art. 1097).

Alessandri aclara que los sucesores a título singular (cesionarios, legatarios, adquirentes, etc.) no tienen responsabilidad, porque no representan a la persona del causante. Por ello, agrega, el adquirente de un edificio no responde de los daños que causó su ruina producida con anterioridad a la adquisición; tal responsabilidad recae sobre los herederos del anterior dueño.²³¹

En el caso que los herederos sean varios, cada uno deberá concurrir a la reparación a prorrata de su cuota (art. 1354).

105. c) Persona que recibe provecho del dolo ajeno.

Según el artículo 2316, responden también los que sin ser cómplices reciben provecho del dolo ajeno, pero hasta el monto del provecho. Esta norma tiene por fundamento el principio del enriquecimiento sin causa. La misma idea se encuentra en la responsabilidad contractual (artículo 1458 inc. 2°). Reiteramos que si quien recibe provecho del dolo ajeno interviene como cómplice, responde de la totalidad de los perjuicios.

²³⁰ ALESSANDRI, ob. cit. N° 396, págs. 480-481. En igual sentido BIDART (ob. cit. págs. 113-114) y también algunos fallos (T. 80, sec. 4°, pág. 266; T. 70, sec. 4°, pág. 51). Una sentencia liberó al encubridor del lucro cesante por haber intervenido con posterioridad a la ejecución del hecho. (T. 58, sec. 4°, pág. 58).

²³¹ ALESSANDRI, ob. cit. N° 400, pág. 485.

Alessandri afirma que el artículo 2316 inc. 2° es un precepto excepcional, por lo que no comprende a quién recibe provecho de la culpa ajena, aunque sea lata.²³²

Este caso plantea el problema de determinar en contra de quién se debe dirigir la acción. Al respecto encontramos dos opiniones. Para Alessandri se puede dirigir directamente en contra de quien se aprovecha del dolo, “aunque no se haya declarado previamente la existencia del delito y la consiguiente responsabilidad de su autor”.²³³

En el mismo sentido, Bidart.²³⁴ En cambio, Carlos Ducci Claro estima que para que pueda interponerse la acción de reparación contra el que recibe provecho del dolo ajeno, es preciso que con anterioridad se haya establecido que existe un delito y que es responsable de éste su autor.²³⁵ Orlando Tapia Suárez menciona esta opinión, pero no dice que la comparte.²³⁶

Si la víctima fue íntegramente indemnizada por el autor del ilícito no podrá dirigirse en contra de quien obtuvo provecho del dolo ajeno, pues habría un enriquecimiento sin causa.

106. d) Personas civilmente responsables.

La acción de responsabilidad extracontractual se puede dirigir, también, en contra de las personas que en conformidad a lo dispuesto en los artículos 2320 al 2322, responden del hecho de otras personas.

²³² ALESSANDRI, ob. cit. N° 398, pág. 483.

²³³ ALESSANDRI, ob. cit. N° 398, pág. 482.

²³⁴ José BIDART, ob. cit., pág. 119.

²³⁵ Carlos DUCCI CLARO. *Responsabilidad Civil* (Extracontractual). Memoria de Prueba. Universidad de Chile 1936, Imprenta El Imparcial, N° 86, pág. 62.

²³⁶ Orlando TAPIA: *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. LexisNexis, 2006, N° 188, pág. 291.

107. Responsabilidad solidaria en el caso de pluralidad de autores.

Si los autores del ilícito son dos o más personas, todos ellos responden solidariamente de todo perjuicio (art. 2317). Alessandri, aclara que la solidaridad afecta a todos los que hayan intervenido en la comisión del delito o cuasidelito, como autores, cómplices o encubridores; unos y otros lo han cometido, cada uno dentro de su radio de acción.²³⁷ Ducci afirma que la solidaridad no alcanza a los encubridores,²³⁸ opinión que no comparte Bidart.²³⁹

Esta norma, por ser excepcional, debe interpretarse restrictivamente. De ello se sigue que no alcanza a los terceros civilmente responsables, porque ellos “no son coautores de un mismo delito o cuasidelito; éste ha sido cometido por una sola persona”.²⁴⁰ Por la misma razón, en el caso de que las víctimas sean varias, no hay solidaridad activa, pues la ley no la establece. Así, Orlando Tapia,²⁴¹ Así también ha sido fallado.²⁴²

La Corte Suprema, en sentencia de 3 de abril de 2003, innovó en esta materia. En efecto, en causa caratulada “Zaror con Banco Citibank N. A. y Dicom S. A.”, se fundó un recurso de casación en el fondo, entre otros motivos, en que la sentencia de la Corte de Concepción habría infringido el artículo 2317 del Código Civil, por cuanto aplicó esta disposición no obstante que las acciones imputadas a cada uno de los demandados serían distintas y sucesi-

²³⁷ ALESSANDRI, ob. cit. N° 404, pág. 489.

²³⁸ Carlos DUCCI, ob. cit. N° 77, pág. 79.

²³⁹ José BIDART, ob. cit., pág. 140.

²⁴⁰ ALESSANDRI, ob. cit. N° 407, pág. 492.

²⁴¹ Orlando TAPIA, ob. cit. N° 183 bis, págs. 226-227.

²⁴² Corte de Concepción, 23 de agosto de 1999, T. 96, sec. 4ª, pág. 199.

vas. La Corte resolvió que “el tenor literal de la norma que se dice infringida –art. 2317– no contempla la exigencia de la simultaneidad cuya omisión reprocha el recurrente, de modo que no cabe, consecuente con lo que dispone el artículo 19 del Código Civil, agregar condiciones para su aplicación sin que obste tampoco a ello la circunstancia de haberse configurado el ilícito por una o más acciones” (Cons. 7°).

En el caso de pluralidad de autores, cada uno de ellos puede haber concurrido de distinto modo a la producción del daño. Sin embargo, frente a la víctima, cada uno responde del total, sin perjuicio que, en sus relaciones internas, cada uno soporte el pago en la parte que corresponda a la gravedad de su falta. Ello, por el efecto propio de la solidaridad (artículo 1522 del Código Civil).

108. Extinción de la responsabilidad extracontractual.

La obligación de indemnizar perjuicios se extingue por los modos generales contemplados para cualquier obligación.

Por su importancia, debemos referirnos a tres de estos modos: a) la transacción; b) la renuncia, y c) la prescripción.

109. a) Extinción de la responsabilidad civil por transacción.

El artículo 2449 contempla expresamente el caso de la transacción: “La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción criminal” y sólo produce efectos entre los que la celebraron.

La transacción tiene efectos relativos. El artículo 2461 es claro: “La transacción no surte efecto sino entre los contratantes”. “Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad”.

110. b) Extinción de la responsabilidad extracontractual por renuncia.

Nada impide que el titular de la acción de indemnización la renuncie. Ello en conformidad a lo establecido en el artículo 12 del Código Civil: “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”. Claro está que esta renuncia sólo puede hacerse después de ocurrido el hecho ilícito, pues antes no ha nacido el derecho. (Pablo Rodríguez, ob. cit., pág. 481). El artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, en forma expresa, contempla la renuncia de la acción civil de cualquier clase de delitos.

La renuncia no requiere de formalidad alguna, pero su prueba queda sometida a la limitación de los artículos 1708 y 1709 del Código Civil.

