

base de argumentos semejantes se puede dar por establecida la presunción cuando está acreditado que el demandado (usualmente un profesional) ha incurrido en un error que sea por sí mismo indicio *prima facie* de negligencia (*infra* N° 475), sin perjuicio de que puede probarse por el demandado lo contrario.

d) Mirada desde la perspectiva de la víctima, la presunción de culpabilidad por el hecho propio es un importante correctivo al sistema de responsabilidad por culpa. Sin embargo, su aplicación indiscriminada puede minar las bases del régimen general de responsabilidad por culpa probada, por lo que resulta necesario que las condiciones de aplicación y sus efectos sean justificados con cuidado por la jurisprudencia.

97. Efectos de la presunción. a) La presunción construida a partir del artículo 2329 presenta ciertas particularidades que usualmente han sido desatendidas. Para analizarlas es conveniente revisar los elementos de la doctrina jurídica sobre las presunciones.

Las presunciones consisten en inferencias de hechos que se pretenden probar a partir de otros hechos conocidos. La diferencia esencial entre las presunciones legales y las judiciales reside en la manera cómo se construye esa inferencia. En las presunciones legales la inferencia está realizada por la ley, que expresa la consecuencia probatoria que se sigue *ipso iure* del antecedente de hecho que la propia ley describe. En las judiciales, por el contrario, el juez debe construir un razonamiento basado en la experiencia y articulado lógicamente, que le permita establecer la relación entre dos hechos, uno conocido y otro que es inferido de aquél. Aunque, por lo general, la construcción de las presunciones judiciales es calificada como una cuestión de hecho, existen fallos que han establecido la doctrina, que parece ser correcta, en el sentido de que el juez sólo puede inferir hechos de otros hechos a condición de que muestre razonadamente que se cumplen los requisitos legales de gravedad (esto es, de proximidad a la certeza), precisión (esto es, de inequívocidad) y concordancia (esto es, de coherencia) que la ley exige (Código Civil, artículo 1717; Código de Procedimiento Civil, artículo 426 II).²³⁵

rio que con dolo o culpa causó el daño respectivo. Para condenar civilmente al Hospital demandado no es necesario acreditar cuál fue el específico dependiente culpable del daño, pues basta probar que alguien dentro de la organización hospitalaria incurrió en culpa y que dicha negligencia fue la causa del daño" (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, CJ 259, 38). Tras estos fallos tal vez se encuentre implícito el concepto de daño desproporcionado que ha desarrollado la jurisprudencia española en casos análogos para inferir la culpa. (Vicente en Reglero 2002 a 204).

²³⁵ Sobre el control judicial del razonamiento que lleva a la construcción de una presunción judicial de culpa, CS, 26.10.1922, RDJ, L XXI, sec. 1°, 947. La omisión de una argumentación razonada a partir de los hechos que permiten construir la presunción puede constituir un incumplimiento del artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, que, a su vez, puede dar lugar a una casación en la forma (artículo 768 N° 5).

b) A la luz de estos criterios generales en materia de presunciones, resulta evidente que la norma del artículo 2329 I establece una inferencia más bien indeterminada. En los párrafos anteriores se ha intentado discutir las condiciones de aplicación de esa regla; sin embargo, aunque se hagan avances en el intento de introducir criterios más precisos, resulta obvio que la nitidez del antecedente del cual se infiere la consecuencia, no es equiparable a otras presunciones legales. Por otro lado, tampoco se trata de reproducir las exigencias más rigurosas a que están sujetos los jueces para construir presunciones judiciales, porque con ello desaparece la función natural de una presunción legal como es evitar esa inferencia circunstanciada.

c) Atendidas estas circunstancias, en el derecho comparado se discute si la presunción referida no debe ser entendida más bien como una *prueba en principio*, consistente en la *aparición de culpa*, que se basa en la experiencia de que tal tipo de accidentes usualmente se deben a negligencia del demandado. En tales circunstancias, la presunción sólo alteraría el peso de la prueba mientras el demandado no muestre una explicación más razonable acerca de cómo pudo ocurrir el accidente por una causa distinta a su propia negligencia. Desbaratada de esa manera la presunción *prima facie*, la prueba de la diligencia correspondería al demandante, según las reglas generales; por el contrario, si el demandado no logra mostrar que hay razones para pensar que el daño ocurrió sin su culpa, resultaría responsable sobre la base de la prueba *prima facie* que permite la presunción.²³⁴ La regla establece esencialmente una alteración del riesgo de la prueba: si nada nuevo se logra probar, el efecto será que el demandante habrá acreditado la negligencia.

d) Esta interpretación tiene la ventaja de ser consistente con el texto del artículo 2329 I, que parece aludir a una *prueba en principio* basada en la experiencia, más que a una presunción de efectos más radicales. Así, por ejemplo, si alguien es herido por un disparo de un arma de fuego, a falta de prueba que desvirtúe la presunción, se entenderá que se trata de un acto negligente; pero mostrado por el demandado que lo hizo con ocasión de un asalto, lo que podría justificar su acción, la prueba de la negligencia correspondería al demandante.

Asimismo, esta interpretación establecería un adecuado equilibrio entre las partes, que resulta más apropiado al sistema de responsabilidad por culpa: ante una evidencia en principio de que el demandado es culpable, la víctima no se ve en la necesidad de enfrentar, eventualmente, una *prueba diabólica* para mostrar la culpa del autor del daño; pero si el demandado está en condiciones de desbaratar esa prueba en principio, el efecto

²³⁴ Kötz 1991 97, Jones 2002 219. Esta interpretación de la regla se hace cargo de la crítica de Corral 2003 229, de que la interpretación del artículo 2329 como una presunción legal tiende a caer en una tautología, pues de lo que se trata es de alterar la posición estratégica de las partes a la luz de que el hecho, bajo circunstancias ordinarias, puede ser tenido por culpable.



natural es que se vuelva a la situación originaria en materia probatoria, esto es, que la prueba en adelante le corresponda a quien pretende hacer valer la responsabilidad.

e) Un análisis más detallado del artículo 2329 muestra que en materia probatoria, como en la valoración de la culpa, más que distinciones categóricas, existen progresivas distinciones, cuyos contornos deben ser delimitados evolutivamente por la jurisprudencia.

§ 15. DOLO O CULPA INTENCIONAL

a. Concepto de dolo

98. El dolo civil como intención. a) La ley hace referencia al dolo y a la culpa como condiciones alternativas de la responsabilidad civil, dando lugar en el primer caso a delitos civiles y en el segundo a cuasidelitos (artículos 1437, 2284 y 2314). En circunstancias que en materia civil la culpa y el dolo son, por lo general, requisitos equivalentes de responsabilidad, la discusión doctrinaria acerca del concepto de dolo carece de la importancia relativa que tiene en materia penal. Aun en los casos en que haber actuado intencionalmente hace la diferencia (*infra* N° 100), la definición precisa del dolo no tiene la significación práctica que tiene para los penalistas atendida la equiparación que la ley civil hace de los efectos del dolo y de la culpa grave.²³⁵

b) El artículo 44 del Código Civil define dolo como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Si la regla es entendida restringidamente, de modo que lo determinante para que el acto sea calificado como doloso es la intención precisamente dirigida al daño, el ámbito de aplicación de la regla sería muy estrecho, pues ni siquiera sería dolosa la conducta del agente que realiza conscientemente el daño como un medio para obtener un beneficio.²³⁶

En verdad, ese concepto de dolo supera las exigencias que el derecho penal ha definido para el dolo directo, la forma más fuerte de intencionalidad. En efecto, desde el punto de vista del autor, el elemento volitivo del dolo penal directo se satisface cuando el resultado dañoso es un presupuesto o un estado intermedio para alcanzar la meta que el autor se propone con su acción.²³⁷

²³⁵ Cury 2005 304.

