

**DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN GENERAL
Y DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
EN PARTICULAR: DELITOS Y CUASIDELITOS CIVILES¹**

Sumario:

- 1.- Concepto de responsabilidad y funciones de esta.
 - 1.1. Concepto de responsabilidad.
 - 1.2 Funciones de la responsabilidad.
- 2.- Clases de responsabilidad civil.
- 3.- ¿En qué se concreta la responsabilidad civil?: indemnización de daños y perjuicios.
- 4.- Presupuesto de la responsabilidad en general.
- 5.- Principios de la responsabilidad.
- 6.- Fundamento de la responsabilidad civil.
- 7.- Origen de la responsabilidad contractual y extracontractual: fuentes de las obligaciones.
- 8.- El sistema de reparación de daños en la Constitución Política de la República. Normas fundamentales.
- 9.- El sistema de reparación de daños en el Código Civil. Normas fundamentales.
- 10.- Diferencias entre la responsabilidad civil y la penal.
- 11.- Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual.
- 12.- Diferencias entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad legal.
- 13.- Elementos de la responsabilidad extracontractual.
 - 13.1 El daño.
 - 13.2 Un daño imputable: la culpa o dolo.
 - 13.3 La relación de causalidad entre el dolo, la culpa y el daño.
 - 13.4 Capacidad delictual.
- 14.- Presunciones de culpa.
 - 14.1 Responsabilidad por el hecho propio.
 - 14.2 Responsabilidad por el hecho ajeno.
 - 14.3 Responsabilidad por el hecho de las cosas.
- 15.- Acción para perseguir la responsabilidad extracontractual.
 - 15.1 Sujeto activo de la acción.
 - 15.2 Sujeto pasivo de la acción.
 - 15.3 Caso de responsabilidad solidaria pasiva.
 - 15.4 Extensión de la indemnización.
 - 15.5 Cúmulo de indemnizaciones.
 - 15.6. Opción o concurrencia de responsabilidades.
 - 15.7 Tribunales competentes y procedimientos aplicables.
 - 15.8 Extinción de la acción.
- 16.- Causas eximentes y atenuantes de responsabilidad.
 - 16.1 Eximentes de responsabilidad.
 - 16.2 Cláusulas de irresponsabilidad.
 - 16.3 Atenuantes de responsabilidad.

En las líneas que siguen, trataremos en general, primero, de la “responsabilidad civil”, que es una de las variantes que puede asumir la responsabilidad, junto con la penal, la legal, la administrativa, etc., y después nos abocaremos al estudio de la responsabilidad civil extracontractual derivada de la comisión de delitos y cuasidelitos.

¹ Fecha de última modificación: 9 de enero de 2023.

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN GENERAL

1.- Concepto de responsabilidad y funciones de esta.

1.1 Concepto de responsabilidad.

La responsabilidad, es uno de los principios fundamentales del Derecho en general y del Derecho Civil en particular. En términos generales, se genera la responsabilidad con ocasión de la infracción a una norma. Entendiendo por ésta todo precepto jurídico, sea de rango constitucional, legal o reglamentario, y aún de carácter contractual, pues conforme al art. 1545 del Código Civil, "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Por ende, la infracción normativa no sólo incide en normas de carácter general, como ocurre con un precepto legal, por ejemplo, sino también tratándose de normas particulares, como aquellas que tienen su fuente en un acuerdo de voluntades.

No existe una definición genérica de "responsabilidad" en el Código Civil. Para el Diccionario de la Lengua Española, se entiende por tal "Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal".²

Las definiciones propuestas por los autores se enmarcan en el mismo contexto de ideas. Revisemos algunas.

Hans Kelsen afirma que, desde un punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona.³

Lorenzo de la Maza expresa que "La responsabilidad civil es, en general, la obligación que contrae una persona de indemnizar el daño causado a otra, como consecuencia del incumplimiento de una obligación de que ésta es acreedora o que la ha hecho víctima de un delito o cuasidelito civil".⁴

Para Hugo Rosende Álvarez, la responsabilidad civil es la obligación que pesa sobre una persona de colocar a quien se ha causado un daño por la violación de un deber jurídico en la misma situación en que éste se encontraría con anterioridad a dicho acto.⁵

Para Francisco Saavedra, "debe entenderse por responsabilidad civil la prestación obligatoria puesta a cargo de un sujeto a consecuencias de un evento dañoso".⁶

Para Pablo Rodríguez Grez, "consiste en el deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión del incumplimiento de una obligación". Agrega este autor que "la obligación es un 'deber de conducta tipificado en la ley'. Toda obligación civil, por lo mismo, importa la imposición de una conducta que el destinatario de la norma debe realizar, así sea positiva (acción) o negativa (omisión). Si dicha conducta no se despliega, quien la infringe debe indemnizar los perjuicios que de ello se siguen".⁷ De esta manera, "Jurídicamente la responsabilidad consiste en el

² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edición, 2001, pp. 1959 y 1960.

³ Citado por Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 15.

⁴ De la Maza Rivadeneira, Lorenzo, artículo "La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica", en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 15, Santiago de Chile, 1988, p. 21.

⁵ Rosende Álvarez, Hugo, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual*, Editorial Universitaria, Valparaíso, 1979.

⁶ Saavedra Galleguillos, Francisco, artículo "La responsabilidad durante los tratos negociales previos", en *Revista Lex et Veritas*, Santiago de Chile, Editora Metropolitana, 2004, Vol. 2, p. 89.

⁷ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 11.

deber de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación preexistente. Esta obligación puede derivar de una relación contractual, o del deber genérico de comportarse con prudencia y diligencia en la vida de relación, o de un mandato legal explícito”.⁸

De las definiciones transcritas, se desprende que, usualmente, la responsabilidad se originará a consecuencia de la infracción de una norma, en la medida en que ella ocasione un daño. Sin embargo, veremos que, en algunos casos excepcionales, la ley sólo exige el segundo de estos requisitos. Se trata de los casos de responsabilidad objetiva o sin culpa.

Cabe advertir que la voz “responsabilidad” es relativamente moderna en el campo jurídico. Como destaca la doctrina francesa, no aparece en la obra de Domat (siglo XVII) y Pothier (siglo XVIII) sólo la emplea excepcionalmente.⁹

1.2. Funciones de la responsabilidad.

Dos grandes funciones, cumple la responsabilidad. Por una parte, encontramos la función preventiva. Por otro lado, una función de reparación.¹⁰

En lo que respecta a la función preventiva, el sistema normativo de la responsabilidad impone a todas las personas un deber genérico de abstención o prevención del daño: todas las personas, sean naturales o jurídicas, y en el segundo caso de Derecho Público o de Derecho Privado, tienen el deber de evitar causar un daño a otra persona; adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o si ello es inevitable hacer lo pertinente para disminuir su magnitud; y no agravar el daño ya acaecido.¹¹ En el marco de esta función preventiva, el ordenamiento jurídico confiere acciones preventivas, incluso populares, es decir deducibles por cualquiera del pueblo, cuando una acción u omisión antijurídica haga previsible la producción de un daño.¹²

La responsabilidad también cumple una función resarcitoria, cuando se produce la violación del deber de no dañar a otro.¹³ En tal caso, el deber de prevención del daño muta en el deber de reparar el perjuicio causado. Las normas de la responsabilidad propenden a la reparación de todo el daño causado, salvo que el autor de este pueda acreditar una causal eximente o atenuante, que lo libere íntegra o parcialmente de responder. Debe advertirse que la función resarcitoria o reparadora no debe entenderse como una eventual fuente de lucro o de enriquecimiento indebido para quien ha sufrido el daño. La expresión “reparar” significa “enmendar, corregir o remediar” y también “desagraviar, satisfacer al ofendido”,¹⁴ entendido todo ello en un contexto razonable y prudente. Por ello, el juez debe estar atento ante demandas en las que se reclama sumas exorbitantes, a todas luces excesivas o exageradas, que no guardan ninguna relación con el daño patrimonial y moral causado a quien las interpone.

Estas dos funciones de la responsabilidad generan a su vez los dos principios a que nos referiremos más adelante.

2.- Clases de responsabilidad civil.

⁸ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Contractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 9 y 10.

⁹ Mazeaud Henri y Mazeaud León, *Elementos de la responsabilidad civil. Perjuicio, Culpa y relación de Causalidad*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, año 2013, p. 9, que hace parte del *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil*.

¹⁰ Cfr. Código Civil y Comercial de la República Argentina, artículos 1708 y siguientes.

¹¹ Art. 1710 del Código Civil y Comercial de la República Argentina.

¹² Art. 1711 del Código Civil y Comercial de la República Argentina.

¹³ Art. 1716 del Código Civil y Comercial de la República Argentina.

¹⁴ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, ob. cit., p. 1946.

De los conceptos de responsabilidad que se han revisado y del sistema normativo que más adelante analizaremos, se desprende que existen dos grandes clases de responsabilidad civil: contractual y extracontractual.

Una, se origina por el incumplimiento culpable o doloso de las obligaciones derivadas de un contrato. La persona obligada, no cumple con sus obligaciones, o lo hace de manera imperfecta o incompleta o cumple, pero tardíamente, esto es, no en los plazos convenidos. El acreedor es lesionado en su patrimonio, porque se ve privado de las ventajas que le habría reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación. Se trata entonces de responsabilidad contractual.

Otra, surge como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito culpable o doloso, que ocasiona un daño a otra persona o a los bienes de otro. Se trata de la responsabilidad extracontractual.

Las dos clases de responsabilidad civil enunciadas han de entenderse en el campo del Derecho Civil Patrimonial. En efecto, otras son las consecuencias de la responsabilidad prevista en el Derecho de Familia, de cuyas normas no se trata en este compendio.¹⁵

3.- ¿En qué se concreta la responsabilidad civil?: indemnización de daños y perjuicios.

Afirmar que se ha generado responsabilidad civil para un individuo, supone que éste se encuentra en la necesidad de indemnizar daños y perjuicios ocasionados a otra persona.

En efecto, la acción u omisión culpable o dolosa de un individuo, causa un daño, ocasiona una lesión que ha sufrido el patrimonio del acreedor o de la víctima, que debe ser reparada, y ello se alcanza mediante la indemnización de perjuicios.

En cuanto a los alcances relativos a la expresión "daños y perjuicios", nos remitimos a lo explicado en nuestro apunte relativo a los "Efectos de las Obligaciones".

Puede definirse la indemnización de perjuicios, en el ámbito contractual, como el derecho que tiene el acreedor para exigir del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente a la ventaja o beneficio patrimonial y moral que le habría procurado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación. Por ello, se habla de *cumplimiento por equivalencia*, en oposición al *cumplimiento por naturaleza*, que corresponde a lo originalmente pactado. La indemnización que se debe pagar, entonces, equivale a lo que habría obtenido el acreedor, de haberse cumplido lo pactado.

A su vez, en el ámbito extracontractual, la indemnización de perjuicios consiste en el derecho que tiene la víctima para exigir al victimario o a quien sea civilmente responsable por los hechos de tal victimario, una cantidad de dinero equivalente al daño patrimonial y moral experimentado a consecuencia de la comisión de un delito o cuasidelito.

4.- Presupuesto de la responsabilidad en general.

¹⁵ Así, por ejemplo, en el Código Civil y Comercial de la República Argentina se alude a la "La responsabilidad parental", definida en su art. 638 de la siguiente manera: "es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado". En efecto, de la infracción a las reglas que regulan la potestad parental y la patria potestad, puede originarse responsabilidad, como por ejemplo la pérdida del cuidado personal del menor, o el arresto del deudor de una pensión de alimentos.

El *presupuesto* de la responsabilidad se encuentra en el daño, o dicho de otra forma, en el incumplimiento de un deber que causa daño. Sin daño, no hay responsabilidad civil. El daño es condición esencial de la responsabilidad patrimonial.¹⁶

El daño material consiste en una lesión de carácter patrimonial. La víctima o el contratante sufren un menoscabo o disminución en su patrimonio a consecuencia del hecho ilícito o del incumplimiento del contrato, o en el caso del último, por la privación de una ganancia que legítimamente se esperaba obtener. El daño moral, por su parte, según su definición doctrinaria y jurisprudencial tradicional, consiste en el dolor, la aflicción, el pesar psíquico que causa a la víctima o al contratante el hecho ilícito o el incumplimiento del contrato. Es el *precio del dolor*. Naturalmente, tal aflicción o dolor sólo puede sufrirlo una persona natural, y por ello en principio no podría reclamar indemnización por daño moral una persona jurídica. Sin embargo, en algunas sentencias recientes se abre paso esta posibilidad, cuando se trata del daño a la imagen de una persona jurídica, en particular cuando no tiene fines de lucro.

Dicho presupuesto, a su vez, según veremos, puede *fundarse* en una conducta imputable a un sujeto por su culpa o dolo, como ocurre por regla general en el Código Civil (responsabilidad subjetiva), o simplemente por disponerlo así un mandato legal expreso, como ocurre excepcionalmente en nuestro ordenamiento jurídico (responsabilidad objetiva o estricta).

La responsabilidad jurídica incluye, por una parte, las obligaciones nacidas como consecuencia de un acto voluntario que produce un *daño privado*, llamada *responsabilidad civil*, y, por la otra, las obligaciones que surgen en razón de la comisión de un *daño social*, denominada *responsabilidad penal*. En el primer caso, la víctima es un particular. En el segundo caso, la víctima es la sociedad toda (sea que haya o no un individuo que resultó ser la víctima directa).

El *daño privado* consiste en todo menoscabo que experimente un individuo en su persona o bienes por el hecho de otra persona, ya se trate de la pérdida de un beneficio moral y material, un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial. El *daño social* se traduce en el incumplimiento de la norma legal, en el atentado de la conducta humana contra el ordenamiento que la sociedad ha creado para la adecuada protección de sus principios, actividades o bienes más preciados.

Como expresa Lorenzo de la Maza, "El delito y el cuasidelito penal se caracterizan por constituir un atentado o violación del orden jurídico, social o económico establecido, constituyendo un mal para toda la sociedad, mientras que el delito y el cuasidelito civil se caracterizan por constituir un atentado o violación de bienes jurídicos pertenecientes a particulares".¹⁷

Como consecuencia de la distinta naturaleza del daño, la sanción en ambos casos es diferente. En el ámbito penal reviste el carácter de represión o castigo, mediante la imposición de una pena (que puede ser corporal, privativa de libertad). En el ámbito civil, mediante la condena a pagar una indemnización de perjuicios.

5.- Principios de la responsabilidad.

Dos son los principios fundamentales que debemos tener presente en materia de responsabilidad civil:

a) Cabe considerar, en primer lugar, como noción fundamental, *el principio de no dañar a otro*, expresado desde la época del Derecho romano bajo la fórmula *alterum non laedere*. Si este deber de omisión genérico se quebranta y causamos daño a un tercero y si dicho daño es imputable a nuestra culpa o dolo, debemos responder. En efecto, en tal caso, la sanción que se nos aplicará lleva envuelta la idea de reparación,

¹⁶ Barros Bourie, Enrique, ob. cit., p. 15.

¹⁷ De la Maza Rivadeneira, Lorenzo, ob. cit., p. 23.

expresada en el principio de que todo acto ejecutado por una persona, con o sin la intención de producir efectos jurídicos, que causa daño a otro, crea para su autor la obligación de repararlo. Se recoge este principio, esencialmente, en los arts. 1556 y 1557 (en materia contractual) y en el art. 2314 (en materia extracontractual):

i.- El art. 1556, al establecer que quien no cumple su obligación, o sólo la cumple de manera imperfecta o la cumple pero con retardo, debe la indemnización de perjuicios, que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

ii.- El art. 1557, al disponer que en las obligaciones de dar y de hacer se debe la indemnización desde la mora del deudor. En cambio, tratándose de obligaciones de no hacer, la sola contravención facultará al acreedor para reclamar indemnización de perjuicios.

iii.- El art. 2314, en cuanto advierte que aquél que comete un delito o cuasidelito, es obligado a la indemnización.

b) Pero, además, un segundo principio –que es una consecuencia del primero– debe operar tras ocasionarse el daño: el *principio de la reparación integral del daño causado*. Está consagrado, principalmente, en:

i.- El art. 2329, inc. 1º del Código Civil, en materia de responsabilidad extracontractual (...todo daño...).

ii.- El art. 2317, inc. 1º del Código Civil, también tratándose de la responsabilidad originada por delitos y cuasidelitos (“... cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio...”).

iii.- En el art. 1558, si hubo dolo o culpa grave, en materia de responsabilidad contractual (... pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios...).

iv.- En el art. 1458, inc. 2, dolo como vicio de la voluntad o del consentimiento, en cuanto quien lo fraguó responde “... por el total valor de los perjuicios...”.

Con todo, cabe prevenir una importante diferencia en lo que concierne a la reparación integral del daño: constituye la regla general en materia extracontractual, pero es excepcional en materia contractual (sólo si hubo dolo o culpa grave).

Junto con los dos principios fundamentales, podemos agregar un tercero que opera en materia civil, de menor entidad si se quiere, pero no por ello carente de importancia, como es el *principio de compensación de culpas*, consagrado en el art. 2330 del Código Civil. Operará, cuando el resultado nocivo es consecuencia tanto del autor del ilícito como de la víctima, lo que deriva en una reducción del monto de la indemnización en atención a que la víctima se expuso imprudentemente al daño. Este principio, entonces, afecta al principio de la reparación integral del daño causado.

También podría considerarse que en el ámbito contractual opera este principio de la compensación de culpas, pero en un modo diverso al del art. 2330. Nos referimos al art. 1552 del Código Civil, que consagra el principio “La mora purga la mora” o “excepción de contrato no cumplido”. Si ambas partes del contrato bilateral son culpables, pues ninguna ha dado cumplimiento a su obligación o al menos está llana a cumplirla en la forma o tiempo debidos, carecerán del derecho de demandarse una a la otra. Las culpas recíprocas se compensan aquí no para reducir la cuantía de la indemnización, sino para impedir que una cualquiera de las partes demande a la otra.

6.- Fundamento de la responsabilidad civil.

Nuestro Código Civil adopta como *fundamento* de la responsabilidad delictual o cuasidelictual, la denominada “doctrina clásica”.

Para esta doctrina, el fundamento de la responsabilidad extracontractual está en *la culpa del autor*, entendida, en términos amplios, como aquella comprensiva tanto de culpa propiamente tal como de dolo. La responsabilidad requiere que el daño sea *imputable*. No basta sólo con el daño, pues éste podría no ser atribuible a la conducta de un sujeto, o aún en tal caso, podría ocurrir que dicha conducta no haya sido

culpable. Por ende, si hay culpabilidad, hay responsabilidad. Se trata de una *responsabilidad subjetiva*. Diversas disposiciones en el Código Civil confirman que en esta materia se sigue la doctrina clásica: artículos 2284, 2314, 2319, 2323, 2329, 2333.

En efecto:

- i.- En el art. 2284, se alude a un hecho "cometido con intención de dañar" y a un hecho "culpable", para hacer referencia del delito y del cuasidelito.
- ii.- En el art. 2314, al señalar: "el que ha cometido un delito o cuasidelito".
- iii.- En el art. 2319, cuando dice: "si pudiere imputárseles negligencia".
- iv.- En el art. 2323, al expresar: "por haber faltado (...) al cuidado de un buen padre de familia".
- v.- En el art. 2329, al establecer: "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona".
- vi.- En el art. 2333, al exigir: "daño o dolo".

Todas estas normas, y otras del Código Civil, parten del supuesto de la existencia de culpa o dolo en el autor del daño.

Se critica la doctrina clásica sosteniéndose que no respondería adecuadamente a la realidad presente, en la que, en virtud del avance científico y tecnológico, las posibilidades de causar y de ser víctima de perjuicios han aumentado considerablemente. En efecto, ya a partir de la era industrial, iniciada a fines del Siglo XVIII e inicios del Siglo XIX, y en la era del conocimiento técnico y científico de nuestros días, el riesgo de provocar daño a otros ha aumentado de manera exponencial. Así, por ejemplo, las actividades comerciales e industriales han aumentado significativamente el bienestar de los países, pero también han incrementado las posibilidades de ocasionar grandes daños a la naturaleza y a quienes habitan en las inmediaciones de las plantas o fábricas. En tal contexto, resulta también muy difícil para la víctima del daño probar la culpa o el dolo del autor, dadas las dificultades de acreditar cuál de las muchas fuentes potencialmente contaminantes, pudo ser la causante de los perjuicios. Por ello, en algunos casos se admite que las víctimas obtengan un resarcimiento de perjuicios, aún sin necesidad de probar culpa de quien ejecutó el hecho causante del daño.

Para mitigar los inconvenientes planteados, el legislador, la doctrina y la jurisprudencia han adoptado y propuesto diversas medidas:

- i.- *Presunciones de culpabilidad*, sea por el hecho propio, por el hecho de terceros o por el hecho de las cosas: artículos 2320; 2322; 2326; 2328; y 2329. En estos casos, la conducta de un individuo se presume culpable, de manera que se invierte la carga de la prueba. Es el sujeto demandado, quien debe probar que su conducta fue diligente.
- ii.- Se ha *extendido el concepto de culpa*: el ejercicio abusivo de un derecho podría implicar culpa. En principio, si alguien se limita a ejercer un derecho que se le reconoce por el ordenamiento jurídico, no debiera imponérsele responsabilidad civil. Pero en ciertos casos, ello sí podría ocurrir, cuando se constata que ese derecho pudo ejercerse de otra forma, es decir, de manera de no causar daño a terceros. Si así no se hizo, se plantea que existiría un ejercicio "abusivo" de tal derecho y por ende habría que responder.
- iii.- Llegando más lejos, se ha planteado la teoría de la *responsabilidad objetiva, estricta* o sin culpa, especialmente acogida en ciertas materias del ámbito laboral o al explotar industrias o realizar actividades económicas que son riesgosas (existen actividades industriales o comerciales en las cuáles la ley establece responsabilidad objetiva o estricta, como por ejemplo en materia aeronáutica, o en la explotación de plantas productoras de energía nuclear). Se trata de eliminar la noción de imputabilidad importando sólo si hay daño y si existe una relación de causalidad con el

autor. Cabe señalar que según el profesor Pablo Rodríguez Grez, hay al menos tres casos de responsabilidad objetiva en el Código Civil:

- i) El caso del art. 2316, inc. 2º, respecto del que se aprovecha del dolo ajeno, sin ser cómplice en él;
- ii) El caso del art. 2328, relativo a la cosa que cae o es arrojada de la parte superior de un edificio; y
- iii) El caso del art. 2327, en lo tocante al daño causado por un animal fiero.

En lo concerniente a la responsabilidad contractual, tal como se estudió en los "Efectos de las Obligaciones", el fundamento de la responsabilidad también consiste en una conducta culpable o dolosa de aquella parte contratante que no cumple sus obligaciones. Ambos son los factores generales de imputabilidad, que pueden originar la obligación de indemnizar. En algunos casos excepcionales, se agrega un tercer factor de imputabilidad: "el hecho del deudor". Por el contrario, si el incumplimiento obedece a una causa ajena a la voluntad del contratante, es decir al caso fortuito o a la fuerza mayor, éste quedará exonerado de responsabilidad, a pesar de que la contraparte no obtenga la prestación que espera. En tal caso, se extinguirá la relación jurídica, sin que el deudor deba responder ante su acreedor (art. 1547 del Código Civil).

7.- Origen de la responsabilidad contractual y extracontractual: fuentes de las obligaciones

Así las cosas, existiendo el *presupuesto* del daño y *fundándose* éste en una conducta imputable a su autor, se *origina la obligación de indemnizar*. La obligación, aunque no está definida en la ley, es la contrapartida de un derecho personal o crédito, definido en el art. 578.

De esta manera, la obligación de indemnizar puede tener su origen en diversas fuentes en las que pasa a tomar su particular denominación. La *responsabilidad contractual* nace cuando el daño resulta de la violación de un vínculo jurídico preexistente entre las partes, o sea, por el incumplimiento de la obligación contraída. No existiendo un nexo obligatorio, todo hecho culpable o doloso que cause daño a otro da origen a la *responsabilidad extracontractual*. Habrá *responsabilidad cuasicontractual* cuando se produzca un desequilibrio injusto de patrimonios como consecuencia de un hecho voluntario, lícito y no convencional. La *responsabilidad será legal* cuando por infracción de un mandato legal se cause daño a otro. Hay *responsabilidad precontractual* cuando se causa daño a la persona o bienes de otro en el curso de la formación del consentimiento. Finalmente, hay *responsabilidad postcontractual* en aquellos casos en que la ley impone obligaciones, a pesar de haberse extinguido el contrato.

De las distintas especies de responsabilidad civil, nuestro ordenamiento positivo se ha limitado a reglamentar de manera sistemática las dos primeras, es decir, la responsabilidad contractual y la delictual, llamada también extracontractual, existiendo para las otras cuatro, normas dispersas en el Código Civil o en otros cuerpos legales.

8.- El sistema de reparación de daños en la Constitución Política de la República. Normas fundamentales.

Se puede sostener que el sistema de reparación de daños está implícitamente asumido por la Constitución Política de la República, al menos, en su pretensión que el Estado está al servicio de la persona humana y ha de promover el bien común. Dispone el art. 1, inc. 4º: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la

comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Se consagra aquí el principio de "servicialidad" del Estado, cuyo incumplimiento puede originar responsabilidad para éste, especialmente a consecuencia de la llamada responsabilidad por falta de servicio.

Pero más específicamente, la Constitución menciona de manera expresa a la responsabilidad civil como medio de reparación de los daños, en varios preceptos. Así ocurre en algunos artículos, en que se alude a la responsabilidad de autoridades o funcionarios públicos o de particulares:

i.- En el art. 6º de la Constitución, referido al principio de la supremacía constitucional, que, tras señalar que los preceptos constitucionales no obligan sólo a los órganos del Estado, sino también "a toda persona, institución o grupo", dispone que "La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley." Se puede observar el distingo que hace la norma entre, por una parte, las "responsabilidades", y entre ellas podría ser una de índole civil, y, por otra parte, las "sanciones" (que corresponden al derecho sancionatorio penal o administrativo).

ii.- En el art. 7. Dispone en su inc. 1º que "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley". Por ende, si el órgano público actúa en materias en la que no tiene competencia o dentro de éstas, pero en forma diversa a lo dispuesto en la ley, y a raíz de ello se causa un daño a una persona, se podrá generar responsabilidad. Acto seguido, en su inciso 2º, la norma es más explícita en relación con la responsabilidad, al establecer que "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

iii.- En el art. 19, Nº 7, letra I), respecto del error judicial: "i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia".

iv.- En el art. 19, Nº 9º: "El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control único de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado". La omisión de este deber por parte del Estado también podría originar responsabilidad por falta de servicio.

v.- En el art. 19, números 23, 24 y 25, en cuanto a la protección al derecho de propiedad, y la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que pueden originarse en caso de expropiación por causa de utilidad pública o por actos u omisiones arbitrarios o ilegales a consecuencia de los cuales el propietario sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de su derecho de propiedad y con ello un perjuicio patrimonial o moral.

vi.- En el art. 36, al establecer que "Los Ministros serán responsables individualmente de los actos que firmaren y solidariamente de los que suscribieren o acordaren con los otros Ministros".

vii.- En el art. 38, inc. 2º, que dispone: "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." Este artículo de la Constitución, debemos relacionarlo con los artículos 4 y 42 de la Ley Nº 18.575, sobre "Bases Generales de la Administración del Estado", publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de diciembre de 1986. El art. 4 establece la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones: "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". En relación con el ejercicio defectuoso o con las omisiones o retardos en que incurra el Estado, cabe tener presente también el art. 42 de la Ley Nº 18.575, que prescribe la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado por los daños que causen por *falta de servicio*: "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal".

viii.- En el art. 53 Nº 1, parte final, al establecer: "El funcionario declarado culpable (por el Senado, al conocer de las acusaciones de la Cámara de Diputados) será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la *responsabilidad civil* por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares".

De esta forma, la transgresión de derechos constitucionales que causa daño, debe ser materia de responsabilidad civil. La pertinente regulación de la tutela civil de los derechos constitucionales debe hacerse por la ley, y no por normas de inferior jerarquía.

Los derechos constitucionales más importantes, desde el punto de vista de un sistema de reparación de daños, son los siguientes:

- i.- El derecho a la vida y a la integridad física o psíquica (art. 19 Nº 1);
- ii.- El derecho a la libertad (art. 19 Nº 7);
- iii.- El derecho a la protección de la salud (art. 19 Nº 9);
- iv.- El derecho a la honra y a la vida privada (art. 19, números 4 y 5); y
- v.- El derecho a la propiedad (art. 19 números 23, 24 y 25).

Si bien los sistemas de responsabilidad por daños no pretenden la protección directa de estos derechos, cumplen sin embargo una función preventiva y en esta forma, contribuyen a su tutela, si bien indirectamente. Como la lesión de algunos de estos derechos puede producir daños no patrimoniales, puede decirse que su consagración constitucional apoya la tesis de la indemnizabilidad del daño moral, la que sería imperativa no sólo para el juez, sino también para el legislador. Desde este punto de vista, normas como la del art. 2331 del Código Civil, que niegan la posibilidad de obtener la reparación de daños no patrimoniales por imputaciones injuriosas (ante la violación al derecho a la honra), deben ser correctamente impugnadas por inconstitucionales, como efectivamente lo ha declarado nuestro Tribunal Constitucional.

Por lo demás, las normas constitucionales no limitan la reparación del daño sólo al que tenga carácter patrimonial, por regla general. Excepcionalmente, en la Carta Fundamental se restringe la indemnización de perjuicios sólo al daño patrimonial, excluyendo al daño moral, al disponer el artículo 19, Nº 24 de la Constitución Política de la República (el destacado es nuestro) que en caso de expropiación, "El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a *indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado*, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho

por dichos tribunales". Pero se trata, a fin de cuentas, de una excepción que viene a confirmar la regla: el daño debe ser indemnizado, sea patrimonial o moral, o ambos.

9.- El sistema de reparación de daños en el Código Civil. Normas fundamentales.

En lo concerniente a la *responsabilidad contractual*, los artículos esenciales son el 1556, 1557 y 1558, los tres del Título XII del Libro IV del Código Civil, "Del efecto de las obligaciones".

Dispone el primero: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente".

Consigna el segundo: "Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención".

Establece el tercero: "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. / La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a la indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas".

En el ámbito de la *responsabilidad extracontractual*, los dos artículos fundamentales son el 2314 y el 2329 del Código Civil.

Dispone al efecto el artículo 2314 del Código Civil: "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".

Señala el artículo 2329, inciso 1º del Código Civil: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

De cualquier manera, puede apreciarse que en ninguno de los cinco preceptos legales esenciales en materia de responsabilidad -1556, 1557, 1558, 2314 y 2329 del Código Civil-, se excluye el *daño moral* como eventual presupuesto de la acción indemnizatoria, ni en el ámbito contractual ni en el extracontractual.

Por ello, es manifiesta hoy en día la identidad de ambas responsabilidades en lo concerniente a la reparación integral del daño, sea éste moral o material. Sin embargo, hay diferencias en lo relativo a las facultades otorgadas al juez para determinar la indemnización. Tratándose de la responsabilidad extracontractual, la ley confiere al juez mayor amplitud para fijar el daño y el monto de la indemnización. En cambio, en el ámbito de la responsabilidad contractual la ley obliga al juez a condicionar dichos factores a la utilidad que hubiere prestado a la víctima el cumplimiento de la obligación o del contrato en su caso.

La procedencia de la indemnización del daño moral en sede contractual está hoy aceptada, según lo estudiamos a propósito de los "Efectos de las Obligaciones".

10.- Diferencias entre la responsabilidad civil y la penal.

Distintas serán las responsabilidades en un ámbito y en el otro y las acciones que se interpongan para perseguirlas. Naturalmente, y será lo usual, pueden coexistir la responsabilidad civil y la penal. Pero entre ambas hay importantes diferencias que revisaremos a continuación.

a) En cuanto a la necesidad de que se produzca daño.

Mientras los delitos y cuasidelitos civiles son hechos ilícitos, cometidos con dolo o culpa y que *provocan daño*, los delitos y cuasidelitos penales son también hechos ilícitos, dolosos o culpables, *penados por la ley*, en los que puede o no haber daño. Aunque es usual que una conducta sea al mismo tiempo un delito civil y penal, puede ocurrir que sólo se trate de un delito penal o sólo de un delito civil. Así, por ejemplo, habrá responsabilidad penal sin ocasionar daño, en los actos delictuosos que no alcanzan a producir efectos por quedar en grado de tentativa o frustrado, o la mendicidad, la vagancia –que hasta algunos años atrás, constituían figuras penales en el Derecho chileno-, o portar armas prohibidas, o un complot contra la seguridad del Estado que se descubre a tiempo¹⁸; o conducir un automóvil en estado de ebriedad, sin alcanzar a dañar a personas o bienes, etc. En todos estos casos, habrá delito penal, pero no delito civil. A contrario sensu, habrá sólo delito civil, pero no delito penal, por ejemplo, en el fraude pauliano, presupuesto de la acción pauliana o revocatoria (artículo 2468); o en el caso previsto en el mandato, cuando un individuo diere maliciosamente un consejo (artículo 2119); o en la hipótesis en que uno de los cónyuges hiciere fraudulentamente la declaración de bien familiar (art. 141, inc. final).

b) En cuanto a la tipificación de la conducta.