En el caso del artículo 2317 del Código Civil –responsabilidad solidaria de los varios responsables– no se divisan reparos para que la víctima pueda renunciar respecto sólo de alguna de ellas. Por tener efectos relativos esta renuncia no afecta a los demás.

111. c) Extinción de la responsabilidad extracontractual por prescripción.

El artículo 2332 prescribe que “Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”.

Aparentemente la interpretación de esta disposición no presenta mayores dificultades. Sin embargo, encontramos en la doctrina opiniones distintas sobre el momento desde el cual deben contarse los 4 años en los casos en que el daño no se produce coetáneamente con la realización del hecho culpable o doloso. Para

Alessandri,²⁴³ los cuatro años corren desde la realización del hecho doloso o culpable. En cambio, Pablo Rodríguez estima que los cuatro años se deben contar “desde que concurren todos y cada uno de los presupuestos que conforman el ilícito civil”, por lo que sólo empieza a correr cuando sobreviene el daño, pues al constituir éste un elemento del hecho ilícito, no puede ocurrir antes, ya que ello “implicaría suponer que la prescripción comienza a correr antes que el derecho nazca”.²⁴⁴ Rodríguez cita en apoyo de su tesis la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 1° de agosto de 1967 (T. 64, sec. 1ª, pág. 265).

Se ha fallado que “corresponde rechazar la demanda de indemnización de daños patrimoniales si han transcurrido más de cuatro años desde la perpetración del acto que los causó; pero debe acogerse esa demanda en cuanto reclama la indemnización del daño moral si éste es el resultado de una secuencia de hechos y desde el día de la terminación de esta secuencia hasta la notificación de la demanda del perjudicado no han transcurrido los plazos prescriptivos de los artículos 2332 del Código Civil (cuatro años) y 2515 del mismo cuerpo legal (cinco años para las acciones ordinarias).²⁴⁵

También pueden presentarse dudas sobre el momento en que se debe empezar a contar el plazo, en aquellos casos en que el acto ilícito está configurado por acciones u omisiones mantenidos durante un extenso período. Estimamos que en tal caso el plazo de prescripción comienza a computarse desde que cesa la actividad ilícita.

²⁴³ ALESSANDRI, ob. cit., N° 432, pág. 522.

²⁴⁴ Pablo RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 483.

²⁴⁵ T. 77, sec. 2ª, pág. 28.

Se ha fallado que tratándose de la responsabilidad extrajudicial de un ente de Derecho Público, no cabe admitir la aplicación del artículo 2332 del Código Civil, por cuanto ello sería inconsistente con las características de la nulidad de derecho público, de modo que su aplicación conduciría a reconocer la total invalidez de los actos impugnados pero manteniéndose incólumes sus efectos.²⁴⁶

También se ha resuelto que esta prescripción por ser “de una duración inferior a la prescripción ordinaria adquisitiva o extintiva, debe catalogarse como de corto tiempo; se encuentra mencionada en un título especial, el XXXV, que no contiene regla especial sobre ella, por lo que puede sostenerse que reúne todos los requisitos que el artículo 2524 del mismo código exige para que las acciones de corto tiempo corran “también contra toda persona”, o sea, no le son aplicables las normas excepcionales de los artículos 2509 N° 1 y 2520 también del mismo código”²⁴⁷. Otra sentencia señaló que en el caso de daño moral por accidente del trabajo “el plazo de prescripción de la acción del artículo 69 de la ley N° 16.744 prescribe en 5 años, contados desde la fecha del accidente, conforme al artículo 79 de ese cuerpo legal, siendo inaplicable en tal supuesto las normas sobre prescripción del artículo 480 del Código del Trabajo”.²⁴⁸

²⁴⁶ T. 96, sec. 5°, pág. 69.

²⁴⁷ T. 85, sec. 2°, pág. 63; T. 85, sec. 1°, pág. 581.

²⁴⁸ Corte de Concepción, 28 de agosto de 2002, *Gaceta Jurídica* 266, pág. 210.

CAPÍTULO TERCERO RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

112. Explicación preliminar.

Aun cuando esta es una materia propia del Derecho Administrativo, nos ha parecido de utilidad dar algunas nociones someras acerca de la responsabilidad del Estado. Ello porque se rige por reglas especiales, distintas a las aplicables cuando el demandado es un particular y, además, por la frecuencia con que se plantean juicios para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual de este tipo de organismos.

113. Fundamentos de la Responsabilidad de la Administración.

El Estado en su actividad puede lesionar a los administrados, tanto en sus derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, lo que implica que, al igual que cualquier otro sujeto jurídico, debe responder por los daños causados. En cuanto al fundamento de esta responsabilidad se dan distintas explicaciones: el deber que tiene de mantener el orden social para asegurar a todas las personas un trato digno e igualitario; la equidad natural; la reparación de un daño como restitución de una situación injusta sufrida por la víctima, etc. En

definitiva, nos parece que la explicación última se encuentra en la existencia del Estado de Derecho y de sus postulados.

114. Sustento jurídico del Estado de Derecho y de la Responsabilidad del Estado.

En Chile, la existencia del Estado de Derecho y la consiguiente responsabilidad patrimonial del Estado se sustenta en los artículos 6°, 7° y 38 inc. 2° de la Carta Fundamental y en los artículos 4° y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (ley N° 18.575, texto refundido D.F.L. N° 1/19.653, D. Oficial del 17 de noviembre de 2001).

115. La responsabilidad extracontractual del Estado está sujeta a reglas especiales.

La norma fundamental está contenida en el artículo 38 inc. 2° de la Constitución Política de la República: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

Esta disposición ha sido entendida por la doctrina, en el sentido que el único requisito para que se genere la responsabilidad de la Administración es que se haya lesionado un derecho de un administrado, sin que importe si el acto, hecho u omisión que la produce sea lícito o ilícito, que haya habido o no culpabilidad en el agente del Estado. Se trata de una responsabilidad que no se funda en la culpa o el dolo de quien lo causa, sino en la existencia de una víctima que ha sufrido un daño, como consecuencia del actuar de la Administración. Como dice Fiamma, "la responsabilidad de la Administración del Estado chileno procede cada

vez que ésta cause un daño, incluso cuando haya actuado dentro de la más estricta legalidad".

Lo que se viene diciendo puede parecer sorprendente, pero encuentra su explicación en la filosofía de la Constitución de 1980, materializada en el artículo 1° inciso 3° y en el artículo 5°. Según el primero, "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común."; y el artículo 5° completa la idea: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Como se ve, la Carta Fundamental privilegia los derechos esenciales de la persona humana sobre las prerrogativas o potestades del Poder Público, haciendo realidad el principio servicial del Estado respecto del individuo y no al revés. Por lo anterior, cuando la Administración, en ejercicio lícito de sus prerrogativas, ocasiona un daño, se debe optar entre privilegiar a la Administración o al administrado. La Constitución de 1980 opta por privilegiar a este último. Esto es lo que se denomina el principio "proadministrado", que implica que cuando existe colisión entre el derecho de un administrado con una prerrogativa o potestad de la Administración, debe preferirse el primero.

Fue el D.L. N° 1.289 de 1976 (antigua Ley de Municipalidades), la primera norma que en forma explícita estableció el deber de indemnizar por los actos propios de la Administración. Con anterioridad, en forma tímida, se trató de fundarla en las reglas generales, sea por hecho propio (arts. 2314 y 2329) sea como tercero civilmente responsable (art. 2320).