²³⁶ Alessandri 1943 163. Aplicando esta definición estricta de dolo, se ha fallado que éste debe consistir en "actos o manifestaciones de la voluntad positivos y formalmente determinados a causar el daño que se reclama" (Corte de Santiago, 1.1.1925, confirmada por la CS [cas. fondo], 8.3.1927, RDJ, t. XXV, sec. 1°, 117). Otros ejemplos de esta especie de dolo en CS, 15.11.1927, RDJ, t. XXV, sec. 1°, 501, donde los hechos analizados muestran con elocuencia la intención de dañar; Corte de Santiago, 21.4.1993, RDJ, t. XC, sec. 2°, 57, donde se sanciona un caso de simulación absoluta cometida en perjuicio de un acreedor de los demandados.

²³⁷ Stratenwerth 1976 106.

Todo indica que la definición civil de dolo no puede ser entendida de una manera tan restringida, que sólo comprenda el propósito dirigido principalmente a dañar (esto es, la intención maligna basada en el resentimiento y no en el interés). A pesar de su definición tan estricta del dolo, Alessandri parece aceptar que éste se extiende a situaciones en que la intención final es el propio provecho, aunque de paso se cause un daño, incluido el fraude.²³⁸ Así, es inequívocamente dolosa la conducta de quien realiza una simulación absoluta en perjuicio de acreedores, aunque la finalidad haya sido evitar la ejecución forzada y no causar a aquéllos un mal.²³⁹

Es interesante a este respecto que Bello designe a Pothier como fuente de la norma del artículo 44.²⁴⁰ En efecto, según Pothier, el dolo civil se refiere a la conducta "maligna", que es resultado de la reflexión, pero que en ningún caso está limitada al propósito exclusivo de causar daño, sino también a la intención que se limita a aceptar el daño como consecuencia de la acción (el daño como "externalidad" negativa aceptada por el autor, diría un economista). Por lo demás, Pothier tiene claro que los límites civiles del dolo, gracias a la identificación con la culpa grave, se extienden hasta la mala fe, esto es, la conducta contraria al decoro y a las buenas costumbres que deben regir la actividad que amenaza con dañar a los demás.²⁴¹

c) Lo común del dolo, entendido como culpa intencional, resulta ser la *utilización voluntaria del otro para los propios propósitos*.²⁴² En tal sentido, el concepto civil de dolo no sólo comprende la intención de dañar en sentido estricto, sino la aceptación voluntaria del ilícito con conciencia de la antijuridicidad de la acción,²⁴³ donde la intención se puede referir tanto a los fines como a los medios.²⁴⁴ Sólo en forma excepcional lo querido es el

²³⁸ Alessandri 1943 164.

²³⁹ Corte de Santiago, 21.4.1993, RDJ, t. XC, sec. 2°, 57.

²⁴⁰ Proyecto de 1853, nota a los artículos 42 y 43, que corresponden al artículo 44 vigente; A. Bello se refiere a las observaciones generales que Pothier formula al fin de su Tratado de las Obligaciones (Pothier 1761 N° 553).

²⁴¹ Pothier, en el texto citado en la nota precedente, se refiere esencialmente a la clasificación tripartita de la culpa, que A. Bello, a diferencia del código francés, acoge en el código chileno. Lo interesante es que cuando se refiere al dolo contractual, expresa que para los romanos el dolo "comprende no solamente la malicia y el deseo de perjudicar, sino también la falta grave, lata culpa, como está opuesta a la buena fe requerida (...) y es en ese sentido que las leyes dicen que *lata culpa comparatur dolus, lata culpa dolus est*". De este modo, la asimilación del dolo a la culpa grave permite extender el concepto de dolo desde la intención exclusiva de dañar hasta la simple mala fe, esto es, la conducta contraria a la decencia y a las buenas costumbres del tráfico (Pothier 1761 N° 554). Cuando se refiere al dolo en el cuerpo principal de su tratado, Pothier lo define, en sede contractual, como "cualquiera clase de artificio de que uno puede servirse para engañar a otro" (ídem N° 28), y en sede delictual civil, simplemente como malignidad, que asocia luego a la idea de reflexión (esto es, de conocimiento y voluntariedad), en oposición a la imprudencia usualmente irreflexiva e inconsciente.

²⁴² Finnis en Owen 1995 244.

²⁴³ Palandt/Heinrichs § 276 11.

²⁴⁴ Finnis en Owen 1995 229.



perjuicio ajeno, con exclusión de otro interés. Más generalmente, la intención se reduce a aceptar el daño como una consecuencia colateral de la acción. Pero también se extiende a la simple *mala fe* (que incluye la actuación temeraria contraria a la decencia y las buenas costumbres) y al *fraude* (esto es, al engaño por acción u omisión, abusando de la autoridad o de la experiencia o proporcionando a sabiendas información falsa).²⁴⁵

d) Atendida la extensión del dolo civil, gracias a que encuentra sus límites en la culpa grave, tiene una importancia más bien secundaria el análisis del *dolo eventual*.²⁴⁶ El dolo eventual plantea diversas dificultades de aplicación en materia civil. Ante todo, porque la mera representación y aceptación del daño no son constitutivos de culpa *per se*, sino sólo en la medida que se incurre en contravención a un estándar de cuidado debido. La situación más típica de dolo eventual en el derecho civil se produce cuando puede asumirse que el autor del daño ha aceptado voluntariamente el daño, atendido lo probable y peligroso del resultado. Pero, en este punto, el dolo de nuevo se encuentra con la culpa grave: es indiferente si el autor del daño aceptó ese resultado altamente riesgoso (caso en el cual habrá culpa intencional) o si en grave desconsideración del interés ajeno simplemente lo ignoró (como en el caso de la culpa grave).

La existencia de un continuo entre la intención positiva de causar daño a otro y la temeraria desconsideración del interés ajeno se muestra ejemplarmente cuando el autor del daño ha actuado bajo un error de prohibición: un error inexcusable acerca de un deber legal o de un derecho ajeno no excluye la responsabilidad, como tiende a ocurrir en el derecho penal.²⁴⁷

²⁴⁵ Para un análisis del concepto y extensión del fraude civil, especialmente desde el punto de vista de los efectos de los actos fraudulentos, R. Domínguez Á. 1991.