A diferencia de lo que acontece en el Derecho Penal, donde cada conducta constitutiva de delito está cuidadosamente tipificada (principio de la legalidad), en el Derecho Civil no encontramos un criterio casuístico, limitándose a enunciar una fórmula general (art. 2314): serán delito o cuasidelito civil los hechos ilícitos, que ocasionen perjuicios, siendo la pena indemnización de perjuicios.

c) Las sanciones varían.

Se condenará al pago de la respectiva indemnización de perjuicios, respecto de la responsabilidad civil. Se impondrán las penas represivas, respecto de la responsabilidad penal.

d) Distinta es *la jurisdicción* llamada a conocer de una y otra.

De la responsabilidad civil, conocerán los juzgados civiles. De la responsabilidad penal, los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal.

e) Diferente es la capacidad para incurrir en una u otra.

Para contraer responsabilidad penal, se requiere tener al menos 18 años, sin perjuicio de la responsabilidad penal juvenil, entre los 14 y 18 años.

Tratándose de la capacidad para contraer responsabilidad civil extracontractual, dispone el art. 2319 del Código Civil:

i.- Entre 7 y 16 años, siempre que se declare que los menores actuaron con discernimiento;

ii.- A partir de los 16 años, las personas son plenamente capaces de contraer responsabilidad civil.

Tratándose de la responsabilidad civil contractual, se requiere haber cumplido 18 años para alcanzar la plena capacidad, sin perjuicio de casos excepcionales, como acontece con el menor adulto que posee peculio profesional o industrial.

¹⁸ Mazeaud Henri y Mazeaud León, ob. cit., p. 15.

f) Diversas serán las personas afectadas.

Esto, en dos sentidos:

i.- El concepto de "autor" es más amplio en el ámbito del Derecho Civil que en el Derecho Penal. Subdistinguímos:

i) En materia de responsabilidad extracontractual, debe considerarse como autor no sólo al que ocasionó el daño, sino también a quienes concurren a provocarlo en calidad de cómplices o encubridores (art. 2316).

ii) En materia de responsabilidad contractual, responderá el contratante infractor o sus herederos.

ii.- La responsabilidad penal es personalísima, sólo puede afectar a quien ha delinquido. Además, distinta será la responsabilidad, según si se actúa como autor, cómplice o encubridor. La responsabilidad civil extracontractual puede recaer también en los terceros civilmente responsables, sobre los herederos y sobre las personas jurídicas.

g) Distintos son los titulares de las acciones destinadas a perseguir la responsabilidad penal o civil.

Respecto de la responsabilidad penal, puede interponer la acción cualquier persona, salvo en los contados casos de delito de acción privada.

La acción civil sólo pueden entablarla el que sufrió el daño, sus herederos o las víctimas por repercusión (art. 2315 del Código Civil) o el contratante diligente, sus herederos o sus cesionarios (arts. 1489, 1097 y 1901).

h) En materia de prescripción de las acciones, distintos son los plazos.

La acción penal prescribirá entre los 6 meses y los 15 años (con la salvedad de ciertas acciones que, excepcionalmente, son imprescriptibles).

La acción civil prescribe en 4 años contados desde la perpetración del acto (art. 2332 del Código Civil), tratándose de la responsabilidad civil extracontractual; y en 5 años, contados desde que se hizo exigible la obligación, por regla general, tratándose de la responsabilidad civil contractual (art. 2515 del Código Civil).

11.- Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual.

También distinguimos importantes diferencias, ahora en el ámbito del Derecho Civil, entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Son tales:

a) En cuanto a su reglamentación.

La responsabilidad contractual se encuentra reglamentada en el Título XII del Libro IV del Código Civil, bajo el epígrafe "Del efecto de las obligaciones", artículos 1545 a 1559. La responsabilidad extracontractual está regulada en el Título XXXV del Libro IV, artículos 2314 a 2334, que tratan "De los delitos y cuasidelitos".

b) En cuanto a su origen.

La responsabilidad contractual proviene del incumplimiento de un contrato y supone entonces la existencia de un vínculo jurídico previo. La responsabilidad

extracontractual proviene de la ejecución de un hecho ilícito, doloso o culpable, que no supone la existencia de ningún vínculo jurídico previo.

c) En cuanto a sus elementos y a la extensión de los daños indemnizables.

Si bien en ambas responsabilidades predomina el elemento subjetivo de dolo y culpa, en la responsabilidad extracontractual carece de importancia que la falta sea dolosa o culpable, pues la ley no establece diferencias al tratar de la reparación del daño. En cambio, en la responsabilidad contractual dicha distinción es básica, por dos razones:

i.- Por una parte, la extensión de la indemnización varía según exista o no dolo (art. 1558);

ii.- Por otra parte, los grados de diligencia requeridos en los distintos contratos difieren, dependiendo de la parte en cuyo beneficio cede el contrato (art. 1547).

d) Gradación de culpa.

En materia contractual, la culpa admite gradación (art. 1547). No acontece lo mismo en la responsabilidad extracontractual.

e) El *onus probandi* o peso de la prueba varía en una y otra.

En la responsabilidad contractual el incumplimiento se presume culpable, por regla general, y toca al deudor acreditar que se debe a caso fortuito o fuerza mayor. Ocurre lo anterior cuando estamos ante obligaciones *de resultado*. Excepcionalmente, en el caso de las obligaciones *de medios*, la culpa no se presume, sino que deberá acreditarla quien demande.

Tratándose de la responsabilidad extracontractual, la regla general es que el acreedor o demandante es quien debe acreditar que el perjuicio ocasionado es imputable a dolo o culpa del demandado. Sin embargo, en este campo hay dos salvedades:

i.- Veremos varias hipótesis en las que la ley presume culpa, de manera que la víctima del daño quedará exonerada de probarla.

ii.- En otros casos, excepcionales, la responsabilidad es objetiva. Es decir, no se requiere probar culpa de quien realiza el hecho.

f) Difiere también la capacidad.

En materia contractual, la plena capacidad se adquiere a los 18 años (sin perjuicio de aquella que puede originarse en el marco del peculio profesional o industrial del menor adulto); en materia extracontractual, a los 16 años, sin perjuicio de la responsabilidad por los hechos del menor de 16 y mayor de 7 años, si actúa con discernimiento.

g) En cuanto a la solidaridad.

En materia contractual la regla general es la responsabilidad simplemente conjunta, de manera que para que opere la solidaridad, ésta, usualmente, debe pactarse expresamente, o imponerse por el testador o por la ley (art. 1511).

En cambio, en el campo de la responsabilidad extracontractual, los autores de un delito o cuasidelito son solidariamente responsables del daño causado (art. 2317, inc. 1º), siendo este un caso de solidaridad pasiva legal.

Con todo, existe un caso en el que, por el solo ministerio de la ley, se impone a los contratantes una responsabilidad solidaria: en efecto, el art. 2317, inc. 2º del Código Civil, dispone que produce obligación solidaria de indemnización de perjuicios, "todo fraude o dolo cometido por dos o más personas". Se ha entendido que esta disposición apunta a dolo que no ocasione un delito civil, pues de lo contrario constituiría una inútil repetición de la regla del inc. 1º del art. 2317. En otras palabras, esta norma se referiría al dolo como maquinación fraudulenta o vicio del consentimiento o al dolo en el cumplimiento de las obligaciones. Así, si varios contratantes infringen una obligación común y mediare dolo en tal infracción, serán solidariamente responsables por los perjuicios que el incumplimiento ocasione al acreedor. Se trata de casos de responsabilidad contractual, por ende.¹⁹

Asimismo, y por aplicación del art. 44 del Código Civil, también se originará responsabilidad solidaria en materia contractual, cuando dos o más contratantes dejan de cumplir sus obligaciones a consecuencia de la culpa grave.

h) En cuanto a la mora.

En materia contractual, se requiere constituir al deudor en mora para poder demandársele perjuicios, a menos que se trate de una obligación de no hacer, en cuyo caso la indemnización se debe desde el momento de la contravención (art. 1557). En materia extracontractual, la mora no se presenta, pues si no existe un vínculo jurídico previo del cual emane una obligación, mal puede haber retardo culpable en el cumplimiento de esta.

i) En cuanto a la prescripción de las acciones y a la suspensión de la prescripción.

Será de 4 años, contados desde la perpetración del acto culpable o doloso, tratándose de la responsabilidad extracontractual (art. 2332); en el ámbito de la responsabilidad contractual, será de 5 años, contados desde que la obligación se hizo exigible (art. 2515).

De la diferencia citada, relativa a los plazos, se deduce una segunda diferencia en esta materia: la prescripción en materia extracontractual no se suspendería, habida cuenta que se trata de una prescripción de corto tiempo (art. 2524)²⁰; en cambio, la

¹⁹ Stitckin plantea que si los mandatarios, siendo dos o más, *concertadamente*, se han puesto de acuerdo para no ejecutar el encargo o ejecutarlo incorrectamente, estaremos ante un dolo común, siendo solidaria la responsabilidad de aquellos. Agrega que en nuestro Código, el fundamento de esta responsabilidad estaría en el art. 2317, inc. 2º: "El inciso transcrito es de carácter general, aplicable, por tanto, a todo daño derivado del dolo común, sea que incida en una relación contractual o extracontractual. Así aparece tanto de los términos claros y precisos en que está redactado, cuanto de la circunstancia que respecto de la responsabilidad solidaria proveniente de un delito ya se había tratado y establecido en el inciso primero del mismo art. 2317. De modo, pues, que no es válida la objeción que esa disposición se refiere a la responsabilidad extracontractual. También comprende la derivada del incumplimiento de un contrato si los varios deudores han procedido con dolo común": El Mandato Civil, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, 2009, pp. 248 y 249.

²⁰ En opinión del profesor Pablo Rodríguez Grez, en un caso la prescripción de la acción emanada de un delito o cuasidelito, se suspendería: si se trata de la prescripción que correría entre los cónyuges, pues debe prevalecer el art. 2509, inciso final, en cuanto a que "La prescripción se suspende siempre entre cónyuges". En abono a su tesis, alude a los artículos 1748 y 1771 del Código Civil. El primero, se refiere a los delitos y cuasidelitos cometidos por uno de los cónyuges en perjuicio de la sociedad conyugal, caso en el cual el cónyuge autor del hecho ilícito "... deberá asimismo recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito"; el segundo, en su inciso inicial, dispone que respecto de los bienes propios de cada cónyuge, "Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrírselos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos." Estos preceptos, dice Rodríguez Grez, "... son coherentes y excluyen la prescripción entre cónyuges o, por lo menos, no mencionan esta hipótesis. Por último, contraviene los valores amparados en la ley colocar a los cónyuges en situación confrontacional, obligando a cualquiera de

prescripción en materia contractual sí se suspende, en favor de las personas enumeradas en el artículo 2509 (art. 2520).

Con todo, cabe advertir que respecto de la acción prevista en el art. 2332, existen sentencias de la Corte Suprema que han concluido que no se trata de una prescripción especial, sino que, de *carácter general*, y que a ella no se le aplica lo dispuesto en el art. 2524, porque este precepto alude a las acciones “que nacen de ciertos *actos o contratos*”, y los delitos y cuasidelitos son *hechos* y no “actos o contratos”. En consecuencia, el plazo de prescripción de la acción sí se suspendería en favor de las personas señaladas en el art. 2509 del Código Civil (sentencia de la Corte Suprema de fecha 12 de septiembre de 2022, autos Rol N° 85.734-2021).²¹ Revisaremos con mayores detalles este punto al referirnos a la prescripción de las acciones que emanan de la comisión de delitos y cuasidelitos.

En cuanto a la posibilidad de interrumpir la prescripción, no hay diferencias en materia contractual o extracontractual: en ambas, puede operar la interrupción.

j) En materia de reparación de los daños.

Inicialmente, la jurisprudencia limitó la indemnización material y moral únicamente a la derivada de los actos ilícitos, vale decir, al ámbito de la responsabilidad extracontractual. Tratándose de la responsabilidad contractual, se sostenía que sólo era indemnizable el daño material, abarcando el daño emergente y el lucro cesante. Dicha posición se debía a las dificultades de interpretación del art. 1556 del Código Civil, precepto que sólo alude al daño material. Tal criterio restringido se modificó a partir de una sentencia de la Corte Suprema de 1951, en la que se expresa: “En consecuencia es inconcuso que siendo indemnizable el daño material ocasionado por el accidente en cuestión, también lo es el moral, dentro, naturalmente, del incumplimiento de una obligación emanada de un contrato, cuando se produce por culpa del deudor. Pues la ley positiva no hace sobre el particular ninguna distinción, tanto más cuanto que ambos daños tienen la misma causa aunque efectos diferentes. El uno, el material, en la pérdida –en la especie– de la integridad corporal de un individuo, que se traduce en la disminución de su capacidad de trabajo, y, el otro, el moral, afecta a su psiquis, que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente en su actividad de trabajo y, por ende, en sus facultades económicas”.

A partir de la doctrina expuesta en el fallo, es manifiesta hoy en día la identidad de ambas responsabilidades en lo concerniente a la reparación integral del daño, sea éste moral o material. Sin embargo, hay diferencias en lo relativo a las facultades otorgadas al juez para determinar la responsabilidad. Tratándose de la responsabilidad extracontractual, la ley confiere al juez mayor amplitud para fijar el daño y el monto de la indemnización. En cambio, en el ámbito de la responsabilidad contractual la ley obliga al juez a condicionar dichos factores a la utilidad que hubiere prestado a la víctima el cumplimiento de la obligación o del contrato en su caso.

Aclarado entonces que es posible demandar indemnización por daño moral en algunos casos de incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato, no es

ellos, durante el matrimonio, a iniciar demanda para interrumpir las prescripciones que pudieren estar corriendo. Lo anterior es contrario al espíritu que prevalece en la vida común y la unidad de la familia.”: Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1999, pp. 485 y 486. Sin embargo, debe advertirse que la jurisprudencia nacional ha concluido que la norma del inciso final del art. 2509 es exclusiva de la prescripción adquisitiva, no correspondiendo aplicarla a la prescripción extintiva, pues el art. 2520, que se refiere a ésta última, sólo alude a las personas enumeradas en los números 1 y 2 del art. 2509, y no a quienes alude el inciso final del mismo artículo, pues ellas (los cónyuges) no están detrás de un número.

²¹ Cfr. www.juanandresorrego.cl, “Criterios jurisprudenciales – Responsabilidad Extracontractual”, sentencia N° 7.

menos cierto que ello no constituirá la regla general, sino que corresponderá a un caso más bien excepcional. En realidad, como ya se anticipó, el principio de la reparación integral del daño sólo opera a cabalidad en materia extracontractual, mientras que es excepcional en el ámbito contractual. En este último, el contratante afectado podría no obtener dicha reparación integral, sea porque la propia ley o los contratantes hayan limitado la responsabilidad patrimonial (al exigirse culpa lata o dolo o al excluir el lucro cesante), sea porque por regla general no se admite responsabilidad por daño moral.

12.- Diferencias entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad legal.

a) En cuanto a su reglamentación.

La responsabilidad extracontractual está regulada, como dijimos, en los arts. 2314 a 2334. La responsabilidad legal sólo tiene por fuentes los arts. 578, 1437 y 2284, que definen los derechos personales, indican las fuentes de las obligaciones y precisan las obligaciones que nacen en ausencia de contrato.

b) En cuanto a su origen.

En la responsabilidad legal, a diferencia de la extracontractual, hay un vínculo jurídico preexistente entre acreedor y deudor, creado por la ley (por ejemplo, entre el alimentante y el alimentario). En el caso de la responsabilidad extracontractual, el vínculo es sobreviniente, pues sólo nace con la comisión del hecho ilícito.

c) Existencia de dolo o culpa.

A diferencia de la responsabilidad extracontractual, la responsabilidad legal no siempre exige la concurrencia de dolo o culpa para obligar a la correspondiente indemnización. Así, por ejemplo, art. 100 del Código de Comercio, en cuanto a la responsabilidad por la retractación tempestiva: no se exige culpa ni dolo por parte del oferente que retira su oferta. Lo mismo ocurre respecto de la obligación de alimentos (arts. 321 y siguientes del Código Civil). La impone la ley, sin mediar culpa ni dolo en la persona obligada a proporcionar alimentos. En cambio, tratándose de las obligaciones que se les imponen a los herederos del mandatario por el art. 2170, ellos serán responsables en la medida que incurran en culpa o en dolo.

d) Gradación de la culpa.

En materia extracontractual, no importa el grado de culpa en que se incurra, pues hay responsabilidad en todo caso. Tratándose de la responsabilidad legal, no existe una norma precisa, aun cuando puede destacarse como regla general la que obliga a comportarse como un buen padre de familia, conducta que se asimila a la culpa leve (art. 44).

e) En materia de solidaridad.

Si se trata de la responsabilidad extracontractual, en caso de existir varios responsables de un acto ilícito, la responsabilidad de éstos será solidaria (art. 2317).

Las normas sobre responsabilidad legal no obedecen a un principio general, aunque en algunos casos la ley impone la solidaridad, como acontece, por ejemplo:

i.- En el art. 328 del Código Civil, al establecer que serán solidariamente responsables los que han participado en el dolo destinado a obtener alimentos.

- ii.- En el art. 419 del Código Civil, que se ocupa de la responsabilidad de los tutores y curadores, se establece la responsabilidad solidaria de los mismos;
- iii.- En el art. 1281 del Código Civil, al referirse a los albaceas conjuntos, se establece responsabilidad solidaria.
- iv.- De conformidad al art. 18 de la Ley N° 14.908, serán solidariamente responsables del pago de la obligación alimenticia, los que sin derecho para ello, dificultaren o imposibilitaren el fiel y oportuno cumplimiento de la obligación²². Ejemplo de la situación descrita, son los empleadores que, por favorecer al empleado alimentante, informan que éste percibe una remuneración menor que la real, o bien no hacen una retención alegando que la notificación les fue hecha cuando ya habían pagado la remuneración, no siendo ello efectivo.

En cambio, en las obligaciones legales que derivan de los arts. 321 y siguientes (alimentos) o del art. 2170 (mandato), no se establece solidaridad. Por ende, si dos o más personas están obligadas a proporcionar alimentos –por ejemplo, los abuelos del alimentario, por falta o insuficiencia de los padres-, su obligación es simplemente conjunta y no solidaria. De igual manera, si los herederos del mandatario no cumplieren con las obligaciones que les impone el art. 2170, responderán por los perjuicios ocasionados al mandante, pero cada uno por su cuota (conforme a la prorrata en la herencia), y no de manera solidaria.

f) En cuanto a la constitución en mora.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no es necesario constituir en mora al autor del delito o cuasidelito para reclamar la correspondiente indemnización, lo que se explica porque no existe un vínculo jurídico previo entre la víctima y el victimario. En la responsabilidad legal, el principio no siempre es el mismo:

- i.- En el art. 424 del Código Civil, se exige al tutor o curador pagar los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra desde el día en que su cuenta haya quedado cerrada o haya habido mora en exhibirla;
- ii.- En el art. 100 del Código de Comercio, no se exige constituir en mora al oferente para demandar indemnización.
- iii.- En el art. 14, inc. 5°, de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, se señala que en caso de que fuere necesario decretar dos o más apremios por la falta de pago de unas mismas cuotas, las pensiones alimenticias atrasadas devengarán el interés corriente entre la fecha de vencimiento de la respectiva cuota y la del pago efectivo.

g) En materia de capacidad.

La capacidad, en cuanto a la responsabilidad extracontractual, se reglamenta expresamente en los arts. 2318 y 2319 del Código Civil. La capacidad en la responsabilidad legal se rige sólo por las normas previstas para cada caso en particular.

h) En materia de prescripción.

La acción derivada de un hecho ilícito se extingue en cuatro años contados desde la perpetración del hecho. La responsabilidad legal, en cambio, fija plazos

²² La Ley N° 20.152 (publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 2007) derogó el caso de responsabilidad solidaria de quien viviere en concubinato con el padre, madre o cónyuge alimentante, pero ello no impide demandar dicha responsabilidad, si se prueba que tal conviviente ha dificultado o impedido el fiel y oportuno cumplimiento de la obligación alimenticia. En todo caso, lo que ahora queda en claro, es que la sola calidad de conviviente, no transforma al individuo en sujeto pasivo de la obligación.

especiales de prescripción: por ejemplo, tratándose de la responsabilidad de los tutores y curadores, se establece el plazo general de 5 años, propio de la responsabilidad contractual.

DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL **EN PARTICULAR: DELITOS Y CUASIDELITOS CIVILES**

13.- Elementos de la responsabilidad extracontractual.

Cuatro son los elementos que configuran un hecho ilícito, delictual o cuasidelictual:

13.1 El daño;

13.2 Un daño imputable: la culpa o dolo;

13.3 La relación de causalidad entre el dolo, la culpa y el daño; y

13.4 Capacidad delictual.

13.1 El daño.

a) Concepto.

Es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial.

b) Características del daño.

Debe ser *cierto*. No basta un perjuicio eventual o hipotético. Lo anterior no obsta a que sea indemnizable el *daño futuro*, es decir, el lucro cesante, lo que deja de percibir la víctima. Dicho en otras palabras, no sólo es indemnizable el *daño actual*, sino también aquél que se manifestará en el futuro. En efecto, es preciso –afirman los hermanos Mazeaud– que el juez tenga la certeza de que el demandante se encontraría en mejor situación si el demandado no hubiese ejecutado el acto que se le reprocha. Pero poco importa que el perjuicio de que se queja la víctima se haya verificado o sólo en el futuro se verificará. Evidentemente, si el perjuicio es actual, se originará responsabilidad sin mayores problemas; pero si el perjuicio es futuro, también puede originarse responsabilidad, cuando resulta claro que a consecuencia de un hecho, forzosamente se ocasionará un perjuicio en el porvenir. Desde que se tenga certeza de que el demandante habrá de sufrir algún perjuicio, sería absurdo obligar al juez a rechazar una acción que después tendrá que admitir. Equivaldría a obligarlo a dictar en el mismo asunto una infinidad de sentencias sucesivas, cada vez que se trate de un perjuicio susceptible de escalonarse en varios años. Así, por ejemplo, si se trata de un accidente corporal que implica para la víctima disminución de su capacidad de trabajar. Mientras viva la víctima, sufrirá las consecuencias del accidente. Conviene pues que el tribunal, de una sola vez, ordene la reparación, tanto del perjuicio ya experimentado hasta el día de la sentencia, cuanto también del que habrá de realizarse en el futuro.²³ El perjuicio cierto, entonces, podría ser *actual y futuro*.

Sobre el particular, se pronuncia en los siguientes términos la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema de 20 de marzo de 2020, Rol Nº 14.819-2018:

“1º.- Que de acuerdo al artículo 2329 del Código Civil, “todo daño que pueda ser atribuido a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”, norma que expresa el principio de la reparación integral del daño, esto es, todo daño

²³ Mazeaud Henri y Mazeaud León, ob. cit., pp. 30 y 31.

ocasionado a la víctima debe ser reparado y en toda su extensión, poniendo al demandante en la misma situación en que se encontraría de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo la premisa de restituir al afectado al estado previo al daño, surge la obligación de resarcir, entre otros, el lucro cesante, conceptualizado tradicionalmente por la doctrina como una lesión patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia de un incumplimiento, ilícito o perjuicio ocasionado o imputado a un tercero (Alessandri Rodríguez, Arturo. Teoría de las obligaciones. Editorial jurídica, Santiago, 1939). Esta definición tiene sus orígenes en el artículo 1106 del Código Civil español que reza: "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor". Así el lucro cesante, como pérdida de un incremento patrimonial, supone normalmente asumir un cierto curso futuro de los acontecimientos, pues se basa en la hipótesis de que la víctima habría obtenido ciertos ingresos si no hubiese ocurrido el hecho que genera la responsabilidad del demandado, difuminando el umbral entre la ganancia probable y el daño meramente eventual. De esta forma, al estar constituido por la ganancia que se dejó de percibir, necesariamente han de ser deducidos de ésta los gastos causados para generarla. De acuerdo al profesor Enrique Barros, "la determinación de una ganancia o de un ingreso futuro exige asumir ciertos supuestos. Por eso el cálculo del lucro cesante comprende normalmente un componente típico que alude a los ingresos netos (descontados los gastos) que pueden ser razonablemente esperados por una persona como el demandante, de conformidad con el normal desarrollo de los acontecimientos." (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Primera Edición, año 2006, Pág. 263).

2º.- Que, formuladas las antedichas consideraciones teóricas, con el mérito de la prueba aparejada en segunda instancia, no objetada, en especial con el certificado de 8 de enero de 2018, emitido por la Dirección de la Escuela de Medicina de la Universidad de Las Américas, los contratos de prestación de servicios profesionales como docente de asignatura y las boletas de honorarios, unidos al informe mensual de boletas emitidas en los meses de marzo a junio de 2012, expedido por el SII y que fue aparejado en primera instancia, valorada de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1702 del Código Civil y 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, es posible tener por establecido que, al momento del accidente, el actor llevaba largo tiempo prestando servicios docentes a la Universidad de Las Américas, labor por la que durante el primer semestre de 2012 percibió un ingreso mensual líquido de \$639.000.

3º.- Que es un hecho no debatido a estas alturas del proceso, que el accidente sufrido por el actor en el mes de julio de 2012 le provocó lesiones de suma gravedad; entre otras, fractura codo izquierdo, fractura rodilla derecha, fractura de columna L4, fractura inestable de pelvis, fractura de fémur, cuyo tratamiento y recuperación se prolongó durante más de un año, de acuerdo a los diversos informes médicos aparejados ante el tribunal de primera instancia, y que además le ocasionaron un grado de discapacidad permanente de un 45%, según copia de resolución final de la Mutua de Seguridad de fecha 2 de julio de 2015, custodiada bajo el N° 852-2016.

4º Que, asimismo, de la documental aparejada en segunda instancia, individualizada a partir del numeral 27º del escrito mediante el cual fue acompañada, consistente en contratos de prestación de servicios docentes y copias de boletas de honorarios electrónicas, todas ellas ponderadas conforme a lo dispuesto en los artículos 1702 del Código Civil y 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, es posible concluir que el demandante retomó sus actividades docentes el segundo semestre del año 2014.

5º Que todos los elementos ya reseñados, permiten establecer que el actor cesó en sus labores docentes a partir del mes de julio de 2012, pudiendo presumirse fundadamente que la no renovación de la prestación de servicios se debió de manera exclusiva a la incapacidad física derivada de las lesiones que sufrió con ocasión del

accidente de tránsito, y que una vez suficientemente recuperado –aunque con secuelas permanentes- retomó su actividad profesional académica; pudiendo razonablemente sostenerse que, de no haber acaecido el hecho ilícito, de acuerdo a un curso normal de los acontecimientos, el demandante habría continuado sus labores docentes, percibiendo durante ese período emolumentos similares a las que recibió durante el primer semestre del 2012.

6º Que, entonces, es dable concluir que el demandante sufrió un lucro cesante, entendido como la ganancia esperada que no se obtuvo debido al hecho dañoso, que reúne las características de certeza necesarias para ser indemnizado, pues durante el período de tratamiento y convalecencia de las lesiones ocasionadas por el accidente, que se prolongó desde fines de junio de 2012, hasta mediados de 2014, no pudo ejercer la actividad académica que desde hace años solía realizar.

7º Que, en lo tocante a la determinación de la cuantía del lucro cesante, cabe tener presente que en el semestre en que acaeció el accidente, el actor percibió un ingreso mensual líquido de \$639.000, el que, conforme a los contratos de prestación de servicios, recibía únicamente durante los meses de marzo a diciembre. Como se dijo, el lucro cesante supone la pérdida de un incremento patrimonial neto, es decir, deben restarse los gastos que fueron necesarios para producir dicha ganancia. Para esto, en ocasiones anteriores esta Corte ha señalado que una manera objetiva de deducir los gastos de una actividad lucrativa se encuentra contenida en la Ley de Impuesto a la Renta, D.L. N° 824 de 1974 (Ingreso rol N° 55400-2016). En efecto, la citada ley prescribe en su artículo 50, respecto de las rentas provenientes del ejercicio de una profesión, que los contribuyentes “podrán declarar sus rentas sólo a base de los ingresos brutos, sin considerar los gastos efectivos. En tales casos, los contribuyentes tendrán derecho a rebajar a título de gastos necesarios para producir la renta, un 30% de los ingresos brutos anuales”.

8º.- Que en atención a lo señalado precedentemente, constituyendo el lucro cesante una pérdida de un incremento patrimonial neto y teniendo en consideración que no pudo laborar durante el segundo semestre de 2012, primer y segundo semestre de 2013 y primer semestre de 2014, lo que equivale a 20 meses de honorarios, el monto de la indemnización que corresponde al actor por este concepto estará constituida por los ingresos proyectados durante el periodo de incapacidad menos los gastos efectivos, pudiendo aplicarse a falta de otros elementos de prueba, la presunción del 30% de los ingresos brutos anuales. De lo anterior, se puede concluir que a la suma de \$12.780.000, equivalente a 20 meses de remuneraciones líquidas calculadas a un valor de \$639.000, debe descontarse la cantidad de \$3.834.000, siendo el monto a indemnizar por concepto de lucro cesante la suma de \$8.946.000.

9º.- Que en lo atinente al daño moral sufrido por el actor, los falladores estiman ajustada en la equidad y prudencia, la regulación que de él hizo el tribunal de primer grado, por las razones que él señala.²⁴

Y visto además lo previsto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de veintiséis de julio de dos mil diecisiete, escrita a fojas 272 y siguientes, en aquella parte en que denegó la indemnización por lucro cesante, y en su lugar se declara que este rubro también queda acogido, condenando solidariamente a los demandados a pagar, además de las indemnizaciones ya decretadas, la suma de \$8.946.000 por concepto de lucro cesante, lo que deberá ser con intereses corrientes para operaciones no reajustables en moneda nacional calculados a contar de la fecha de ejecutoria de la presente sentencia y hasta su pago efectivo. Se confirma en todo lo demás el fallo apelado. Se previene que el

²⁴ En primera instancia, se fijaron \$50.000.000.- por indemnización por daño moral, y la Corte de Apelaciones rebajó este monto a \$20.000.000.-

Ministro Sr. Prado P. fue del parecer de condenar solidariamente en costas de la causa a los demandados”.

De lo expuesto puede concluirse que el daño tiene al menos tres características:

- i.- Debe ser cierto.
- ii.- Debe ser acreditable.
- iii.- debe ser cuantificable.

c) Clases de daño.

El daño puede ser material o moral. El daño material consiste en una lesión de carácter patrimonial. La víctima sufre un menoscabo o disminución en su patrimonio (daño emergente) o se le priva de la utilidad que legítimamente podría haber obtenido (lucro cesante). El daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa a la víctima el hecho ilícito. Usualmente, el daño moral y el daño material se presentan conjuntamente. Así, una persona víctima de una herida en su integridad física, experimenta un daño moral por la aflicción que le causa la lesión y un daño material a consecuencia de la disminución temporal o permanente de su capacidad de trabajo.

Pero el daño puede ser puramente material o puramente moral, según las circunstancias.

La indemnización del daño moral se ha ido imponiendo progresivamente en la doctrina y en la jurisprudencia. Se argumenta para ello que los arts. 2314 y 2329 no distinguen la clase de daño indemnizable; además, cabe advertir que aún en el caso del art. 2331 del Código Civil, debe indemnizarse el daño moral, habiéndose declarado inaplicable por inconstitucional el tenor del precepto, en cuanto excluye tal resarcimiento.

13.2 Un daño imputable: la culpa o dolo.

No basta con la existencia del daño para que nazca la responsabilidad: se requiere además que el perjuicio sea imputable a dolo o culpa.

El art. 44 del Código Civil define el dolo (como elemento de la responsabilidad extracontractual) y la culpa. En cuanto a ésta, y teniendo presente la triple gradación que opera en el ámbito contractual, el mismo artículo previene que la expresión “culpa” o “descuido”, sin otra calificación, significa culpa leve. Tal es entonces la culpa exigida en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Corroboramos lo anterior el art. 2323, al decir “o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia”. Ello es lógico, porque a las personas no puede exigírseles un celo o diligencia sino ordinario o mediano. No es razonable exigir al hombre medio que emplee en sus actos una diligencia esmerada o cuidado ejemplar, como la que un hombre juicioso pone en sus negocios importantes. Con todo, la ley puede exigir un determinado grado de culpa, diferente de la culpa leve, para que pueda originarse responsabilidad por la comisión de un delito o cuasidelito civil: tal ocurre, en el caso de los hechos ilícitos ejecutados por uno de los cónyuges en perjuicio del otro o de la sociedad conyugal, según se desprende de los arts. 1748 y 1771 del Código Civil. En estos preceptos, se exige culpa grave o dolo. Por ende, si sólo se acredita que el cónyuge actuó con culpa leve, no será responsable.

13.3 La relación de causalidad entre el dolo o la culpa y el daño.

No basta con la existencia del daño y del dolo o culpa. Se requiere además que entre ambos elementos medie un vínculo de causalidad, que el primero sea el resultado del dolo o de la culpa. Es decir, se producirá esta relación de causalidad

cuando el dolo o culpa ha sido la causa necesaria del daño, de manera que, si no hubiera mediado, el daño no se habría producido.