116. Textos legales que la contemplan.

La responsabilidad del Estado tiene sus fundamentos en el artículo 38, inciso 2° de la Constitución Política de la República y

en los artículos 4° y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ley N° 18.575 de 1986 (su texto actual ha sido dado por el D.F.L. N° 1/19.653, D. Oficial del 17 de noviembre de 2001). Debe agregarse a estas disposiciones, en el caso particular de las Municipalidades, el artículo 141 de la ley N° 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto actual está contenido en el D.F.L. N° 1-19-704 de 27 de diciembre de 2001, y el artículo 174 inciso final de la ley N° 18.290, Ley de Tránsito.

La norma constitucional expresa que “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

El artículo 4° de la Ley de Bases agrega que: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”; y el art. 42 de la misma ley señala: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio” (inc. 1°). “No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal” (inc. 2°).²⁴⁹

A su turno, la Ley de Municipalidades en su artículo 141 expresa “Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio” (inc. 1°). “No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”; y artículo 174 inciso final de la Ley de Tránsito agrega: “La

²⁴⁹ En el texto original esta disposición correspondía al art. 44. Pasó a ser 42 con el texto referencial (D. Oficial 17.11.2001).

municipalidad respectiva y el Fisco, en su caso, serán responsables civiles de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización. En este último caso, la demanda deberá interponerse ante el Juez de Letras en lo civil correspondiente y se tramitará de acuerdo a las normas del juicio sumario”.

Como advierte Enrique Silva Cimma el precepto constitucional establece el principio básico y primario de admitir que el Estado (Administración) sea imputable de “responsabilidad por daño”. En seguida, la Ley de Bases desarrolla la norma constitucional al admitir la procedencia de la responsabilidad del Estado tanto por los daños que causen los órganos de la administración “en el ejercicio de sus funciones” –art. 4°– cuanto por la causal de “falta de servicio” (art. 44) (hoy artículo 42).²⁵⁰

117. Ámbito de aplicación de los artículos 4° y 42 de la Ley de Bases.

El primero, por estar en el Título I –Normas Generales– es aplicable a la Administración del Estado en sentido amplio, comprensivo incluso de la Contraloría General de la República, Banco Central, Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gobiernos Regionales, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión y empresas públicas creadas por ley, órganos que se deben regir por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas Leyes Orgánicas Constitucionales o de quórum calificado, según corresponda. En cambio, el artículo 42 de la Ley de Bases, por estar en el Título II rige para la generalidad de los órganos de la Administración, con excepción de los recién indicados. Así resulta del artículo 21 inciso 2° de la norma en estudio (antes art. 18 inc. 2°).

²⁵⁰ Enrique SILVA C: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El control público*. Edit. Jurídica de Chile, 1994, pág. 217.

Lo anterior es de la mayor trascendencia, por cuanto cuando se demande la responsabilidad de alguno de los entes señalados en el inciso 2° del artículo 21 de la Ley de Bases (Contraloría General, Banco Central, etc.) la demanda sólo se debe fundar en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución y en el artículo 4° de la Ley de Bases, y para obtener la indemnización bastará probar los daños y el nexo causal (que los daños fueron efectivamente causados por un hecho o acto de la Administración) no siendo necesario acreditar la falta de servicio. En cambio, cuando el hecho, acción u omisión provengan de cualquier otro órgano de la Administración Pública, será necesario alegar y probar además "la falta de servicio".

El caso de las Municipalidades es especial. En efecto, el artículo 141 de su ley orgánica establece que incurrirán en responsabilidad "por los daños que causen, la que procederá *principalmente* por falta de servicio". Por ello, no obstante estar entre las comprendidas en el inciso 2° del artículo 21 de la Ley de Bases, para que pudiese acogerse la demanda sería necesario fundarla en la "falta de servicio". Sin embargo, dado que la norma emplea el adverbio "principalmente", habría razones para sostener lo contrario.

118. Características de la Responsabilidad del Estado.

Del artículo 38 inciso 2° del texto constitucional y 4° de la Ley de Bases, aparece que en nuestro país la responsabilidad del Estado tiene las siguientes características: a) de Derecho Público, lo que la hace diferente al sistema aplicable a los sujetos jurídicos privados; b) objetiva, según algunos; c) no es una responsabilidad que derive del hecho del otro, sino directa de la persona jurídica (Administración); d) se configura por los daños causados por el actuar lícito o ilícito, jurídico o de hecho, de los órganos administrativos. La víctima sólo debe acreditar que un hecho, acción u omisión de un ente estatal realizada

dentro del ámbito de sus funciones le ha causado un daño. No es necesario individualizar "a la persona natural que con su acción u omisión causó el perjuicio, ni probar la culpa o dolo de su conducta, ni tampoco discernir si la actuación de la Administración fue lícita o ilícita, o si se materializó en un hecho material o en un acto administrativo",²⁵¹ y e) es integral, en cuanto debe comprender la indemnización de todo daño causado a la víctima, patrimonial o extrapatrimonial.

119. ¿Es cierto que la responsabilidad del Estado es objetiva?

Este es un punto arduamente discutido en la doctrina. El problema lo genera la interpretación armónica que debe darse al artículo 38 inc. 2° de la Carta Fundamental en relación con el artículo 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (ley N° 18.575).

De acuerdo a la primera de estas normas "cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que hubiere causado el daño"; y la segunda agrega que "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio" (inc. 1°).

Un sector de la doctrina, que podríamos llamar mayoritario, considera que estas normas consagran en Chile la responsabilidad extracontractual objetiva de la Administración del Estado, en cuanto sólo exige que la actuación de la Administración produzca una lesión a los derechos de una persona, sin exigir dolo o culpa en el

²⁵¹ Enrique SILVA, ob. cit., pág. 217.

agente, es decir, sin que importe si su actuación es lícita o ilícita. Así, Fiamma sostiene que el objeto de la mencionada acción no puede ser otro que el de la reparación de este daño o lesión, aun cuando se hubiere actuado dentro de la más estricta legalidad. En el mismo sentido Claudio Illanes, quien señala que es distinto a lo que ocurre en el campo civil, en que no se concibe la responsabilidad civil sin culpa o dolo, en cambio esta norma consagra la responsabilidad objetiva del Estado, el que debe responder de todo daño causado, correspondiendo únicamente a la víctima probar y cuantificar esos daños, sin que tenga que entrar a probar la culpa o dolo de la autoridad o agente del Estado.²⁵²

En el mismo sentido el profesor Soto Kloss, quien expresa que “al ser una responsabilidad de una persona jurídica imposible de estructurar sobre la base de culpa o dolo, resulta ser una *responsabilidad objetiva*, fundada sobre la base de la causalidad material: vale decir, atendida la relación causal entre un daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producida por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar a aquélla”.²⁵³

El profesor Soto Kloss²⁵⁴ comentando una reciente sentencia de la Corte de Concepción, vuelve sobre el punto expresado: “Ese mismo fundamento (entiéndase derecho de propiedad vulnerado, “lesionado” por el acto dañoso producido por un órgano de la Administración del Estado) es el que recoge la Constitución de 1980, y no puede ser más clara su expresión, desde que se inicia el pre-

²⁵² Citado por Rolando PANTOJA BAUZÁ: “El artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República”. *Rev. Der. y Jur.* T. 100, Primera parte, pág. 1.