²⁴⁶ La Corte Suprema ha señalado que "existe dolo eventual cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado, que no se proponía causar, pero que, en definitiva, lo acepta (lo ratifica) para el caso de que tal evento llegara a producirse" (CS, 21.4.1960, RDJ, t. LVII, sec. 4°, 60). En el mismo sentido, se ha fallado que "el hecho de disparar un arma de alto poder ofensivo, de un calibre objetivamente destructivo, que se porta precisamente para asegurar la acción de vigilancia de bienes familiares, en contra del cuerpo de una nueva víctima pone de manifiesto que si bien no ha perseguido el resultado ilícito de su muerte, se la ha podido representar como mera posibilidad y no obstante ello su voluntad se ha movido precisamente a disparar y herir, asumiendo los resultados que de ello provengan. En definitiva, la acción voluntaria ejecutada debe ser tenida como dolosa, bajo la forma doctrinaria de dolo eventual" (CS, 3.6.2002, GJ 264, 114). En el derecho francés se ha desarrollado el concepto de *culpa inexcusable* para referirse a hipótesis de dolo eventual; la culpa inexcusable ha sido entendida como una culpa de excepcional gravedad, que deriva de un acto u omisión voluntaria, en conciencia del peligro que el autor debía tener, en ausencia de toda justificación y sólo distinguible del dolo por la ausencia de intención de producir el daño. Se comprueba que esta definición jurisprudencial dada en materia de accidentes del trabajo (cass. civ., 15.7.1941), corresponde al dolo eventual, donde el resultado no es querido pero sí aceptado con descaro (Mazeaud/Chabas 1998 455 y 468).

²⁴⁷ Deutsch/Ahrens 2002 58.

99. **Culpa intencional y culpa grave.** a) Se ha avanzado en el párrafo anterior en mostrar que en materia civil no es posible (ni necesario) establecer una distinción analíticamente precisa entre el dolo y la culpa grave. La culpa grave "consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia emplean en sus negocios propios" (artículo 44 II). Aunque la definición tiene en vista la relación contractual, el principio que de ella se sigue tiene validez general.

También se aplica en materia extracontractual la asimilación que la misma disposición hace de la culpa grave al dolo.²⁴⁸ En materia civil, un descuido de esta magnitud se asimila al dolo, es decir, la mala intención y la temeraria desconsideración son tratadas del mismo modo. Como se ha visto en el párrafo anterior, hay un punto donde la desconsideración respecto de los demás se cruza e identifica con la intención, lo que explica, como se vio en el párrafo anterior, que Pothier la haya identificado con la mala fe.

b) Aunque sus efectos sean los mismos, la culpa grave y el dolo plantean algunas diferencias en relación con la prueba. Mientras la culpa grave es esencialmente objetiva, pues resulta de la comparación de la conducta real con el estándar de una persona negligente, el dolo se caracteriza por la intencionalidad del autor. A efectos de dar por establecida la culpa grave, bastará acreditar la conducta efectiva y los hechos que muestran que se ha incurrido en esta especie de negligencia, sin que sea necesario probar intención alguna. El dolo, por el contrario, se aprecia en concreto²⁴⁹ y exige que el juez infiera la intención a partir de los hechos de la causa. También desde este punto de vista la identificación de la culpa grave y el dolo resulta de importancia práctica en el juicio de responsabilidad civil: la prueba objetiva de la culpa grave evita tener que penetrar en la subjetividad del autor del daño.

Con la reserva anterior, y a diferencia de lo que ocurre en materia contractual, no se plantean en sede extracontractual problemas respecto a la carga de la prueba: tanto la culpa grave como el dolo deben ser probados por quien los alega.²⁵⁰

100. **La intención como elemento constitutivo de ilícitos en los negocios.**

a) Una de las diferencias fundamentales entre la ilicitud civil y penal radica, como se ha visto, en el lugar que ocupan la culpa y el dolo: mientras en el derecho penal sólo excepcionalmente se responde por cuasidelitos (Código Penal, Libro II, Título X), la regla general en materia civil es que resulta suficiente la culpa. La doctrina civil tiende a generalizar esta conclusión. Sin embargo, como es usual en materia de responsabilidad, esta generalización es a veces incorrecta, porque hay grupos de casos en que sin intención o, al menos, sin conocimiento, real o presunto, de que se está incurriendo en un ilícito, no puede haber responsabilidad.

²⁴⁸ Alessandri 1943 168.

²⁴⁹ Ídem.

²⁵⁰ Un equilibrado análisis de las semejanzas y diferencias probatorias entre el dolo y la culpa grave en materia contractual en Banfi 2004 211 y Abeliuk 1993 683.

A la inversa, a diferencia de lo que usualmente se ha entendido,²⁵¹ no siempre la intención de causar daño acarrea responsabilidad. Por cierto que hay responsabilidad cuando se atenta voluntariamente contra la vida, la integridad física o moral de las personas y en contra de la propiedad; pero, por regla general, no se es responsable por daños patrimoniales causados intencionalmente en ejercicio del derecho a emprender, porque un sistema de intercambios basado en el contrato supone una fuerte competencia (*infra* § 67).²⁵²

b) Estos tipos de ilícitos contradicen las ideas generales sobre el dolo (del cual, en principio, siempre se responde) y sobre la culpa (que, por lo general, es suficiente en un grado leve para generar responsabilidad), porque, en un extremo, hay ilícitos que sólo tienen lugar cuando se ha obrado con conocimiento real o presunto de la ilicitud y, en el otro, hay situaciones en que aun la circunstancia de haberse actuado con intención de dañar no constituye *per se* al acto en ilícito.

En general, este último es el caso cuando el actor ejerce el derecho a emprender una actividad económica. La libertad para emprender y la competencia son compatibles con causar daños a los demás sin incurrir en ilícitos civiles. Quien desarrolla una actividad económica suele causar perjuicio a sus competidores. Más prosaicamente, quien gana un concurso o un lugar en la universidad deja en el camino a otros postulantes y el esfuerzo está precisamente orientado a superar el umbral de exclusión de los competidores. La práctica de la competencia comercial lleva al mismo resultado. Incluso es legítimo "atacar" un aspecto débil del competidor con una política comercial orientada precisamente a ese fin, a efectos de obtener una mejor posición en el mercado.²⁵³ El derecho civil es históricamente reticente a proteger la posición adquirida por quienes desarrollan actividades económicas, tanto porque ello no sería compatible con la libertad de emprender y contratar, como porque conduciría a resultados ineficientes.²⁵⁴

En definitiva, el ejercicio del derecho a realizar una actividad económica lícita (Constitución, artículo 19 N° 23) actúa usualmente como eximente de responsabilidad (*supra* N° 79), salvo que se haya actuado en forma abusiva. El problema, por consiguiente, es cuán extensa es esa impunidad y dónde comienzan los ilícitos que dan lugar a responsabilidad civil (*infra* N° 188).²⁵⁵

²⁵¹ Alessandri 1943 164.

²⁵² Sobre la distinción lógica entre voluntad y acción, Anscombe 1963 89.

²⁵³ Algo semejante ocurre en materia de relaciones laborales cuando se ejerce el derecho legal a la huelga (Código del Trabajo, artículo 369). El propósito inmediato de la huelga es causar un daño al empresario, que se traduce en la imposibilidad de cumplir contratos con clientes y proveedores, en lucro cesante y en pérdida de *good will* comercial, todo lo cual es lícito, a condición de que se cumplan los requisitos legales.