Esto puede observarse del tenor del art. 2314, cuando señala: "El que ha cometido un delito o cuasidelito *que ha inferido daño a otro*".

Dos consecuencias importantes fluyen ante la falta de relación de causalidad:

i.- La responsabilidad no recaerá en el demandado, cuando el daño es imputable a culpa de la víctima. Tal exención puede ser total o parcial. Habrá exención total de responsabilidad, cuando la culpa de la víctima excluya la del demandado; la responsabilidad se atenuará, si la culpa de ambos provocó el daño (art. 2330).

ii.- Si el daño es indirecto, por regla general no es indemnizable. Ahora bien, cuando más se aleja el daño del hecho inicial que lo originó, más difícil resulta establecer una relación de causalidad.

13.4 Capacidad delictual.

a) Criterio para determinarla.

Como consecuencia lógica de la doctrina clásica o subjetiva que adopta nuestro Código Civil, es condición esencial de la responsabilidad que el autor del delito o cuasidelito tenga suficiente discernimiento. Se responderá entonces de las consecuencias derivadas de los actos que se cometen, aunque el autor carezca de la capacidad necesaria para actuar por sí solo en la vida jurídica.

Como regla general, podemos enunciar que la capacidad delictual y cuasidelictual es más amplia que la capacidad contractual. Dos razones fundamentales justifican lo anterior:

i.- La plena capacidad contractual supone una completa madurez intelectual, mientras que la plena capacidad delictual sólo requiere tener conciencia del bien y del mal, el poder de discernir entre el acto lícito y el ilícito.

ii.- El delito y el cuasidelito ponen a la víctima ante un imprevisto deudor; en cambio, se elige a los deudores contractuales, pero no a los deudores cuya obligación nace de un delito o cuasidelito. Si exigiéramos al autor la misma plena capacidad que en el ámbito contractual, cada vez que el autor no tuviera tal capacidad, se privaría a la víctima del daño de la indemnización.

b) Personas incapaces de delito o cuasidelito.

Al igual que en materia contractual, la capacidad constituye la regla general y la incapacidad es excepcional. El art. 2319 regula la materia, señalando que son incapaces:

i.- *Los dementes*: en su sentido amplio, tal como se interpreta para el ámbito contractual y del Derecho Penal. La demencia, para eximir de responsabilidad, debe ser contemporánea a la ejecución del hecho. Por ello, la demencia sobreviniente, es decir, originada con posterioridad a la ejecución del hecho ilícito, no exime de responsabilidad. Por otra parte, se ha sostenido por algunos que a diferencia de lo que ocurre en materia contractual, el demente que ejecuta un hecho ilícito en un "intervalo lúcido" (supuesto que aceptemos su procedencia), será responsable, aún cuando se encuentre bajo interdicción. Para fundamentar tal conclusión, se afirma que la regla del art 465 del Código Civil sólo regularía la capacidad contractual del demente, y de la validez o nulidad de los actos que en tal ámbito celebre.

En cambio, es inconcebible alegar la "nulidad" de un delito o cuasidelito. Sin perjuicio de ser cierto esto último, no creemos que sea efectivo que el art 465 esté circunscrito al ámbito puramente contractual. Si el legislador protege al demente, descartando la teoría del "intervalo lúcido" en materia contractual, con mayor razón

debiéramos entender que en el campo de la responsabilidad extracontractual rige igual protección, considerando que las consecuencias aquí pueden ser aún más graves para el patrimonio del demente. Por lo demás, el mencionado "intervalo lúcido" ha sido descartado por la psiquiatría, debiendo entenderse que el demente lo está en todo momento, aun cuando su comportamiento externo parezca a ratos normal. Por lo tanto, creemos que la demencia exime de toda responsabilidad a quien ejecuta un hecho ilícito que ocasiona daño a terceros, sin perjuicio de que éstos, según veremos, puedan eventualmente accionar contra aquellos que sean responsables de la persona demente. Pablo Rodríguez Grez, sostiene en este sentido, conforme al principio de que "donde existe la misma razón debe existir la misma disposición", que si la persona se encuentra declarada en interdicción por causa de demencia, "nos parece evidente que debe aceptarse la aplicación, en este caso, del artículo 465 del Código Civil, eximiendo al representante del demente de la prueba de la incapacidad"²⁵.

ii.- *Los infantes*: se presume de derecho que los menores de 7 años carecen de discernimiento.

iii.- *Los mayores de 7 y menores de 16 años*: serán incapaces, si actúan sin discernimiento, lo que queda entregado a la *prudencia* del juez, es decir, resolverá conforme a la equidad natural.

En cuanto al *ebrio*, el art. 2318 se preocupa de señalar que es responsable, aun cuando estuviere privado de razón por causa de su ebriedad. La ley presume que es culpable de su ebriedad. La misma regla debemos aplicar, en general, a quién actúe bajo los efectos de las drogas.

c) Responsabilidad del que tiene a su cargo al incapaz.

Puesto que los incapaces no responden de los daños que ocasionen, cabe considerar la eventual responsabilidad de las personas que tienen a su cargo a los incapaces. Al respecto, el art. 2319 establece que serán responsables si puede imputárseles negligencia. A su vez, el art. 2325 priva al guardián del derecho a repetir contra el incapaz, pues sólo podría hacerlo si el subordinado fuere "capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2319". Se trata por ende de una doble sanción.

d) Responsabilidad de las personas jurídicas.

En nuestro Derecho, la responsabilidad de las personas jurídicas, por regla general, debe circunscribirse a la Responsabilidad Civil, puesto que la Responsabilidad Penal solo puede hacerse efectiva en las personas naturales, únicas capaces de cometer delitos. No obstante, una persona jurídica sí podrá responder civilmente por aquellos hechos punibles cometidos por aquellos que hubiesen actuado a nombre de la primera. Dispone al efecto el art. 58 del Código Procesal Penal: "Responsabilidad penal. La acción penal, fuere pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito. / La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare".

Excepcionalmente, las personas jurídicas pueden tener responsabilidad penal, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 20.393, publicada en el Diario Oficial de fecha 2 de diciembre de 2009. Esta responsabilidad sólo puede originarse por la comisión de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionario público nacional e internacional.

²⁵ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 188 y 189.

En cuanto a la Responsabilidad Civil, se debe distinguir en Responsabilidad Contractual o Extracontractual.

Tratándose de la Responsabilidad Contractual, deben concurrir dos requisitos fundamentales para que la persona jurídica sea responsable:

- i.- Que se contraiga una obligación a nombre de la persona jurídica.
- ii.- Que la o las personas que contraigan la obligación actúen con personería suficiente, es decir no excedan los límites de su mandato, artículos 545 y 552 (personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro) y 2160 (mandato).

Concurriendo estos requisitos, las personas jurídicas deberán responder civilmente pagando la indemnización de perjuicios que en derecho proceda.

A su vez para que se disponga por el juez el pago de indemnización de perjuicios se requiere acreditar:

- i.- Incumplimiento de una obligación;
- ii.- Incumplimiento imputable, vale decir culpa o dolo del deudor (el incumplimiento no obedece a casos fortuitos o fuerza mayor);
- iii.- Que el deudor se encuentre en mora;
- iv.- Que el incumplimiento ocasione perjuicios al acreedor, esto es daño material o moral.

En cuanto a la Responsabilidad Extracontractual de las personas jurídicas, distinguimos según se trate de daños ocasionados por delitos o cuasidelitos que son al mismo tiempo penales y civiles o por delitos o cuasidelitos exclusivamente civiles.

En cuanto a la responsabilidad civil que pueda derivar de la comisión de delitos o cuasidelitos penales y civiles, debemos atenernos a la regla contemplada en el inc. 2º del art. 58 del Código Procesal Penal, ya citada, en relación con los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

Respecto de delitos o cuasidelitos exclusivamente civiles, la responsabilidad de las personas jurídicas se funda en las normas contempladas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

Para Carlos Ducci, se incurre en esta responsabilidad por los daños que produzca la actividad de una persona jurídica realizada por intermedio de cualquiera de las personas que la integran, tengan o no representación. Como fuente de la obligación se cita el artículo 2320 del Código Civil, uno de cuyos ejemplos alude a los empresarios y dependientes bajo el cuidado de los primeros.

Alessandri, sin embargo, siguiendo a los autores franceses, señala que el delito o cuasidelito civil que origina la responsabilidad extracontractual debe haberse cometido por el órgano a través del cual se manifiesta la voluntad de la persona jurídica, o sea la mayoría del directorio o la asamblea según el caso y además actuando en el ejercicio de sus funciones.

Se refuta lo anterior, señalándose que para contraer responsabilidad civil extracontractual no se requiere poseer capacidad para ejecutar o celebrar actos jurídicos considerando que dicha responsabilidad se origina por hechos jurídicos y no por actos jurídicos.

14.- Presunciones de culpa.

Considerando que se exige al demandante o víctima, por regla general, probar la culpa del demandado o autor, la ley, en diversas disposiciones, ha invertido tal principio general, con el objeto de asegurar a la víctima una justa reparación del daño, reglamentado una serie de *presunciones de culpabilidad*. En virtud de tales presunciones, a la víctima le bastará con probar la existencia del hecho y el daño causado, correspondiendo al demandado acreditar que el perjuicio no proviene de sus actos, o que ha empleado la debida diligencia o cuidado, o en fin, que no existe una relación de causalidad entre la culpa que se le imputa y el daño.

Las presunciones de culpa se dividen en tres grupos:

- 14.1 Responsabilidad por el hecho propio;
- 14.2 Responsabilidad por el hecho ajeno; y
- 14.3 Responsabilidad por el hecho de las cosas.

14.1 Responsabilidad por el hecho propio.

El art. 2329, ya citado, advierte que se debe responder de todo daño ocasionado a otro, cuando medió por el autor malicia (dolo) o negligencia. Dispone el artículo:

“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:

- 1º El que dispara *imprudentemente* un arma de fuego;
- 2º 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;
- 3º 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”.

Se ha entendido que el inc. 1º no hace sino reiterar el principio general del art. 2314. Por ende, se exige probar culpa o dolo del autor del hecho.

En cambio, los tres casos que enumera esta disposición en su inc. 2º, constituyen presunciones de culpabilidad. En tal sentido se interpreta la expresión “especialmente obligados”. La víctima, entonces, no requiere probar la culpa. Sólo debe acreditar la comisión del hecho, presumiéndose culpa del autor. Se justifican estas presunciones, porque los tres casos describen situaciones de riesgo en que la víctima queda expuesta a un daño inminente, como consecuencia de hechos excepcionales que conllevan un peligro objetivo (disparo, remoción de losas, mal estado de acueductos o puentes).²⁶ En estos casos, se sustituye la regla general del inc. 1º propia de la responsabilidad subjetiva, por una presunción de responsabilidad por el riesgo creado o provocado, propio de actividades riesgosas. Por ello, para la doctrina más moderna, las presunciones de responsabilidad por el hecho propio señaladas en este inc. 2º son meramente ejemplares.²⁷ De esta manera, toda otra conducta que objetivamente se estime riesgosa, podría quedar comprendida dentro de esta presunción de culpa por hecho propio. Así, por ejemplo, en el caso de un agricultor que realiza una quema agrícola de un terreno, debe extremar las medidas de seguridad para evitar que aquella se propague a campos vecinos; o la empresa de turismo aventura o que ofrece la práctica de deportes extremos (lanzamiento en paracaídas, “bungee” o saltos al vacío desde puentes o plataformas, descenso de rápidos en balsas, etc.), debe adoptar las providencias especiales que suponen actividades objetivamente riesgosas. En cualquiera de estos casos, si una persona resulta lesionada o incluso falleciere, se presumirá que hubo culpa por el “hecho propio” de quien llevó a cabo u organizó la actividad.

14.2 Responsabilidad por el hecho ajeno.

a) Fundamento de la responsabilidad por el hecho ajeno.

²⁶ Rodríguez Grez, Pablo, “*Responsabilidad extracontractual*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 210.

²⁷ Barcia Lehmann, Rodrigo, “*Lecciones de Derecho Civil Chileno. De las fuentes de las obligaciones*”, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 260.

Por regla general, tal como lo establece el art. 2316, inc. 1º, se responde por hechos propios, no por hechos ajenos: "Es obligado a la indemnización *el que hizo el daño*".

Excepcionalmente, sin embargo, se debe responder por los hechos ajenos, cuando una persona debe responder por el "hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado" (art. 2320, inc. 1º). El fundamento de esta disposición descansa en el deber de vigilancia que se tiene respecto de determinadas personas. La persona que tiene otra a su cuidado, sujeta a su control o dirección, debe vigilarla para impedirle que cause daños. Y si el daño en definitiva se causa, quiere decir que no empleó la debida vigilancia. Por eso, señala la doctrina que no estamos estrictamente ante un caso de responsabilidad por hecho ajeno, sino *por un hecho propio*, a saber, la falta de cuidado o vigilancia. En tales casos, la doctrina habla de *culpa in vigilando*.

Cabe precisar que esta responsabilidad no se circunscribe a los hechos que enumera el art. 2320, que debemos considerarlos como menciones a vía ejemplar. El art. 2320 consagra un principio general, que debemos aplicar en cualquier caso similar.

b) Requisitos de la responsabilidad por el hecho ajeno.

i.- *Relación de dependencia entre el autor del daño y la persona responsable*: la persona responsable debe estar investida de una cierta autoridad y el autor material del daño sujeto a su obediencia. Deberá probar esta relación la víctima.

ii.- *Que ambas partes sean capaces de delito o cuasidelito*: si el que tiene a su cuidado a otra persona es incapaz, es irresponsable. Pero también debe ser capaz el subordinado. Si es incapaz, no se aplican los artículos 2320 y siguientes, sino el art. 2319, desapareciendo entonces la presunción. En efecto, se responde por los hechos de los incapaces, siempre que pueda imputarse negligencia a quien los tenía a su cuidado. En otras palabras, no cabe presumir la culpa del que tiene a un incapaz a su cuidado, para hacerle responsable, debe probarse su culpa.

iii.- *Que se pruebe la culpabilidad del subordinado*: la presunción no abarca la conducta del dependiente, sino que imputa exclusivamente culpa a la persona que tiene a otra a su cuidado. Pero para que responda, previamente debe acreditarse que el subordinado actuó culpablemente.

c) La presunción de culpa es simplemente legal.

Por tanto, el tercero civilmente responsable puede quedar exento de responsabilidad, si prueba que empleó la diligencia o cuidado debidos: art. 2320, último inciso.

Con todo, el art. 2321 establece una excepción a esta regla, estableciendo una presunción de derecho, según veremos.

d) Responsabilidad del subordinado.

La responsabilidad por el hecho ajeno no excluye la del autor directo del hecho ilícito, siempre que éste tenga capacidad extracontractual. Ambas responsabilidades coexisten y la víctima puede accionar contra ambos.

e) Cómo responden ante la víctima quien ejecutó el hecho ilícito y el tercero civilmente responsable.

No se expresa en el Código Civil cómo han de responder el que ejecutó el hecho ilícito y el tercero que responde civilmente junto con él. A nivel de la jurisprudencia, se observan dos criterios, que seguidamente expresamos.

e.1) *Obligación simplemente conjunta.*

La jurisprudencia ha concluido en algunos casos que no existiendo norma que establezca responsabilidad solidaria, estaríamos ante una obligación simplemente conjunta, de manera que la indemnización debe distribuirse entre ambos, asumiendo cada uno una cuota. En tal sentido, sentencia de la Corte Suprema de fecha 27 de junio de 2018, dictada en los autos Rol N° 38.145-2017. En este caso, una menor de edad demandó indemnización de perjuicios por haber sido abusada sexualmente por un auxiliar de su colegio. La demanda fue entablada en contra del aludido auxiliar y dos personas jurídicas, la Corporación de Desarrollo Social de Providencia y la Municipalidad de Providencia. Las dos últimas, por la responsabilidad que les impone el art. 2320. El fallo de primera instancia, condenó solidariamente a los tres demandados al pago de 80 millones de pesos a la víctima y de 20 millones a cada uno de los padres. La Corte de Santiago acogió un recurso de casación en la forma, exonerando de responsabilidad a la Municipalidad. La Corporación de Desarrollo Social dedujo casación en el fondo, que fue acogido en el sentido que la obligación de pagar la indemnización no era solidaria, sino que simplemente conjunta, de manera que la dividió por mitades, una de cargo del victimario y la otra de cargo de la Corporación.

El profesor Hernán Corral Talciani, comentando este fallo, concuerda que este caso no correspondía al de una obligación solidaria por aplicación del art. 2317, pero a diferencia de lo concluido por la Corte Suprema, considera que no se trataba de un caso de obligación simplemente conjunta, sino que de una obligación *in solidum* o concurrente: "El resultado a que se llega es poco satisfactorio porque inmediatamente da pie para pensar que si se hubiera demandado únicamente a la Corporación se podría haber obtenido la totalidad de los perjuicios, mientras que al demandar también al autor directo, la Corporación resultó favorecida porque fue condenada sólo a la mitad de los perjuicios. Si se mantuviera esta doctrina ya nadie demandaría al autor directo y sólo únicamente al tercero civilmente responsable, ya que se parte de la base de que el autor directo no tiene la solvencia que le permitiría cumplir con la obligación de pagar perjuicios que se le imponga en la sentencia".²⁸

e.2) *Obligación in solidum o concurrente.*

En otras oportunidades, la conclusión ha sido que se origina una obligación *in solidum*, de manera que la víctima podrá exigir el pago íntegro de la indemnización a cualquiera de las personas que hayan sido condenadas en el juicio respectivo. En tal sentido, sentencia de la Corte Suprema de 26 de enero de 2017, dictada en la causa Rol N° 95.110-2016. En este juicio, la madre y la hermana de un trabajador fallecido mientras desempeñaba sus labores, demandaron a la sociedad para la que prestaba servicios, así como también a otras tres compañías. El trabajador falleció mientras descargaba bebidas de fantasía en la vía pública. Las cuatro demandadas fueron condenadas a pagar solidariamente la suma de \$200.000.000.- a la madre del trabajador y la suma de \$75.000.000.- a la hermana del mismo. Las demandadas sostuvieron, en lo esencial, que no correspondía condenarlas solidariamente en virtud del art. 2317 del Código Civil, pues no se trataba de un hecho en el que todas ellas hubieran participado. En otras palabras, no eran todas las condenadas las que habían concurrido a la comisión del cuasidelito. Por ende, no existiendo unidad en la conducta de todas, no correspondía condenarlas solidariamente. La Corte Suprema desestimó el recurso de casación en el fondo, señalando: "Quinto: (...) En lo referente, concretamente, a la calificación de la participación de cada uno de los demandados en 'un mismo hecho' -el atropello- (considerando vigésimo segundo), lo que lleva a aplicar la regla de la solidaridad del artículo 2317 del Código Civil, que impugnan los recurrentes, es lo cierto que, aún en el evento de sostenerse que se ha incurrido en un

²⁸ www.corralalciani.wordpress.com/tag/obligaciones-in-solidum, Derecho y Academia, El blog de Hernán Corral, Responsabilidad por hecho ajeno y solidaridad, 8 de julio de 2018.

error de derecho, no tendría influencia en lo dispositivo del fallo, por cuanto de igual modo debiera llegarse a la conclusión de que al haberse establecido que cada uno de los demandados, con su conducta, contribuyó a la producción del resultado dañoso, son obligaciones concurrentes que los hace responder de la totalidad del daño causado, en forma indistinta y hasta la concurrencia del monto total del mismo, por lo que si el daño lo repara uno, exonera al otro, circunstancia que si bien no es un caso de solidaridad, opera como tal y corresponden a lo que en doctrina se conoce como 'obligaciones concurrentes o in sólido'".

Como se puede observar, la Corte Suprema deja en claro que si bien no concurría el presupuesto del art. 2317, en cuanto el delito o cuasidelito sea *cometido* por dos o más personas, debía mantenerse la responsabilidad solidaria, fundándola en la categoría de obligaciones concurrentes o *in solidum*. ¿Cuál sería la fuente normativa de dicha responsabilidad? Aunque el fallo no se pronuncia al efecto, nos parece, siguiendo al profesor Corral, que se trataría del art. 2320 del Código Civil, que impone la obligación de indemnizar a los terceros civilmente responsables, es decir, a personas naturales o jurídicas que, sin haber participado en la comisión del delito o cuasidelito, pueden ser demandados para indemnizar todo el daño ocasionado por el autor del hecho ilícito.

Comentando esta sentencia, la profesora Pamela Mendoza-Alonzo expresa que "La obligación *concurrente* o *in solidum* ha sido tradicionalmente una categoría de obligaciones ajena a nuestro derecho. Esta ha surgido por vía jurisprudencial y doctrinal en aquellas latitudes en las que no existe una norma como el artículo 2317 del Código Civil (que expresamente consagra la solidaridad si *un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas*, por el *perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito*) y que paralelamente establecen el llamado 'principio de no presunción de la solidaridad' en términos parecidos a nuestro artículo 1511 del Código Civil. En consecuencia, si la solidaridad debe ser expresamente pactada, los múltiples responsables por un daño tendrían que responder entonces sólo por su cuota o parte en esos ordenamientos. Para evitar esa consecuencia, los tribunales (franceses, belgas, por ejemplo) han debido crear esta figura alternativa, amparándose en el principio *in dubio pro damnato* o *favor victimae*,²⁹ que mira a proteger en primer lugar los intereses del perjudicado por un daño en caso de duda. Así, se dice que la obligación *concurrente* o *in solidum* se fundamenta en la idea de indivisibilidad, ante la imposibilidad de dividir las responsabilidades pese a tener su origen en diversas causas y tener diversidad de objeto. En ese sentido, se sostiene que su origen radica en la fuerza de las cosas, ya que surge sin convención o ley. No es una obligación solidaria, porque sólo coinciden en el primer efecto, que es que el acreedor (víctima) puede reclamar por el todo a cualquiera de los deudores (responsables extracontractuales) y el pago de la deuda total por uno de los deudores extingue la obligación principal. En todo lo demás, es decir, los efectos secundarios de la solidaridad, no le son aplicables".³⁰

Dos comentarios me parece que cabe formular a lo expresado por la profesora Mendoza-Alonzo: en primer lugar, nos parece que la obligación tiene un mismo objeto, cual es indemnizar los perjuicios causados a la víctima. Así por lo demás define esta clase de obligaciones el Código Civil y Comercial argentino (art. 850: "Obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes"); en segundo lugar, la obligación debe tener una fuente, no

²⁹ La expresión latina "in dubio", significa "en la duda"; por ende, ante la duda acerca de cómo resolver, el juez debe inclinarse en favor de la víctima del daño.

³⁰ Mendoza-Alonzo, Pamela, "Obligaciones concurrentes o in solidum (Corte Suprema)", en *Revista de Derecho*, Vol. XXXI, N° 1, junio 2018, pp. 390 y 391.

puede surgir "sin convención o ley"; en el caso del Código Civil chileno, tal norma sería la de los arts. 2320 y 2325, cuando se trata de responsabilidad extracontractual.³¹

f) Acción del tercero civilmente responsable contra el autor del daño.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 2325, quien responde por los hechos de otro que depende del primero, tendrá derecho para ser indemnizado sobre los bienes del segundo, siempre y cuando se cumplan dos requisitos:

- i.- Cuando el que perpetró el daño, lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia; y
- ii.- Cuando el que perpetró el daño, era capaz de delito o cuasidelito, según el art. 2319.

Se trata de una aplicación del principio de reparación del enriquecimiento sin causa, pues resultaría injusto que la indemnización sea soportada, en definitiva, por el patrimonio de una persona distinta de aquella que realizó el hecho dañoso. El tercero civilmente responsable deberá indemnizar a la víctima, pero luego, podrá repetir en contra del autor del ilícito civil. Se trata del distingo entre la "obligación a la deuda" y la "contribución a la deuda".³²

g) Responsabilidad de los progenitores.

El inc. 2º del art. 2320 establece que "... los progenitores son responsables del hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa".³³

Debemos relacionar esta disposición con los artículos 222 y siguientes, referidos al cuidado personal y la educación de los hijos.

Cabe preguntarse también qué ocurre si el hijo menor de edad estuviere casado. En tal caso, queda emancipado de sus progenitores por el solo ministerio de la ley (art. 270). Sin embargo, el art. 2320 hace responsable a los progenitores por los actos del hijo menor, sin precisar si está o no emancipado. Así las cosas, creemos que la emancipación no exonera de responsabilidad a los padres. Como es lógico, en este caso no podría operar el art. 224 del Código Civil.

De cualquier manera, dos requisitos deben concurrir para hacer efectiva la responsabilidad de los progenitores:

- i.- Que el hijo sea menor de edad;
- ii.- Que habite la misma casa que la de sus progenitores.³⁴

³¹ En este acápite, hemos reproducido lo que expusimos a propósito de las obligaciones *in solidum*, al tratar de la clasificación de las obligaciones.

³² Que hemos estudiado en las obligaciones solidarias y se estudiará en la sociedad conyugal y en la sucesión por causa de muerte, entre otras materias.

³³ El tenor actual de este inciso fue fijado por la Ley N° 21.400, publicada en el Diario Oficial de fecha 10 de diciembre de 2021. Con ello, se corrigió una incongruencia que se advertía en el tenor anterior, que hacía primero responsable al padre y a falta de éste a la madre. En efecto, se observaba una incongruencia en las normas del Código Civil. Por una parte, el art. 2320 imponía responsabilidad, en primer lugar, al padre, y sólo a la madre "a falta" del primero. En cambio, en las normas relativas al cuidado personal de los hijos, se declaraba que el mismo corresponde "de consuno a los padres", consagrándose el principio de *corresponsabilidad* (art. 224). ¿Cómo podía armonizarse esta incongruencia? Había dos conclusiones: o estimar que el art. 2320 era una norma especial que modificaba la regla general del 224, o hacer prevalecer este último precepto, que constituye una manifestación del principio de *igualdad parental*. Una razón que podría llevarnos a optar por la segunda fórmula, decía relación a que el actual tenor del art. 224 se estableció por la Ley N° 20.680, del año 2013, mientras que el art. 2320 es originario del Código Civil. ¿Olvidó el legislador de ese año modificar la regla del art. 2320? En la "Historia de la ley", consta que el profesor Mauricio Tapia aludió a esta discordancia. Sin embargo, no fue resuelta en la Ley N° 20.680. Siendo la cuestión dudosa, nos parecía más razonable que prevaleciera el art. 224, y, por ende, creíamos que la víctima del daño causado por el hijo menor, podría demandar a los dos padres. Creíamos que esta conclusión era también más armónica con el "espíritu general de la legislación" (art. 24). La aludida incongruencia ha quedado resuelta por la Ley N° 21.400, en el sentido que proponíamos.

No obstante que la anterior es una *presunción simplemente legal*, el art. 2321 establece una *presunción de derecho*, bastando en este caso que sean menores, siendo indiferente que habiten en la casa de sus progenitores. Dispone el artículo: "Los progenitores 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".

El hecho debe provenir de la mala educación dada al hijo o de hábitos viciosos que le dejaron adquirir sus progenitores. Pero además, el hecho debe provenir "conocidamente" de estas causas. Por lo tanto, corresponderá a la víctima probar que el hijo recibió una mala educación o que los progenitores lo dejaron adquirir hábitos viciosos.

h) Responsabilidad de los tutores o curadores.

Señala el inc. 3º del art. 2320 que "...el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado".

Para que el guardador sea responsable, deben cumplirse los siguientes requisitos:

i.- Que el pupilo viva bajo la dependencia o cuidado del guardador: en consecuencia, esta responsabilidad no afectará a los guardadores a quienes solamente incumbe la gestión de los bienes del pupilo, como los curadores de bienes. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 428 del Código Civil, la responsabilidad recae sobre los tutores o curadores generales, salvo que el pupilo esté bajo el cuidado de otra persona. La guarda general confiere al guardador la representación del pupilo, la administración de su patrimonio y el cuidado de su persona (art. 340).

ii.- Que el pupilo sea capaz extracontractualmente: si el pupilo es incapaz, no será responsable el guardador, sino probándosele culpa.

En todo caso, como también estamos ante una presunción simplemente legal, el guardador podrá eximirse de responsabilidad probando que no pudo impedir el hecho, pese a que ejercitó la autoridad derivada de su cargo y empleó el cuidado a que estaba obligado.

i) Responsabilidad de los jefes de colegios y escuelas.

Establece el inc. 4º del art. 2320 que "...los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado".

En este caso, habrá responsabilidad para el jefe de colegio o de escuela, cuando el discípulo esté bajo su cuidado: mientras el discípulo permanezca en el

³⁴ Cabe señalar que de acuerdo al art. 224, inc. 1º, "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos".

Hay casos especiales sin embargo:

1º Situación del hijo que goza de filiación no matrimonial: el cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido (artículo 224, inciso 2º).

2º Situación del hijo que tiene filiación indeterminada: si el hijo no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez (artículo 224, inciso 2º).

3º Situación del hijo, cuando sus padres viven separados (artículo 225): en este caso, ambos progenitores, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda: i) al padre; ii) a la madre; o iii) a ambos en forma compartida. De no existir acuerdo, el hijo continuará con aquél de los padres con el cual esté conviviendo. En cualquier caso (vale decir, exista o no acuerdo entre los padres), cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido.

establecimiento, durante los viajes de estudio o visitas que efectúe bajo la dirección de los aludidos jefes, etc.

Como en los dos casos anteriores, puede destruirse la presunción, probando al jefe de colegio o escuela que no le fue posible evitar el hecho ilícito y que empleó toda la diligencia o cuidado necesarios.

La expresión "colegios y escuelas" no debe interpretarse como relativa sólo a la enseñanza primaria y secundaria. Bien podría ocurrir que se aplique a los directivos de instituciones de educación superior, es decir, centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades.

Cabe señalar que habrá responsabilidad para el jefe escolar, aun cuando el discípulo sea mayor de edad, pues el artículo sólo alude a los "discípulos", sin agregar que deben ser menores de edad.

La víctima también dispondrá de acción en contra de los empleadores de los jefes de colegio o escuela o en contra de las personas jurídicas que deben ejercitar un deber de vigilancia sobre dichos empleadores.

j) Responsabilidad de los artesanos y empresarios.

Conforme al inc. 4º del art. 2320, responden también "...los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso (o sea, mientras estén bajo el cuidado de los primeros)".

Para que respondan los artesanos o empresarios, es necesario:

i.- Que los aprendices o dependientes estén bajo el cuidado del artesano o empresario, lo que quiere decir que cumplan una actividad laboral bajo subordinación o dependencia;

ii.- Que se trate de hechos realizados por los aprendices o dependientes mientras están bajo el cuidado del artesano o empresario, o sea, mientras cumplen con su jornada laboral, hecho que deberá probar la víctima.

Como en los tres casos anteriores, cesa la responsabilidad del artesano o empresario, acreditando que no pudo impedir el hecho ilícito, no obstante su cuidado y haber ejercitado su autoridad.

k) Responsabilidad de los amos.

Dispone el art. 2322 que "Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones". Se denomina amo a la persona que tiene a su servicio empleados domésticos, criados o dependientes, o en lenguaje contemporáneo, trabajadores de casa particular. El amo es responsable solamente en los actos ejecutados por el sirviente a condición de que el hecho ilícito se verifique mientras desempeña sus labores o cumple sus órdenes, o sea, cuando el criado actúa "en el ejercicio de sus respectivas funciones".

No cabe al amo responsabilidad por los actos ajenos a las funciones del criado o que importan un abuso de las mismas, como por ejemplo, si el chofer sustrae el automóvil de su patrón, contraviniendo sus órdenes y atropella a un transeúnte.

El amo puede eximirse de responsabilidad probando:

i.- Que el criado ejecutó sus funciones de un modo impropio;

ii.- Que el amo no tenía medio de prever o impedir el ejercicio abusivo de sus funciones por parte del sirviente; y

iii.- Que empleó la autoridad inherente a su condición y el cuidado de una persona prudente para lograr que el sirviente ejerciera sus funciones con propiedad.

l) Responsabilidad del dueño de un vehículo.

El dueño de un vehículo será solidariamente responsable con el conductor, por los daños que ocasione. La responsabilidad del dueño del vehículo es sin perjuicio de la que quepa a otras personas, en virtud del derecho común. En otras palabras, puede coexistir con la que establece el art. 2320. La víctima, por tanto, podrá accionar, a su arbitrio, contra la persona que tenga al conductor a su cuidado, o contra el dueño del vehículo o, como ocurre usualmente, contra ambos.

Sin embargo, el propietario del vehículo puede eximirse de responsabilidad, si acredita que le fue tomado contra su voluntad o sin autorización expresa o tácita.

Dispone al efecto el art. 174, inc. 2º de la Ley Nº 18.290, "Ley del Tránsito": "El conductor, el propietario del vehículo y el tenedor del mismo a cualquier título, a menos que estos últimos acrediten que el vehículo fue usado contra su voluntad, son solidariamente responsables de los daños o perjuicios que se ocasionen con su uso, sin perjuicio de la responsabilidad de terceros de conformidad a la legislación vigente".

14.3 Responsabilidad por el hecho de las cosas.

a) Fundamento.