²⁵³ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo*, Bases Fundamentales, T. II. El principio de la juridicidad, Edit. Jurídica de Chile, 1996, págs. 309-310.

²⁵⁴ Eduardo SOTO KLOSS, Comentario a sentencia de Corte de Concepción, de 18 de enero de 2006, publicado en *Revista Ius Publicum* N° 16, pág. 241. 16/2006.

cepto disponiendo que “Cualquier persona que sea lesionada...”, vale decir, se centra la responsabilidad en la víctima, ya que ésta es el eje de la responsabilidad del Estado, la cual no se estructura sobre la idea de “sanción al culpable” (como en el orden civil), de imposible concreción en lo que concierne al Estado/persona jurídica, sino de restitución a una víctima en lo que ha sido “privada de lo suyo” por un acto u omisión de la Administración, “lo suyo” tanto en el ser (integridad física y síquica –lato sensu– art. 19 N° 1) como en el tener (art. 19 N° 24). De allí su “objetividad”, carácter en el que tanto he insistido.

Más clara nos parece la opinión de Osvaldo Oelkers Camus, cuando afirma que “al consagrarse la responsabilidad por falta de servicio –en el artículo 42 de la Ley de Bases agregamos nosotros– desaparece el elemento tradicional de dolo o culpa del funcionario para los efectos de determinar la responsabilidad de la Administración. La responsabilidad –agrega– ahora se *objetiviza* y se transforma en responsabilidad directa de la Administración cuando ella no actúa en la forma que prescribe la ley”. En seguida aclara que el hecho de que la responsabilidad *se objetivice* “no significa que ésta sea responsabilidad objetiva, pues en estos casos necesariamente debe probarse la circunstancia que se alega derivada del funcionamiento anormal del organismo público”.²⁵⁵

Para Pedro Pierry Arrau el artículo 38 inciso 2° sólo es una norma de atribución de competencia que tiene como propósito establecer la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa; pero no para consagrar la responsabilidad administrativa del Estado y mucho menos un determinado tipo de la misma (responsabilidad objetiva). La falta de servicio no constitu-

²⁵⁵ OSVALDO OELKERS: “La Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en las Leyes Orgánicas Constitucionales de Administración del Estado y Municipalidades”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, pág. 446.

ye un tipo de responsabilidad objetiva, punto éste que no parece haber sido entendido por la jurisprudencia y al que los autores partidarios de la responsabilidad objetiva, en general, no han tratado con la rigurosidad necesaria cohonestando el error jurisprudencial. En seguida agrega: "Al decir que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, afirmamos que ella no corresponde, al menos, a lo que en derecho civil se conoce como tal, esto es, aquella en que basta para comprometerla el que exista el vínculo o relación de causalidad entre el hecho y el daño. En el derecho civil—continúa— el elemento culpa o dolo es esencial en la responsabilidad subjetiva y es por ello que el concepto de responsabilidad objetiva está dado principalmente por la ausencia del requisito de haber obrado con culpa o dolo. Sin embargo, la objetivización de la responsabilidad se produce no por la falta de necesidad de culpa o dolo, sino que, positivamente, por ser suficiente para comprometerla, la relación de causalidad. Ahora, en la falta de servicio, categóricamente no basta con la relación de causalidad, ya que es necesario la "falta de servicio".²⁵⁶ Termina este autor concluyendo que "la aplicación al Estado de la noción de falta de servicio puede hacerse a partir de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, permitiendo uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado".²⁵⁷

La Corte de Puerto Montt en sentencia de 2 de marzo de 2007, concluye que la responsabilidad del Estado "es de carácter objetivo, esto es, tiene lugar aunque no haya prueba alguna de las razones que llevaron al órgano a incurrir en una falta, y asimismo aunque no haya culpa de algún funcionario o del servicio, ya que es característico de este tipo de responsabilidad que baste que un ac-

²⁵⁶ Pedro PIERRY: "Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador". *Rev. de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, pág. 18.

²⁵⁷ *Ibidem*, pág. 34.

cidente se produzca a consecuencias de no haberse cumplido una función que la ley asigna al órgano público respectivo para que la responsabilidad sea exigible, toda vez que no es elemento de la llamada falta de servicio la negligencia o culpa que si constituye un elemento esencial tratándose de la responsabilidad extracontractual..." (Considerando 12)²⁵⁸. En cambio, la Corte de Santiago²⁵⁹, 3 de abril de 2007, concluye lo contrario. La Corte de Chillán en sentencia de 5 de noviembre de 1998 siguió este último criterio, al resolver que: "la falta de servicio no puede asimilarse a la responsabilidad objetiva, toda vez que es preciso que en el proceso se acredite en forma fehaciente la falta de servicio por parte, en este caso, del Fisco de Chile". Esta sentencia es comentada favorablemente por Jaime Rojas por cuanto se atiende más al marco constitucional que nos rige, abre un nuevo cauce a la interpretación fidedigna del artículo 44 (hoy 42) de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, toda vez que el administrado deberá probar en juicio la falta de servicio que le sirve de fundamento a la acción, no bastando acreditar únicamente el vínculo causal y el daño para obtener las indemnizaciones que se reclaman, situación que sin duda provocará en el mediano plazo que vuelva a replantearse el problema de la responsabilidad del Estado por la diversidad de posturas que puedan surgir como consecuencia de la falta de claridad normativa.²⁶⁰

Muy crítico a la nueva exigencia—que exista falta de servicio— que el artículo 42 de la Ley de Bases agrega a la norma constitucional, es Gustavo Fiamma Olivares: "El establecimiento de este requisito—falta de servicio— para la procedencia de la responsabili-

²⁵⁸ *Leyes y Sentencias* N° 35, pág. 44.

²⁵⁹ *Leyes y Sentencias* N° 38, pág. 47.

²⁶⁰ Jaime ROJAS VARAS: "Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador". *Rev. Chilena de Derecho*, número especial, 1998, págs. 353 y siguientes.

dad retrotrae el panorama a una época anterior a la entrada en vigor del texto fundamental. Condicionar la responsabilidad a la comisión de una "falta de servicio" por parte de la Administración significa volverla a situar en el extremo del autor del daño; aun cuando fundada en un nuevo tipo de ilicitud, que si bien no es igual a la del dolo o culpa, ya que es mucho más objetiva que ésta, mantiene el carácter delictual, en circunstancias que el constituyente la colaciona, como ya se ha explicado, desde el otro extremo, es decir, desde la posición de la víctima lesionada en sus derechos, con absoluta independencia de la licitud o ilicitud del actuar de la administración".²⁶¹ Más adelante sostiene enfáticamente que "el establecimiento de este requisito para la procedencia de la responsabilidad, sea el sistema flexible del artículo 83 (hoy 141), de la Ley de Municipalidades, sea en el rígido del artículo 44 (hoy 42) de la Ley sobre Bases Generales de la Administración del Estado, es ajeno al texto constitucional y, por tanto, inconstitucional".²⁶²

120. Constitucionalidad del artículo 42 de la Ley de Bases.

Teniendo en cuenta las explicaciones anteriores, se ha sostenido que el artículo 42 sería inconstitucional.²⁶³ En cambio, Rolando Pantoja Bauzá descarta la inconstitucionalidad.²⁶⁴ Personalmente, pienso que la norma no es inconstitucional, pues sólo se limita a declarar que la Administración responde de los daños que causa por la falta de servicio. No dice que sólo debe responder cuando

²⁶¹ GUSTAVO FIAMMA OLIVARES: "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio". *Rev. Chilena de Derecho*, Vol. 16, 1989, págs. 429 y siguientes.