²⁵⁴ Epstein 1999 576, Weir 2002 173.

²⁵⁵ Weir 1997 8.

c) El derecho contemporáneo ha establecido diversos ilícitos específicos que persiguen proteger la corrección y la decencia en las relaciones competitivas sobre la base de hacer responsable a quien incurre *intencionalmente* en conductas que el derecho califica de antijurídicas. Es lo que ocurre en materia de libre competencia con el abuso de posición dominante (*infra* § 67 a); en el ámbito de la competencia comercial con las hipótesis de competencia desleal (*infra* § 67 b); en el mercado de valores, con el fraude por abuso de información privilegiada (*infra* § 66 h); en materia de sociedades anónimas, con las infracciones a los deberes de lealtad (*infra* § 56 d); y en materia contractual, con la intervención en contrato ajeno (*infra* § 65 b).

El límite pasa en estos casos por algún tipo de intencionalidad o de incorrección de los medios empleados, que se expresa al menos en el conocimiento de que se está actuando mediante engaño o de otro modo contrario a las buenas costumbres del tráfico comercial. Lo peculiar de estas situaciones radica en que la fuente de responsabilidad es la intención, entendida a lo menos como dolo eventual, y no el mero descuido o la simple aceptación como posible del daño ajeno.

d) De lo anterior se sigue una importante consecuencia práctica en cuanto a las acciones de que dispone la víctima de estos ilícitos. Ocurre que es usual que los personalmente responsables son los administradores de sociedades, que actúan, sin embargo, en beneficio de personas relacionadas (véase, por ejemplo, Ley de sociedades anónimas, artículos 44 I y 42 N° 6 y 7). En estos casos, aunque la persona relacionada no haya participado del ilícito, habrá en su contra acción resarcitoria de los beneficios obtenidos del dolo ajeno (*infra* N° 718).

b. Diferencias entre los efectos de la culpa intencional y la mera negligencia

101. Personas que se aprovechan del ilícito ajeno. a) Quienes incurrir en dolo o culpa grave son personalmente responsables del ilícito y deben reparar todos los perjuicios sufridos por la víctima. Pero el derecho privado agrega una acción en el caso del dolo, cuyo fin preciso es la restitución por terceros de los beneficios que se siguen del ilícito intencional (artículos 1458 III y 2316 II). Desde luego que el dolo ajeno debe haber sido causa del daño, porque de lo contrario tampoco tiene sustento la acción resarcitoria contra quien se ha beneficiado.²⁵⁶

En consecuencia, el actor debe probar en el juicio resarcitorio contra el tercero tanto el beneficio que ha obtenido, como la causalidad entre el ilícito y el provecho. Esta última es relevante en sus dos dimensiones: ante todo, como causalidad natural, esto es, que el beneficio haya sido obtenido precisamente a causa del dolo; además, el beneficio

²⁵⁶ Diferente en este punto Alessandri 1943 482.



debe estar en una relación de suficiente proximidad con el ilícito, lo que usualmente ocurrirá si el beneficio del demandado se obtiene del curso ordinario de acontecimientos que siguen al acto de quien defrauda. La acción es en particular importante en el caso de los ilícitos de negocios, en que se requiere la intención de quien los comete y usualmente se persigue el beneficio de un tercero (por ejemplo, una persona relacionada, en el sentido de la Ley de valores, que no participa en forma personal del fraude).

b) Cabe preguntarse si esta pretensión restitutoria es también reconocida respecto de quien se ha beneficiado de la culpa grave ajena. Puede argumentarse que la norma del artículo 2316 II se refiere de manera exclusiva al dolo, de modo que ese efecto expansivo debe restringirse propiamente a la culpa intencional.²⁶⁷ Sin embargo, la igualación de los efectos de la culpa grave y el dolo da también un fundamento de texto para sostener la posición diferente (artículo 44 II).

En este libro se ha optado por una amplia identificación de los efectos de la culpa grave al dolo (*supra* N° 99). Ella tiene particular justificación en el caso de la acción restitutoria, porque cuando el ilícito cede en beneficio de terceros, en razón del extremo descuido de una persona en sus deberes de cuidado o lealtad con otra, existe la misma razón para actuar contra el beneficiario que si se hubiera actuado con intención; así ocurre, por ejemplo, con quien con completa desaprensión de los deberes de lealtad para con la sociedad, aprovecha en favor de una empresa relacionada una oportunidad de negocios que por su origen pertenecía a la sociedad de la que es gerente o director (*infra* N° 628). De hecho, la completa desconsideración de los intereses de terceros sólo se diferencia usualmente de la culpa intencional en que su prueba recurre a elementos objetivos y no es necesario escudriñar en la intención.

102. Daños imprevisibles e imputación objetiva de las consecuencias de un ilícito. a) Contrariamente a lo que ocurre en materia penal, en principio, los efectos civiles del dolo y de la culpa grave son idénticos a los de la mera negligencia. Sin embargo, hay dos importantes materias en que es conveniente un análisis más diferenciado: la extensión de la reparación a los daños imprevisibles y la importancia de la intención en la valoración del daño moral.

b) La doctrina tradicionalmente ha sostenido que la norma del artículo 1558 I del Código Civil no se aplica en materia extracontractual. Así, mientras el deudor contractual que ha incurrido en culpa sólo responde de los perjuicios que se previeron o pudieron verse a la época del contrato, a diferencia de lo que ocurre si ha actuado con dolo o culpa grave, en materia extracontractual la responsabilidad comprendería los perjuicios previsibles e imprevisibles, se haya actuado con dolo o con culpa. Se ha argumentado a ese efecto que la norma del artículo 1558 se refiere a lo

²⁶⁷ Así, Alessandri 1943 483.

que pudo ser previsto a la época del contrato, de modo que en este ámbito se agotaría su aplicación.²⁶⁸

Esta interpretación hace sentido, si se atiende a que el contrato tiene por una función esencial que las partes se atribuyan recíprocamente los riesgos, de modo que el límite natural de la responsabilidad por culpa está dado por el daño que resulta previsible al momento de contratar.

Distinta es la situación en materia extracontractual, donde no hay convención previa, sino una actuación del demandado que ha causado daño al demandante, de modo que no está predefinido un ámbito de riesgo que típicamente pertenece a la relación entre las partes. De ahí que se estime, en general, que la previsibilidad de los perjuicios no es un límite aplicable en ese tipo de responsabilidad.

Sin embargo, también en el caso de la responsabilidad extracontractual surge la pregunta por los daños indemnizables. Asumido que la culpa supone que el perjuicio inicial provocado por el hecho culpable del demandado debe ser previsible, porque de lo contrario el juicio de diligencia carece de sentido (*supra* N° 48), queda pendiente la pregunta por los límites de la responsabilidad respecto de los daños subsecuentes, que se siguen de ese daño inicial. Esta cuestión se relaciona con los límites de los daños indemnizables, de manera análoga a como se resuelve en materia contractual el requisito de que los perjuicios sean previsibles.