Se es responsable también del hecho de las cosas de que una persona es dueña o, no siéndolo, que están a su servicio. El propietario o la persona que se sirve de la cosa, debe vigilarla y mantenerla en el estado de que no cause daño. De tal forma, el daño que produzca la cosa denotaría omisión o falta de cuidado y por ello la ley entra a presumir la culpabilidad de quien tenía a su cargo la cosa.

A diferencia de lo que ocurre con la presunción general de culpabilidad por el hecho ajeno, de una persona que se encuentra bajo vigilancia o cuidado (art. 2320), tratándose de las cosas, la ley se limita a señalar algunos casos en los cuales se presume culpabilidad del que las tiene a su cuidado. Por tanto, sólo en ellos puede presumirse culpabilidad y en cualquiera otro, deberá esta probarse por la víctima.

b) Casos en que se presume culpabilidad por el hecho de las cosas.

Se contemplan en la ley tres casos:

- b.1) Daño causado por la ruina de un edificio;
- b.2) Daño causado por una cosa que cae o es arrojada de la parte superior de un edificio; y
- b.3) Daño causado por un animal.

b.1) Daño causado por la ruina de un edificio.

b.1.1) Requisitos.

Se refiere a este caso el art. 2323. Deben cumplirse los siguientes requisitos:

- i.- La cosa que ocasiona el daño, debe ser un edificio, es decir, una obra fruto de la industria humana, destinada a la habitación o a fines análogos, y que adhiera permanentemente al suelo;
- ii.- El daño debe tener por origen la ruina del edificio, vale decir, su caída o destrucción, su deterioro debe causar el daño;
- iii.- Que el dueño haya dejado de hacer las reparaciones necesarias, o en general, faltado al cuidado de un buen padre de familia.

La víctima del daño deberá probar que se cumplen estos tres requisitos.

Las normas del Código Civil acerca de la ruina de un edificio, deben complementarse también con las contempladas en el párrafo 7º de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, artículos 148 a 157. En ellas, se establece que hecha la denuncia, la Dirección de Obras deberá proceder a inspeccionar el inmueble y si

correspondiere, con el mérito de dicho informe, disponer el Alcalde la demolición de la construcción ruinosas.

En la misma Ley General de Urbanismo y Construcciones, Dispone su art. 81: "Para prevenir el deterioro progresivo de un sector o barrio la Municipalidad podrá ejercer las siguientes facultades:

- a) Fijar plazo a los propietarios para efectuar las reparaciones necesarias para evitar el colapso parcial o total de una construcción;
- b) Ordenar la construcción de cierros exteriores en los sitios eriazos, en plazos no inferiores a seis meses, con las características que señale el Plan Regulador y su Ordenanza Local, o las que se fijen a falta de aquéllos;
- c) Fijar plazo para conectarse a las redes públicas de agua potable y alcantarillado, cuando éstas existan, y
- d) Ordenar demoler las construcciones que amenacen ruina, o aquéllas construidas ilegalmente vulnerando las disposiciones del Plan Regulador, bajo apercibimiento de ejecutar derechamente la demolición por cuenta del rebelde.

En el ejercicio de estas facultades, la Municipalidad podrá apercibir a los propietarios con la aplicación de una multa si no cumplieren con lo ordenado, la que se hará efectiva administrativamente a beneficio municipal".

b.1.2) Situación, cuando el edificio pertenece a una comunidad.

Si el edificio pertenece en común a varias personas, *se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio* (art. 2323, inc. 2º). Se trata por tanto de *una obligación simplemente conjunta*. Esta norma constituye una excepción a la del art. 2317, que establece un caso de solidaridad pasiva, cuando el delito o cuasidelito ha sido cometido por varias personas.

b.1.3) Situación si la víctima es un vecino.

De conformidad a los artículos 932 a 934, y particularmente el inciso segundo del último, el vecino, para reclamar indemnización, deberá haber interpuesto previamente la querrela posesoria de denuncia de obra ruinosas. De lo contrario, no tiene derecho a indemnización, porque se parte del supuesto que el daño se produjo, en cierta forma, por su negligencia en acudir a la justicia para evitarlo.

En cierta medida, este caso es semejante al previsto en el art. 1547, inc. 2º, en materia de responsabilidad contractual, cuando allí se alude al caso fortuito sobrevenido por culpa del deudor.

El art. 932 otorga al vecino dos acciones, cuando tema que la ruina de un edificio le pueda provocar perjuicio:

- i.- Puede demandar para que el juez mande al dueño derribar el edificio, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación;
- ii.- Puede demandar para el que el juez mande inmediatamente reparar el edificio, si no estuviere tan deteriorado.

En uno u otro caso, si el querrellado no cumple el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa.

Si el daño del edificio no fuere grave, bastará que el demandado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga.

b.1.4) Exención de responsabilidad.

El art. 2323 precisa que no hay responsabilidad, si se configura el caso previsto en el art. 934: si el edificio cae por caso fortuito (como avenida, rayo o terremoto), no habrá lugar a la indemnización, salvo si se prueba por el afectado que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiera derribado.

b.1.5) Ruina de un edificio por defectos de construcción.

i.- Normas del Código Civil.

Se vincula esta materia con el contrato de empresa, consistente en una modalidad del contrato de arrendamiento de obra, y que está regulada en el art. 2003 del Código Civil. Se puede definir, conforme al inc. 1º del art. 2003, como "aquel por el cual una persona llamada empresario toma a su cargo la construcción de un edificio por un precio prefijado"³⁵. Se trata del sistema de obra a precio alzado.

Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los *cinco años subsiguientes a su entrega*, por vicio de construcción o por vicio del suelo o por vicio de los materiales, distinguimos, para determinar quien es responsable:

- i) *Tratándose de los vicios de construcción*: será responsable el empresario;
- ii) *Tratándose de los vicios del suelo*: será responsable en principio el dueño, a menos que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer el vicio del suelo en razón de su oficio;
- iii) *Tratándose de los vicios de los materiales*: será responsable el empresario, si él los proporcionó; en cambio, si los proporcionó el dueño, él responderá, salvo que el vicio sea de aquellos que el empresario, por su oficio, haya debido conocer, o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno (al dueño, se entiende).

Las reglas enunciadas, se extienden a los que se encargan de la construcción de un edificio en calidad de arquitectos (art. 2004 del Código Civil).

ii.- Normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Las reglas del Código Civil, debemos complementarlas con las del Decreto con Fuerza de Ley Nº 458, del año 1976, referido a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyo art. 18³⁶, *destinado a proteger a los adquirentes de viviendas o construcciones nuevas*, establece:

- i) El *propietario primer vendedor de una construcción* será responsable por todos los daños y perjuicios que provengan de fallas o defectos de ella, sea durante su ejecución o después de terminada. Se trata de un caso de *responsabilidad objetiva*, pues la falla o defecto puede ser atribuible a los profesionales o las empresas que el propietario primer vendedor contrató para construir el edificio. Aun así, el propietario primer vendedor responderá ante el adquirente del inmueble.
- ii) En el caso anterior, *el propietario podrá repetir* en contra de quienes sean responsables de las fallas o defectos de construcción, que hayan dado origen a los daños y perjuicios. En este caso, *la responsabilidad es subjetiva*.
- iii) En el caso de que *la construcción no sea transferida*, esta responsabilidad recaerá en el propietario del inmueble respecto de terceros que sufran daños o perjuicios como consecuencia de las fallas o defectos de aquélla.
- iv) *Los proyectistas serán responsables* por los errores en que hayan incurrido, si de éstos se han derivado daños o perjuicios.
- v) Sin perjuicio de lo establecido en la regla tercera del art. 2003 del Código Civil (el art. 18, erróneamente, alude al "número" tres del artículo), *los constructores serán responsables* por las fallas, errores o defectos en la construcción, incluyendo las obras ejecutadas por subcontratistas y el uso de materiales o insumos defectuosos, sin perjuicio de las acciones legales que puedan interponer a su vez en contra de los proveedores, fabricantes y subcontratistas.³⁷

³⁵ Alessandri Rodríguez, Arturo, "De Los Contratos", Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, 1988, p. 184.

³⁶ Este precepto, fue modificado, en los últimos años, en dos oportunidades: primero, por la Ley Nº 20.016 (publicada en el Diario Oficial de fecha 27 de mayo de 2005); y después, por la Ley Nº 20.443 (publicada en el Diario Oficial de fecha 23 de noviembre de 2010).

³⁷ El precepto, entonces, no libera de responsabilidad al dueño de la obra, quien también podría tenerla, junto con el constructor, por los daños ocasionados a terceros a consecuencia de la ejecución de la misma. Se trata, indudablemente, de un caso de responsabilidad civil extracontractual. Una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha 20 de diciembre de 2010, condenó solidariamente al pago de indemnización de perjuicios, a la empresa que había encargado la obra y a la constructora que la ejecutó. Se

- vi) *Las personas jurídicas serán solidariamente responsables* con el profesional competente que actúe por ellas como proyectista o constructor respecto de los señalados daños y perjuicios.
- vii) El propietario primer vendedor estará obligado a *incluir en la escritura pública de compraventa, una nómina* que contenga la individualización de los proyectistas y constructores a quienes pueda asistir responsabilidad de acuerdo al citado art. 18. Tratándose de personas jurídicas, deberá individualizarse a sus representantes legales.
- viii) Las condiciones ofrecidas en la *publicidad*, se entenderán incorporadas al contrato de compraventa.
- ix) Los *planos y especificaciones técnicas definitivos*, como asimismo el Libro de Obras a que se refiere el art. 143 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, se mantendrán en un archivo de la Dirección de Obras Municipales, a disposición de los interesados.
- x) La responsabilidad civil a que se refiere el art. 18, tratándose de *personas jurídicas que se hayan disuelto*, se hará efectiva respecto de quienes eran sus representantes legales a la fecha de celebración del contrato.
- xi) *Las acciones para hacer efectivas las responsabilidades a que se refiere el art. 18º, prescribirán en los plazos que se señalan a continuación:*

trataba de un contrato a suma alzada, por el cual se encomendó la construcción de una obra a emplazarse en un terreno ubicado en la ciudad de Coquimbo: "Vigésimo-séptimo: Que, debe dejarse sentado de antemano por esta Corte, que en principio, quien encarga una obra no está necesariamente obligado a responder por los daños causados por quien, a cambio de un precio, la ejecuta en calidad de constructor; sin embargo, la vida en sociedad impone por igual a todos quienes deciden desarrollar una actividad susceptible de causar un daño, ser cuidadosos y adoptar las medidas de seguridad y prevención eficaces y eficientes para prevenirlo o evitarlo. Así entonces, para determinar en cada caso concreto la eventual responsabilidad civil de quien ha encargado una obra material, deben examinarse por los jueces del fondo las circunstancias que configuran el hecho particular que se encuentra sometido a juicio. Vigésimo-octavo: Que, respecto de la demandada La Polar S.A., no existen elementos técnicos claros, inequívocos y concluyentes allegados a la presente causa que permitan estimar que los daños causados a la propiedad de los demandantes, provienen de un mal cálculo o diseño del proyecto, de las especificaciones técnicas o de los planos aportados por la misma empresa. Vigésimo-noveno: Que, empero, el reproche jurídico que toca realizar a la empresa demandada La Polar S.A., proviene de no haber cumplido en su calidad de mandante de la obra, sea directamente o a través de la empresa de inspección técnica especialmente contratada por ella (Micin MSN Consultores), un efectivo control y vigilancia preventiva de la labor realizada por la empresa contratada y encargada de la obra, resultando inentendible, pero a la vez demostrativo de esa falta de vigilancia y atención, que no existiera en el Libro de Obra respectivo, referencia alguna al episodio del día 23 de noviembre de 2005, que significó el grave daño sufrido por la propiedad de los demandantes, unido ello al desconocimiento acerca de su ocurrencia por parte del representante de la empresa que actuó como inspector técnico de obra, según se declaró a fojas 561 y siguientes. Trigésimo: Que, la responsabilidad de la empresa demandada La Polar S.A., debe entenderse como una responsabilidad culpable por el hecho propio, esto es, por no haber cumplido con su deber de vigilancia (culpa in vigilando), sobre la empresa contratada que causó los daños, pese a contar con la autoridad y con los medios técnicos adecuados para haberlos previsto e incluso evitado, sin que la existencia de una empresa subcontratada para la labor de fiscalización de la obra, constituya una razón de exoneración de su propia responsabilidad, siendo las normas legales aplicables a su respecto, fundantes de su propio deber resarcitorio, el inciso primero del artículo 2320 en relación con el artículo 2329 inciso primero, ambos del Código Civil. Trigésimo-primer: Que todo lo anteriormente concluido, respecto de los demandados, descansa en las normas civiles sobre responsabilidad civil extracontractual cuasidelictual, pero igualmente debe señalarse por esta Corte, que de acuerdo con las normas legales contenidas en la Ley General de Construcción y Urbanismo (artículo 18) y su Ordenanza (artículo 1.2.3), es posible determinar la responsabilidad legal de la empresa La Polar S.A., en su calidad de propietario de la obra encargada, por los daños y perjuicios que fueron ocasionados con motivo de la ejecución de la obra o 'durante su ejecución', lo cual demuestra a la luz de dicha normativa, que se trata de un caso de responsabilidad objetiva que afecta al propietario en su condición de tal, y que lo obliga frente a terceros por el solo ministerio de la ley –sin perjuicio de su derecho a repetir–, en cuanto se acredite la ocurrencia de un daño derivado causalmente de la ejecución de la obra ordenada, e independientemente de cualquier cláusula de liberación de responsabilidad, la que para tales terceros resulta inoponible si no han concurrido expresamente a aceptarla, de acuerdo con las reglas generales (res inter alios acta)": www.legisnews.com, "Boletín diario de jurisprudencia chilena". Redacción de la sentencia por abogado integrante Sr. Daniel Hurtado Navia. En síntesis: a) El dueño de la obra es responsable *por culpa*, conforme al Código Civil; y, b) Es responsable, aun sin mediar culpa, atendido lo dispuesto en el art. 18 de la ley General de Urbanismo y Construcciones.

- i) En el plazo *de diez años*, en el caso de fallas o defectos que afecten a la *estructura soportante del inmueble*;
- ii) En el plazo *de cinco años*, cuando se trate de fallas o defectos de los *elementos constructivos o de las instalaciones*;
- iii) En el plazo *de tres años*, si hubieren fallas o defectos que afecten a *elementos de terminaciones o de acabado de las obras*;
- iv) En el plazo *de cinco años*, en los casos de fallas o defectos no incorporados expresamente en las tres hipótesis precedentes, o que no sean asimilables o equivalentes a los mencionados en éstas;
- v) Los plazos de prescripción se contarán desde la fecha de la recepción definitiva de la obra por parte de la Dirección de Obras Municipales (para tales efectos, el citado organismo emite un "Certificado de Recepción Final"), con excepción del señalado en el tercero de los casos (elementos de terminaciones o de acabado de las obras), que se contará a partir de la fecha de la inscripción del inmueble a nombre del comprador en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Por su parte, el art. 19 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, contempla las siguientes disposiciones:

i) Las causas a que diere lugar las acciones a que se refiere el art. 18, se tramitarán conforme con las reglas del procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil.

ii) Con todo, las partes podrán someter las controversias a la resolución de un árbitro de derecho que, en cuanto al procedimiento, tendrá las facultades de arbitrador a que se refiere el art. 223 del Código Orgánico de Tribunales. El árbitro deberá ser designado por el juez letrado competente y tener, a lo menos, cinco años de ejercicio profesional.

iii) En caso de que el inmueble de que se trata comparta un mismo permiso de edificación y presente fallas o defectos de los señalados en el art. 18, será aplicable el procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores establecido en el Párrafo 2º del Título IV de la Ley Nº 19.496, cuerpo legal que "Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores", cuyo Título IV, se ocupa "Del procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y del procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso", Párrafo 2º, "Del Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores", artículos 51 a 54 G, con las siguientes salvedades:

- i) Será competente para conocer de estas demandas el juez de letras correspondiente a la ubicación del inmueble de que se trate;
- ii) El número de consumidores afectados bajo un mismo interés a que se refiere la letra c) del Nº 1 del art. 51 de la Ley Nº 19.496³⁸ no podrá ser inferior a seis propietarios;
- iii) No regirá lo dispuesto en los artículos 51 número 9, 52 y 53 de la Ley Nº 19.496. El art. 51, Nº 9, establece: "El procedimiento señalado en este Párrafo se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. Este procedimiento se sujetará a las normas del procedimiento sumario, con excepción de los artículos 681, 684 y 685 del Código de Procedimiento Civil y con las particularidades que se contemplan en la presente ley. Todas las pruebas que deban rendirse, se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica (...) 9.- Las acciones cuya admisibilidad se encuentre pendiente, se acumularán de acuerdo a las reglas generales. Para estos efectos, el Servicio Nacional del

³⁸ El art. 51, Nº 1, letra c), exige que la demanda sea presentada por un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50 personas, debidamente individualizadas.

Consumidor, oficiará al juez el hecho de encontrarse pendiente la declaración de admisibilidad de otra demanda por los mismos hechos." El art. 52, contempla los requisitos que deben reunirse, para que el tribunal declare la admisibilidad de la acción deducida para cautelar el interés colectivo o difuso de los consumidores. Tales requisitos o "elementos", como los llama la ley, no se exigirán por ende en la materia que estamos analizando. El art. 53, también excluido, dispone que una vez ejecutoriada la resolución que declaró admisible la acción, el tribunal ordenará al demandante que, dentro de décimo día, mediante publicación de al menos dos avisos en un medio de circulación nacional, informe a los consumidores que se consideren afectados, para que se hagan parte, si lo estiman procedente.

- iv) Las indemnizaciones podrán extenderse al lucro cesante y al daño moral. Dicho de otro modo: no queda limitada la indemnización al daño emergente. Tanto el daño moral como la especie y monto de los perjuicios adicionales sufridos individualmente por cada demandante serán determinados de acuerdo a lo establecido en los incisos segundo y tercero del art. 54 C de la Ley número 19.496. Mientras se sustancia el juicio quedará suspendido el plazo para demandar este daño. El art. 54 C citado, dispone en sus incisos 2º y 3º: "Dentro del mismo plazo (noventa días corridos, contados desde el último aviso a que se refiere el art. 54, esto es, el que se refiere a la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o de los demandados), los interesados podrán hacer reserva de sus derechos, para perseguir la responsabilidad civil derivada de la infracción en un juicio distinto, sin que sea posible discutir la existencia de la infracción ya declarada. Esta presentación deberá contar con patrocinio de abogado. En este juicio, la sentencia dictada conforme al art. 53 C producirá plena prueba respecto de la existencia de la infracción y del derecho del demandante a la indemnización de perjuicios, limitándose el nuevo juicio a la determinación del monto de los mismos. / Quien ejerza sus derechos conforme al inciso primero de este artículo, no tendrá derecho a iniciar otra acción basada en los mismos hechos. Del mismo modo, quienes no efectúen la reserva de derechos a que se refiere el inciso anterior, no tendrán derecho a iniciar otra acción basada en los mismos hechos".
- v) La sentencia definitiva producirá efectos respecto de todas las personas que tengan el mismo interés colectivo. Aquellas personas a quienes les empee la sentencia definitiva pero que no hayan ejercido la acción podrán acreditar el interés común en conformidad al inciso primero del art. 54 C de la Ley Nº 19.496, previo abono de la proporción que les correspondiere en las costas personales y judiciales en que hayan incurrido las personas que ejercieron la acción. El art. 54 C, inciso primero, establece: "Los interesados deberán presentarse a ejercer sus derechos establecidos en la sentencia, ante el mismo tribunal en que se tramitó el juicio, dentro del plazo de noventa días corridos, contados desde el último aviso".
- vi) En caso de no ser habido el demandado, se podrá practicar la notificación de la demanda conforme a lo establecido en el art. 44 del Código de Procedimiento Civil, en el domicilio que haya señalado el propietario primer vendedor en las escrituras de compraventa suscritas con los demandantes y, en caso de ser varios, en cualquiera de ellos.

- vii) Se acumularán al juicio colectivo los juicios individuales que se hubieren iniciado, a menos que en éstos se haya citado a las partes para oír sentencia.
- viii) Acogida total o parcialmente la demanda deberán imponerse las costas a la parte demandada y, si son varios los demandados, corresponderá al tribunal determinar la proporción en que deberán pagarlas.
- ix) Serán aprobadas por el tribunal las propuestas de conciliación para poner término al proceso formuladas por la parte demandada, siempre que ellas cuenten con la aceptación de los dos tercios de los demandantes, que se ofrezcan garantías razonables del efectivo cumplimiento de las obligaciones que se contraen, si no fueren de ejecución instantánea y que no se contemplen condiciones discriminatorias para alguno de los actores.
- x) En los contratos que se perfeccionen a partir de la publicación de la Ley Nº 19.496, no será impedimento para demandar colectivamente el que se haya pactado compromiso de arbitraje, el cual quedará sin efecto por el solo hecho de la presentación de la demanda colectiva.

b.1.6) Daños causados por un edificio en construcción, reparación o demolición.

La Ley General de Urbanismo y Construcciones responsabiliza a los constructores de los perjuicios que con motivo de la construcción originaren a terceros. En todo caso, no se presume la responsabilidad del constructor, y debe probarse que el daño se ocasionó por dolo o culpa.

b.2) *Responsabilidad por el hecho de la cosa que cae o es arrojada de la parte superior de un edificio: art. 2328.*

Dispone este precepto: "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. / 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 dueño 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".

Se precisa que tratándose de cosas que se arrojan, en realidad no se responde por el hecho de las cosas, sino por el hecho ajeno, puesto que siempre una persona debe arrojar la cosa en cuestión. La responsabilidad recae sobre todas las personas que **habiten** la misma parte del edificio desde la que cayó o se arrojó la cosa (podría tratarse, por ende, del dueño, o arrendatario, o comodatario, o usufructuario, etc.). *Los responsables dividirán entre sí la indemnización.*

Nada impide sin embargo singularizar la responsabilidad en una o más personas determinadas, si se acreditó que el hecho acaeció exclusivamente por dolo o culpa de las mismas. Cuando no es posible probarlo, se genera, en opinión de Rodríguez Grez, *un caso de responsabilidad objetiva subsidiaria*: obligación de reparar un daño sin atender ni a la causa física que lo provoca ni al elemento subjetivo (dolo o culpa) de la responsabilidad. En este caso, el legislador privilegia la situación de la víctima, que de otra manera se habría visto privada de toda reparación posible. Esta responsabilidad objetiva, muy excepcionalmente, no exige ni siquiera una vinculación material con el daño. Basta que la cosa haya caído o haya sido arrojada de una parte del edificio para que la responsabilidad afecte a todos quienes moran o residen en él. Se podría decir que el riesgo es inherente a los edificios en altura. La responsabilidad no tiene otro fundamento que el interés social y el amparo a quienes sufren el daño. Por lo mismo,

no se aceptará probar por alguno de los moradores que él adoptó medidas de seguridad de tal naturaleza que excluían absolutamente la posibilidad de ser autor del daño. Es este un caso típico de responsabilidad objetiva.

El art. 2328 concede una acción popular, es decir, que cualquier persona puede interponer, destinada a evitar la caída de la cosa.

Las normas del Código Civil acerca de esta materia deben complementarse por las de la Ley N° 21.442, sobre "Copropiedad Inmobiliaria". Conforme a estas normas, la víctima podrá accionar también contra la administración del condominio, para obtener el resarcimiento del daño que se le ha causado.

b.3) Responsabilidad por el hecho de los animales: artículos 2326 y 2327.

El art. 2326 contiene dos reglas, la primera aplicable al dueño y la segunda a un mero tenedor:

i.- Responde el dueño del animal, aún por los daños ocasionados por éste después de haberse soltado o extraviado. Con todo, su responsabilidad cesará, si acredita que adoptó todas las providencias para impedir el daño.

ii.- La misma responsabilidad recae sobre el que se sirve de un animal ajeno. Pero tal persona tiene derecho a repetir contra el dueño, si el daño fue producto de un vicio del animal que el dueño, con mediano cuidado, debió conocer o prever. Pero si el dueño informó al usuario del animal del vicio, éste no tendrá derecho a repetir contra el primero.

El art. 2327, por su parte, también contempla dos reglas, la primera referida a un animal fiero que no reporta utilidad para un predio y la segunda relativa a dicho animal cuando sí reporta utilidad:

i.- Establece que siempre se responderá por el daño causado por un *animal fiero*, siempre que de este no se reporte utilidad para la guarda o servicio de un predio: "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*". De los daños responderá quien tenga el animal, sea o no su dueño y se sirva o no de él. La disposición establece una presunción de derecho, pues no se admite probar que fue imposible evitar el daño. Se trata, por ende, de un caso de *responsabilidad objetiva*. En efecto, como señala Rodríguez Grez, en esta hipótesis, es la mantención de un animal fiero, creando una situación de riesgo de la que no se obtiene beneficio alguno, la que justifica la responsabilidad que se le impone el tenedor del animal.

ii.- Pero si el animal fiero reporta beneficio, la responsabilidad se transformará en *subjetiva*, y sólo se responderá si el daño causado por el animal tiene como antecedente la culpa del tenedor. De tal forma, dándose los supuestos del art. 2327 (que se trate de un animal fiero y que no esté destinado a la guarda o servicio de un predio), la responsabilidad será objetiva.

Debemos tener presente aquí lo dispuesto en el artículo 608, que define qué se entiende por animales bravíos o salvajes, domésticos y domesticados. Según el Diccionario de la Lengua Española, animal fiero, es el animal no domesticado. Al efecto, si bien es probable que un animal bravío o salvaje sea al mismo tiempo fiero (como un puma o un tigre), puede ocurrir que algunas especies de animales bravíos o salvajes no lo sean (como la mayoría de las aves). En cuanto a los domésticos y domesticados, tampoco puede plantearse una regla general. En estos casos, es menos probable que sean fieros, pero no imposible. Así, ciertos canes de razas particularmente agresivas son animales domésticos pero al mismo tiempo podrían ser fieros. Con todo, como usualmente los perros están adiestrados para resguardar un predio, no operaría la hipótesis de responsabilidad objetiva, sino la regla general de la responsabilidad subjetiva.

Las normas del Código Civil acerca de esta materia deben complementarse también con lo dispuesto en la Ley N° 21.020, "Sobre Tenencia Responsable de Mascotas y Animales de Compañía", publicada en el Diario Oficial de fecha 2 de agosto de 2017. Las normas atinentes a la responsabilidad son las siguientes:

i.- El art. 1, al señalar que la ley tiene por objeto establecer normas destinadas a: "4) Regular la responsabilidad por los daños a las personas y a la propiedad que sean consecuencia de la acción de mascotas o animales de compañía".

ii.- La ley contempla la categoría de "animal potencialmente peligroso", definiéndolo en los siguientes términos: "toda mascota o animal de compañía que ha sido calificado como tal por la autoridad sanitaria, de acuerdo a la información científica disponible, la opinión de expertos y los parámetros mencionados en el artículo 6°, de conformidad con el procedimiento que fije el reglamento" (art. 2, N° 6).

El art. 6, dispone por su parte: "El reglamento deberá, asimismo, calificar a ciertos especímenes caninos como potencialmente peligrosos en base a las siguientes características: a) Pertenencia a ciertas razas y sus cruces o híbridos. b) Características físicas tales como el tamaño o la potencia de la mandíbula, las cuales puedan causar lesiones a personas o daños de consideración a otros animales de su misma especie. Quedarán exceptuados de la calificación de caninos potencialmente peligrosos, bajo las características establecidas en esta letra, los perros de asistencia para personas con discapacidad. c) Existencia de conducta agresiva o de episodios anteriores de agresión".

El mismo art. 6, agrega que, además de lo que se indique en el reglamento acerca de los animales potencialmente peligrosos, "El juez competente podrá calificar como potencialmente peligroso a aquel ejemplar de la especie canina que haya causado, al menos, lesiones leves a una persona o daños de consideración a otro ejemplar de su misma especie".

Dicho juez competente es el de Policía Local, conforme al art. 33: "Los jueces de policía local serán competentes para conocer de las infracciones de que trata esta ley, de conformidad con las normas de la Ley N° 18.287³⁹, quedando facultados para disponer todas las medidas que estimen pertinentes, de acuerdo a sus atribuciones, a fin de asegurar el bienestar de las personas y del animal".

Importa la calificación de animal potencialmente peligroso, pues el inc. 5° del art. 6 dispone que "El animal que sea calificado como potencialmente peligroso será considerado un animal fiero para todos los efectos legales". Al efecto, se aplicarán entonces las reglas contenidas en el art. 2327 del Código Civil, ya revisadas.

Además, el art. 6 impone ciertas obligaciones, o dispone que el Reglamento de la ley podrá imponer ciertas obligaciones, algunas de hacer y otras de no hacer, tratándose de animales calificados como potenciales peligrosos: a) Obligación que establece la ley de adoptar medidas especiales de seguridad y protección (inc. 3°): "El responsable de un animal calificado como potencialmente peligroso conforme a lo dispuesto en este artículo deberá adoptar las medidas especiales de seguridad y protección que determine el reglamento respecto del ejemplar, tales como circulación de éste con bozal o arnés, esterilización del mismo, restricción de la circulación del animal en lugares de libre acceso al público o en bienes nacionales de uso público, prohibición de dejarlo al cuidado de menores de 18 años de edad, según corresponda. b) Obligaciones que se fijarán en el reglamento de la ley: "El reglamento fijará condiciones de tenencia especiales respecto de estos animales, tales como la prohibición de adiestramiento para la agresión, obligación de mantener a los animales en un espacio dotado de cerco seguro y adecuado a sus características fisiológicas y etológicas, contratación de un seguro de responsabilidad civil, esterilización obligatoria y, en caso de ser necesario, evaluaciones psicológicas de los dueños de dichos animales,

³⁹ Establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local.

con el fin de determinar si la tenencia pudiera representar un riesgo para la seguridad de las personas o el bienestar de los animales" (inc. 4°). c) Obligación que impone la ley "de adiestramiento" (inc. 6°): "Los dueños o tenedores de los especímenes caninos potencialmente peligrosos tendrán la obligación de someterlos a adiestramiento de obediencia".

iii.- La ley define en su art. 2 N° 7 la "Tenencia responsable de mascotas o animales de compañía", como el "conjunto de obligaciones que contrae una persona cuando decide aceptar y mantener una mascota o animal de compañía, y que consiste, entre otras, en registrarlo ante la autoridad competente cuando corresponda, proporcionarle alimento, albergue y buen trato, brindarle los cuidados veterinarios indispensables para su bienestar y no someterlo a sufrimientos a lo largo de su vida. La tenencia responsable comprende también el respeto a las normas de salud y seguridad pública que sean aplicables, así como las reglas sobre responsabilidad a que están sujetas las personas que incurran en infracción de ellas, y la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que la mascota o animal de compañía cause daños a la persona o propiedad de otro".

iv.- Por su parte, dispone el art. 10 de la ley que "Será responsable de las mascotas o animales de compañía su dueño o poseedor. Sin perjuicio de lo anterior, quien tenga un animal bajo su cuidado responderá como fiador de los daños producidos por éste, en los términos establecidos en el Título XXXVI del Libro Cuarto del Código Civil".

v.- El art. 13 previene en su inc. 1° que "Todo responsable de un animal regulado en esta ley responderá siempre civilmente de los daños que se causen por acción del animal, sin perjuicio de la responsabilidad penal que le corresponda".

Conforme al inc. 2° del mismo artículo, en dos casos sin embargo no habrá responsabilidad: "No se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior en el caso de que un ejemplar canino causare lesiones graves o diere muerte al que se encontrare en la situación descrita y sancionada por el artículo 144 del Código Penal, así como al que se introdujere en un domicilio, residencia o morada sin autorización de los moradores ni justificación alguna o con el propósito de cometer delito".

Dispone el art. 144 del Código Penal: "El que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. / Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación, el tribunal podrá aplicar la reclusión menor hasta en su grado medio y elevar la multa hasta quince unidades tributarias mensuales".

Nótese que la segunda parte del inc. 2° del art. 13, no se exige en los dos casos que ahí se describen que la persona que ingrese a un inmueble lo haga con el propósito de cometer un delito, sino sólo en el segundo caso. En el primero, se trata de una persona que ingresa "sin autorización de los moradores ni justificación alguna".