²⁶²⁻²⁶³ *Ibidem*, pág. 439.

²⁶⁴ Rolando PANTOJA BAUZÁ: *Bases Generales de la Administración del Estado*-Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, 1987, pág. 45.

hay falta de servicio. Luego no es inconstitucional, por cuanto, "la falta de servicio no siempre es necesaria para que el Estado responda, pues, como veremos más adelante, aun sin falta de servicio, queda obligado a indemnizar cuando se causa a un particular un sacrificio especial. Volveremos sobre el punto.

121. Falta de servicio.

El 8 de febrero de 1873, el Tribunal de Conflicto de Francia dictó sentencia en el llamado caso "Blanco". Allí se estableció "que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los mismos principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares".²⁶⁵ Esta sentencia marca el inicio de las doctrinas sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, puesto que permitió al Consejo de Estado construir una doctrina para establecer la responsabilidad de la Administración prescindiendo de las nociones de culpa o dolo, admitiendo la obligación de indemnizar los daños causados a un particular por falta de servicio. Desde el punto de vista de la víctima, carece de importancia la individualización del funcionario responsable y del dolo o culpa con que pueda haber actuado. Su culpabilidad sólo generará su responsabilidad administrativa frente al Estado.

Conviene tener presente que "falta de servicio" no significa "culpa del servicio", sino "ausencia del servicio", "inactividad", "omisión".

La noción de falta de servicio público fue incorporada en nuestro ordenamiento positivo por el artículo 62 del D.L. N° 1.289 de 1976 (antigua Ley de Municipalidades): "La responsabilidad civil

²⁶⁵ M. LONG, PWEIL, G. BRAINBANT, Ed. Sirey, 1965, N° 1, pág. 5, citado por Pedro PIERRY, *ob. cit.*, pág. 13.

de la municipalidad podrá ser contractual o extracontractual. La responsabilidad contractual se regirá por las disposiciones de esta ley, por las del Código Civil y por los principios reguladores de los contratos administrativos. La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar a los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen debiendo hacerlo o lo hagan en forma deficiente". Esta norma es el antecedente del artículo 44 (hoy 42) de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, en nuestro derecho.²⁶⁶

Falta el servicio en los siguientes casos: a) cuando la administración pública ha funcionado mal, o sea el daño es causado por una acción positiva; b) cuando no ha funcionado, o sea el daño se ha cometido por omisión, cuando existe un deber funcional de actuar; y c) cuando lo haya hecho tardíamente, o sea, cuando el daño es cometido por una falta de diligencia funcional.²⁶⁷ La Corte Suprema, el 29 de enero de 2002, ha fallado que "la responsabilidad civil de las municipalidades por los daños causados por falta de servicio en el caso de autos concurre por falta de señalización del sitio del accidente a fin de impedir el tránsito vehicular y de peatones".²⁶⁸ Compartimos lo dicho por este fallo, por cuanto se ajusta rigurosamente a lo establecido en el artículo 174 inciso penúltimo de la Ley de Tránsito.

²⁶⁶ *Gaceta Jurídica* N° 265, pág. 778.

²⁶⁷ Osvaldo OELKERS CAMUS. "Responsabilidad Extracontractual". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, pág. 447.

²⁶⁸ *Gaceta Jurídica* 258, pág. 17, Consid. 11.

122. Requisitos para que proceda la indemnización por falta de servicio.

Los requisitos para que pueda prosperar una demanda de indemnización por falta de servicio son los siguientes:

a) que exista una norma de derecho positivo que obligue a la Administración a prestar el servicio. Por ejemplo, si demandan los daños causados en un accidente producido en la vía pública por falta de señalización adecuada, la norma incumplida será el artículo 174 inciso final de la ley N° 18.290, Ley de Tránsito;

b) que se acredite que el servicio no se prestó o se prestó en forma inadecuada o tardíamente (v. gr. que se estaba reparando una calle y no se colocó la señalización que indicara la realización de los trabajos);

c) que se pruebe el perjuicio, y

d) que se pruebe que el perjuicio se produjo por la falta de servicio (nexo causal). Al respecto, la Corte Suprema²⁶⁹ ha fallado, el 27 de agosto de 2003, que en el caso de un gendarme que, para impedir la fuga de un recluso, disparó y lesionó a un transeúnte, no genera responsabilidad civil por falta de servicio, sino la normada en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

La Corte Suprema en fallo de 26 de enero de 2005, resolvió que la norma del artículo 44 (hoy 42) de la ley N° 18.575, que incorpora como elemento de la responsabilidad delegado por falta de servicio, no es aplicable a las Fuerzas Armadas, por expresa disposición del inciso 2° del artículo 18 de la ley N° 18.575, a cuyo personal se aplica el DFL (G) N° 1 de 1968, del Ministerio de Defensa Nacional²⁷⁰. Esta misma sentencia en su considerando déci-

²⁶⁹ Rev. Der. y Jur. T 100, sec. 1° pag 132.

²⁷⁰ Rev. Der. y Jur. 102, sec. 1°, pág. 63.

mo estableció: “Que, por otro lado, la noción de falta de servicio como vertiente específica de responsabilidad estatal por actos u omisiones de su administración juega en el plano de las actividades de los organismos que la integran respecto de los usuarios o destinatarios de los servicios correspondientes y no se aplica en las relaciones de esos entes con sus dotaciones”.

123. La Administración debe indemnizar cuando impone un sacrificio especial a un administrado.

Somos de opinión que la Administración debe responder siempre que se imponga a un particular un sacrificio especial, sin necesidad de probar la falta de servicio. Ello no sólo porque el artículo 38 inciso 2° de la Constitución no hace distinción alguna, sino porque, además, de no ser así, se estarían vulnerando diversas garantías constitucionales: la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2); la igual repartición de las cargas públicas (art. 19 N° 20) y el Derecho de propiedad (artículo 19 N° 24).