La doctrina trata esta materia a propósito del requisito de causalidad. Como se verá, en verdad se trata de descubrir cuáles daños subsecuentes, que son causalmente derivados de un daño inicial, pueden ser imputados objetivamente al hecho culpable del demandado. En el caso de un accidente de tránsito, por ejemplo, se trata de saber si quien lo provocó por su negligencia puede ser hecho responsable del daño mayor provocado por un error médico ocurrido al tratar las heridas sufridas por la víctima.

Usando el lenguaje del Código Civil, la pregunta deviene en buscar los criterios que permiten distinguir el *daño directo* del indirecto. Entre los conceptos utilizados para resolver esta cuestión reaparece la idea de previsibilidad. Sin embargo, la doctrina tiende a estar de acuerdo en que el requisito de que los daños sean previsibles establece un límite muy próximo a la responsabilidad, de modo que se prefiere el concepto de adecua-

²⁶⁸ Duccl 1936 174, Alessandri 1943 552; así también, CS, 14.4.1953, RDJ, t. L, sec. 4°, 40. La misma doctrina ha sido sostenida por la jurisprudencia francesa, que también ha reducido el efecto de la imprevisibilidad a la responsabilidad contractual (Viney 1995 304, Viney/Jourdain 2001 579). En el derecho alemán, la imprevisibilidad no es relevante como factor limitante de la responsabilidad por los efectos consecuenciales del hecho; sin embargo, sólo se responde de los perjuicios que están en una relación de adecuación con el hecho ilícito (y ese no suele ser el caso de los perjuicios imprevisibles). También en el derecho del *common law* la previsibilidad suele ser importante en sede de causalidad, al señalarse que sólo está en relación de causa próxima con el hecho culpable el daño directo, entendiéndose por tal el perjuicio previsible (Jones 2002 267); en general, sobre la previsibilidad como criterio de imputación objetiva de los daños subsecuentes a la acción del demandado, *infra* N° 255; en relación con el criterio de adecuación, *infra* N° 257.

ción u otros que cumplan esa función limitante de una manera normativamente más satisfactoria (*infra* § 30, especialmente N° 255).

c) En otras palabras, tanto en materia contractual como extracontractual el derecho debe poner un límite a los daños derivados de los cuales se responde; sólo que en la primera, la idea de perjuicios previsibles resulta ajustada a la naturaleza de la relación, mientras que en sede de responsabilidad extracontractual otras doctrinas resultan más apropiadas.²⁵⁹

Por eso, aunque la norma del artículo 1558 I se aplica sólo en materia contractual, se puede sostener que es una característica general de la responsabilidad por culpa que sólo comprenda los perjuicios que pueden ser razonablemente imputados al hecho culpable, esto es, que pertenecen al desencadenamiento natural de los acontecimientos a partir del hecho que genera la responsabilidad (perjuicios a cuyo respecto el hecho ilícito está en relación de causa adecuada).²⁶⁰ En otras palabras, se puede asumir que la responsabilidad por culpa sólo puede ser atribuida respecto de aquellos riesgos que guarden una relación objetiva de proximidad con el ilícito del demandado (idea que en materia contractual se expresa con el requisito de que los perjuicios indemnizables sólo son los que eran previsibles para el deudor al momento de contratar).²⁶¹

d) Las explicaciones anteriores permiten replantear la pregunta por las diferencias entre la responsabilidad extracontractual por culpa y por dolo. Por la referencia que la norma del artículo 1558 I hace a los perjuicios que pudieron preverse al momento de contratar, se puede asumir que no resulta aplicable en materia de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, también en materia de responsabilidad extracontractual el dolo resulta influyente al momento de determinar la extensión de los perjuicios indemnizables, porque es un principio general del derecho privado que quien actúa maliciosamente tiende a hacerse responsable de todas las consecuencias de su conducta (*infra* N° 261).

103. Importancia de la intención en la valoración del daño moral. En la práctica jurisprudencial, la valoración de la indemnización por daño moral suele depender del juicio de valor respecto de la conducta del deman-

²⁵⁹ Específicamente sobre las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en materia de previsibilidad de los daños indemnizables, véase también *infra* N° 785.

²⁶⁰ Así se explica también que en derechos pertenecientes a distintas tradiciones, como son el alemán y el *common law*, sólo se responde de los llamados perjuicios puramente patrimoniales (esto es, de los perjuicios patrimoniales que no se derivan del daño a personas o cosas) en razón de culpa intencional o de la utilización de medios contrarios a las buenas costumbres. Es el caso de los atentados contra la competencia o la interferencia en contrato ajeno. Además de estar comprometida la libertad de emprendimiento (*supra* N° 100), esos daños son de tal amplitud que resultan usualmente imprevisibles.

²⁶¹ Perry en Owen 1995 321.

dado. En otras palabras, aunque la indemnización tiene por naturaleza un fin reparador, la apreciación del daño moral incorpora aspectos punitivos, como se muestra en la consideración explícita o implícita que los fallos realizan de la gravedad de culpa. En tal sentido, el dolo y la culpa, e incluso la intensidad de esta última, suelen ser determinantes al momento de valorar el daño moral.²⁶²

TÍTULO II

CULPA POR EL HECHO AJENO

104. La responsabilidad por el hecho ajeno en el derecho chileno. a) El derecho civil distingue dos hipótesis de responsabilidad por el hecho de terceros: se responde por el hecho de personas que son incapaces de ilícito civil pero que están bajo el cuidado de otra (*infra* § 16), y por el hecho de personas que son capaces, contra las cuales se puede ejercer una acción por su propio hecho culpable, a cuya responsabilidad personal la ley agrega la responsabilidad de quien ejerce sobre ella autoridad o cuidado (*infra* § 17).

En ambos tipos de responsabilidad, el Código Civil chileno sigue el principio de que se responde por la propia culpa del demandado: la responsabilidad se funda en la falta de cuidado ejercido sobre el autor del daño y no es una responsabilidad estricta, por el mero hecho de que este último esté al cuidado o bajo dependencia del tercero que responde (responsabilidad vicaria).²⁶³

Si el daño ha sido producido por el hecho culpable de una persona capaz que se encuentra al cuidado de otra, la ley presume la culpa de esta última (artículos 2320 y 2322). En otras palabras, al demandante corresponde probar la culpa del agente, pero se presume la culpa del guardián. Distinto es el caso de la responsabilidad por el hecho de incapaces: en este caso hay sólo una culpa, la del guardián, que, por lo general, debe ser probada por el demandante (artículo 2319 I), salvo

²⁶² Un análisis crítico de esta práctica en *infra* N° 198.