En cuanto a jurisprudencia, una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 11 de septiembre de 2018, dictada en los autos Rol N° 1.180-2018, revoca el fallo de primera instancia del 3° Juzgado Civil de San Miguel, autos Rol N° 108.036-2016, que había desestimado la demanda por \$1.000.000.- interpuesta por una señora que fue mordida por un perro que se encontraba al interior de un taller de muebles, y en su lugar, la acoge, condenando al demandado al pago de \$250.000.- por concepto de daño moral. El fallo de segundo grado señala que según se desprende de la declaración de un testigo del demandado, éste "daba agua y alimentaba al perro, y que el can se encontraba al interior de las dependencias del taller de muebles del mismo, constituyendo presunciones suficientes que permiten dar por establecido que, a lo menos, el demandado se servía del animal". Asimismo, agrega la sentencia, "Cuarto: Que de acuerdo al autor Pablo Rodríguez Grez, nuestra ley civil contempla varios casos mal llamados de presunción de culpa por el hecho de las cosas. Dice que una vez más se trata de culpa por el hecho propio que se expresa por la producción de situaciones de riesgo creadas por una persona y por la falta de cuidado en relación a

las cosas de las cuales se responde (Responsabilidad Extracontractual, página 244, primera edición). Entre estas presunciones de culpa enumera la contenida precisamente en el artículo 2326 precitado que se refiere al dueño o mero tenedor de un animal, los que son responsabilidad presuntiva de sus dueños. Quinto: Que en este orden de ideas, la culpa del demandado se encuentra debidamente acreditada por no haber probado que los daños causados por el animal no eran imputables a él, por lo que resulta responsable en grado de culpa de los daños ocasionados al haber sido negligente en los resguardos adoptados a fin que el animal no provocara algún perjuicio a las personas que concurrían a su taller como clientes, como sucedió en la especie con la actora, por lo que no cabe más que concluir, tal como lo contempla la normativa legal que regula esta situación, que los hechos dañosos descritos obedecen a una conducta culpable del demandado". La parte demandada dedujo casación en el fondo, que fue rechazada por sentencia de 19 de noviembre de 2018, autos Rol N° 24.853-2018 de la Corte Suprema.

15.- Acción para perseguir la responsabilidad extracontractual.

El delito y el cuasidelito producen como efecto normal, la obligación de indemnizar los perjuicios: art. 2314. Para ello, debemos determinar quiénes son sujetos activos y pasivos de la acción:

15.1 Sujeto activo de la acción.

Es en primer lugar el que ha sufrido un daño. Asimismo, también puede interponer la acción el que teme verse expuesto al perjuicio. En otras palabras, la acción puede interponerse cuando el daño se ha producido o para impedir que el daño acontezca. Revisemos ambas situaciones:

a) *Daño contingente o eventual*: A este caso se refiere el art. 2333, que concede acción para impedir un daño contingente o eventual. Al respecto, debemos distinguir:

i.- En los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas: se concede acción popular: en este caso, debemos aplicar los artículos 948 y 2334, que confieren derecho a recompensa (el primero) y derecho a obtener el reembolso de las costas de la acción y lo que valga el tiempo y diligencia empleados en dicha acción (el segundo).

Así, por ejemplo, la fachada de un edificio se encuentra en tal estado ruinoso, que, en cualquier momento, puede desplomarse sobre los peatones que transiten por la acera contigua.

ii.- En los casos en que el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.

Así, por ejemplo, parte de una construcción contigua se encuentra en tan malas condiciones, que puede desplomarse sobre el predio vecino y ocasionar por ende daños al propietario de este.

b) *Daño ya acaecido*: para determinar al sujeto activo, debemos distinguir:

b.1) *Daño en las cosas*: la acción corresponderá a las personas mencionadas en el art. 2315, que dispone: "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 también pedirla en otros casos el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño". De esta manera, corresponde la acción:

i.- Al *dueño* de la cosa o al *poseedor* de la cosa;

ii.- A todos los que tenían *derechos reales* en ella o con relación a ella, que hayan resultado menoscabados. Debemos precisar, con todo, que la enumeración del artículo

no es taxativa y que la acción, por ejemplo, también podría interponerla el acreedor prendario o hipotecario.

iii.- Agrega el art. 2315 que también pueden reclamar la indemnización, pero sólo en ausencia del dueño, *los meros tenedores de la cosa*, es decir, aquellos que la tienen con la obligación de responder de la misma, como el arrendatario, el comodatario, el depositario. Se trata de titulares de *derechos personales*. En realidad, los titulares de derechos reales son igualmente meros tenedores de la cosa, pero sus derechos recaen directamente sobre la cosa, a diferencia de los titulares de derechos personales. Cabe subrayar que el requisito de la "ausencia del dueño" sólo opera si el demandante fuere un titular de un derecho personal.

iv.- Los *herederos* del dueño o poseedor.

b.2) *Daño a las personas*: conforme al art. 2314, se responde cada vez que "se ha inferido daño a otro". El "otro" será pues quien podrá intentar la acción.

Este daño puede ser tanto corporal como moral.

Encontramos aquí a las siguientes personas con legitimación para demandar:

i.- En primer lugar, la víctima principal o directa;

ii.- Asimismo, pueden demandar las víctimas indirectas, esto es, aquellas que experimentan un daño a consecuencia del experimentado por la víctima principal. Son las llamadas "víctimas por repercusión". Al respecto, ha dicho la Corte Suprema (citando a su vez a Fabian Elorriaga): "Que el ilícito puede dañar no sólo a la víctima directa, personalmente afectada, sino a otras personas. El daño experimentado por éstas es consecuencia del personalmente sufrido por otra, constituyendo el denominado daño "par ricochet"⁴⁰, por contragolpe, por rebote o por repercusión. Estos terceros, respecto de quienes también se produce perjuicio injusto, son igualmente víctimas y tienen el mismo título de quien ha sufrido el daño personal, y por eso disponen de una acción autónoma para la reparación a su propio daño independientemente del resarcimiento al causado al accidentado o fallecido. La condición de damnificado indirecto o por repercusión surge no de un daño indirecto a su persona o bienes sino como consecuencia de un daño causado a otro con quien guarda alguna relación. El menoscabo puede ser patrimonial, por ejemplo, al verse privados de la ayuda o auxilio pecuniario o de beneficios que el personalmente ofendido les proporcionaba. Es el caso de alimentarios legales o voluntarios que vivían a expensas del ofendido, o el de los que mantenían una relación profesional, laboral o empresarial con quien perdió la vida o sufrió la incapacidad estando económicamente vinculado a él (Fabián Elorriaga de Bonis. *Del daño por Repercusión o Rebote*. Revista de Derecho Chileno N° 26, año 1999, página 374). El detrimento también puede ser –y lo es con más frecuencia- de carácter extrapatrimonial o moral. Si se admite el daño por repercusión, proveniente de daños a las cosas, *a fortiori* debe ser reconocido tal efecto en caso de daño causado a las personas" (sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de noviembre de 2015, autos Rol N° 31.713-14).

iii.- También pueden intentar la acción los herederos de la víctima, lo que, por lo demás, expresamente -aunque innecesariamente-, se dispone en el art. 2315. De dos maneras puede accionar el heredero: 1) Invocando la acción que le correspondía al causante, víctima del delito; y 2) Haciendo valer la acción que, por derecho propio, le corresponde como víctima indirecta.

Cabe destacar que a diferencia de los herederos, que como es obvio sólo pueden demandar una vez fallecido el causante, las víctimas por repercusión podrían demandar en dos escenarios: tras la muerte de la víctima directa o *conjuntamente* con éste.

15.2 Sujeto pasivo de la acción.

⁴⁰ Del francés, "Por rechazo" o "Por rebote".

La acción puede dirigirse:

a) Contra el causante del daño.

Dispone el inc. 1º del art. 2316: "Es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos".

El causante del daño, como es lógico, es el primero que está obligado a repararlo, en la medida en que su conducta haya sido imputable o incluso no siéndolo en los casos excepcionales de responsabilidad objetiva.

b) Contra las personas civilmente responsables.

Hemos aludido a su responsabilidad, contemplada en los arts. 2320 a 2322.

c) Contra el que se aprovechó del dolo ajeno sin ser cómplice en él.

Reiteramos la regla del inc. 2º del art. 2316: "El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho".

Como se dijo al tratar de las diferencias entre la responsabilidad civil y penal, el concepto de "autor" es más amplio en el ámbito del Derecho Civil que en el Derecho Penal. En materia de responsabilidad extracontractual, debe considerarse como autor no sólo al que ocasionó el daño, sino también a quienes concurrieron a provocarlo en calidad de cómplices o encubridores. Además, el propio art. 2316 establece dos reglas fundamentales a este respecto:

i.- Se responde hasta concurrencia del beneficio obtenido por el que se aprovecha del dolo ajeno sin ser cómplice en él (regla similar en materia contractual: art. 1458).

ii.- A contrario sensu, el cómplice responde por el total de los perjuicios, conforme al art. 2316, inc. 2º del Código Civil.

Es indudable que, en el primero de estos casos, esta regla, señala Rodríguez Grez, consagra una hipótesis de *responsabilidad objetiva*, puesto que la responsabilidad se impone por el solo hecho de recibir un beneficio o provecho del dolo ajeno, sin atender a la situación subjetiva del obligado. La ley sólo exige, para delimitar la responsabilidad, que el obligado no sea cómplice en el dolo ajeno, esto es, no concorra en él la intención de obtener indebidamente el provecho que lo obliga a reparar. El art. 2316, inc. 2º, debe relacionarse con el art. 1458, inc. 2º. Las reglas son idénticas. En ambas, hay responsabilidad objetiva. El fundamento de estas normas se halla en la reparación del enriquecimiento injusto. El Derecho no podría admitir que alguien incremente su patrimonio como consecuencia de un perjuicio correlativo de la víctima del dolo. Ahora bien, ¿qué ocurre si el provecho obtenido por el tercero proviene de un *cuasidelito civil*? Por ejemplo, cuando una persona, por negligencia o imprudencia, obtiene un beneficio que no le corresponde, como si un comerciante, por error imputable a él, cobra una comisión que no se ha pactado y la comparte con uno de sus socios. En este caso, no cabe recurrir al art. 2316, inc. 2º, pues no hay dolo sino culpa. El que percibió la comisión puede ser perseguido por la perpetración de un cuasidelito civil o por pago de lo no debido; y el que obtuvo provecho de él, quedaría liberado de toda responsabilidad, si la cosa no es reivindicable (art. 2303 del Código Civil). Concluye Rodríguez Grez que en el caso del art. 2316, inc. 2º, se consagra *un caso de responsabilidad objetiva* pero que *no* está fundado en la teoría del riesgo, sino en la *reparación del enriquecimiento injusto*.⁴¹

d) Contra los herederos de todos los anteriores: ello es lógico, porque la obligación de indemnizar por los daños provenientes de un hecho ilícito, se transmite a los herederos.

⁴¹ Rodríguez Grez, pablo, ob. cit., pp. 201 y 202.

15.3 Caso de responsabilidad solidaria pasiva: art. 2317.

Es solidaria la responsabilidad de varias personas que han intervenido en la perpetración del delito o cuasidelito como autores, cómplices o encubridores.

Excepcionalmente, no es solidaria la responsabilidad:

- a) En el caso del art. 2323, inc. 2º: se responde a prorrata de las cuotas de dominio, por los dueños de un edificio que causa un daño con ocasión de su ruina.
- b) En el caso del art. 2328, inc. 1º: se responde en partes iguales por quienes habitan la parte del edificio de la que cae o se arroja una cosa que causa daño.

Por su parte, el art. 2317, inc. 2º, dispone que también produce obligación solidaria de indemnización de perjuicios, "todo fraude o dolo cometido por dos o más personas". Se ha entendido que esta disposición apunta a dolo que no ocasione un delito civil, pues de lo contrario constituiría una inútil repetición de la regla del inc. 1º del art. 2317. En otras palabras, esta norma se referiría al dolo como maquinación fraudulenta o vicio del consentimiento o al dolo en el cumplimiento de las obligaciones. Así, si varios contratantes incurrieron en dolo para inducir a la contraparte a contratar, o si varios contratantes infringen una obligación común y mediante dolo en tal infracción, serán solidariamente responsables por los perjuicios que el incumplimiento ocasione a la contraparte o al acreedor, respectivamente. Se trata de casos de responsabilidad originada con ocasión de la celebración de un contrato, que después se declara nulo, siendo la responsabilidad extracontractual, o en el segundo caso, contractual, por ende.

15.4 Extensión de la indemnización.

- a) Regla general: reparación integral del daño (art. 2329, inc. 1º y art. 2317, inc. 1º).

La indemnización dependerá de la magnitud del daño, que debe ser íntegramente resarcido. En consecuencia, la indemnización deberá abarcar tanto los perjuicios materiales -daño emergente como lucro cesante-, como los morales.

- b) Excepciones.

Sin embargo, la extensión de la indemnización puede reducirse, cuando el daño se debió también o parcialmente a culpa de la víctima.

Dispone el art. 2330: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

La *culpa de la víctima*, si bien no libera de responsabilidad al autor, sí la atenúa. Esta regla del art. 2330, nos demuestra que si bien la culpa extracontractual no admite gradaciones y la responsabilidad dependerá de la cuantía del daño, para el legislador no es completamente indiferente o inocua la gravedad de la culpa que exhibe el autor. En definitiva, la culpa mutua del autor y de la víctima del daño, impone una *compensación de las culpas*. La responsabilidad será compartida, aún cuando en proporciones diferentes, dependiendo de la gravedad de la culpa de cada cual. La culpa más grave absorberá a la más leve, respondiendo el que incurrió en la primera, por lo que exceda la segunda.

Cabe advertir que la doctrina nacional está dividida en cuanto a extender o no la reducción de la indemnización a las víctimas por repercusión o por rebote. Por la

afirmativa, Ramón Domínguez Águila⁴² y Enrique Barros Bourie⁴³. Por la negativa, Arturo Alessandri Rodríguez⁴⁴ y Pablo Rodríguez Grez.⁴⁵

Alessandri formula al respecto un distingo: si quienes demandan lo hacen en calidad de *herederos o cesionarios de la víctima directa*, se les aplicará el art. 2330, pues en tal caso representan a la persona de la víctima y no pueden tener más derechos que ella. En cambio, si actúan *a nombre propio*, en razón del daño personal que sufren al verse privados de los recursos que la víctima directa les daba o a consecuencia del dolor que les produce la muerte de esta o la lesión inferida a ella o por los gastos en que han incurrido con motivo del accidente, el precepto es inaplicable, pues en este último caso el que sufre el daño (la víctima por repercusión) no es quien se expuso a él imprudentemente. Si tales víctimas por repercusión, advierte Alessandri, han aceptado la herencia de la víctima directa (cuyo era el caso), les será aplicable el art. 2330, porque entonces, como obligados tales herederos al pago de las deudas hereditarias, deben soportar la reducción que el agente del hecho ilícito tiene derecho a exigir de la víctima en virtud del art. 2330. La obligación de los herederos de soportar parte del daño se compensa en cierto modo –agrega Alessandri– hasta concurrencia de esa parte, con la del autor del daño de repararlo íntegramente. Resulta así que en definitiva este último sólo es obligado a indemnizarlo en parte.⁴⁶

A propósito de esta distinción entre la acción interpuesta por los herederos y aquella que deducen terceros que no invocan tal calidad, Enrique Barros Bourie expresa que “parece por completo inoficiosa, porque aun si la acción de rebote es ejercida a título personal, la responsabilidad de quien ha participado en el accidente debe ser medida en relación con la conducta de la víctima. Lo contrario sería injusto respecto del demandado, porque, como se ha visto, el instituto de la culpa atiende a la relación entre la conducta del tercero que ha actuado con culpa y la conducta de la víctima. Por eso, es absurdo que el demandado no disponga contra las víctimas de rebote de una excepción que dispondría contra la víctima directa que sobrevive al accidente”.⁴⁷

En cuanto a la jurisprudencia reciente, hay criterios dispares, pero la mayoría se inclina por aplicar el art. 2330 a las víctimas por repercusión. Una sentencia de la Corte Suprema de fecha 6 de diciembre de 2016, dictada en los autos Rol N° 27.973-2016, se inclina por la tesis de Domínguez y Barros (voto minoritario de un ministro postula tesis opuesta). En la misma línea, una sentencia de la Corte de Valparaíso de fecha 10 de abril de 2017, pronunciada en los autos Rol N° 1.077-2016, acoge también la tesis de que el art. 2330 no debe circunscribirse sólo a la víctima directa, aplicándose de igual forma a las víctimas por repercusión o rebote. A la misma conclusión llega un fallo de la Corte Suprema de fecha 24 de noviembre de 2015, autos Rol N° 6.887-2015. Señala esta sentencia: “Noveno: Que si bien en el caso de autos quienes demandan son los padres de la víctima por el daño sufrido como consecuencia de su deceso, no se atisba la razón para no hacer extensivo a ellos la reducción de la apreciación del daño. En efecto, aun cuando los demandantes no han participado de modo alguno en la producción del perjuicio, no aparece equitativo ni racional imponer al demandado la reparación de la totalidad del daño que sólo ha causado en parte. Pero asimismo, tampoco aparece jurídicamente fundado sostener

⁴² Domínguez Águila, Ramón, “El Hecho de la Víctima como Causal de exoneración de Responsabilidad Civil”, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción*, N° 146, año XXXIV, abril-junio de 1966.

⁴³ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, ob. cit., p. 438.

⁴⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, ob. cit., Tomo II, pp. 575-577.

⁴⁵ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, p. 354.

⁴⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pp. 576 y 577.

⁴⁷ Barros Bourie, Enrique, ob. Cit., p. 439.

por una parte que el demandado debe responder frente a la víctima directa de una parte del perjuicio que se causó a éste, y afirmar por otra que no obstante haber sido parcialmente responsable del daño, debe responder de la totalidad de los perjuicios que son ocasionados por repercusión". En cambio, un fallo del máximo tribunal de fecha 28 de septiembre de 2016, autos Rol N° 7.237-2015, se inclina, en el voto de mayoría, por rechazar la aplicación del art. 2330 a las víctimas por repercusión (dos ministros, sin embargo, estuvieron por aplicarlo a dichas víctimas).⁴⁸

15.5 Cúmulo de indemnizaciones.

¿Puede acumularse la indemnización que se deba por el autor con otras prestaciones que se deban a la víctima por terceros con motivo del daño sufrido? ¿Puede la víctima reclamar ambas indemnizaciones o prestaciones?

Por ejemplo, si la víctima de un accidente automovilístico tiene asegurado su vehículo: ¿Puede acumular la indemnización por el cuasidelito con la indemnización que le debe la aseguradora?

Se señala que la acumulación de indemnizaciones implicaría un enriquecimiento para la víctima; en efecto, desde el momento que ésta recibe una de las indemnizaciones (de la aseguradora, en el ejemplo), no habría daño en definitiva, y si el perjuicio desaparece, faltaría uno de los elementos de la responsabilidad extracontractual. Se contesta al planteamiento anterior indicándose que no resulta equitativo que el autor del daño resulte beneficiado de la prestación que un tercero haga a la víctima. En el caso del seguro, se agrega, se llegaría al absurdo que el contrato cedería en la práctica en favor de un tercero extraño, causante del propio daño.⁴⁹

Para llegar a una solución, se sostiene que habría que indagar si la prestación del tercero significa o no una reparación integral del daño causado. Si la respuesta es afirmativa, el cúmulo de indemnizaciones sería inaceptable, pues implicaría una doble indemnización o reparación del daño. En cambio, si la reparación sólo fuere parcial, sería procedente dirigirse en contra del autor, por la diferencia. Aquí, bien podría demandarse el daño moral, que usualmente no cubrirá la póliza contratada.

15.6 Opción o concurrencia de responsabilidades⁵⁰.

Otro problema debatido por la doctrina, dice relación con la opción de responsabilidades. Consiste, como señala Rubén Celis, "en determinar si los perjuicios provenientes de la infracción de una obligación contractual, cuasicontractual o legal pueden demandarse conforme a las normas de la responsabilidad contractual o a las normas de la responsabilidad extracontractual, según lo que convenga al acreedor, porque al mismo tiempo que existe un incumplimiento de una obligación hay un hecho doloso o culpable que causa daño."⁵¹

Alessandri señalaba al efecto: "¿no sería posible al acreedor invocar la responsabilidad delictual o cuasidelictual de su deudor, en vez de la contractual, y reclamar la indemnización del daño sufrido por incumplimiento de la obligación con arreglo a los artículos 2314 y siguientes en lugar de hacerlo según los artículos 1547 y

⁴⁸ Revisar estos casos en "Criterios jurisprudenciales: responsabilidad extracontractual" (www.juanandresorrego.cl).

⁴⁹ En la práctica, la compañía de seguros, después de pagar la respectiva indemnización al afectado, demandará al responsable del daño.

⁵⁰ Debemos advertir que en nuestra doctrina, también se aludía al "cúmulo", para referirse en realidad a la opción de responsabilidades: cfr. Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., Tomo II, segunda edición, año 1983, pp. 80 a 92.

⁵¹ Celis Rodríguez, Rubén, *Responsabilidad Extracontractual*, Librotecnia, Santiago, 2004, p. 59.

siguientes? He aquí enunciado el problema llamado del cúmulo de responsabilidades, cuya causa debe buscarse en la existencia de ambas responsabilidades con caracteres propios y diferentes. Este problema no significa que el acreedor de una obligación contractual, cuasicontractual o legal pueda acumular ambas responsabilidades y demandar una doble indemnización por el mismo daño. No puede hacerlo; habría para él un enriquecimiento sin causa (...) 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 (se refiere a la contractual o extracontractual) 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. De ahí que este problema no es propiamente de cúmulo de ambas responsabilidades, como se le denomina de ordinario, sino de opción entre una u otra. Por ejemplo, ¿el pasajero herido en un accidente ferroviario puede demandar indemnización en conformidad a las reglas de la responsabilidad contractual únicamente o le es lícito prescindir del contrato y demandarla de acuerdo con los artículos 2314 y siguientes del Código Civil? En el primer caso no habría lugar al cúmulo (o más bien a la opción); en el segundo sí.”⁵²

Como puede apreciarse, estamos ante una hipótesis de opción de responsabilidades, lo que ciertamente tendrá importancia, dadas las diversas normas que rigen a la responsabilidad contractual y extracontractual. En efecto, se suele decir que demandar invocando responsabilidad extracontractual civil y no de naturaleza contractual, reporta una serie de ventajas al actor. Las más importantes serían:

1º La posibilidad de obtener que los demandados sean condenados a pagar solidariamente o al menos como obligación *in solidum* o concurrente la indemnización fijada por el tribunal (art. 2317, inc. 1º), a diferencia de lo que ocurriría en el ámbito contractual, donde cada demandado respondería sólo por su cuota (arts. 1511 inc. 1º y 1526, inc. 1º). Con todo, lo anterior es válido si se trata de la culpa leve o levísima, pues en el ámbito contractual la responsabilidad también será solidaria de haber dolo o culpa lata o grave (art. 2317, inc. 2º).

2º La posibilidad de demandar no sólo a quien comete el delito o cuasidelito, sino también a un tercero civilmente responsable (art. 2320). En cambio, en materia de responsabilidad contractual, ésta sólo puede hacerse efectiva de aquél que celebró el contrato con el demandante o de sus herederos, pero éstos no son “terceros”.

3º La posibilidad de obtener una reparación integral del daño causado a la víctima (art. 2329, inc. 1º y art. 2317, inc. 1º). En cambio, en materia contractual, por regla general el deudor sólo responde de los perjuicios directos previstos, y no así de los directos imprevistos, a menos que hubiere cometido dolo o incurrido en culpa grave (art. 1558).

4º La posibilidad de obtener efectivamente una indemnización por concepto de daño moral y además por un mayor monto, lo que resulta más difícil cuando se trata del incumplimiento de un contrato.

5º La posibilidad de impedir que se aplique un plazo breve de prescripción, emanado de un régimen contractual especial (por ejemplo, tratándose de vicios redhibitorios).

6º La posibilidad de sortear las dificultades que puede tener acreditar la culpa grave, cuando conforme al contrato de esa culpa solamente respondía el demandado.

Aunque no han faltado opiniones favorables a la opción, la doctrina mayoritaria (sustentada por Alessandri), postula que debe rechazarse la tesis de la opción de responsabilidades. Así, la infracción a una obligación contractual, cuasicontractual o legal, sólo da origen a la responsabilidad contractual. Señala al efecto Arturo

⁵² Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., Tomo II, segunda edición, año 1983, pp. 80 a 83.

Alessandri: "El cúmulo o más propiamente la opción entre ambas responsabilidades, es inadmisibles. La infracción de una obligación contractual, cuasicontractual o legal da origen a la responsabilidad contractual únicamente: el acreedor cuyo deudor viola su obligación no podría demandarle perjuicios por esta violación con arreglo a los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. Cuando las partes o la ley, supliendo o interpretando la voluntad de aquéllas (art. 1547), han determinado la culpa de que responderá el deudor, lo han eximido de responsabilidad o han limitado ésta en tal o cual forma, esa voluntad es ley (art. 1545). Admitir que el acreedor pueda prescindir del contrato y perseguir la responsabilidad del deudor fuera de sus términos, con arreglo a los arts. 2314 y siguientes del C.C., sería destruir la fuerza obligatoria de la convención y negar toda eficacia a las cláusulas de exención o de limitación de responsabilidad expresamente autorizadas por la ley (arts. 1547, inciso final, y 1558, inciso final), pues podría darse el caso de que se responsabilice al deudor no obstante estar exento de responsabilidad o por haber omitido una diligencia o cuidado a que el contrato o la ley no lo obligaba".⁵³

Alude Alessandri a responsabilidad derivada de cuasicontratos y de la ley, porque en tales casos, se ha entendido que deben aplicarse las reglas de la culpa contractual.

Lo que sí puede acaecer, es una hipótesis de *coexistencia o superposición de responsabilidades*. En efecto, la opción de responsabilidades, dice Alessandri, debe rechazarse, cuando "...el perjuicio que sufre el acreedor provenga del incumplimiento de una obligación comprendida en el contrato por voluntad de las partes, por disposición de la ley o por la costumbre, o de una obligación cuasicontractual o legal preexistente entre ellas; en otros términos, que aquél se genere en el campo contractual, cuasicontractual o legal. Si el daño que sufre el acreedor no proviene de ese incumplimiento, si no tiene por causa la violación de una obligación creada por el contrato, el cuasicontrato o la ley, aún cuando se produzca con ocasión del mismo contrato o de la obligación anterior que liga a las partes, la responsabilidad será delictual o cuasidelictual. Puede ocurrir entonces que esta responsabilidad y la contractual coexistan o se superpongan. Ello es posible, porque, como ha dicho la Corte Suprema, no hay incompatibilidad entre la vigencia de un contrato y la comisión de un delito o cuasidelito por uno de los contratantes, siempre que éste no tenga ninguna relación con aquél. Pero en tales casos, no hay cúmulo ni opción entre ambas responsabilidades, sino únicamente coexistencia o superposición de una y otra, cada una de las cuales procederá dentro de sus respectivos campos: la contractual, cuando el deudor viole una de las obligaciones estipuladas, y la delictual o cuasidelictual, cuando ejecute un hecho doloso o culpable fuera del contrato o sin relación con él".⁵⁴

Precisa Alessandri que hay dos casos, con todo, en los cuales se acepta la posibilidad de que el acreedor elija:

i.- Cuando así lo han estipulado las partes: las partes pueden estipular que en caso de incumplimiento del contrato, la responsabilidad del deudor se regirá por la reglas de la responsabilidad delictual y cuasidelictual o que el acreedor pueda optar entre ésta o la contractual (artículos 1545 y 1547);

ii.- Cuando la inejecución de la obligación contractual constituye a la vez un delito o cuasidelito penal (Alessandri cita los artículos 470 N° 1 y 491 del Código Penal).

Entre los autores nacionales de la primera mitad del Siglo XX, que postularon una tesis contraria a la sostenida por Alessandri, cabe destacar a Orlando Tapia Suárez. Precisa este problema de "opción", afirmando que consiste en determinar, aceptada previamente la intervención de la responsabilidad delictual entre los contratantes, si en los casos en que el hecho dañoso del deudor constituye una

⁵³ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., Tomo II, segunda edición, 1983, p. 84.

⁵⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., pp. 86 y 87.

violación, tanto de las reglas contractuales como delictuales, está facultado el acreedor para “escoger”, “elegir” u “optar”, arbitrariamente, entre las que le sean más favorables para los efectos de perseguir el resarcimiento del daño que ha experimentado. El hecho del deudor, agrega Tapia, puede implicar una violación de las reglas tanto contractuales como delictuales. Pues bien, cuando así ocurre el acreedor cuenta a su favor con dos acciones para perseguir la reparación del daño que se le ha inferido: una acción contractual y otra delictual, acciones ambas diferentes pero nacidas de un mismo hecho. En tales circunstancias, ¿cuál es la situación del acreedor? ¿Estará él obligado a ejercitar una sola de dichas acciones determinadamente, o podrá, por el contrario, escoger aquella cuyo ejercicio le sea más favorable en lo concerniente a la persecución del resarcimiento del daño que se le ha inferido? Desde ya, dice Tapia, hay casos en los cuales no puede operar este derecho de opción, como ocurre cuando no se puede invocar ninguna infracción del deudor a sus obligaciones contractuales en la producción del daño causado. En estos casos, el acreedor sólo podrá intentar la acción delictual. Por ejemplo, cuando sobreviene un accidente a un pasajero, en circunstancias que el porteador había cumplido ya totalmente sus obligaciones contractuales, o cuando éstas no habían comenzado todavía a hacerse exigibles. Pero si el hecho constituye a la vez una infracción del contrato y una violación de las reglas delictuales, Tapia expresa que el acreedor podrá optar o elegir entre el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual y el de la acción de responsabilidad delictual, de acuerdo con su conveniencia. Nada hay que se oponga a ello. El acreedor goza entonces de lo que puede llamarse “derecho de opción”. Proporciona algunos ejemplos: el arrendatario de un animal, debido a una imprudencia de su parte, le da muerte. El acreedor está provisto, desde luego, de una acción contractual, derivada de la infracción del contrato de arrendamiento por el deudor, al no restituir el animal arrendado al final del contrato; y puede disponer también de una acción delictual, derivada de la violación de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil por el arrendatario. En este caso, se han infringido dos obligaciones que difieren de objeto: la primera obligación emanaba del contrato de arrendamiento, y consistía en restituir la cosa al término del contrato. Es una “obligación de resultado”; la segunda obligación, correspondía al deber general de prudencia y diligencia que establecen los artículos 2314 y siguientes, que constituye por su parte una “obligación de medios”. Lo anterior no sólo tiene lugar tratándose de la responsabilidad por el hecho personal del deudor, sino también en lo concerniente a la responsabilidad por el hecho ajeno o por el hecho de las cosas. Cita Tapia un ejemplo propuesto por los hermanos Mazeaud: una persona ha recibido en depósito cierto objeto de cristal, y un dependiente suyo, a quien no se le había encomendado el cuidado de dicho objeto, lo quiebra a consecuencia de un descuido cualquiera. En este caso, plantean Henry y León Mazeaud, el depositante tiene derecho de opción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual. Desde luego, puede colocarse en el terreno contractual, probando que el deudor (depositario) no ha cumplido el contrato celebrado con él. Pero, por otra parte, puede también invocar los principios de la responsabilidad delictual en contra del depositario, más no ya en virtud de esta calidad, sino en cuanto responsable del hecho de su dependiente.⁵⁵

En la doctrina más reciente, Carmen Domínguez propone emplear, en reemplazo de la equívoca expresión “cúmulo de responsabilidades”, la de “conurrencia o concurso”. Esta autora subraya la necesidad de precisar cuándo estamos realmente ante casos de conurrencia o concurso de responsabilidad, distinguiendo entre las siguientes hipótesis:

⁵⁵ Cfr. Tapia Suárez, Orlando, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Santiago de Chile, LexisNexis y Universidad de Concepción, segunda edición, 2006, pp. 627-637.

i) No hay concurrencia cuando la relación contractual ha sido simplemente la ocasión para la producción del perjuicio: esto es, cuando el daño –y esto resulta especialmente relevante a efectos del daño moral- no ha sido resultado del incumplimiento sino consecuencia de actos externos al contrato. Así sucede cada vez que se producen daños entre personas ligadas por un contrato, pero no encuentran su fuente en alguna forma de incumplimiento de la convención que les une (se trata, en verdad, de la misma hipótesis que Alessandri califica como coexistencia o superposición de responsabilidades).

ii) Tampoco se está ante un caso de concurrencia cuando el daño se ha producido por el incumplimiento, pero en bienes o intereses de terceros. En tal caso, deben aplicarse las reglas de la responsabilidad extracontractual.

iii) Hay concurrencia cuando el daño derivado del incumplimiento contractual es a la vez constitutivo de un daño extracontractual en el sentido de que es posible aplicarle ambos conjuntos de reglas: se trata de “casos fronterizos”. Agrega que “Los casos típicos de concurrencia son ciertamente los de los daños derivados de la culpa in contrahendo –mal denominados en Chile de responsabilidad precontractual- o los poscontractuales, por ejemplo”. Destaca que se ha discutido largamente si también lo son aquellos casos en que el daño se ha producido en ciertos bienes de la persona, tales como vida, integridad física, salud, como sucede en el contrato de transporte de personas, de trabajo o de prestación de servicios médicos. En todos ellos, el daño moral producido ha sido considerado muchas veces como fronterizo, aunque ello no sea efectivo sino en ciertos casos muy específicos.

iv) La concurrencia supone siempre un beneficio para la víctima: por definición, sólo existe un problema de concurrencia cuando por la exclusión del régimen contractual que naturalmente le sería aplicable, la víctima mejora su posición. La víctima recurre al estatuto extracontractual, porque el contractual le es desfavorable en algún sentido.