Así lo ha entendido la Jurisprudencia. La Corte de Santiago, en sentencia de 21 de noviembre de 2003, resolvió que “la Constitución Política vigente contiene normas dirigidas a asegurar la indemnidad patrimonial de los ciudadanos, incluso frente a actos potestativos del Estado ejecutados en cumplimiento de la ley y, por ende, legales. Es el caso de los artículos 19 N° 20 y 24 de la Carta Fundamental, que consagran el principio de igualdad ante las cargas públicas y la garantía constitucional del derecho de propiedad, respectivamente” (Considerando 11). El considerando 12 agregó “Que la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas permite que la víctima de un daño causado en el interés general de la colectividad pueda obtener una reparación, con cargo al Estado en la medida que la carga pública impuesta en beneficio

común la perjudique exclusivamente o afecte a un número determinado de sujetos”.²⁷¹

La Corte Suprema hizo aplicación de la misma doctrina en la causa “Fondo Comunidad Galletué con Fisco”. El juicio fue motivado porque se prohibió a los actores la corta de araucarias. Nuestro más alto tribunal consideró que no era equitativo el sacrificio que a ellos se imponía en beneficio de la comunidad. Y señaló en su fundamento 13, letra d), que “La responsabilidad del Estado puede surgir de actos lícitos al declarar como válido el decreto supremo N° 29, porque se basa en la ley y es intrascendente su eventual ilicitud como fundamento de responsabilidad, puesto que lo que la Constitución protege es el patrimonio de los titulares del derecho, en este caso de dominio y se debe la indemnización de perjuicios cuando exista lesión sobre ese patrimonio. El decreto en cuestión declaraba a la araucaria como Monumento Nacional, lo que hacía surgir un daño para el propietario del predio desde que no las podía explotar, limitando de esa forma su derecho de dominio.”²⁷²

Una situación parecida se produjo con motivo de un repentino brote de fiebre aftosa ocurrido en la comuna de Longaví, Provincia de Linares, en el mes de marzo de 1987. La autoridad administrativa, con el objeto de cautelar los intereses generales, dispuso diversas medidas que afectaron al predio de un particular, medidas que el Servicio Agrícola y Ganadero tenía la facultad de adoptar. El propietario afectado interpuso una demanda en contra del Servicio Agrícola y Ganadero que se tramitó ante el Décimo Juzgado Civil de Santiago. En ese juicio se presentó un informe elaborado por don Enrique Evans de la Cuadra, donde se establece que “Para imputar un perjuicio al Estado, a la Administración, a sus órganos

²⁷¹ *Gaceta Jurídica* 281, pág. 122.

²⁷² T. 81, sec. V, pág. 181.

o a sus agentes, basta con constatar que si el daño ha sido causado a consecuencia de la actuación, de la omisión, del retardo o del funcionamiento parcial de un servicio público, sin considerar para nada si el daño resultante es imputable a culpa o negligencia del agente público, siendo suficiente para condenar al Estado la concurrencia de tres circunstancias: a) que la conducta que causó el daño no pueda estimarse como desprovista de relación con el Servicio; b) que el agente o agentes que han actuado o debido actuar, tengan una relación de servicio con el Estado, y c) para que la responsabilidad del Estado pueda verse comprometida debe existir una relación de causalidad directa entre el daño y el hecho invocado como origen de aquél. Luego es indiferente que haya habido o no culpa o falta de parte del agente público. En nuestro Derecho —enfatisa Evans— hay perjuicios que pueden comprometer la responsabilidad del Estado en ausencia de todo tipo de falta o culpa, aun cuando el daño se haya causado con ocasión del ejercicio regular de las competencias atribuidas por la Constitución y la ley a los órganos públicos”. El informe reconoce que la actividad del Servicio Agrícola y Ganadero fue regular, legítima y que no violó garantías constitucionales, pero concluye que de todas formas procede el pago de la indemnización al particular afectado, por cuanto “la característica esencial de este tipo de responsabilidad extracontractual en la Constitución, es que está regulada por la norma (artículo 38 inc. 2°) que establece, como principio general, que todo daño causado a un administrado por la acción u omisión de la Administración del Estado, por sus organismos o por las Municipalidades es indemnizable”. Agrega que “otra consecuencia que se extrae de la lectura de la referida disposición es la siguiente: en presencia del perjuicio y constatada su relación directa de causalidad con aquél, para los efectos de la obligación a indemnizar el perjuicio, tampoco se atiende a si el daño es producto de una actuación u omisión irre-

gular, esto es, constitutiva de delito o cuasidelito civil, o de una actuación lícita que provoque daños a los particulares”.²⁷³

Así también lo entiende la doctrina. Osvaldo Oelkers Camus explica que “el artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política permite la existencia en Chile de la responsabilidad de la Administración por actos administrativos, *lícitos como ilícitos*”, y agrega: que dicha norma “consagra un principio general de garantía patrimonial de los administrados y que puede ser invocado frente a cualquier tipo de lesión antijurídica a sus derechos aun cuando dicha lesión sea causada por actuaciones lícitas o normales, de los órganos de la Administración Pública”. Señala que “la responsabilidad de la Administración Pública cabe por actos lícitos que ella dicta, en razón a que el fundamento jurídico constitucional de la responsabilidad está dado por el concepto de *lesión*, en cuanto perjuicio antijurídico que el perjudicado no tiene el deber de soportar”. El fundamento de la obligación de indemnizar debe buscarse entonces en lo que se ha denominado “el sacrificio especial”, entendiéndose por tal aquel que es particularmente intenso, grave y, por lo tanto, no exigible al administrado: “Se justifica la aplicación de este principio en razón de la ruptura del principio de la igualdad ante la ley, expresado aquí en la igualdad ante las cargas públicas que en un caso específico y determinado debe permitir al ordenamiento jurídico o a la jurisprudencia, aplicar estos principios y acordar la completa indemnización por el daño o trato injusto y no equitativo sufrido por la persona”.²⁷⁴

Como observa Miguel Federico de Lorenzo “dentro de la moderna reelaboración del problema de la responsabilidad civil —producida

²⁷³ “Informe en Derecho sobre Responsabilidad Extracontractual del Estado”, 1997, *Rev. Temas de Derecho*, Universidad Gabriela Mistral, año XII, N°s. 1 y 2.

²⁷⁴ OSVALDO OELKERS CAMUS: “Fundamentos Indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado”. *Rev. Universidad Católica de Valparaíso* vol. II (1987), págs. 67 y siguientes.

por virtud de las profundas transformaciones sociales y culturales que se derivaron del desarrollo tecnológico, con un notable incremento de hechos dañosos— la óptica del fenómeno se trasladó de la estructura del acto ilícito (centró sobre la figura del comportamiento del sujeto lesionante) a la estructura del evento lesivo (identificado con el sujeto lesionado). La responsabilidad civil se redefinió como una reacción contra el daño injusto. Ante la imposibilidad de la eliminación del daño, el problema se presenta como una transferencia de un sujeto (la víctima) a otro (el responsable).²⁷⁵ Como se ve, el eje de la responsabilidad se traslada desde el daño injustamente causado al daño injustamente sufrido.

No se crea que estas ideas son de reciente data. En efecto, Gastón Jèze explicaba que “en la causa juzgada el 21 de enero de 1944, el Consejo de Estado ha proclamado el principio de la responsabilidad pecuniaria del Estado legislador.”, agregando que “ha elaborado una teoría matizada (nuancé) de la forma en que se hace efectiva la responsabilidad del Estado legislador. Además, ha dado a esta teoría una base jurídica sólida, a saber, el principio de la igualdad de los individuos frente a los servicios públicos y a las cargas públicas, principio admitido en Francia desde hace ciento cincuenta años, pero del que nunca se había sacado una consecuencia semejante”. “Nada existe, en el texto mismo de la ley o en sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de las circunstancias de la causa, que permita pensar que el legislador ha querido hacer soportar a los interesados una carga que normalmente no les incumbe. Esta carga, creada en interés general, debe soportarla la colectividad. De ahí se sigue que los señores C. y D., a quienes la ley ha hecho sufrir un perjuicio especial, suficientemente grave, están autorizados para demandar su reparación al Estado”.²⁷⁶

²⁷⁵ Miguel Federico DE LORENZO: *El daño injusto en la responsabilidad civil*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, págs. 14-15.