²⁶³ Se ha fallado que el tercero civilmente responsable debe indemnizar el daño "no propiamente por el hecho ilícito ajeno, sino por su descuido personal como cuidador o empleador que debiera estar vigilante de la capacidad o correcto desempeño de las labores de sus protegidos o dependientes en el ejercicio de sus actividades respectivas o en las tareas específicas que por razón del empleo se les hubiere encomendado" (CS, 29.8.1974, RDJ, t. LXXI, sec. 4°, 261); en el mismo sentido, en un caso de negligencia hospitalaria, se ha resuelto que la responsabilidad del guardián se funda en que este "no ejerció respecto de aquellos que estaban a su cargo el deber de cuidado necesario para evitar los actos culposos que derivaron en la muerte de un paciente" (CS, 2.5.2004, GJ 288, 177). La doctrina alemana ha asumido, en general, que la responsabilidad basada en la culpa del guardián tendría origen romano (Zimmermann 1990 1118); la tesis es discutida en Zelaya 1995 39.



que resulte aplicable la presunción general de culpa de los padres (artículo 2321).²⁶⁴

b) El régimen de responsabilidad por culpa presumida del dependiente presenta una diferencia sustancial con la responsabilidad contractual. En efecto, en materia contractual el deudor es responsable por el hecho del tercero que participa en la ejecución de la obligación como si fuera un acto propio, sin que le resulte admisible excusar su incumplimiento probando que personalmente actuó con diligencia. Fundamento de esta responsabilidad estricta son dos normas que se refieren a la obligación de dar un cuerpo cierto, cuya doctrina puede ser generalizada a todo tipo de obligaciones contractuales (artículos 1590 I y 1679). Ocurre que al acreedor resulta usualmente indiferente cómo cumple el deudor la obligación que emana del contrato, pero una vez producido el incumplimiento, el deudor responde aunque éste se deba a la negligencia de un dependiente o un contratista. En otras palabras, la responsabilidad contractual se extiende indistintamente a los hechos del propio deudor, los de sus dependientes y de sus subcontratistas (*infra* N° 782).

c) Según las reglas generales, la responsabilidad vicaria (esto es, la responsabilidad estricta por el hecho ajeno) es de derecho estricto; en consecuencia, sólo resulta aplicable en virtud de un texto legal expreso. Por el contrario, en el derecho comparado ella ha llegado a ser la regla general.²⁶⁵ Un ejemplo de responsabilidad vicaria en el derecho chileno se encuentra en la norma del artículo 174 de la Ley del tránsito, en cuya virtud el propietario y tenedor del vehículo son solidariamente responsables por los daños y perjuicios que se ocasionen por el tercero que lo conduce, salvo que acredite que el vehículo fue usado contra su voluntad (*infra* N° 527 y 528).²⁶⁶

²⁶⁴ La Corte Suprema ha sostenido que el artículo 2320 del Código Civil impone "una responsabilidad directa y exclusiva a quien tiene a su cuidado o bajo su dependencia a una o más personas, haciéndolo responsable civilmente frente a los terceros de los daños ocasionados por aquéllos, ello en razón de no haber empleado la debida diligencia, cuidado o autoridad, para impedir el hecho presumiendo la culpa y haciéndolo responsable del total de la indemnización del daño causado" (CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1°, 68, también publicada en GJ 226, 56).

²⁶⁵ Así, en el derecho francés, a partir de 1991, los fallos de la Corte de Casación han reconocido una responsabilidad de pleno derecho por el hecho de personas que están bajo dependencia o cuidado de otra; también, se ha fallado que una asociación de rugby es responsable por los daños causados por sus jugadores, sin que le sea admisible la excusa de diligencia (Carbonnier 2000 426). En el *common law* se acepta desde antiguo la doctrina del *respondeat superior*, en cuya virtud el empleador es vicariamente responsable (esto es, bajo un sistema de responsabilidad estricta) por los actos de sus dependientes (Fleming 1985 162, Abraham 2002 181); la responsabilidad por el hecho de niños u otras personas bajo el cuidado de otra está sujeta a una regla de negligencia (Fleming 1985 46). En el derecho alemán se sigue un régimen de presunciones de culpabilidad, análogo al de la ley chilena (BGB, §§ 891 y 892).

²⁶⁶ Se ha fallado que "la responsabilidad solidaria que asigna el artículo 174 inciso 2° de la ley 18.290 [Ley del tránsito] al propietario de un vehículo que ocasiona daños en una colisión tiene carácter objetivo, ya que se aparta de los fundamentos de la teoría de la responsabilidad civil contenida en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, que exigen concurrencia de dolo o culpa (...). No es necesario acreditar culpabilidad personal del dueño en relación al daño provocado por el vehículo de su dominio" (Corte de San Miguel, 19.7.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2°, 66, también publicada en GJ 229, 153).

d) La responsabilidad por el hecho ajeno, sea vicaria o por culpa presumida, es una importante garantía para las víctimas de accidentes, en especial cuando existe asimetría de solvencia entre el autor directo del daño y el tercero civilmente responsable (como suele ocurrir con el propietario del vehículo motorizado que responde por la culpa del conductor; o con la culpa presumida de los padres y empresarios por actos de sus hijos y dependientes).

§ 16. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE INCAPACES

105. El deber de cuidado como fuente de responsabilidad. a) Según el artículo 2319 I, "no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia". Los incapaces no cometen acto ilícito cuando causan daño a un tercero, porque su conducta no puede ser objeto de un juicio de reproche, en atención a que no cumplen el requisito subjetivo de la responsabilidad (*supra* N° 30).

Pero suele ocurrir que el incapaz que ha causado el daño se encuentre bajo la guarda y cuidado de un tercero. En tal caso, este tercero puede ser responsable por un hecho propio, como es haber faltado al cuidado debido, y su culpa debe ser acreditada de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad por el hecho propio.²⁶⁷

b) Entre los incapaces y sus guardadores se distinguen relaciones de cuidado personal y de administración de bienes. Usualmente, ambas coinciden en una misma persona, pero pueden estar divididas.²⁶⁸ La responsabilidad civil recae en quien tenga el cuidado personal. Cualquiera sea el título por el cual una persona tiene al incapaz bajo su cuidado, responde según la regla del artículo 2319 del Código Civil. Conviene insistir en que la responsabilidad es personal y directa del que ejerce de manera impropia el cuidado, de modo que no existe propiamente responsabilidad por el hecho ajeno según la regla del artículo 2320.²⁶⁹ A *contrario sensu*, la regla del artículo 2319 no se aplica a los menores entre los siete y dieciséis años que hayan actuado con discernimiento, ni a los disipadores interdictos, pues en ambos casos se trata de personas con capacidad delictual civil.

²⁶⁷ Alessandri 1943 143.

²⁶⁸ Así, por ejemplo, tratándose de los menores que se encuentran bajo el cuidado del padre o de la madre, se distingue entre la tuición (artículos 222 y siguientes), que corresponde al cuidado personal, y la patria potestad (artículos 243 y siguientes), referida a la administración y goce de los bienes del hijo.

²⁶⁹ También, se ha fallado que "si el subordinado o dependiente es incapaz, las normas citadas [artículos 2320 y 2322 del Código Civil] no tienen aplicación y debe recurrirse a una norma de carácter especial sobre la materia, contenida en el artículo 2319 del código citado. La referida norma sólo hace surgir responsabilidad de la persona civilmente responsable, en el evento que pueda imputársele negligencia, esto es, a condición que se pruebe culpa de aquella" (CS, 28.1.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1°, 1°).