Comentando luego Carmen Domínguez las dos excepciones planteadas por Alessandri, señala:

i) Que respecto de la primera (estipulación de los contratantes), en realidad no estamos ante una verdadera excepción, sino que ante la aplicación del contrato y de la plena recepción de los efectos que la libertad contractual supone para la responsabilidad. Agrega un matiz sin embargo: frente a los cuestionamientos formulados a los contratos de adhesión o en los que se impone el contenido del contrato por una de las partes, el más fuerte, sobre el contratante más débil, opina que la elección entregada al acreedor entre la acción contractual o extracontractual de reparación de los daños que eventualmente pudieran causarse por la infracción de alguna obligación del contrato, debe ser respetada en la medida que esa facultad provenga de un contrato libremente negociado y no de uno impuesto precisamente por quien se favorece de la misma. Si no ha habido verdadera autonomía al contratar, porque el acreedor que se valdrá de ella fue quien la impuso, mal puede defenderse la obligatoriedad de la cláusula. De ahí que, en contratos de adhesión, esta cláusula debiera cuestionarse.

ii) Que respecto de la segunda (un hecho que es, al mismo tiempo, incumplimiento de un contrato y un ilícito penal), también hay matices en la actualidad: en primer lugar, la excepción se encuentra restringida hoy en día, por efecto de la reforma procesal penal, pues el artículo 59 del Código Procesal Penal, sólo permite a la víctima (y no a terceros) ejercer la acción civil de reparación de los daños en sede penal, entendiéndose por “víctima” al “ofendido por el delito” (artículo 108 del mismo Código). La víctima también podría demandar en sede civil, según veremos. Por ello, la opción sólo puede admitirse para el ofendido directo por el delito y no a los indirectos o víctimas por repercusión, quienes tendrán que accionar exclusivamente en sede civil, y conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual. A falta de la víctima

directa, sin embargo, podrían ejercer la opción las personas a las que se asimila a la víctima, de conformidad al citado artículo 108 (más adelante veremos quienes son).

Domínguez afirma que la tesis de la incompatibilidad de acciones (es decir, la tesis que rechaza la opción) es dogmáticamente la más correcta, mientras se mantenga un sistema dual de responsabilidad: "En efecto, resulta incoherente que, por una parte, se construya en teoría una responsabilidad dividida en dos especies, se le defienda y entienda fundada y justificada y, acto seguido, en la práctica se le permita a la víctima desentenderse del régimen resarcitorio que le corresponde, so pretexto de mejorar su situación ante el daño. Si se estima que su situación en conformidad al estatuto contractual es injusta, lo lógico es que se revise su regulación legal y se cuestionen las diferencias de trato dispensado en uno y otro ámbito de la responsabilidad; pero, mientras ella se mantenga y se defienda, cualquier resquicio resulta, a la larga, fuente de falta de certeza y con ello de injusticia."⁵⁶

El rechazo a la teoría de la opción no es pacífico sin embargo en nuestros días. En efecto, el profesor Hernán Corral postula la legitimidad de la teoría de la opción. Este autor plantea que en realidad, el problema del concurso parte del presupuesto de que el demandante puede invocar el estatuto de la responsabilidad civil derivada de la violación de un deber contractual. Nadie ha sostenido que, habiendo responsabilidad contractual, la víctima no pueda recurrir a ella y deba someterse obligatoriamente al estatuto extracontractual. Por tanto, dice Corral, el problema puede formularse más claramente de esta manera: si el hecho que causa el daño es, a la vez, infracción del contrato y delito o cuasidelito civil, ¿puede la víctima reclamar la reparación fundando su pretensión no en el régimen de la responsabilidad contractual sino en el de la responsabilidad extracontractual? O sea, la pregunta que debe responder el problema del concurso de responsabilidades es si es posible desplazar el estatuto contractual para aplicar, total o parcialmente, en su sustitución el estatuto extracontractual.⁵⁷

Ahora bien, se pregunta Corral acerca del interés práctico de este problema: ¿por qué el demandante podría estar interesado en no recurrir al estatuto contractual frente a un hecho dañoso doblemente ilícito y asilarse en el régimen extracontractual? El interés -responde- pasa por constatar que las reglas del régimen extracontractual pueden ser más favorables a la víctima que las de la responsabilidad contractual. Menciona varios puntos en los cuáles podría visibilizarse que es más favorable el ámbito de la responsabilidad extracontractual:

i) Respecto a indemnizar el daño moral: hasta hace algunos años, la tendencia jurisprudencial que negaba absolutamente la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual constituía un serio incentivo para que la víctima intentara desplazar o abandonar el estatuto contractual para invocar el extracontractual. Podría pensarse sin embargo que ante el reconocimiento actual de que la responsabilidad contractual incluye también el resarcimiento del daño moral, la cuestión del concurso no tendría mayor consecuencia. En verdad -agrega Corral- el problema se ha atenuado, pero no desaparecido del todo, pues el resarcimiento por daño moral se encuentra limitado por la naturaleza del contrato y de la obligación infringida.

ii) El límite de la previsibilidad a la época de la celebración del contrato, según el art. 1558 del Código Civil. En efecto, dicho límite, aplicable a todo daño, no sólo al moral, es otra razón por la cual puede un demandante tratar de que no se aplique el estatuto contractual. Recordemos que el artículo 1558 dispone que de haber culpa del deudor,

⁵⁶ Domínguez Hidalgo, Carmen, "La concurrencia de responsabilidades o el mal denominado cúmulo de responsabilidades en el Derecho chileno: estado actual", en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007*, Alejandro Guzmán Brito (Editor científico), LegalPublishing, 2008, pp. 717-734.

⁵⁷ Por lo tanto, a la inversa, no puede admitirse que la víctima de un delito o cuasidelito, pretenda invocar las reglas de la responsabilidad contractual, si el victimario y la víctima no se encontraban ligados por un vínculo contractual. De cualquier manera, en la práctica difícilmente la víctima podría tener interés en invocar el estatuto de la responsabilidad contractual, pues éste sería menos favorable para ella.

éste sólo responde por los daños previstos o que se han podido prever a la época de celebración del contrato. Es una limitación de la reparación del daño que no se aplica a la responsabilidad extracontractual.

iii) Un tercer motivo por el cual un demandante podría tener interés en invocar la responsabilidad extracontractual, es para impedir que se le aplique un plazo breve de prescripción que se derive del régimen contractual especial que puede considerarse aplicable. Por ejemplo, en caso de vicios redhibitorios o de contratos de transporte.

iv) También es posible que por la naturaleza del contrato o por pacto de las partes, el deudor sólo responda de culpa grave y el acreedor tema no poder probarla recurriendo a la responsabilidad contractual. El contrato puede contener también cláusulas de atenuación, exoneración o limitación de responsabilidad que dejan de tener aplicación en el régimen extracontractual.

v) Finalmente, es posible que exista interés por razones de diferentes competencias judiciales. El contrato puede haber contemplado un domicilio convencional, que no resulta favorable para demandar. Puede incluir una cláusula compromisoria que someta los efectos de su incumplimiento a un juicio arbitral, mientras la víctima desea que el juicio se ventile ante la justicia ordinaria. Así, por ejemplo, ante daños a un vehículo, podría haber interés en invocar la responsabilidad extracontractual derivada de una contravención infraccional que es de competencia de los Jueces de Policía Local, en vez de recurrir a los Jueces de Letras que deberían conocer del incumplimiento del contrato.

De esta manera, concluye Corral, el problema del concurso de responsabilidades tiene un interés práctico que exige que se le dé una respuesta satisfactoria.

Señala Corral a continuación que tres teorías se han planteado:

- 1º La teoría de la no acumulación o de la exclusión;
- 2º La teoría del cúmulo de opción; y
- 3º La teoría del cúmulo efectivo.

Por la primera, que denomina "teoría de la primacía contractual", la víctima está obligada a recurrir al estatuto contractual, sin que pueda invocar el extracontractual.

Mediante la segunda teoría, el concurso debe solucionarse sobre la base de la elección de la víctima o demandante.

La tercera teoría, que llama "teoría de la conmixción normativa", postula que el concurso se soluciona mejor sobre la base de la mezcla de disposiciones extraídas de cualquiera de los dos estatutos, contractual o extracontractual.

De las tres teorías, Corral descarta en primer lugar la tercera, atendido a que la ley chilena establece dos estatutos que reglan formas diversas de obtener reparación de perjuicios, y de ellos emergen también acciones cuya causa de pedir no está constituida solamente por los hechos sino también por su calificación jurídica dentro de alguno de esos estatutos. Se trata, por tanto, de dos acciones regidas por reglas de derecho sustantivo diferentes. Esto –estima Corral– sirve para desechar la teoría que piensa que el concurso se resuelve por una integración híbrida de normas, tanto de origen contractual como extracontractual, que se aplicarán a elección del demandante o del juez; de seguir tal tesis, se estaría sancionando el diseño de un nuevo régimen jurídico, no querido por el legislador, en el que se combinarían preceptos fuera del contexto normativo para el que fueron pensados.

Refuta a continuación la primera teoría, dominante en nuestra doctrina, en base a –entre otros– los siguientes argumentos:

i) Respecto de la pretendida fuerza obligatoria excluyente del contrato: el contrato no impide ni excluye el juego de las reglas legales que regulan las relaciones de convivencia entre las personas. El contrato –subraya Corral–, no levanta una zona de "no derecho", en la que las partes únicamente se atienen a las disposiciones del contrato. Es decir, a pesar de que haya contrato, las partes siguen sujetas a los

derechos y deberes de todas las personas que no han contratado entre sí. De esta forma, si se produce un hecho que al mismo tiempo es un delito o cuasidelito e incumplimiento contractual, existen dos estatutos legales que concurren y se superponen y no puede argüirse la obligatoriedad del contrato para oponerse a que la víctima decida ocupar el estatuto extracontractual.

ii) Acerca de la voluntad presunta de las partes de someterse únicamente al estatuto contractual: se ha dicho que el contrato debe primar porque las partes, al celebrarlo, han tenido la voluntad de descartar el estatuto extracontractual. Corral impugna esta afirmación, sosteniendo que la voluntad presunta debiera ser la inversa: a saber, que a falta de pacto expreso, las partes no han querido prescindir del estatuto general que es la responsabilidad extracontractual, para el caso que concurrieran los requisitos de ésta.

iii) Acerca de la supuesta renuncia a la acción de responsabilidad extracontractual: se ha sostenido que, al celebrarse el contrato, habría operado tal renuncia. Señala Corral que este argumento debe rechazarse por dos razones: la primera, en cuanto no podría sostenerse la procedencia de esta renuncia, para el caso de dolo o culpa grave (artículo 1465); la segunda, porque la renuncia a un derecho debe ser expresa y no cabe suponerla de manera absoluta y categórica respecto de todos quienes celebran un contrato.

iv) Consistencia con el principio de especialidad: se ha afirmado que las normas del régimen extracontractual, serían generales, de manera que aplicando el principio de la especialidad, correspondería la aplicación preferente del estatuto contractual. El argumento, advierte Corral, es erróneo por varias razones: primero, no siempre un concurso normativo debe resolverse con el criterio de la especialidad, pues habrá que analizar la intención del legislador y el espíritu de las normas implicadas; además, no corresponde aplicar en el problema del concurso de responsabilidades el argumento de la especialidad, pues falta el supuesto propio de la especialidad, cual es que haya una ley general que comprenda todos los casos en los que se aplica la ley especial. En la concurrencia de responsabilidades, hay una zona común de superposición, pero ambos estatutos tienen ámbitos en los que se aplican autónomamente y sin intersecciones. Ninguno de los estatutos puede considerarse especial o general respecto del otro.

v) Se impediría al contratante escapar del estatuto contractual cuando éste le es desfavorable: en efecto, se afirma que admitir la opción significaría permitir al contratante “escapar” de la regulación contractual y desnaturalizar su eficacia en materias tan vitales como la limitación de la extensión de los daños, la culpa de la que se debe responder según el tipo de contrato o cláusulas de limitación de responsabilidad expresamente convenidas. Se responde por Corral afirmando que nadie se escapa de un contrato por invocar otro estatuto que también debe ser aplicado al supuesto de hecho. Además, pretender que el contratante perjudicado quede en peor situación de aquel que no ha contratado no parece justo ni lógico. Por otro lado, los posibles abusos que puedan cometerse por una actuación de mala fe, pueden ser neutralizados convenientemente con límites al derecho de opción.

vi) Se proporcionaría mayor seguridad jurídica: se dice que la teoría de la primacía contractual contribuye a una mayor certeza o seguridad jurídica, ya que las partes saben con certidumbre qué estatuto les será aplicable en caso de incumplimiento contractual: piensa Corral que este argumento no es determinante, pues el hecho de que pueda surgir responsabilidad extracontractual entre las personas no reduce los grados ordinarios de seguridad jurídica. Sabemos que habrá que reparar daños si cometemos un delito o cuasidelito. Esta obligación se mantiene, aunque las partes hayan celebrado el contrato y tal circunstancia no incrementa la inseguridad.

Seguidamente, concluye Corral pronunciándose en favor de la teoría de la opción, aludiendo al reconocimiento por la doctrina del concurso de estatutos normativos. En efecto, sostiene que la concurrencia de estatutos de responsabilidad

podría resolverse mejor si se atiende al hecho de que no estamos frente a una rareza o caso extraordinario del mundo jurídico, sino que ante una categoría de problemas normativos que se da también en otros casos y que debe solucionarse por la vía hermenéutica. En efecto, subraya Corral, la concurrencia de responsabilidades no es más que uno de los muchos casos de superposición, concurrencia o concurso de normas jurídicas. Es un caso en que los estatutos jurídicos diversos sólo confluyen para ciertos supuestos, manteniendo cada uno de ellos un ámbito de aplicación autónomo. Ahora bien, los autores que tratan de estas superposiciones señalan que no existen reglas precisas y de aplicación unívoca que permitan resolverlas. Ni los criterios de que la ley posterior deroga la anterior, o del principio de la especialidad o que la norma superior prevalece sobre la inferior, son definitivos para esclarecer la mejor solución del caso. Por lo demás, los supuestos de concursos normativos y de acciones no son raros en el Derecho Civil y se dan con frecuencia. Así, algunos son resueltos directamente por la ley, como en el caso de concurrencia entre beneficio de competencia y el derecho de alimentos, disponiendo el art. 1627 del Código Civil que el deudor elegirá. En otros casos, la doctrina no duda de que concurriendo varias acciones en un solo beneficiado, éste puede optar por cualquiera de ellas: por ejemplo, cuando se pone término a un contrato en que debe restituirse una cosa a su dueño, éste dispone de la acción personal emanada del contrato o de la acción reivindicatoria emanada de su dominio. Más discutible, agrega Corral, es el caso de concurso entre rescisión por vicios redhibitorios e incumplimiento resolutorio, pues aquí sí puede invocarse el principio de especialidad, de manera que si se aplican las normas de la acción redhibitoria (con sus reglas de prescripción) se excluye la acción resolutoria por incumplimiento. De este modo, concluye Corral, la afirmación de que el concurso de estatutos de responsabilidad se soluciona por la acumulación alternativa de acciones, no constituye un caso extravagante o anómalo en el panorama general de concursos normativos, propios del Derecho Privado. Si esto es así, y tenemos en cuenta que no hay ninguna evidencia de que el legislador haya querido que en las zonas de superposición un estatuto prevalezca sobre otro, y que la solución de la opción produce como consecuencia una mayor protección a las víctimas sin desnaturalizar la regulación contractual ni tampoco atentar contra la seguridad jurídica, pareciera que la mejor solución al problema de la concurrencia es la de otorgar al demandante la posibilidad de decidir entre ambos estatutos.

Con todo, advierte Corral que existen limitaciones sustantivas y de carácter procesal.

Respecto de las limitaciones sustantivas, menciona:

- i) Que las partes, de manera explícita, hayan pactado en el contrato la improcedencia de acudir al régimen extracontractual (con todo, esta cláusula no tendría efectos en dos casos: si se trata de un hecho cometido con dolo o culpa grave, y si se trata de contratos de adhesión);
- ii) No será admisible la opción si el daño es producto de riesgos cuya asunción fue materia u objeto del contrato. Aquí, aunque no haya pacto expreso de exclusión de la responsabilidad extracontractual, no procederá la opción si la convención tuvo por objeto regular la distribución de los riesgos de las actividades objeto del contrato, y el daño ha sido producto de la realización de alguno de esos riesgos (en todo caso, la exclusión de la opción procedería, igual que en el caso anterior, sólo en cuanto no se trate de condonación del dolo o la culpa grave futuras);
- iii) La opción debe ser excluida también, cuando ella envuelva un atentado a la buena fe contractual -aunque siendo ésta una fórmula demasiado genérica, habría que precisar en qué casos se vulneraría este principio recurriendo a la responsabilidad extracontractual-; en opinión de Corral, ello ocurriría, por ejemplo, cuando las partes expresamente han pactado exoneración o limitación de los daños para el caso de incumplimiento del contrato, y al realizarse el accidente, la víctima intenta eludir la

aplicación de esta cláusula alegando el estatuto extracontractual; o cuando se pretende agravar el grado de culpa de que el deudor respondía según las estipulaciones expresas del contrato).

En cuanto a las limitaciones procesales, subraya Corral que son tan importantes como las sustantivas:

- i) La opción por la responsabilidad extracontractual puede ser ejercida sólo por la víctima demandante, no por el demandado ni tampoco por el juez;
- ii) La opción debe ser ejercida al momento de interponerse la demanda (aunque puede aceptarse, conforme al art. 17, inc. 2º del Código de Procedimiento Civil, que el perjudicado deduzca la acción de responsabilidad extracontractual y en forma subsidiaria, para el caso que el juez no la estime procedente, la de responsabilidad contractual);
- iii) Una vez notificada la demanda y trabada la litis, no puede el demandante variar la opción. Ahora bien, si se opta por uno de los estatutos de responsabilidad, ¿podría el demandante accionar después invocando el otro estatuto por el cual no optó inicialmente? Corral estima que el doble juicio debiera evitarse por la aplicación de la doctrina de los actos propios: el perjudicado por el daño tiene la opción para demandar conforme a uno de los estatutos, pero con la carga de atenerse a los resultados de su opción. De esta manera, hecha la elección, la posterior invocación en un nuevo juicio del estatuto que en su momento desechó, es contraria a sus propios actos y debe ser declarada inadmisibile.⁵⁸

15.7 Tribunales competentes y procedimientos aplicables.

Cabe distinguir según si el delito o cuasidelito es sólo civil o si es penal y civil a la vez.

a) Delito o cuasidelito exclusivamente civil.

En este caso, obviamente será el juez civil ante el cual deberá necesariamente deducirse la acción. Respecto del procedimiento, corresponde aplicar las reglas del juicio ordinario.

b) Delito y cuasidelito penal y civil a la vez.

Las reglas están contenidas en los artículos 59 y siguientes del Código Procesal Penal, que distinguen según se trata de la acción que tenga por finalidad obtener la *restitución de una cosa* de propiedad de la víctima y aquellas que tengan por finalidad obtener una *indemnización de los perjuicios* causados a la víctima. Las reseñamos a continuación:

1. La acción civil que tenga como único objeto la *restitución de la cosa*, deberá interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal, ante el juez de garantía (art. 59, inc. 1º y art. 189, inc. 1º). Para estos efectos, el art. 189 del Código Procesal Penal distingue dos situaciones:

- i) Reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablen durante la investigación con el fin de obtener la restitución de objetos *recogidos o incautados*: la resolución del juez de garantía se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de

⁵⁸ Corral Talciani, Hernán, "El concurso de responsabilidades en el Derecho de Daños chileno: defensa y delimitación de la teoría de la opción", en *Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Concepción, 2009, Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coordinador), Santiago de Chile, AbeledoPerrot LegalPublishing, pp. 639-653.

éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considerare innecesaria su conservación (art. 189, inc. 1º);

- ii) Tratándose de *las cosas hurtadas, robadas o estafadas*, no se aplicará la regla anterior, y se entregarán al dueño o legítimo tenedor en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio o tenencia por cualquier medio y establecido su valor (art. 189, inc. 2º).

En los dos casos precedentes, se dejará constancia mediante fotografías u otros medios que resultaren convenientes de las especies restituidas o devueltas en virtud del artículo 189 (inciso final del mismo).

2. Demanda civil que tenga como objeto *una indemnización de perjuicios* deducida directamente por *la víctima* en contra del *responsable del delito o cuasidelito*: la ley le franquea al primero dos caminos alternativos:

- i) Durante la tramitación del proceso penal, *la víctima* podrá deducir respecto del *imputado* todas las restantes acciones (se entiende, además de aquella a la que aludimos en el número 1) que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. En este caso, entonces, la acción se deduce *ante el juez de garantía*.
- ii) La víctima también podrá accionar *ante el tribunal civil* correspondiente, pero siempre y cuando no se hubiere admitido a tramitación la acción civil deducida ante el juez de garantía, pues en tal caso dicha acción no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil (artículo 59, inciso 2º).

3. Demanda civil que tenga como objeto *una indemnización de perjuicios* deducida por *terceros* o deducidas por *la víctima o por terceros contra personas distintas del imputado*: las acciones civiles encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o que se dirigieren por la víctima o por terceros contra personas diferentes del imputado, deberán plantearse *ante el tribunal civil* que fuere competente de acuerdo a las reglas generales (art. 59, inc. 3º).

Cabe advertir que de acuerdo al art. 108 del Código Procesal Penal, "víctima" no siempre es aquél que sufrió en su persona o patrimonio la comisión del hecho ilícito. En efecto, dispone el precepto: "Artículo 108. Concepto. Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito. En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge o conviviente civil y a los hijos;
- b) a los ascendientes;
- c) al conviviente;
- d) a los hermanos, y
- e) al adoptado o adoptante.

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes".

Cabe prevenir que el orden de prelación enunciado en el art. 108, sólo opera para los efectos de intervenir en el respectivo proceso penal, y no cuando se trata de una demanda civil interpuesta en sede civil. En este último caso, no existirá prelación, y múltiples personas podrían demandar indemnización –principalmente por daño moral-, en la medida que acrediten el perjuicio sufrido a consecuencia del fallecimiento de la víctima. Así, por ejemplo, los padres de la víctima podrían demandar la indemnización del daño moral, no obstante que la cónyuge y los hijos de la misma víctima, también habían accionado y obtenido indemnización. Aunque sólo los últimos

son herederos de la víctima, los primeros se encuadran dentro de las "víctimas por repercusión" o "por rebote", y también tendrán legitimación activa. En tal sentido, ha señalado la Corte Suprema que "Un mismo delito o cuasidelito puede dañar a varias personas y en distinta forma. En tales casos, si se dan los requisitos de la responsabilidad respecto de todos, el juez debe conceder a cada demandante una indemnización distinta, considerando la entidad del daño sufrido y probado respecto de cada uno. La acción de responsabilidad pertenece a todos los que sufren el perjuicio causado por el ilícito, esto es, a la víctima directa y a la que lo es por repercusión. No debe haber restricción o condición de admisibilidad para demandarla, porque se reconoce acción de reparación a todo sujeto que tenga interés en ello, por la sola autoatribución o mera afirmación de corresponderle un derecho o una situación jurídica, sin perjuicio que la procedencia final de su pretensión habrá de ser juzgada con arreglo al derecho sustantivo que regula este derecho subjetivo. La doctrina reconoce que en ausencia de norma limitativa o que establezca prelación, revisten carácter de damnificados indirectos quienes demuestran perjuicio a raíz del fallecimiento de la víctima (...) Es cierto que se mira con cautela a los actores que invocan un daño por repercusión de carácter extrapatrimonial en caso de muerte o lesión de la víctima, advirtiendo que un criterio amplio sobre la materia podría multiplicar las demandas indemnizatorias y hacer inoperante el sistema, por lo que algunos sostienen la necesidad de articular una especie de prelación entre los posibles afectados por rebote (Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, página 318), pero los parámetros correctivos, en aras de la seriedad y plausibilidad de la pretensión de menoscabos morales, no parecen legítimos, en ausencia de norma (...) En conclusión, a juicio de esta Corte, en nuestro derecho el sujeto activo de la acción de reparación por daño moral por repercusión es evidentemente todo perjudicado o dañado con el acto ilícito (...) Que en relación al alcance del artículo 108 del Código Procesal Penal, parece evidente que no se trata de una norma sustantiva instalada en el ordenamiento procesal, no es una norma *decisorio litis*, sino sólo *ordenatorio litis* con validez para el nuevo enjuiciamiento penal y destinada a regir sólo en el proceso penal atendido su propósito de juzgamiento de ilícitos penales. Como escribe el profesor De la Fuente 'Esta jerarquía de demandantes en sede penal no puede extinguir el derecho de los perjudicados preteridos a demandar la indemnización en el procedimiento civil' (De la Fuente, Felipe, *La Acumulabilidad de la Acción en el Proceso Penal. Derecho de Daños*, Lexis Nexis, 2002, p. 138). En conclusión, en opinión de estos sentenciadores, la sentencia no ha infringido la norma del artículo 988 del Código Civil al reconocer legitimación activa a los padres de la víctima directa, don (...) y doña (...), no obstante haber accionado igualmente la cónyuge e hijos del fallecido, razón por la cual el recurso de invalidación debe igualmente rechazarse a este respecto" (Sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de noviembre de 2015, autos Rol N° 37.713-14).⁵⁹

A su vez, agrega el artículo 109 del Código Procesal Penal: "Artículo 109.- Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos: (...) c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible; ...".

De esta manera, considerando lo expuesto en los dos artículos antes transcritos, y relacionándolos con lo prescrito en el art. 59 del mismo Código, puede concluirse que el derecho al que aludimos en el número 2, de optar entre demandar ante el juez de garantía o el juez civil, puede ser ejercitado por el personalmente ofendido, y por las personas señaladas en el art. 108. Por ende, los "terceros" a los que se refiere el art. 59 en su inc. 3º, serían todas aquellas personas que no están

⁵⁹ Cfr. sentencia N° 1, en "Criterios jurisprudenciales – Responsabilidad Extracontractual".

comprendidas en el art. 108. Tal sería, por ejemplo, un heredero de la víctima, que tenga un parentesco en la línea colateral de tercer o cuarto grado (es decir, un tío, un sobrino o un primo en segundo grado). Estas personas sólo podrán accionar ante el juez civil. Lo mismo ocurriría, por ejemplo, cuando la víctima o terceros que no tengan tal calidad, demanden a una persona distinta del imputado (como por ejemplo, cuando se demanda al propietario de un vehículo motorizado, si fuere distinto de aquél que lo conducía y produjo el cuasidelito).

4. En cuanto a la *oportunidad para deducir la demanda civil*, distinguimos según se trate de aquella interpuesta ante el juez de garantía o ante el juez civil:

4.1. *Demanda civil interpuesta ante el juez de garantía*: establece el art. 60 del Código Procesal Penal que la demanda civil en el procedimiento penal deberá interponerse en la oportunidad prevista en el art. 261 del mismo cuerpo legal. Este último precepto dispone, por su parte, que hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá deducir demanda civil, cuando procediere. En cuanto a los requisitos de esta demanda, ordena el art. 60: i) deducirla por escrito (lo que reitera el art. 261, según acabamos de ver); ii) cumpliendo con los requisitos exigidos por el art. 254 del Código de Procedimiento Civil; iii) deberá deducirse la demanda civil del querellante, dentro del plazo indicado, conjuntamente con su escrito de adhesión o acusación; y iv) deberá contener la indicación de los medios de prueba, en los términos expresados en el art. 259 del Código Procesal Penal (éste precepto exige, en cuanto a la prueba de testigos, presentar la lista respectiva, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, y señalar, además, los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. Si se ofrece rendir prueba pericial, el escrito deberá individualizar al perito o los peritos cuya comparecencia se solicite, indicando sus títulos o calidades).

El art. 61 del Código Procesal Penal, contempla la posibilidad de “preparar” la demanda civil. Al efecto, consigna el artículo citado que con posterioridad a la formalización de la investigación, la víctima podrá preparar la demanda civil solicitando la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda. En tal caso, se aplicará lo establecido en los artículos 183 y 184 del mismo Código. El primero, permite solicitarle al fiscal todas aquellas diligencias que se consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. Si el fiscal rechazare la solicitud, se podrá reclamar ante la respectiva autoridad del ministerio público. El segundo artículo, establece la facultad para asistir a las actuaciones o diligencias que practique el fiscal, cuando éste lo estimare útil. Agrega el inc. 3º del art. 61 que la preparación de la demanda civil interrumpe la prescripción. Sin embargo, si no se deduce demanda en la oportunidad prevista en el art. 60 en relación con el art. 261, la prescripción se considerará como no interrumpida.

El inc. 2º del art. 61 señala que también se podrá “cautelar” la demanda civil, solicitando alguna de las medidas previstas en el art. 157 del mismo Código. Este precepto dispone, en su inciso 1º, que durante la etapa de investigación, la víctima podrá solicitar por escrito al juez de garantía que decreta respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. La demanda civil deberá interponerse siempre en el plazo previsto en el art. 60 en relación con el art. 261. Del mismo modo, al deducir la demanda civil, la víctima podrá solicitar que se decrete una o más de dichas medidas (inc. 2º, art. 157).

4.2. *Demanda civil interpuesta ante el juez civil*: en este caso, la acción podrá deducirse en cualquier tiempo, iniciada que sea la tramitación del procedimiento penal contra el imputado, con la sola limitación de que si se hubiere admitido a tramitación la

demanda civil en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil (art. 59, inc. 2º, del Código Procesal Penal).

5. Plazo para *notificar la demanda civil*, interpuesta ante el juez de garantía.

Conforme al art. 262 del Código Procesal Penal, la demanda civil deberá ser notificada al acusado a más tardar, diez días antes de la realización de la audiencia de preparación del juicio oral.

6. *Actuación del demandado*, tratándose de la demanda civil interpuesta ante el juez de garantía.

Dispone el art. 62 del Código Procesal Penal que el imputado deberá oponer las excepciones que corresponda y contestar la demanda civil en la oportunidad señalada en el art. 263 del mismo Código. Este artículo, por su parte, establece que hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de dicha audiencia, en forma verbal, el acusado podrá deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento y exponer los argumentos de defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare, en los mismos términos previstos en el art. 259, ya comentados.

Respecto de las excepciones de previo y especial pronunciamiento, el art. 264 dispone cuáles podrán oponerse; las que dicen relación con la responsabilidad civil, son la de litis pendencia y cosa juzgada.

Todos los incidentes y excepciones deducidos con ocasión de la interposición o contestación de la demanda deberán resolverse durante la audiencia de preparación de juicio oral, sin perjuicio de lo establecido en el art. 270 (art. 63). El art. 270, se refiere a la facultad del juez de garantía, que debe ejercer en la audiencia de preparación de juicio oral, para ordenar corregir vicios formales de los que adolezca la demanda civil, sin suspender la audiencia, si ello fuere posible. En caso contrario, ordenará la suspensión de la audiencia, por el período necesario para la corrección del procedimiento, el que en ningún caso podrá exceder de cinco días. Si transcurrido dicho plazo, la demanda civil no hubiere sido rectificadas, se tendrá por no presentada.

7. *Desistimiento y abandono de la demanda civil*, interpuesta ante el juez de garantía.

Conforme al art. 64, la víctima podrá desistirse de su acción en cualquier estado del procedimiento. Se considerará abandonada la acción civil interpuesta en el procedimiento penal, cuando la víctima no compareciere, sin justificación, a la audiencia de preparación del juicio oral o a la audiencia del juicio oral.

8. *Independencia* de la acción civil respecto de la acción penal.

El art. 67 deja en claro que la circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal, no impedirá que se de lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente.

El art. 68 regula el curso de la acción civil, ante la suspensión o terminación del procedimiento penal. Si se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal, sin que hubiere decisión acerca de la acción civil que se hubiere deducido oportunamente, la prescripción continuará interrumpida siempre que la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente en el término de 60 días siguientes a la resolución ejecutoriada que dispusiere la suspensión o terminación (art. 68, inc. 1º). En este caso, la demanda y la resolución que recayere en ella se notificarán por cédula y el juicio se sujetará a las reglas del procedimiento sumario. Si la demanda no fuere deducida en el citado plazo, la prescripción continuará corriendo como si no se hubiere interrumpido (art. 68, inc. 2º).

Si en el procedimiento penal suspendido o terminado se hubieren decretado medidas destinadas a cautelar la demanda civil, éstas se mantendrán vigentes por el

referido plazo de 60 días, tras lo cual quedarán sin efecto si, solicitadas oportunamente, el tribunal civil no las mantuviere (art. 68, inc. 3º).

Si, comenzado el juicio oral, se dictare sobreseimiento de acuerdo a las prescripciones del Código Procesal Penal, el tribunal deberá continuar con el juicio para el solo conocimiento y fallo de la cuestión civil (art. 68, inc. 4º).

9. *Procedimiento aplicable*, tratándose de la demanda civil deducida ante el juez civil.

Al efecto, debemos distinguir, según si se dedujo o no acción penal, y si ésta fue acogida o rechazada.

9.1. Se dedujo acción penal y ésta no fue acogida.

Según lo acabamos de revisar, si el juez de garantía dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal, la víctima podrá presentar su demanda civil ante el tribunal civil competente, en cuyo caso el juicio se sustanciará a las reglas del procedimiento sumario.

9.2. Se dedujo acción penal y ésta fue acogida, dictándose la respectiva sentencia penal condenatoria y ejecutoriada.

Se aplicarán también las normas del procedimiento sumario, de conformidad a lo previsto en el art. 680, Nº 10, del Código de Procedimiento Civil.