²⁷⁶ Gastón JÈZE. *Principios Generales de Derecho Administrativo*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, T. I, págs. XXXIII-XXXIV.

124. La responsabilidad del Estado es materia de conocimiento de los tribunales ordinarios.

El artículo 38 inc. 2° de la Constitución Política de la República señala que “se podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”. La redacción actual de esta norma fue dada por la ley que modificó la Constitución, ley N° 18.825 de 17 de agosto de 1989, que suprimió la referencia a los tribunales de lo Contencioso Administrativo, con lo que se abrió el camino para demandar ante los tribunales ordinarios.²⁷⁷ Y ello es así, en primer lugar, porque bajo la expresión “causas civiles” que emplea el artículo 73 (hoy 76) del texto constitucional “quedan comprendidas las de carácter reparatorio o indemnizatorio, cualquiera sea la calidad de las personas intervinientes, así sea el Estado o sus organismos” y, en seguida, por el principio de inexcusabilidad contemplado en el inciso 2° de la misma norma.²⁷⁸

125. Prescripción de la acción para demandar indemnización de perjuicios.

Existe controversia sobre si la acción para demandar la indemnización del Estado prescribe y para el caso de ser así, en qué plazo.

Soto Kloss es de opinión que la acción es imprescriptible, por tratarse de una responsabilidad de Derecho Público a la que no debe aplicarse el estatuto de la responsabilidad del Derecho Civil. En el mismo sentido voto disidente del Ministro Alejandro Solís, sentencia de 18 de enero de 1999.²⁷⁹

²⁷⁷ Enrique SILVA, ob. cit., pág. 218.

²⁷⁸ Gustavo FIAMMA: “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”. *Rev. Chilena de Derecho*, Vol. 16, 1989, pág. 429.

²⁷⁹ *Gaceta Jurídica* 223, pág. 97. En contra fallo de mayoría dictado en la misma causa. En igual sentido Corte de Santiago 24 de octubre de 2002. *Gaceta Jurídica* 268, pág. 111; Corte Suprema 30 de agosto de 1992, Considerando 7°, *Gaceta Jurídica* 266, pág. 92.

En otro caso, la Corte de Santiago distinguió entre la nulidad del acto y las consecuencias patrimoniales del acto viciado y, en fallo de mayoría de 2 de diciembre de 1999, resolvió que la acción destinada a obtener la indemnización de los perjuicios sufridos por una persona, como consecuencia de un acto del Estado declarado nulo (nulidad de derecho público) prescribe en conformidad al artículo 2332. Señala —Considerando. 3º— “que el derecho a ser indemnizado de los perjuicios sufridos, sean éstos de carácter material o moral, constituye, también, un derecho subjetivo de carácter privado, sea cual fuere su fuente y la naturaleza de la persona contra quien se pretende hacer efectivo; como tal, se encuentra sujeto a las reglas generales que, sobre la materia, se contemplan en nuestro ordenamiento común”. El voto disidente del abogado integrante don Eduardo Jara Miranda, sostuvo que “tratándose, como se ha dicho, de una nulidad de derecho público, que se fundamenta en que la actuación de los poderes públicos no puede exceder el marco rígido de su competencia, forzoso es admitir que las reglas del derecho común no pueden tener aplicación sino cuando las normas de derecho público se remiten a ella o cuando la naturaleza de la institución admita que el derecho público se integre con dichas normas”.²⁸⁰

Rojas opina que la acción prescribe. Ello por ser la prescripción universal y de todos los tiempos respecto de las acciones patrimoniales y descansar en la idea de protección a un valor jurídico importante: estabilidad y seguridad jurídicas. Piensa que el plazo de prescripción es el de la responsabilidad extracontractual (art. 2332). En este sentido, Corte Suprema 7 de mayo de 2003 (Rev. Der. y Jur. T.100, sec. 1ª, pág. 45); C. Suprema 27 de abril de 2004 (Rev. Der. y Jur., T 101, sec. 1ª, pág. 83); C. de Santiago 7 de mayo de 2007 (Leyes y Sentencias N° 40, pág. 60)”;

²⁸⁰ *Gaceta Jurídica* 234, pág. 67.

Corte de Santiago 3 de abril de 2007 (Leyes y Sentencias N° 38); Corte Suprema 15 de abril de 2003 (*Gaceta Jurídica* 274, pág. 108).

Otros creen que debe aplicarse el art. 2515 del Código Civil, por constituir la regla general en materia de prescripción. No sería procedente el plazo de 4 años, por ser excepcional establecido para una responsabilidad diferente a la del Estado. En ese sentido.²⁸¹

Se ha fallado también que la acción dirigida a declarar la nulidad de derecho público de un acto expropiatorio es de tipo patrimonial debiendo, por tanto, someterse al régimen propio de esta clase de acciones y, en particular, a la norma del artículo 2497 del Código Civil, que hace aplicable la prescripción a favor y en contra del Estado”.²⁸²

Nuestra opinión en esta materia podemos resumirla en los puntos siguientes:

I. La acción para demandar perjuicios es siempre prescriptible. La prescripción es una institución de orden público destinada a consolidar los derechos de las partes por lo que no es admisible mantener la incertidumbre a perpetuidad. Compartimos lo dicho por la Corte de Santiago en sentencia de 10 de octubre de 2000 (causa rol 32.988-98, redactada por don Francisco Merino S.): “En materia de prescripción, el espíritu general de nuestra legislación, tanto de aquella que conforma el ámbito del Derecho Privado como del Derecho Público, es que las acciones que en ella encuentran su fuente sean prescriptibles, es decir, que se extingan por el simple lapso de tiempo cuando no han sido ejercidas oportunamente; constituyendo la imprescriptibilidad una situación de excepción que se

²⁸¹ T. 96 sec. 5ª pág. 69 *Gaceta Jurídica* 266, pág. 92. En el mismo sentido Corte Suprema 15 de mayo de 2002, Consids. 8 y 9.

²⁸² Corte de Santiago, 8 de agosto de 2002. *Gaceta Jurídica* 266, pág. 89. En el mismo sentido Corte de Santiago 30 de agosto de 2002, *Gaceta Jurídica* 266, pág. 92 y Corte de Santiago 24 de octubre de 2002, *Gaceta Jurídica* 268, pág. 111.

presenta únicamente en aquellos casos en que la ley, mediante texto expreso, así lo dispone. Tal espíritu, en realidad, constituye la materialización del principio denominado "de la utilidad social", ínsito en el instituto de la prescripción, cuya existencia obedece a consideraciones superiores de interés y de orden social, y como herramienta necesaria para el logro de la certeza y de la seguridad jurídicas". (Consid. 10º)

2. Si se demanda la responsabilidad de la Administración por un acto ilícito o por falta de servicios, el plazo de prescripción debe ser el contemplado en el artículo 2332 del Código Civil que, a nuestro juicio, sienta la regla general para demandar indemnizaciones por hechos ilícitos. Aunque el punto es discutible en los casos de falta de servicio, pensamos que debe aplicarse este plazo porque ella supone una omisión al debido cuidado de la Administración que hace ilegítimo su actuar.