106. Hecho de menores. a) Son absolutamente incapaces de delito o cuasi-delito los menores de siete años y los menores de dieciséis que hayan obrado sin discernimiento (artículo 2319). Ante la falta de responsabilidad civil del menor sólo puede resultar responsable quien lo tenga a su cuidado.

b) Desde el punto de vista del cuidado, no hay diferencias sustanciales entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, según se sigue del principio de que "la ley considera iguales a todos los hijos" (artículo 33).²⁷⁰ En la actualidad, el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente (artículo 224 I). Si ambos padres ejercen el cuidado, la responsabilidad de ambos debe ser tenida por solidaria (artículo 2317). 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 hubiese reconocido, y si ninguno lo ha reconocido, a un tutor o curador designado por el juez (artículo 224 II).

Si los padres viven separados, en principio la ley asigna el cuidado personal de los hijos a la madre (artículo 225 I), lo cual no obsta a que, por acuerdo solemne entre los padres, se convenga que el cuidado personal corresponda al padre. También corresponde al padre la tuición si el juez se la atribuye en consideración al mejor interés del niño, según la regla de clausura del artículo 242 II.

Finalmente, para el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez puede confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona competente, prefiriendo al efecto a los consanguíneos más próximos y, sobre todo, a los ascendientes (artículo 226).

Por regla general, la responsabilidad por la educación y comportamiento del menor recae en quienes ejercen el cuidado personal. Si el cuidado está a cargo de una institución, esa regla se le aplicará a la persona jurídica. En esta situación, por la conducta de los menores incapaces responden quienes ejercen el cuidado.

c) Debe entenderse que la responsabilidad de quien tiene el menor a su cuidado personal es sin perjuicio de la que corresponde a los padres,

²⁷⁰ Previo a la reforma de la ley N° 19.585, para establecer a quién correspondía el cuidado personal del menor, era necesario distinguir entre las distintas categorías de hijos que contemplaba la legislación. Respecto de los hijos legítimos, en principio el cuidado personal correspondía al padre (antiguo artículo 219) y, en caso de divorcio o separación de hecho, según disponía el artículo 223 y el derogado artículo 46 de la Ley de menores, dicho cuidado tocaba a la madre, salvo cuando por su depravación fuera de temer que el hijo se pervirtiera. Tratándose de hijos naturales, la tuición y cuidado personal correspondía al padre o madre que lo hubiere reconocido voluntariamente; si el reconocimiento había sido forzado, el cuidado personal del menor se regía por las reglas generales para los incapaces y, en consecuencia, estaba a cargo de un tutor o curador; así resultaba de las normas contenidas en el artículo 271 y en el artículo 277 II, todos ellos actualmente derogados. Finalmente, en cuanto a los hijos simplemente ilegítimos, en atención a que técnicamente carecían de padre y madre, su cuidado personal correspondía a un tutor, mientras fuera impúber, y a un curador, hasta que alcanzara la mayoría de edad (antiguos artículos 341 y 342).

que pueden ser tenidos por responsables por su reticencia en ejercer un deber legal de cuidado. En consecuencia, el deber de cuidado puede dar lugar a responsabilidad aunque de hecho no se ejerza. Quien estando obligado a cuidar de un menor no lo hace, incurre en una omisión negligente. La misma regla debe aplicarse a quien está privado del cuidado por no haber reconocido voluntariamente al hijo (esto es, en casos de reconocimiento judicial en juicio contencioso). El acto propio del padre o madre que le priva legalmente del cuidado no puede ser excusa legítima de responsabilidad por los ilícitos incurridos por el menor.

En consecuencia, a efectos de la responsabilidad debe asumirse que la tuición o cuidado personal no es primariamente una potestad, sino un deber respecto del menor.²⁷¹ Por eso, la responsabilidad se produce tanto por el ejercicio negligente del cuidado, como por el abandono u otra circunstancia inexcusable que suponga omitir el cuidado debido.²⁷² Siguiendo la regla general, la culpa del padre o madre por no ejercer el deber de cuidado debe ser probada en estos casos.²⁷³ Por el contrario, aquel de los padres que por mero mandato de la ley no tiene la tuición, en principio no puede ser hecho responsable de los actos del menor.

107. Hecho de dementes. a) El cuidado personal del demente corresponde a un curador (artículo 342). Si se le han nombrado dos o más curadores, podrá confiarse el cuidado personal a uno de ellos, dejando a los otros la administración de los bienes (artículo 464). También puede ocurrir que el cuidado esté entregado a una organización de salud o de educación.

b) Tanto quien tiene un deber legal de cuidado y no lo cumple, como quien efectivamente ejerce de hecho ese cuidado, son responsables de los actos del demente si se les puede imputar negligencia en el ejercicio de esa función.²⁷⁴

108. Prueba de la responsabilidad por el hecho de incapaces. a) Quien pretende hacer responsable a una persona por el hecho del incapaz que está bajo su cuidado debe probar la negligencia del demandado, porque la ley no establece una excepción a la regla general de la culpa probada. Así, se ha fallado que si una persona calificada de demente trabaja en un

²⁷¹ *Infra* N° 437 c y 450.

²⁷² Méga Code § 1384 72.

²⁷³ Chabas 2000 b N° 62. La Corte de Casación francesa ha fallado que el padre que tiene el cuidado personal es responsable incluso de los actos del hijo cometidos durante la visita que éste hace al otro padre, RIDC 2001 603.

²⁷⁴ Así, un establecimiento de habilitación educacional de deficientes mentales está sujeto a responsabilidad si aquellos están sujetos durante el día a un régimen de libre circulación y con ocasión de ello provocan un incendio forestal, porque "la asociación aceptó la carga de organizar y de controlar, a título permanente, el modo de vida de la persona deficiente" (cas. plen., 1991 en Méga Code § 1384 52). Como en el caso del padre o madre, la responsabilidad de una institución encargada del cuidado puede subsistir cuando un menor en libertad vigilada es ubicado en una familia de acogida (Méga Code § 1384 53).

banco y en ejercicio de esa función realiza operaciones que perjudican a terceros (sin que medie enriquecimiento para sí misma), no cabe hacer responsable al banco bajo una presunción de culpabilidad (según los artículos 2320 y 2322), sino que se debe probar la negligencia de la institución bancaria demandada.²⁷⁵ La prueba, sin embargo, tendrá usualmente la forma de presunciones judiciales, porque del comportamiento del incapaz será posible inferir la negligencia en la vigilancia o cuidado.²⁷⁶

b) Con todo, existe una importante excepción a favor de terceros que sufren daños provocados por menores: la ley establece una *presunción de responsabilidad de los padres por los delitos o cuasidelitos de sus hijos menores*, que conocidamente provengan de su "mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir" (artículo 2321). Esta presunción se aplica indistintamente respecto de los hijos menores capaces e incapaces de delito civil, pues la norma que la establece se superpone a las reglas de los artículos 2319 y 2320 I y II. La jurisprudencia ha tendido a inferir esta falta de cuidado de las circunstancias que rodean el hecho.²⁷⁷ En general, los casos resueltos muestran una tendencia al rigor interpretativo, que ha situado a la regla del 2321 del Código Civil en el límite de la responsabilidad estricta: del resultado se infiere la responsabilidad, si él pudiere ser atribuible a un defecto de educación y cuidado.²⁷⁸

§ 17. PRESUNCIONES DE CULPA POR EL HECHO AJENO

a. Fundamento general y presunciones especiales

109. **Fundamento general de la presunción.** a) A pesar de su enunciado arcaico, las normas que establecen la presunción de culpabilidad por el

²⁷⁵ CS, 28.1.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1ª, l.