9.3. Se dedujo acción penal y el procedimiento se suspendió o terminó sin que la víctima dedujere acción civil en el citado plazo de 60 días o no se dedujo acción penal.

En estos casos, el juicio se sustanciará conforme a las reglas del procedimiento ordinario civil.

15.8 Extinción de la acción.

La acción encaminada a reparar el daño causado por el delito o cuasidelito se extingue por los modos generales de extinción de las obligaciones.

Tres modos de extinguir requieren algunos alcances:

a) La renuncia.

A diferencia de lo que acontece con la acción penal, la acción civil derivada de un delito o cuasidelito es renunciable. La renuncia afectará solamente al renunciante y a sus herederos.

b) La transacción: artículos 2449 y 2461.

De estos preceptos se desprenden las siguientes reglas:

i.- La transacción no puede recaer en la acción criminal, pero sí sobre la acción civil que nace de un delito (art. 2449);

ii.- La transacción sólo surte efecto entre los contratantes (art. 2461, inc. 1º);

iii.- Si son muchos los interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por el uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros (art. 2461, inc. 2º); esta norma tiene especial importancia en el caso de la solidaridad, y para determinar su alcance, hay que hacer algunas distinciones:

i) Efectos de la transacción consentida por un codeudor solidario, sin que haya novación: por regla general, cuando una obligación solidaria se extingue por uno de los codeudores, se extingue también respecto de los demás; tal constante, que se da respecto a cualquier medio de extinguir las obligaciones, se altera en la transacción, por tratarse de un contrato *intuitu personae*. Por ello, si la transacción es consentida por uno de los codeudores solidarios, no se extiende a los otros, a menos que dicha transacción envuelva una novación de la obligación solidaria;

ii) Efectos de la transacción consentida por un codeudor solidario cuando aquélla envuelve novación: si la transacción con uno de los codeudores envuelve una

novación, los otros codeudores se liberan de la obligación (lo que guarda perfecta concordancia con los artículos 1519 y 1645).⁶⁰

c) La prescripción.

Según lo hemos referido, dispone el art. 2332 del Código Civil que "Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto".

En las líneas que siguen, revisaremos dos puntos que han suscitado opiniones diversas: si el plazo de prescripción se suspende o no, y si comienza a correr desde que se ejecuta el acto ilícito o desde que se manifiesta el daño.

c.1) Acerca de la suspensión de la prescripción.

Tradicionalmente, nuestra doctrina ha señalado que el plazo de prescripción de cuatro años previsto en el art. 2332 sería especial y de corto tiempo y que, en consecuencia, *no se suspendería*, de conformidad a lo previsto en el art. 2524 del Código Civil, que dispone: "Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla".

Alessandri, después de aludir al art. 2332, afirma: "Suspensión. Esta prescripción corre contra toda clase de personas y no se suspende a favor de las enumeradas en el art. 2509 (art. 2524 C.C.)".⁶¹

Orlando Tapia, en la misma línea, expresa, después de referirse al art. 2509: "Ahora bien, ¿es susceptible de suspenderse la prescripción establecida por el artículo 2332 del Código Civil? Hemos manifestado ya, que la prescripción que establece el referido artículo del Código Civil constituye un ejemplo de las llamadas prescripciones especiales'; por consiguiente, debemos concluir que ella no admite suspensión. Así lo dispone, también, el artículo 2524 del mismo Código Civil, cuando expresa (...). En efecto, dispone el artículo (...) que las prescripciones de corto tiempo que nacen de ciertos actos, se mencionan en los títulos respectivos, y, precisamente, el artículo 2332 de este cuerpo de leyes señala una prescripción de corto tiempo relativa a la acción de reparación, que es una acción de carácter especial. En estas circunstancias, habría que concluir, que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2524 ya citado, él también es aplicable a los incapaces señalados en el número 1º del artículo 2509 del Código Civil. Por lo demás, el artículo 2524 agrega que las prescripciones a que él se refiere corren contra toda persona, 'salvo que expresamente se establezca otra regla'; y no encontramos ningún precepto legal que disponga que la prescripción de la acción de reparación pueda suspenderse. De lo que hemos expuesto resulta, entonces, que la prescripción que estatuye el artículo 2332 del Código Civil queda claramente comprendida entre aquellas a que hace referencia el artículo 2524 del mismo cuerpo de leyes y, por lo tanto, corre contra toda clase de personas".⁶²

Vodanovic, al tratar de las características de la acción destinada a perseguir la indemnización por la comisión de delitos y cuasidelitos, afirma que "Es también prescriptible, y de acuerdo con el artículo 2332, prescribe en cuatro años, a contar desde la perpetración del acto, y por prescripción especial, según el artículo 2425 no se suspende".⁶³

Fernando Fueyo, basándose en un trabajo de Pedro Lira Urquieta, adhiere también a esta doctrina (el énfasis final es nuestro): "Breve reseña de estas acciones

⁶⁰ Antonio Vodanovic H., *Contrato de Transacción*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1993, 3ª edición actualizada, pp. 135-137.

⁶¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, ob. cit., N° 435, Tomo II, p. 528.

⁶² Tapia Suárez, Orlando, ob. cit., N° 208, pp. 322 y 323.

⁶³ Vodanovic H., Antonio, *Derecho Civil. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga*, Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1942, N° 1.289, pp. 905 y 906.

especiales. No correspondiendo aquí el estudio exhaustivo de las acciones llamadas especiales, me limitaré a citar su clasificación, siguiendo en esto el trabajo del maestro Pedro Lira Urquieta. (...) ch) *Acciones provenientes de contratos y otras fuentes de obligaciones*, como la revocatoria de las donaciones entre vivos, las resolutorias de donaciones, de los arts. 1424 y 1426, la del pacto comisorio, la de los pactos de retroventa y de retracto, *las resultantes de delitos y cuasidelitos, etc.*".⁶⁴

René Abeliuk arriba a la misma conclusión, refiriéndose al art. 2332 y su plazo de prescripción: "Esta prescripción es de corto tiempo, por lo cual no se suspende, y se interrumpe naturalmente por reconocer el deudor expresa o tácitamente su obligación, y civilmente, por la demanda judicial".⁶⁵

Gonzalo Ruz se pronuncia en similares términos: "Esta prescripción cuatrienal no se suspende en favor de las personas enumeradas en el Art. 2509, pero sí se interrumpe (Art. 2518)".⁶⁶

Ramón Domínguez Águila también se adscribe a los planteamientos anteriores, haciéndose cargo además de uno de los principales argumentos de la doctrina contraria: "Como ya se ha tenido oportunidad de indicar, las prescripciones especiales de corto tiempo no tratadas en los artículos 2521 y 2522 no se rigen por las reglas particulares del artículo 2523, sino a las especiales que para ellas puede señalar el legislador al establecerlas, salvo la regla general prevista en el artículo 2524 en cuanto a que no admiten suspensión. Pero aún esa característica ha sido discutida para la prescripción de la acción indemnizatoria por delito o cuasidelito prevista en el artículo 2332. En efecto, es evidente que en tal caso no se está frente a un 'acto o contrato', expresiones que usa el artículo 2524, de lo que alguna jurisprudencia ha entendido que no le es aplicable el artículo 2524, pues éste se refiere precisamente a las prescripciones de corto plazo que nacen de ciertos 'actos o contratos', con lo cual tendría alcance sólo para prescripciones relativas a actos de voluntad lícitos, es decir, negocios jurídicos y no para actos ilícitos. Y como no existe regla especial para éstos que determine su suspensión, debería aplicársele las reglas del art. 2520 que tendrían el carácter de generales y que mandan que la prescripción se suspenda a favor de las personas enumeradas en los números 1 y 2 del art. 2509. Así, la Corte de Santiago ha resuelto que 'la expresión actos o contratos' que utiliza el Código Civil se refiere normalmente a los hechos jurídicos voluntarios realizados con la intención de producir efectos jurídicos o a los acuerdos de voluntades destinados al mismo objeto. Así lo confirman, entre otros, los artículos 146, 150, 161, 412, 697, 706, 1454, 1469, 1681, 1682, 1683, 1685, 1687, 1691, 1692, 1694, 1706, 1709, 2031, 2051, 2468, etc., del Código Civil'. Añade el fallo que 'al emplear el artículo 2332 del señalado Código el vocablo 'acto', lo refiere únicamente al hecho jurídico voluntario realizado sin la intención de producir efectos de derecho, en este caso, delito o cuasidelito. Lo demuestra, sin lugar a dudas, tanto la ubicación de la disposición como el uso que hace del verbo perpetrar (perpetración) para señalar el momento de la ejecución del 'acto', verbo que, conforme al Diccionario de la Real Academia, significa 'cometer' o 'consumar' y se aplica sólo a los delitos en general'. Por ello, el fallo concluye que 'la referencia del artículo 2524 del mismo cuerpo de leyes a 'ciertos actos o contratos' no comprende a los delitos y cuasidelitos, pues, para incluirlos, debió hacerlo en forma inequívoca; al no hacerlo, no cabe considerar la prescripción establecida en el artículo 2332 antes indicado, entre las de corto tiempo a que se refiere aquél artículo, sino reconocer que ella se rige por las reglas generales de la prescripción ordinaria, siéndole

⁶⁴ Fueyo Laneri, Fernando, *Derecho Civil*, Tomo IV, De las obligaciones, Volumen II, Valparaíso, Imp. y Lito. Universo S. A., 1958, p. 270.

⁶⁵ Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición actualizada, 2010, tomo I, pp. 325 y 326.

⁶⁶ Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y responsabilidad extracontractual*, Tomo IV, Santiago de Chile, AbeledoPerrot- LegalPublishing Chile, 2011, p. 518.

aplicable el artículo 2509 y, en consecuencia, se suspenda en favor de las personas que enumera ese precepto'.⁶⁷ La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo deducido en contra de ese fallo, lo desestimó bajo la misma base de la sentencia recurrida". Agrega Domínguez que la sentencia de la Corte Suprema, concluye afirmando que "la sentencia recurrida no infringió las disposiciones del artículo 2509 N° 1 del Código Civil, y consecuentemente la del artículo 2520, al declarar que la prescripción extintiva de la obligación de indemnizar se encontraba suspendida en favor del demandante, ya que la prescripción de 4 años contemplada en el artículo 2332 no es una prescripción de corto tiempo a que alude el artículo 2524, ambos del mismo cuerpo legal'.⁶⁸ Esta doctrina ha sido reiterada en otras sentencias". Sin embargo, como seguidamente advierte Domínguez, "esta doctrina no ha sido uniforme y la propia Corte de Santiago, en sentencia de algunos meses posteriores a la fecha de la que se acaba de citar, entendió que éste es un caso preciso de prescripción especial de corto tiempo y, por lo tanto, al estar incluida en el artículo 2524 del Código Civil, corre contra toda clase de personas y no admite suspensión, y esa doctrina es la de otras sentencias, incluso recientes. Otros fallos han entendido que la prescripción de la acción civil derivada de los delitos y cuasidelitos no se suspende, porque el artículo 2520 dispuso expresamente que 'la prescripción, que extingue las obligaciones, se suspende en favor de las personas enumeradas en el N° 1 del artículo 2509'. De este modo, se usa una vez más el argumento exegético fundado en la expresión literal de la ley y sirve ahora para desestimar la suspensión porque es la prescripción de las 'obligaciones' la que puede suspenderse, más no el hecho ilícito. Además 'no hay una norma especial que permita la suspensión del plazo de prescripción de la acción nacida de aquellos hechos delictivos'. La verdad es que el argumento no dice mucho pues si bien el artículo 2332 alude a las acciones por hecho ilícito, es bien sabido que éste genera la obligación de indemnizar, de forma que es ésta la que prescribe. En verdad la cuestión no nos parece que pueda ser resuelta sólo con aquellos argumentos fundados en la letra de la ley. Si el art. 2524 alude a 'actos y contratos' no puede de allí derivarse la conclusión de que, porque los delitos y cuasidelitos no lo son, su prescripción deba suspenderse por recuperar imperio el artículo 2520 en relación con el artículo 2509 n° 1. La suspensión es un favor que la ley concede y requiere de norma especial. El art. 2520 no es una regla general para toda prescripción, sino que para la tratada en el párrafo 2 del Título XLII del Libro IV, esto es la ordinaria de cinco años y la ejecutiva de tres y si no hay regla especial que ordene la suspensión, no es posible aplicar una regla que no se ha dispuesto para este caso".⁶⁹

Pablo Rodríguez Grez, también se inscribe en la doctrina tradicional, aunque con una importante salvedad referida a los cónyuges, ya enunciada cuando comparamos la responsabilidad civil contractual y extracontractual y relevamos sus diferencias: "La prescripción extintiva de que trata el artículo 2332 del Código Civil es de corto tiempo y está sujeta al estatuto especial consagrado en el Párrafo 4 del Título XLII del mencionado cuerpo de leyes (...). En conformidad a lo previsto en el artículo 2524 del Código Civil, esta prescripción corre contra toda persona y no se suspende en favor de las personas mencionadas en el artículo 2509. Conviene precisar que, a nuestro juicio, sin embargo, prevalece a este respecto lo ordenado en el inciso final de este precepto, suspendiéndose dicha prescripción entre cónyuges".⁷⁰ Nos remitimos a lo que ya expusimos sobre el particular.

⁶⁷ Sentencia de la Corte de Santiago de 12 de enero de 1988.

⁶⁸ Sentencia de la Corte Suprema de 13 de abril de 1989.

⁶⁹ Domínguez Águila, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, N° 84.1., pp. 417-420.

⁷⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 485.

Adicionalmente, podríamos agregar otro argumento a la tesis “tradicional”, aunque más bien minoritario en la doctrina nacional. En efecto, extrapolando algunos planteamientos formulados para el derecho de alimentos, se ha señalado que, si un menor tiene un representante legal encargado de velar por sus intereses, no puede concluirse que opere en favor del primero la institución de la suspensión de la prescripción. Este criterio fue aceptado en algunos fallos.⁷¹ A nivel de la doctrina, también encontramos referencias a estos postulados. En su libro sobre “La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia”, el profesor Ramón Domínguez Águila, aludiendo a la suspensión de la prescripción, señala al efecto: “En lo que concierne a los menores, se trata de un resabio de la *restitutio in integrum* del derecho romano y del antiguo derecho francés. La Ley 9, tít. 9 de la Partida 6ª, no suspendía la prescripción en el caso de los menores; pero éstos podían demandar al juez la restitución del tiempo que les perjudicaba, y aunque la mayoría de las legislaciones mantiene regla semejante, la doctrina no encuentra razón para esta causal de suspensión. Ya García Goyena no admitía causales de suspensión a favor de los incapaces, sino que dejaba a salvo para éstos el recurso en contra de los responsables de la administración de sus bienes que debieron interrumpir la prescripción y no lo hicieron, y por ello el Proyecto de 1851, art. 1991, sólo establece ese principio”⁷². En efecto, decía García Goyena en su Proyecto: “Las prescripciones de este Código corren contra toda clase de personas, a no ser que la ley disponga expresamente lo contrario/. Corren también contra la herencia, antes de haber sido aceptada, y durante el tiempo concedido para hacer inventario y deliberar. / Sin embargo, las personas impedidas de administrar por sí, tendrán a salvo su recurso contra los responsables de la administración”.⁷³ Alfredo Barros Errázuriz, sin profundizar en la materia, señala sin embargo en consonancia con lo anterior: “En el Derecho Antiguo se consideraba suspendida la prescripción siempre que la persona contra quien corría se encontraba en la imposibilidad de obrar. Así lo manifiesta el adagio que decía: ‘Contra non valentem agere non currit praescriptio’”.⁷⁴ Domínguez Águila, agrega sobre el particular: “La suspensión en favor de los menores se dice contraria al interés social que exige el curso de la prescripción y debería suprimirse, pues para protegerlos están sus representantes legales”.⁷⁵

En contra del último argumento, se podría argüir, sin embargo, que el menor o incapaz no puede cargar con las consecuencias de la negligencia de su representante legal, que dejó pasar el plazo en el que debió demandar, perjudicando con ello al primero. Quienes insisten en el argumento, responden a esta objeción afirmando que,

⁷¹ En un fallo de la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 27 de septiembre de 2017, autos Rol N° 2.455-2017, se concluye que no resulta aplicable el instituto de la suspensión de la prescripción previsto en el art. 2509 del Código Civil, pues los derechos de los alimentarios fueron siempre ejercidos y resguardados por un adulto, que como representante de aquellos, pudo y debió disponer lo necesario a objeto de obtener el efectivo cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias adeudadas. Se declaró así la prescripción de la acción ejecutiva de las pensiones devengadas antes de tres años contados desde que accionó la representante de los alimentarios. En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 25 de septiembre de 2017, autos Rol N° 2.346-2017, también de la Séptima Sala, se concluye en términos semejantes, esto es, que teniendo el alimentario representante legal no correspondía que operase la suspensión de la prescripción, pero declarando prescrita la acción para el cobro de las pensiones que se hicieron exigibles cinco años antes (acción ordinaria) y no las que se hicieron exigibles tres años antes (acción ejecutiva), “tal y como fue expresamente pedido por el alimentante”. En el mismo orden de ideas de los dos fallos aludidos de la Séptima Sala, la sentencia de la Novena Sala de la misma Corte de fecha 7 de agosto de 2017, autos Rol N° 954-2017, concluye que no procedía aplicar el instituto de la suspensión de la prescripción.

⁷² Domínguez Águila, Ramón, *La Prescripción Extintiva. Doctrina y Jurisprudencia*, ob. cit., p. 374.

⁷³ García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios, del Código Civil español*, Tomo IV, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, p. 540.

⁷⁴ Barros Errázuriz, Alfredo, *Curso de Derecho Civil. Segundo año (primera parte que trata de la Teoría General de las Obligaciones)*, Santiago de Chile, Imprenta y Encuadernación Claret, 1916, p. 181.

⁷⁵ Domínguez Águila Ramón, ob. cit., pp. 374 y 375.

en último término, el incapaz, cuando deje de serlo, podrá demandar a quien fue su representante legal y obtener de él la indemnización de los perjuicios.⁷⁶

La doctrina opuesta, que podríamos denominar "moderna", tiene también importantes defensores, como Enrique Barros y Hernán Corral.

Enrique Barros, después de aludir a los planteamientos de la doctrina "tradicional", sostiene lo siguiente: "c) En contra de la interpretación referida se puede argumentar que el artículo 2524 no resulta aplicable a la acción de responsabilidad, porque dicha disposición sólo se aplica a las acciones que nacen de ciertos 'actos o contratos', mientras que la acción de responsabilidad extracontractual proviene de hechos jurídicos. Por lo demás, cuando el legislador establece presunciones de corto plazo en materia contractual, usualmente presume que ha habido pago o pretende evitar que la disputa acerca del cumplimiento se extienda innecesariamente, lo que no vale para la responsabilidad extracontractual. En estas circunstancias, si se estima que el artículo 2524 no resulta aplicable a este tipo de responsabilidad, procedería aplicar la regla general prevista en el artículo 2520, que ordena suspender la prescripción extintiva a favor de las personas enumeradas en los números 1º y 2º del artículo 2509. En este orden de ideas se ha fallado que 'la referencia del art. 2524 a 'ciertos actos o contratos' no comprende a los delitos y cuasidelitos, pues para incluirlos debió hacerse en forma inequívoca. No habiéndose hecho así, no cabe considerar la prescripción establecida en el art. 2332 del Código Civil entre las de corto tiempo a que se refiere aquel artículo, sino reconocer que ella se rige por las reglas generales de la prescripción ordinaria, siéndole, en consecuencia, aplicable el art. 2509 de dicho Código'.⁷⁷ d) En verdad, la suspensión parece ser una institución general de protección, justificada en la incapacidad de ciertas personas, más que un favor excepcional conferido por la ley. Así, los casos en que la prescripción corre en contra de toda clase de personas constituyen más bien las excepciones. En la medida que las excepciones debieran ser interpretadas restrictivamente, resulta preferible la opinión que sostiene que la acción de responsabilidad se suspende a favor de las personas enumeradas en los números 1º y 2º del artículo 2509. Más aún, desde un punto de vista teleológico, si se considera que las razones para que rija la suspensión respecto de acciones ordinarias y ejecutivas son también pertinentes, al menos con el mismo peso, respecto de la acción de responsabilidad civil extracontractual".⁷⁸

⁷⁶ En cuanto a la eventual responsabilidad del padre o madre frente al hijo cuyos derechos no fueron debidamente ejercidos y cautelados, constituye ella una manifestación del aforismo romano *ubi emolumentum, ibi onus* (donde está el beneficio, allí la carga: respecto de los padres, el beneficio consistirá en el derecho legal de goce sobre los bienes de sus hijos no emancipados; respecto de los tutores y curadores, en la pertinente remuneración). Así las cosas, el hijo cuyo padre o madre fue negligente en el ejercicio de la representación legal, dispondrá de acción en contra del respectivo progenitor, para ser resarcido de los perjuicios que le sobrevengan por no haberse cobrado a tiempo los créditos de que el primero era titular. Las normas que en nuestro Código Civil servirían de soporte a la demanda respectiva, serían, principalmente, el inc. 1º del art. 256 – "El padre o madre es responsable, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve" (norma más estricta, como puede observarse, que la del art. 168 del Código español)-, y el art. 259: "Al término de la patria potestad, los padres pondrán a sus hijos en conocimiento de la administración que hayan ejercido sobre sus bienes". Por cierto, entre tales bienes que administraba el padre o la madre, estaban sus créditos por concepto de pensiones alimenticias atrasadas. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 2481 N° 4, el crédito en favor del hijo derivado de esta administración, tiene un privilegio de cuarta clase, que abarca todos los bienes del padre o madre. Lo mismo cabe decir del pupilo respecto de su curador. Además del art. 409 citado, cabe destacar lo dispuesto en los arts. 391 y 425 del Código Civil. El art. 391 establece: "El tutor o curador administra los bienes del pupilo, y es obligado a la conservación de estos bienes y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive". A su vez, el art. 425 del mismo cuerpo legal, dispone: "Toda acción del pupilo contra el tutor o curador en razón de la tutela o curaduría, prescribirá en cuatro años, contados desde el día en que el pupilo haya salido del pupilaje. / Si el pupilo fallece antes de cumplirse el cuadrienio, prescribirá dicha acción en el tiempo que falte para cumplirlo".

⁷⁷ Cita Barros la sentencia de la Corte de Santiago de 12 de enero de 1988, ya mencionada.

⁷⁸ Barros Bourie, Enrique, ob. cit., N° 714, pp. 926-928.

Hernán Corral, por su parte, expresa que "Se discute si procede la suspensión de esta prescripción de cuatro años. Tradicionalmente, se ha sostenido que se trataría de una presunción (sic)⁷⁹ de corto tiempo especial y que por tanto se aplicaría el art. 2524, que declara la improcedencia de la suspensión. Así lo estiman Alessandri y Abeliuk". Luego, tras referirse a la citada sentencia de la Corte de Santiago de 12 de enero de 1988, consigna el siguiente comentario: "Las razones de la Corte son fundadas y parecen justas".⁸⁰

En contra de la tesis "tradicional", también se ha dicho que el art. 2524, al decir que las prescripciones de corto tiempo "corren también contra toda persona", no quiso aludir a la institución de la suspensión de la prescripción, sino que reafirmar el principio general de que la prescripción puede afectar a todas las personas, naturales o jurídicas, incluido el Fisco (tercera regla común a toda prescripción). En efecto, al comparar los arts. 2523 y 2524, se puede observar que en el primero se establecen dos ideas ("Las prescripciones mencionadas en los dos artículos precedentes corren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna") mientras que en el segundo sólo una idea ("y corren también contra toda persona"). En otras palabras, en el segundo, no se agregó la frase "y no admiten suspensión alguna". En contra de este argumento, sin embargo, se podría replicar que la palabra "también" empleada en el art. 2524, se vincula con la suspensión de la prescripción que sí está explicitada en el art. 2523.

Un completo estudio de esta controversia puede encontrarse en un trabajo de Diego Galindo Manríquez del año 2020, cuyas conclusiones son las siguientes:

"1.- Si bien existen textos trascendentales de nuestros autores, tanto en materia de prescripción extintiva como de responsabilidad extracontractual, no se ha tratado con estricto rigor científico el problema relativo a si la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual admite o no suspensión.

De esta forma, las principales opiniones doctrinarias sobre la materia, se desprenden de aquellos textos generales y están constituidas, por un lado, por la tesis tradicional defendida principalmente por el profesor DOMÍNGUEZ ÁGUILA y, en otro extremo, por la tesis moderna sustentada por el profesor BARROS BOURIE.

Por lo demás, la mayoría de los autores, sin advertir que el punto es discutido, se inclinan por calificar derechamente a la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 2332 como '*especial de corto tiempo*' quedando comprendida en el artículo 2524, agregando que, por lo tanto, ésta no se suspende.

Empero, quien mayormente se ha encargado de desarrollar el problema y sus posibles soluciones, no ha sido la doctrina, sino que la jurisprudencia de nuestros tribunales.

2.- Teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de los últimos 10 años a la fecha de este trabajo, se advierten con claridad dos grandes posiciones antagónicas respecto a la posibilidad de que la prescripción de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad extracontractual se suspenda a favor de las personas señaladas en los números 1 y 2 del artículo 2509, por aplicación del artículo 2520.

En este sentido, del análisis de los fallos citados se desprende que la Corte Suprema no ha logrado sentar una jurisprudencia uniforme sobre el punto y que, si bien la última sentencia dictada a la fecha sobre el tema investigado se inclina a favor de la suspensión, aquello está lejos de significar que ese sea el criterio uniforme de nuestro máximo tribunal.

3.- Como otro aspecto de la cuestión, después de examinar acabadamente la institución de la suspensión de la prescripción, los artículos del Código Civil que se ven

⁷⁹ Entendemos que el profesor Corral quiso decir "prescripción".

⁸⁰ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 351.

en conflicto tratándose del problema investigado, así como las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que existen al respecto, estimo que el modo adecuado de abordar el problema es determinando qué se entiende por prescripciones especiales de corto tiempo, definir si estas realmente se suspenden o no, y, finalmente, precisar si es que la prescripción contenida en el artículo 2332 tiene o no dicho carácter.

En conclusión, de un adecuado análisis dogmático y sistematizado de las normas del Código, se colige que las prescripciones especiales de corto tiempo son aquellas que nacen de ciertos actos o contratos, se encuentran reguladas en un título especial del Código Civil y su extensión es inferior a 5 años; que estas no se suspenden, salvo texto expreso en contrario; que la prescripción contemplada en el artículo 2332 es una de ellas y que, por lo tanto, queda sujeta a la regulación contemplada en el artículo 2524.

Desde otro ángulo, estimo que, de seguirse la 'tesis moderna', se produciría un abierto error de Derecho que podría ser decisivo al momento de fallar un asunto.

4.- Por último, es posible afirmar que la discusión está lejos de ser un tema superficial y despreciable, y que la aplicación de una u otra posición trae aparejada importantes consecuencias en lo que respecta al ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual".⁸¹

Galindo enumera en su trabajo las sentencias de la Corte Suprema que, en los últimos años, se han pronunciado sobre la materia. Se puede constatar cómo, efectivamente, hay sentencias del máximo tribunal en ambos sentidos. Se han pronunciado *en contra de la suspensión* (tesis tradicional): 1.- Corte Suprema, 16 de marzo de 2012, Rol N° 8898-2009; 2.- Corte Suprema, 11 de julio de 2012, Rol N° 8879-2010; 3.- Corte Suprema, 4 de abril de 2016, Rol N° 3952-2015; 4.- Corte Suprema, 3 de abril de 2017, Rol N° 18306-2016; 5.- Corte Suprema, 19 de abril de 2018, Rol N° 12221-2017; 6.- Corte Suprema, 21 de junio de 2017, Rol N° 101758-2916. Se han pronunciado *en favor de la suspensión* (tesis moderna): 1.- Corte Suprema, 3 de noviembre de 2014, Rol N° 18456-2014; 2.- Corte Suprema, 20 de junio de 2016, Rol N° 9333-2015; 3.- Corte Suprema, 14 de julio de 2016, Rol N° 11085-2015; 4.- Corte Suprema, 4 de septiembre de 2017, Rol N° 397-2017; 5.- Corte Suprema, 8 de marzo de 2018, Rol N° 35764-2017; 6.- Corte Suprema, 12 de junio de 2019, Rol N° 4288-2019; y, 7.- Corte Suprema, 10 de octubre de 2019, Rol N° 4579-2018.⁸²

A las sentencias anteriores, puede agregarse la dictada por la Corte Suprema el 12 de septiembre de 2022, Rol N° 85734-2021, que se enmarca en la "tesis moderna". En primera instancia, por sentencia de 1 de junio de 2020 se rechazó la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual (3° Juzgado Civil de Valparaíso, Rol N° 1544-2015). En segunda instancia, una sala de la Corte de Valparaíso, por sentencia de 15 de septiembre de 2021, confirmó el fallo apelado, en votación dividida (Rol N° 1746-2020). La Corte Suprema acogió una casación en el fondo, anulando el fallo impugnado y acogió la demanda, condenando solidariamente a dos de las demandadas al pago de \$50.000.000.- por concepto de indemnización por daño moral, a consecuencia del fallecimiento del padre del menor que demandó.⁸³

En síntesis, los argumentos de cada doctrina son a nuestro juicio los siguientes:
i.- Doctrina "tradicional":

⁸¹ Galindo Manríquez, Diego, "Suspensión de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. Análisis dogmático y jurisprudencial", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción 248 (julio - diciembre) 2020, pp. 357 y 358 (disponible en la web).

⁸² Galindo Manríquez, Diego, ob. cit., nota en la p. 342.

⁸³ Cf. en www.juanandresorrego.cl, en "Criterios jurisprudenciales - Responsabilidad Extracontractual", sentencia N° 7.

i) El art. 2524 tiene aplicación general, respecto de todas las acciones especiales mencionadas en los títulos respectivos que tienen prescripciones de corto tiempo, es decir, con un plazo inferior a cinco años.

ii) El art. 2332, en el título XXXV del Libro IV, dispone que la acción prescribirá en cuatro años. En consecuencia, es una acción especial y con una prescripción de corto tiempo.

iii) No es admisible el argumento de que el art. 2524 se refiere sólo a los actos jurídicos, pues la palabra "actos" se emplea en forma genérica en el Código Civil, y, en algunos casos, incluye también a los "hechos", como precisamente acontece en el art. 2332, cuando al aludir al delito o cuasidelito, se refiere a "la perpetración *del acto*".

iv) El art. 2520 no es una regla general para toda prescripción, sino que para la tratada en el párrafo 2 del Título XLII del Libro IV, esto es la ordinaria de cinco años y la ejecutiva de tres y si no hay regla especial que ordene la suspensión, no es posible aplicar una regla que no se ha dispuesto para el caso previsto en el art. 2332 del Código Civil.

v) Al aludir el art. 2520 a la suspensión de la prescripción "que extingue las obligaciones", no incluyó a la prescripción vinculada con la comisión de "hechos ilícitos". En otras palabras, la referencia a las "obligaciones" se circunscribiría a las que nacen de los contratos, cuasicontratos o de la ley, pero no de los delitos o cuasidelitos.⁸⁴

vi) Aun en el caso de admitirse que la suspensión de la prescripción prevista en los arts. 2509 y 2520 opera respecto de la acción consagrada en el art. 2332, habría que distinguir según si el menor tuvo o no un representante legal que velase por sus intereses. Si lo tuvo, no podría alegarse que operó la suspensión, porque ello implicaría admitir la culpa o negligencia de dicho representante legal.

ii.- Doctrina "moderna":⁸⁵

i) El art. 2520, a propósito de la prescripción extintiva, contempla la regla general en materia de suspensión de la prescripción. Dicha regla general tiene una regla excepcional en el art. 2523, que señala que las acciones de corto tiempo no admiten suspensión, pero este último precepto sólo se aplica a las acciones previstas en los arts. 2521 y 2522.

ii) De la comparación de los arts. 2523 y 2524, se desprendería que sólo en el primero se alude a la suspensión de la prescripción. En el segundo, sólo se consagra la regla común a toda prescripción, vinculada con el principio de igualdad ante la ley, en orden a que la prescripción corre contra toda clase de personas.

iii) En cuanto a la norma prevista en el art. 2524, y la suspensión de la prescripción que ella establece, ella sólo se aplicaría a las acciones de corto tiempo que se encuentran en el Título XLII del Libro IV (arts. 2492 a 2525), sin que la norma pueda ser interpretada en el sentido de incluir a la prescripción de todas las acciones especiales, toda vez que lo único que refiere la disposición es que aquellas correrán contra toda persona, reafirmando la regla general en materia de prescripción.

iv) Aun aceptando que la suspensión de la prescripción es improcedente no sólo respecto de las acciones de corto tiempo reguladas en los arts. 2521 y 2522, sino que es extensiva a todas aquellas acciones especiales con un plazo menor al plazo de prescripción de la acción ordinaria, sería menester considerar que el 2524 se refiere a "actos o contratos", de lo que se infiere que no ha pretendido incluir los delitos y cuasidelitos, a partir de los cuales se genera justamente la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual.