3. Si lo que se demanda es el daño causado por un hecho o acto ilícito de un órgano del Estado que causa a un administrado un perjuicio especial que no tiene obligación de soportar, no hay razón valedera para aplicar el plazo de prescripción del artículo 2332 del Código Civil, puesto que esa disposición sólo tiene cabida en la responsabilidad proveniente de hechos ilícitos, que no es el caso. Estimamos que a falta de norma especial debe aplicarse el plazo de 10 años, por ser éste el máximo establecido en nuestro ordenamiento positivo para consolidar todos los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK MANASEVICH, René: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, 1943.
3. ALTERINI, Atilio Aníbal. *Responsabilidad Civil*, Edit. Abeledo Perrot, Tercera Edición, 1999.
4. BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2006.
5. BIDART HERNÁNDEZ, José: *Sujetos de la acción de Responsabilidad Extracontractual*, Edit. Jurídica de Chile, 1985.
6. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría General de la Responsabilidad Civil, Novena Edición*, Edit. Abeledo Perrot, 1997.
7. CLARO SOLAR, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, T. XII.
8. CELIS RODRÍGUEZ, Rubén: *La Responsabilidad Extracontractual*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanidades. Universidad Nacional Andrés Bello, 1994.
9. CORRAL TALCIANI, Hernán: *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Edit. Jurídica de Chile, 2003.

10. CORRAL TALCIANI, Hernán: "Responsabilidad Civil Extracontractual en la Construcción", artículo publicado en *Gaceta Jurídica* 223, año 1999.
11. DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo: *La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica*.
12. DÍEZ SCHWERTER, José Luis. *El daño extracontractual*. Jurisprudencia y Doctrina. Edit. Jurídica de Chile, 2002.
13. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen Aída. Comentarios de Jurisprudencia; *Rev. Der. Universidad de Concepción*, N° 199.
14. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: "Comentarios de Jurisprudencia", *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 190.
15. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: "Aspectos de la Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil, con especial referencia al Derecho Chileno". *Rev. Derecho Universidad de Concepción*, N° 209.
16. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón: "El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil", *Rev. Der. Universidad de Concepción*, N° 136.
17. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón "Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral" *Rev. Chilena de Derecho*, 2004, Septiembre-Diciembre, Vol. 31 N° 3, págs. 493 a 514.
18. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen: *El Daño Moral*; Edit. Jurídica de Chile, 2000.
19. DUCCI CLARO, Carlos: *Responsabilidad Civil*, Edit. Jurídica de Chile 1971.
20. DUCCI CLARO, Carlos "Responsabilidad Civil" (Extracontractual). Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Imprenta El Imparcial, 1936.
21. EVANS DE LA CUADRA, Enrique: *Informe en Derecho sobre Responsabilidad Extracontractual del Estado*.

22. FIAMMA OLIVARES, Osvaldo: "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio". *Rev. Chilena de Derecho*, Vol. 16.
23. FUEYO LANERI, Fernando: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Edit. Jurídica de Chile, 1990.
24. FUEYO LANERI, Fernando: *Cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, 1991.
25. FUEYO LANERI, Fernando: *Interpretación y Juez*. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976.
26. GATICA PACHECO, Sergio. *Aspectos de la Indemnización de Perjuicios por Incumplimiento del Contrato*, Edit. Jurídica de Chile, 1959.
27. GHERSI, Carlos A.: *Teoría General de la Reparación de Daños*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1990.
28. GOLDENBERG, Isidoro H. *Indemnización por daños y perjuicios*, Edit. José Luis Depalma, Buenos Aires, 1993.
29. JÉZE, Gastón: *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, T. I, págs. XXXIII-XXXIV.
30. JOSSE RAND, Louis. *Derecho Civil*, T. II, Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1950.
31. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: *Daños causados por los dependientes*, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1992.
32. LAGOS NARVÁEZ, Patricio. "La responsabilidad objetiva, su evolución en Chile desde 1988". Universidad del Desarrollo. Colección Tesis de Magíster en Derecho de la Empresa.
33. LEÓN HURTADO, Avelino: *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Edit. Jurídica de Chile, 1963.
34. LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel: "La responsabilidad pública de los Servicios de Salud. Algunos contrastes desde una perspectiva privatista" (información obtenida en Internet).

35. MAZEAUD, HENRI y LEÓN, y TUNC, André: *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, 5ª Edic. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, T. Primero, Vol. I.
36. MAZEAUD, HENRI y LEÓN: *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Vol. II, Ediciones Jurídicas Europa América, 1960.
37. MEZA BARROS, Ramón: *Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, T.U.U., Edit. Jurídica de Chile.
38. OELKERS CAMUS, Osvaldo: "La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio", *Rev. Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998.
39. OELKERS CAMUS, Osvaldo: "Fundamentos Indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado", *Rev. Universidad Católica de Valparaíso*.
40. OELKERS CAMUS, Osvaldo: "La responsabilidad extracontractual del Estado en las Leyes Orgánicas Constitucionales de Administración del Estado y Municipalidades", *Rev. Chilena de Derecho* Vol. 16.
41. PIERRY ARRAU, Pedro: "Responsabilidad Extracontractual del Estado", *Rev. de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*.
42. PANTOJA BAUZÁ, Rolando: *Bases Generales de la Administración del Estado*, Edit. Jurídica Ediar-ConoSur, 1987.
43. PANTOJA BAUZÁ, Rolando: "El artículo 38, inciso 2º de la Constitución Política de la República". *Rev. Der. y Jur.* T. 100, Primera Parte, pág. 14.
44. ROJAS VARAS, Jaime: "Bases de la Responsabilidad del Estado Administrador", *Rev. Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998.
45. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *Responsabilidad Extracontractual*, Edt. Jurídica de Chile, 1999.

46. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *Responsabilidad Contractual*, Edit. Jurídica de Chile, 2005.
47. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *La obligación como deber de conducta típica*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1992.
48. ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo: *Responsabilidad Precontractual*, Ediciones Universitarias, Valparaíso, 1979.
49. STITCHKIN BRANOVER, David. *Derecho Civil*, T. I, Edit. Universitaria, S. A., Santiago, 1948.
50. SILVA CIMMA, Enrique: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*, Edit. Jurídica de Chile, 1994.
51. SOTO KLOSS, Eduardo: *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales, T. II. El Principio de la juridicidad*, Edit. Jurídica de Chile, 1996.
52. TAPIA SUÁREZ, Orlando: "De la Responsabilidad Civil en General y de la Responsabilidad Delictual entre los Contratantes", Edit. LexisNexis 2006.
53. TOMASELLO HART, Leslie: "*El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual*", Edit. Jurídica de Chile, 1969.
54. VERGARA BEZANILLA, José Pablo: "La mercantilización del daño Moral"; *Rev. Consejo de Defensa del Estado*, año 11.
55. ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro: "El cúmulo u opción de responsabilidades en la nueva ley de protección al consumidor". Estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras. *Cuadernos de Extensión de la Universidad de los Andes*.

REVISTAS

1. Revista de Derecho y Jurisprudencia;
2. Gaceta Jurídica;
3. Revista de Derecho Universidad de Concepción;
4. Revista Chilena de Derecho;
5. Revista Universidad Católica de Valparaíso;
6. Revista Fallos del Mes;
7. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado.
8. Revista Leyes y Sentencias.