⁸⁴ Sin embargo, vimos que Ramón Domínguez Águila, no obstante adherir a la doctrina "tradicional", descarta este argumento, con buenas razones, pues la comisión de un delito o de un cuasidelito también origina "obligaciones", en este caso las de indemnizar a la víctima.

⁸⁵ En lo fundamental, seguimos los argumentos expuestos por la citada sentencia de la Corte Suprema de 12 de septiembre de 2022.

v) Las acciones que emanan de los delitos y cuasidelitos no pueden ser catalogadas como “especiales” en los términos del art. 2524, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico las obligaciones que nacen de un contrato generan responsabilidad contractual y las obligaciones que nacen de un hecho ilícito (delitos y cuasidelitos) generan responsabilidad extracontractual, y ambos son estatutos paralelos que tienen acciones ordinarias o generales. Así, frente a la acción ordinaria para hacer valer la responsabilidad contractual, cuya prescripción es de cinco años desde la celebración del acto o contrato, se encuentra aquella que busca hacer efectiva la responsabilidad extracontractual, cuya regla general se encuentra en el artículo 2314 del Código Civil, acción que prescribe en el plazo de cuatro años, según lo dispone el artículo 2332 del mismo cuerpo legal.

vi) La suspensión de la prescripción prevista en el Código Civil constituye la regla general dentro de la institución de la prescripción, siendo excepcional la imposibilidad de aplicarla, excepcionalidad que impide extenderla a casos que no se encuentran expresamente previstos. Desde esta perspectiva, la interpretación teleológica determina que se deba acudir al sustrato de la norma, atendiendo a su fin u objeto, que, en este caso, no es otro que proteger a aquellas personas que no pueden ejercer acciones para el resguardo de sus derechos, misma razón que lleva a concluir que no pueden ser sancionadas por una inactividad que, en caso alguno, les es reprochable. En virtud de aquello, no se vislumbra por qué se debería proteger a los menores en el ejercicio de las acciones que buscan hacer efectiva la responsabilidad contractual y, por el contrario, no se les brinde tal protección en materia de responsabilidad extracontractual.

c.2) Acerca del momento en que se inicia el cómputo del plazo de prescripción.

Resumiremos seguidamente los dos enfoques interpretativos que se han formulado, para dilucidar los alcances de la expresión “perpetración del acto”, esto es, si se trata necesariamente del momento de la comisión del hecho, o si se trata del momento en que el daño derivado del hecho ilícito, se manifiesta para la víctima, cuestión que cobra relevancia cuando el daño no es coetáneo con la comisión del hecho.

Alessandri sostuvo que la frase “perpetración del acto”, debía entenderse “desde el día en que se cometió el hecho doloso o culpable y no desde aquél en que se produjo el daño, si éste y el hecho no son coetáneos”. Agregó Alessandri que nuestro Código puso fin, así, a las discusiones suscitadas sobre este particular en el derecho francés.⁸⁶

La Corte Suprema, en la misma línea, concluyó que la acción de perjuicios contra un Conservador de Bienes Raíces por haber otorgado un certificado inexacto o por haber inscrito una hipoteca constituida por quien no era dueño del inmueble, prescribía en cuatro años contados desde la fecha en que se otorgó el certificado o se practicó la inscripción y no desde que se consumó el daño.⁸⁷ Los dos casos a los que alude Alessandri, son comentados por Somarriva. Respecto del primero, el Conservador, dice éste autor, dio un certificado de gravámenes falso, porque omitió mencionar una hipoteca. Sobre la base de este certificado, un tercero prestó dinero, viéndose perjudicado con la aparición de la hipoteca omitida. Al demandar al Conservador, éste se excepcionó con la prescripción, la que fue acogida por la Corte Suprema en sentencia de 9 de enero de 1922. Somarriva arguye que “Las dos sentencias mencionadas están de acuerdo con el artículo 2332 del Código Civil. Es traicionar la letra de la ley pretender que el plazo se cuente desde que se ocasiona el

⁸⁶ Veremos que este argumento es refutado por la doctrina reciente, que sostiene no ser efectivo que hubiere existido esta discusión en el seno del Derecho francés.

⁸⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., Tomo II, segunda edición, 1983, pp. 522 y 523. La primera edición es del año 1937.

daño, que muchas veces, como en los casos referidos, no coincide con la comisión del acto ilícito.” Con todo, la opinión de Somarriva se ve matizada por un comentario que seguidamente agrega: “Pero si éste (el daño) es el resultado de una secuencia de hechos que provocaron los daños, el plazo no se cuenta sino desde que esos hechos terminaron, sostiene acertadamente la sentencia de 18 de abril de 1980, Rev. T. 77, 2ª parte, secc. 2ª, pág. 28.”⁸⁸ Vodanovic, después de referirse asimismo al certificado erróneo otorgado por el Conservador, concluye de igual manera que Alessandri y Somarriva: “Los tribunales han resuelto que si un Conservador de Bienes Raíces da un certificado de gravamen en forma errada, debe contarse el plazo de prescripción desde que se dio el certificado, porque ahí se perpetró el delito. Nótese que la prescripción de las acciones que nacen de los hechos ilícitos se cuenta desde la perpetración del acto, como claramente lo dice el artículo 2332, y no desde la fecha que se produce el daño, que muchas veces, como en el caso citado, es bastante posterior al acto ilícito que lo genera”.⁸⁹ Orlando Tapia Suárez sigue la opinión de Alessandri y de Somarriva, destacando que nuestro Código, se apartó del Código francés, al señalar claramente desde qué momento empieza a contarse el plazo de cuatro años requerido para que prescriba la acción de reparación: “El artículo 2332 del Código Civil, sin atender para nada al daño causado, ha dispuesto que el plazo de prescripción de la acción de resarcimiento empieza a contarse desde el momento que se cometió el delito o cuasidelito que lo produjo. A nuestro legislador no le interesa en absoluto, para los efectos de la prescripción, que el daño inferido a la víctima por el hecho ilícito se produzca al mismo momento de ejecutarse éste, o con posterioridad a su ejecución”.⁹⁰ Destaca Tapia Suárez que otras legislaciones habían adoptado un criterio diverso, como ocurre con el Código Federal Suizo de las Obligaciones, en cuyo artículo 60 se prescribe que la acción tendiente a obtener la reparación prescribe en un año, a contar desde el día en que la víctima ha tenido conocimiento del daño y de la persona de su causante, y que, en todo caso, prescribe en diez años, contados desde el día en que el hecho dañoso ha tenido lugar. Una norma similar contiene el Código Civil alemán, en su párrafo 852: “La pretensión de indemnización de cualquier daño que se derive de un acto ilícito queda excluida por prescripción a los tres años desde el momento en el que la parte perjudicada conociese el daño y la identidad de la persona responsable de la indemnización y sin considerar dicho conocimiento, a los treinta años de la realización del acto.” Recuerda Tapia Suárez que en el Proyecto de nuestro Código Civil del año 1853 (artículo 2496), se contenía una norma similar a las europeas citadas, conforme a la cual la acción de reparación prescribiría en dos años, contados desde que la persona a quien correspondía, hubiere tenido conocimiento del daño o dolo, sin perjuicio de que en todo caso podría oponerse a dicha acción una prescripción de cinco años. Concluye Tapia Suárez subrayando que “El texto actual del precepto legal que se refiere a esta materia, no conservó, sin embargo, la redacción que tenía en los proyectos, y es así como, de conformidad con él, el plazo de prescripción de la acción de resarcimiento es de cuatro años contados desde la perpetración del hecho ilícito, sea o no coetáneo a este último el daño, y cualquiera que sea el tiempo en que con

⁸⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada por Ramón Domínguez Benavente, 1984, pp. 379 y 380. El matiz en la opinión de Somarriva, podría deberse a la pluma de Domínguez Benavente, pues se funda en una sentencia del año 1980, aunque no estamos en condiciones de confirmar tal sospecha (Somarriva falleció en 1988). La primera edición del libro de Somarriva se hizo a partir de los materiales de un curso que tal profesor dictó en el año 1937, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y se dio a la imprenta el año 1939.

⁸⁹ Vodanovic H., Antonio, *Derecho Civil. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. Redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H., Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1942, p. 906.

⁹⁰ Tapia Suárez, Orlando, ob. cit., pp. 319 y 320.

posterioridad a aquél se produzca, principio que ha sido ratificado por la jurisprudencia de nuestros tribunales”.⁹¹

La doctrina antes resumida, podría calificarse de “tradicional”, y como hemos visto, corresponde a la primera mitad del Siglo XX. La doctrina posterior, que podríamos calificar de “moderna”, plantea que el plazo de prescripción no debe contarse desde la comisión del hecho, sino desde el momento en que el daño se manifiesta. Se funda esta tesis en el siguiente supuesto: mientras no se produzca el daño, no puede entenderse que exista un hecho ilícito. Éste se materializa no sólo por la conducta ilícita, pues mientras no sea visible el daño, faltará uno de los presupuestos de la responsabilidad delictual o cuasidelictual. Y si todavía falta tal requisito para calificar al hecho como ilícito y generador de responsabilidad, mal podría correr un plazo de prescripción contra el afectado, por la sencilla razón de que éste aún no tiene tal condición, pues el daño no se ha manifestado.

René Abeliuk adhiere a esta corriente, sosteniendo al respecto: “Como el precepto (art. 2332) habló de la ‘perpetración del acto’ como momento inicial del transcurso de la prescripción, la jurisprudencia y la doctrina entendían habitualmente que ella comenzaba a correr desde el instante de la acción u omisión imputable del hechor, aunque el daño se ocasionara posteriormente. De ordinario ambos momentos van a coincidir, pero no ocurre siempre en esta forma. Así se había fallado habitualmente con relación a la responsabilidad extracontractual de los conservadores de bienes raíces, por el otorgamiento de certificados de gravámenes y prohibiciones con omisión de una hipoteca debidamente inscrita; con el mérito de ellos los acreedores habían facilitado dineros al deudor, y al tiempo de rematar la propiedad no alcanzaron a pagarse por haberse hecho presente el acreedor de la hipoteca omitida en el certificado. No se negaba la responsabilidad del conservador por este daño, pero de acuerdo a la distinción antes mencionada, se contaba el plazo de la prescripción desde el otorgamiento del certificado erróneo, y no desde la fecha del daño, que ocurre cuando la segunda hipoteca no puede cancelarse. Esta interpretación nos parece inaceptable, pues conduce al absurdo de que la acción resulte prescrita antes de nacer, porque hemos señalado que es requisito de la indemnización la existencia del daño. Antes de que éste se produzca, la víctima nada puede demandar, pues no ha sufrido perjuicio. Los hechos ilícitos se definen precisamente como las acciones u omisiones culpables o dolosas que causan daño; al hablar de perpetración del acto, el Código se está refiriendo a este concepto que incluye el daño”.⁹²

Enrique Barros sostiene la misma doctrina, en base a tres argumentos principales:

- i) el absurdo de que la acción pueda prescribir antes de que se produzca o manifieste el daño;
- ii) el daño es un necesario presupuesto del hecho ilícito, corresponde a la consumación del mismo; y
- iii) la interpretación que postula el inicio del cómputo del plazo de la prescripción desde la ocurrencia del daño, resulta más armónica con la función de la prescripción, cual es castigar al acreedor negligente en hacer valer sus derechos: “Interpretada literalmente la norma del artículo 2332 da a entender que es el hecho del demandado el momento que determina el comienzo del plazo de prescripción. Entendida así, sin embargo, la regla puede conducir a que la acción indemnizatoria nazca prescrita si el daño se produce o manifiesta después de ejecutado el hecho, cuestión que puede ser frecuente en ciertos ámbitos de actividad (productos defectuosos, construcciones, medio ambiente) (...) La responsabilidad civil tiene por requisito fundamental el daño producido por el hecho del cual se pretende hacer responsable al demandado. En

⁹¹ Tapia Suárez, Orlando, ob. cit., p. 320. La primera edición de su libro es del año 1941, de manera que obviamente la jurisprudencia a la que él alude, es la previa a ese año.

⁹² Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., pp. 324 y 325.

circunstancias que el perjuicio sólo puede ser contemporáneo o posterior (y nunca anterior) al hecho que lo provoca, el daño es siempre el elemento que determina el momento en que se consuma la perpetración del delito o cuasidelito civil y nace la obligación indemnizatoria. En efecto, si el daño es contemporáneo al hecho que genera la responsabilidad, concurren simultáneamente todos los elementos que la condicionan; si es posterior, sólo desde entonces habrá lugar a la acción indemnizatoria, porque la sola ilicitud de la conducta no da lugar a responsabilidad civil (...) Por otro lado, la interpretación contraria carece de sentido a la luz de las funciones de la prescripción extintiva, que tiene por antecedente la reticencia del acreedor en hacer valer sus derechos. Nada se puede reprochar a quien omite ejercer una acción que aún no nace (...) En estas circunstancias, lo correcto es contar el plazo de prescripción desde que ocurra el daño, ya que desde ese instante surge el delito civil y el derecho a la reparación...”⁹³ Barros alude también al plazo máximo dentro del cual sería razonable deducir la acción, señalando que de conformidad a los principios generales en materia de prescripción, resulta razonable asumir como límite el plazo máximo de prescripción extraordinaria, esto es, diez años contados desde la comisión del hecho.

El profesor Rodríguez Grez se suma de la misma forma a la doctrina “moderna”, afirmando: “El plazo de cuatro años se cuenta desde la *perpetración* del acto. Como se ha señalado (...) ello ocurre cuando concurren todos y cada uno de los presupuestos que conforman el ilícito civil (un hecho activo o pasivo del hombre, que sea imputable, antijurídico, que cause daño y siempre que exista relación de causalidad entre el hecho y el daño). No cabe duda que así debe interpretarse la ley, si se considera que ella se refiere al derecho a ser indemnizado, y éste sólo surge cuando el ilícito se ha consumado, no antes. La norma, además, alude a la perpetración (consumación) del acto y éste supone que se reúnen los requisitos consagrados en la ley. Por último, malamente podría sostenerse otra cosa, ya que ello implicaría suponer que la prescripción comienza a correr antes que el derecho nazca.”⁹⁴

La misma opinión sostienen Hernán Corral Talciani⁹⁵ y Ramón Domínguez Águila⁹⁶.

Recientemente, Fabián Elorriaga ha vuelto sobre esta materia, en un completo trabajo, que resumiremos en las líneas que siguen.⁹⁷ Subraya que “La tesis del siglo pasado en esta materia está abandonada por la doctrina contemporánea especializada del Derecho Civil. La unanimidad de los maestros que en los últimos diez años se han ocupado de este tema, resuelven que si los perjuicios provenientes de un suceso lesivo se hacen manifiestos después de la ocurrencia de éste, la prescripción de la acción indemnizatoria puede y debe ser contada sólo desde que el daño se hace evidente, pero no desde que ocurre el hecho mismo.” Señala los siguientes argumentos en que apoyar esta conclusión:

i) Los requisitos de la responsabilidad extracontractual: los requisitos necesarios para que surja la responsabilidad extracontractual, el daño entre ellos, son copulativos. Por eso, mientras no hay daño, no puede decirse que se ha cometido un delito o cuasidelito civil. En tanto no exista perjuicio, mientras el daño no se haya

⁹³ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 922-924.

⁹⁴ Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 483.

⁹⁵ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, ob. cit., p. 305.

⁹⁶ Domínguez Águila, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, ob. cit., pp. 377 y siguientes.

⁹⁷ Elorriaga de Bonis, Fabián, artículo “El día de inicio del plazo de prescripción de una acción indemnizatoria cuando el perjuicio se ha manifestado con posterioridad al hecho que lo origina”, en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso, 2007*, Alejandro Guzmán Brito (editor científico), Santiago de Chile, LegalPublishing, 2008, pp. 771-789.

materializado o manifestado en alguna forma, nada puede indemnizarse; esto evidencia absolutamente que la acción indemnizatoria surge con el perjuicio y no con el mero hecho.

ii) No debe admitirse una interpretación que conduzca a un absurdo: afirmar que la prescripción de la acción indemnizatoria principia a transcurrir antes de que ocurra el perjuicio implica un absurdo imposible de aceptar. De seguirse esta tesis, sucedería que el plazo de prescripción se iniciaría antes que el nacimiento de la acción misma, lo que, obviamente, no puede ser admisible, sin destrucción de una mínima lógica jurídica.

iii) A lo imposible, nadie está obligado: es irrefutable que cuando de un hecho no se manifiestan daños apreciables, la teórica víctima no está en posición de entablar acción alguna. Ella en verdad se encuentra impedida de accionar en contra del teórico victimario, ya que el perjuicio o aún no existe o permanece desconocido. Opera aquí, entonces, la regla comúnmente aceptada acerca de que al impedido no le corre plazo, que los romanos acuñaron bajo la frase "agüere non valenti, non currit praescriptio" (la prescripción no corre para el que no puede ejercitar una acción).

iv) No es correcto el argumento histórico invocado por Alessandri: como dijimos, éste autor había afirmado que el art. 2332 había resuelto, en nuestro Código, la discusión originada en el Derecho francés, respecto del inicio del plazo de prescripción. En efecto, postula la doctrina reciente que en realidad no habría existido dicha discusión entre los tratadistas franceses, y que la opinión de los mismos apuntaba a que la prescripción en sede extracontractual se contaba, y se sigue haciendo, desde la fecha que se manifiesta el perjuicio que se pretende reparar. Los autores franceses que cita Alessandri, afirmaban en realidad lo opuesto a la tesis de Alessandri: esto es, que la prescripción por ilícitos civiles se cuenta desde la fecha en que se produjo el daño; se trata de Planiol y Ripert; los hermanos Mazeaud; y Demogue. Planiol y Ripert decían al efecto que "la prescripción corre solamente desde que se reúnen todas las condiciones que dan derecho a reparación, en particular el perjuicio y que antes de ello la víctima no está obligada a demandar". Los Mazeaud sostenían por su parte que "la acción de responsabilidad, y por tanto la posibilidad de ejercerla ante la jurisdicción competente, nace, por regla general, en el día en que la víctima sufrió el daño. Una culpa no basta para accionar. El perjuicio es uno de los tres elementos esenciales de la responsabilidad." A su vez, Demogue afirmaba que "cuando se completa el daño se produce el nacimiento de la acción"; así, tratándose de "la viuda de un individuo muerto a consecuencia de heridas, el perjuicio no comienza para ella sino con la muerte del marido, su acción comienza a prescribir sólo ese día". Concluye Elorriaga aseverando que a la vista de estos antecedentes, no existió ni existe en el Derecho francés una controversia como la sugerida por Alessandri.

v) Las reglas de interpretación conducen a que la prescripción del art. 2332 se inicia cuando existe perjuicio: siguiendo a Alessandri, podría pensarse que la tesis de computar el plazo de prescripción desde que se produce el daño y no desde la comisión del hecho, violaría las reglas de los artículos 19 y 23 del Código Civil, en cuanto a no desatender el tenor literal de la ley y en lo que respecta a no discriminar lo odioso de lo favorable de un precepto legal. No hay tal sin embargo. Respecto del tenor literal, no puede dejar de advertirse que el precepto comienza diciendo "Las acciones que concede este título por daño o dolo...", lo que deja en evidencia que la acción de indemnización surge con el daño. Así lo dice la norma: la acción se otorga en virtud del daño, y si éste no existe, no hay acción alguna que pueda deducirse. Por la misma razón, no se infringe el artículo 23 del Código Civil, pues no se está privilegiando lo favorable o lo odioso de la disposición, para generar una interpretación que redunde en beneficio exclusivo de la víctima. Se trata de una hermenéutica con bases estrictamente técnicas y de justicia. La base técnica viene dada por la concurrencia del daño para la configuración del ilícito civil. La justicia está dada porque resulta poco

equitativo para la teórica víctima que la prescripción de su acción se le cuente desde antes que ella haya nacido.

vi) Una interpretación armónica impone que la prescripción del artículo 2332 se compute desde que se presenta el daño: buena parte de la normas referidas a un daño que se manifiesta con posterioridad a los hechos que los causan, resuelven que la prescripción se cuenta desde la concurrencia del perjuicio, y no desde el hecho mismo. Tal ocurre con el art. 79, inc. 1º, de la Ley Nº 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales (las acciones para reclamar las prestaciones por enfermedades profesionales prescribirán en 5 años, “desde el diagnóstico de la enfermedad. En el caso de la neumoconiosis, el plazo de prescripción será de quince años, contado desde que fue diagnosticada”); Decreto Ley Nº 3.557 de 1980, sobre Control de Plagas, artículos 8 y 36; Ley Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, art. 63: “La acción ambiental y las acciones civiles emanadas del daño ambiental prescribirán en el plazo de cinco años, contado desde la manifestación evidente del daño.”. Estas normas darían cuenta de cuál es el espíritu general de nuestra legislación en esta materia, y deben armonizarse con el art. 2332 del Código Civil, conforme a lo previsto en el art. 24 del mismo cuerpo legal.

vii) La institución de la prescripción requiere de una interpretación restringida: la doctrina ha subrayado que la prescripción es de interpretación restrictiva, pues su declaración es la última ratio, es decir, la última medida que el juez debe tomar cuando no es posible sustentar ningún criterio favorable a la subsistencia del derecho. La interpretación de la prescripción debe ser restrictiva y en consecuencia ha de estarse por la solución más favorable a la subsistencia de la acción. Es decir, en caso de duda, debe estarse por la subsistencia del derecho.⁹⁸ De ahí que, agregue Elorriaga, “Se trata de beneficiar el derecho a la reparación del daño provocado, y no de fortalecer la imposibilidad física o material de la víctima de ser compensada por sus daños. Resolver que la prescripción de la acción de indemnización corre a pesar de que los perjuicios que mediante ella se pretende reparar no se han evidenciado, importa favorecer la institución de la prescripción por sobre la de la responsabilidad, ampliando el ámbito de la primera y restringiendo el de la segunda”.

viii) Los fundamentos de la prescripción extintiva exigen que ella no se inicie en tanto no haya verdadera inactividad de la víctima: la prescripción liberatoria constituye una sanción para quien no ha ejercido sus derechos en tiempo oportuno. Se castiga la inacción del titular del derecho. Ahora bien, si la teórica víctima aún no ha padecido daño, debido a que éste no se ha hecho evidente, no puede acusársele de negligencia en el ejercicio de su derecho.

ix) Con normas similares a la del Código Civil chileno, la doctrina y jurisprudencia de otros países han llegado a la conclusión de que la prescripción extintiva sólo corre una vez que se ha producido el perjuicio y éste ha sido conocido por la víctima: cita Elorriaga el inc. 1º del art. 2497 del Código Civil italiano, que dispone: “El derecho al resarcimiento del daño derivado de un acto ilícito prescribe en cinco años del día en el cual el acto ilícito se ha verificado”. No obstante tener un tenor similar a nuestro art. 2332, la jurisprudencia y la doctrina italiana han resuelto que si el daño se ha evidenciado después del día en que se verificó el hecho ilícito, la prescripción se cuenta desde ese momento y no desde el hecho mismo. A su vez, el art. 4037 del Código Civil argentino, establece: “Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”⁹⁹. La doctrina y jurisprudencia argentina, destaca Mosset de Espanés, “...de manera prácticamente unánime han entendido que la prescripción de

⁹⁸ Trigo Represas, F., y López Meza, M., *Tratado de responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2005, p. 576, citados por Elorriaga de Bonis, Fabián.

⁹⁹ Hoy, el art. 1561, inc. 2º del Código Civil y Comercial argentino, dispone: “El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años”.

esas acciones recién puede comenzar su curso cuando la víctima toma conocimiento del hecho dañoso".¹⁰⁰

x) Normas expresas del Derecho Comparado, recogen el principio de que no hay prescripción de la acción indemnizatoria si el perjuicio no se ha manifestado: así ocurre con el parágrafo 852 del Código Civil alemán, citado; lo mismo acontece con el art. 1968 N° 2 en relación con el art. 1902 del Código Civil español: "Art. 1968. Prescriben por el transcurso de un año: (...) 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado". Por su parte, el art. 1902 dispone: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."

En cuanto a la *jurisprudencia*, las primeras sentencias, según referimos al revisar la doctrina "tradicional", concluían que el plazo de cuatro años debía computarse desde la ejecución del hecho. Sin embargo, a partir del año 1967, dicho criterio comienza a mudar. En efecto, en una sentencia de la Corte Suprema de ese año, se expresa: "...no resulta difícil llegar a la conclusión que el artículo 2332 del Código Civil, que establece un plazo de prescripción de corto tiempo para las acciones que concede el correspondiente título, al referirse al momento inicial, diciendo 'contados desde la perpetración del acto', ha aludido al acto dañoso, pues no se puede suponer una absurda inconsecuencia de la ley en orden a exigir, para el nacimiento de la obligación de indemnizar, la producción de un daño, y, en cambio, prescindir de ese elemento fundamental para que empiece a correr el plazo especial de prescripción, pues –como bien se sostiene en el recurso– ello implicaría el que comenzara el término de la extinción de la obligación antes de que ella hubiera nacido (...) si bien es cierto que en numerosos casos el tiempo que transcurre entre la realización de la acción u omisión y la producción del daño es casi inapreciable, ello no autoriza al intérprete para transformar una regla de experiencia en una regla absoluta y resolver que ambas fases del hecho coinciden siempre en el suceder cronológico, pues se trata de momentos que jurídicamente tienen su propia autonomía (...) Que, por lo demás, el propio uso del vocablo 'perpetración', que implica la acción y efecto de 'perpetrar', lleva a la conclusión de que el Código se ha referido precisamente al hecho complejo –constituido por una acción u omisión, un daño y una relación causal– pues el verbo 'perpetrar' que según el léxico se aplica a delitos con culpa grave, significa 'cometer' o 'consumar', y no es posible sostener que se puede 'cometer' o 'consumar' un hecho dañoso sin que se produzca ningún daño (...) como consecuencia de lo dicho anteriormente debe entenderse que el momento inicial, desde el cual comienza a correr la prescripción especial de corto tiempo establecida en el artículo 2332 del Código Civil, es aquel en que se produjo el daño consecuencial a la realización, por parte del autor, de un delito o cuasidelito, pues la expresión 'perpetración del acto', usada en él, tiene el significado amplio de realización de una acción que provoca causalmente un daño indemnizable y no –como lo ha entendido la sentencia recurrida– significado restringido de sólo la acción, prescindiendo del resultado dañoso".¹⁰¹

Este nuevo criterio, se ha ido refrendando por la jurisprudencia, según puede apreciarse en sentencias de fechas 29 de diciembre de 1976, también de la Corte Suprema; 18 de abril de 1980, de la Corte de Apelaciones de Santiago; 6 de noviembre de 1981, de la Corte Suprema; 1 de septiembre de 2004, de la Corte de Apelaciones de Santiago; 19 de abril de 2005, de la Corte Suprema; 10 de agosto de 2005, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; 11 de noviembre de 2005, de la Corte de Apelaciones de Santiago.¹⁰²

¹⁰⁰ Mosset de Espanés, L., "El momento inicial de la prescripción y la ignorancia del hecho ilícito dañoso", en "Jus" 36, La Plata, 1984, p. 41, citado por Elorriaga de Bonis, Fabián, ob. cit., p. 784.

¹⁰¹ Citada por Elorriaga de Bonis, Fabián, ob. cit., pp. 785 y 786.

¹⁰² Citadas por Elorriaga de Bonis, Fabián, ob. cit., pp. 787 y 788.

Concluye Elorriaga sosteniendo, entre otras aserciones, que:

- i) La prescripción de la acción emanada de un ilícito comienza a correr solamente una vez que el delito o cuasidelito se ha configurado por la concurrencia de todos y cada uno de los factores necesarios para ello, específicamente por la verificación del requisito daño;
- ii) La lógica impide que la prescripción a que se refiere el art. 2332, empiece a correr antes que nazca la acción indemnizatoria. Esta sólo surge con el daño, y si no lo hay, la acción no nace;
- iii) Un principio general del Derecho es que a lo imposible nadie está obligado y que al impedido no le corre plazo. Por ende, es incuestionable que si de un hecho no resultan daños inmediatos, la supuesta víctima no tiene la posibilidad de deducir acción alguna, lo que a su vez impide que se inicie algún tipo de prescripción liberatoria;
- iv) Una interpretación literal del art. 2332 supone tener en cuenta que el artículo comienza señalando que las acciones que concede el título 35º del Libro IV, son por "daño" o dolo, de lo que se colige que no hay acción sin daño. Además, "perpetración" significa "consumación", y ella sólo se produce una vez que el daño originado con el hecho lesivo se manifiesta;
- v) El fundamento de la prescripción liberatoria es la inactividad del titular del derecho. Si en verdad no hay inactividad –porque el perjuicio no se ha evidenciado–, no puede correr prescripción;
- vi) Si se estimare que la solución propuesta conduciría en los hechos a una suerte de imprescriptibilidad, que atentaría contra la razonable certeza que debe presidir las relaciones jurídicas, bien podría concluirse que el plazo máximo de pendencia es de diez años, tomando como referencia los plazos máximos de prescripción existentes entre nosotros. De esta forma, podría concluirse razonablemente, que si bien la prescripción extintiva por delitos y cuasidelitos civiles se cuenta desde que el daño originado por ellos se manifiesta, el término no podrá pasar de un decenio contado desde que ocurre el hecho ilícito.¹⁰³

La doctrina "tradicional", sin embargo, sigue teniendo defensores. Así, Luis Valentín Ferrada Walker, tras analizar las fuentes romanistas y el Derecho de las Partidas, así como el Proyecto de Código Civil del año 1853 en lo que concierne al actual art. 2332, concluye que "desde la perspectiva de la historia fidedigna del establecimiento de la norma y de sus antecedentes históricos, debe entenderse que el "acto" es el hecho material que provoca los perjuicios, con independencia de la manifestación o conocimiento de los mismos".¹⁰⁴

16.- Causas eximentes y atenuantes de responsabilidad.

No obstante lo dispuesto en el art. 2329, el autor del daño puede no encontrarse en la obligación de repararlo parcial o íntegramente. Ello acontecerá, si concurren en su favor circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad, de igual forma que en el ámbito del Derecho Penal.

16.1 Eximentes de responsabilidad.

En materia civil, hay una sola y genérica causal eximente de responsabilidad: la ausencia de dolo o culpa del autor. Habrá exención de responsabilidad entonces, cuando el hecho no sea imputable al autor:

¹⁰³ Elorriaga de Bonis, Fabián, ob. cit., pp. 788 y 789.

¹⁰⁴ Ferrada Walker, Luis Valentín, "Aspectos históricos del artículo 2332 del Código Civil, hacia la recta interpretación del precepto", en *Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2010*, Gonzalo Figueroa Yáñez - Enrique Barros Bourie - Mauricio Tapia Rodríguez (coordinadores), Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing Chile, 2011, pp. 719-735.

- a) El caso fortuito o fuerza mayor. Excepcionalmente sin embargo, el caso fortuito no exime de responsabilidad, cuando sobreviene por culpa (art. 934 respecto a la ruina de un edificio, pero la regla debe generalizarse).
- b) La falta de culpa: art. 2320, inc. final.
- c) La culpa de la víctima, siempre y cuando sea la causa exclusiva del daño. Si el daño se debe sólo parcialmente a la culpa de la víctima, que comparte el autor del mismo, la responsabilidad únicamente se atenúa con una reducción de la indemnización (art. 2330).
- d) El hecho de un tercero extraño, por cuyos actos no se responde: por ejemplo, el caso de un vehículo que a consecuencia de ser colisionado por otro, causa daño.
- e) Cuando se actúa en legítima defensa: rigen las mismas condiciones que en el ámbito penal. La agresión debe ser ilegítima, el medio empleado para repeler el ataque debe ser proporcionado y no ha de mediar provocación suficiente por parte del que se defiende y ocasiona el daño.
- f) Cuando existe estado de necesidad: cuando una persona, puesta en situación apremiante de evitar un daño, accidentalmente causa otro. Rigen las mismas reglas que en el campo del Derecho Penal.

16.2 Cláusulas de irresponsabilidad.

Cometido el delito o cuasidelito el afectado puede renunciar válidamente a su derecho a reclamar las indemnizaciones pertinentes.

¿Qué ocurre cuando antes de la comisión de un delito o cuasidelito se pacta la irresponsabilidad del autor? Tratándose del dolo y de la culpa grave, tales cláusulas serían inadmisibles por objeto ilícito: art. 1465.

Se circunscribe el problema a la culpa leve y levísima. Aunque no hay unanimidad en la doctrina, la mayoría considera que las cláusulas de irresponsabilidad referidas a la culpa leve y levísima, serían válidas. Con todo, habrá que distinguir en la naturaleza del daño:

- i.- Si el daño recae en las cosas, la cláusula sería válida. El art. 1558 establece su validez respecto de la responsabilidad contractual, de manera que ninguna razón justifica que el mismo criterio no sea aplicable a la responsabilidad extracontractual.
- ii.- Distinta debe ser la solución si el daño recae en las personas: en tal caso, la cláusula no sería válida, puesto que no puede renunciarse o disponerse de la vida, la integridad física o el honor de las personas.

16.3 Atenuantes de responsabilidad.

Son las siguientes:

- a) Si el daño ha sido causado parcialmente por la víctima.
- b) Si se ha estipulado una cláusula atenuante de la responsabilidad, en los casos en que se admite su validez conforme a lo expuesto.