²⁷⁶ Alessandri 1943 148.

²⁷⁷ Aplicando este criterio se ha fallado que aparece clara la culpa del padre que ha autorizado a su hijo para que llegara tarde a casa, lo que hizo a las 6.15 horas, conduciendo sin licencia y en estado de ebriedad (Corte Presidente Aguirre Cerda, 2.12.1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 4ª, 191). Según Alessandri 1948 848, "si los antecedentes del proceso demuestran claramente a la víctima prueba que el delito o cuasidelito cometido por el hijo menor provino de mala educación o de los hábitos viciosos que los padres le han dejado adquirir, éstos no pueden exonerarse de responsabilidad en forma alguna, ni aun acreditando que lo vigilaron acuciosa y constantemente; los padres son siempre responsables de este delito o cuasidelito. El art. 2321, que constituye una excepción al inciso final del art. 2320, establece una presunción de derecho al respecto".

²⁷⁸ La Corte de Santiago ha señalado que en el caso del artículo 2321 del Código Civil, la responsabilidad del padre no proviene de la falta de cuidado y diligencia que ha debido emplear respecto del hijo menor, sino que "la ley supone que existe culpa o negligencia de parte del padre, cuando éste no ha sabido dar al hijo la debida educación, permitiendo, con su descuido, que adquiriera hábitos viciosos", presumiendo su culpa y "refiriéndola más bien a hechos remotos y no inmediatos; lo que podría estimarse que, en esta parte, aquélla se acerca a la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva" (Corte de Santiago, 21.8.1940, RDJ, t. XXXIX, sec. 2ª, 55).

hecho ajeno expresan criterios de responsabilidad suficientemente inequívocos. Se establece, como se ha visto, una presunción general de responsabilidad por el hecho de quienes están bajo el cuidado o dependencia de otra persona (artículo 2320 I); se señalan algunos casos ejemplares de aplicación de esa presunción (artículos 2320 II, III y IV y 2322 I); y se expresa la manera como quien se presume responsable puede liberarse de la responsabilidad (artículos 2320 V y 2322 II).

El artículo 2320 I establece una presunción general de culpabilidad por el hecho de las personas que se encuentran bajo el cuidado o dependencia de otra. La responsabilidad por el hecho ajeno es, a la vez, una responsabilidad por el hecho propio (la negligencia en el cuidado) y una especie de garantía por el hecho ilícito del menor o del dependiente, que usualmente son insolventes.

b) El fundamento de la presunción es la existencia de un vínculo de autoridad o cuidado entre el guardián y el autor del daño. Más allá de los casos especialmente referidos por la ley, se ha entendido que esta relación de autoridad o cuidado es una cuestión de hecho.²⁷⁹ Por ello puede ocurrir que una relación contractual que usualmente no constituye dependencia (como un contrato de mandato, por ejemplo), dé lugar a la responsabilidad presumida del mandante si el mandatario actúa siguiendo sus instrucciones o de cualquier manera actúa permanentemente bajo su dependencia. Por el contrario, el subcontratista independiente, que actúa sin estar sometido a un régimen de subordinación, ni obedece instrucciones continuas, difícilmente podrá ser considerado un dependiente (*infra* N° 121). Por no existir relación de dependencia, tampoco el arrendador es responsable por los hechos de su arrendatario. A su vez, son imaginables situaciones en que existe dependencia aunque no haya vínculo formal alguno (como sería el caso de un aprendiz que realiza una práctica en una empresa).²⁸⁰

Los casos más complejos se presentan cuando no existe una relación personal directa con quienes causan los daños, sino simplemente se puede asumir que hay un deber de controlar la conducta ajena. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el propietario por los daños que sus visitantes pueden causar a los vecinos; o con los desórdenes causados por partidarios de una asociación política o deportiva. La relación difícilmente podrá ser calificada de dependencia, pero sí pueden existir deberes de cuidado, cuyo alcance debe ser establecido en el juicio de responsabilidad. En estos casos no

²⁷⁹ Así se ha fallado que "la calidad de dependiente es más bien un estado de hecho que una relación jurídica" (Corte de Santiago, 14.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 7.1.2003, GJ 271, 96); véanse también en este sentido, CS, 29.9.1964, RDJ, t. LXI, sec. 4ª, 381; y Corte de Santiago, 22.6.1987, GJ 84, 78.

²⁸⁰ Sobre el fundamento del artículo 2320 del Código Civil, la Corte Suprema ha resuelto que "se trata de la responsabilidad civil por hechos cometidos por personas ligadas por vínculos familiares, educacionales, laborales o de otro orden que impliquen relación de dependencia o cuidado" (CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1ª, 68, también publicada en GJ 226, 56).



existe propiamente una presunción de culpa por el hecho ajeno; pero sí puede haber una infracción a un deber de cuidado respecto de la conducta de quienes actúan en razón de su vinculación especial con el demandado, en cuyo caso se requiere probar que no se han adoptado las providencias que ordenan la diligencia y la prudencia.

c) El artículo 2320 del Código Civil contiene una enumeración no taxativa de relaciones de dependencia o cuidado que dan lugar a la presunción de responsabilidad por el hecho ajeno, que serán analizados en los párrafos siguientes.

110. Presunción de culpa de los padres por los hechos de los hijos menores. a) Se presume la responsabilidad del padre, y a falta de éste de la madre, por el hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa (artículo 2320 II). Esta norma establece una presunción de culpabilidad de los padres respecto de actos ilícitos cometidos por los hijos menores que, siendo capaces de delito civil, aún no cumplen 18 años (artículo 26).

b) A pesar de los términos en que está formulada la regla, debe entenderse que la responsabilidad de los padres por hechos de sus hijos menores no sólo está referida a quienes habitan con sus padres, sino a los que están sujetos al deber legal de cuidado personal.²⁸¹

En verdad, el deber legal de cuidado es fuente autónoma de responsabilidad, aunque el niño no habite la casa de sus padres, de modo que quien tiene ese deber es responsable, de conformidad con la regla general del artículo 2320 I.²⁸² Con fundamento en la misma norma general, si el menor está al cuidado de una persona o institución distinta que los padres, se presumirá que ésta ha actuado negligentemente si el menor provoca daño por su culpa; pero ello no obsta que los padres sean responsables del mismo hecho si han abandonado al menor o de cualquier otro acto propio si no han ejercido o no han estado en situación de ejercer su deber de cuidarlo. En consecuencia, el deber de cuidado personal está sujeto a iguales reglas respecto de los menores capaces e incapaces, por lo que cabe hacer referencia a lo señalado respecto de estos últimos (*supra* N° 106).

c) La presunción sólo comprende los actos que están bajo el ámbito de cuidado de los padres, pero no aquellos que el menor realiza bajo el control o cuidado de otras personas, como ocurre con el colegio respecto de sus estudiantes o con el empresario respecto del menor que trabaja.²⁸³ Sin embargo, los padres pueden ser hechos responsables de la conducta de los hijos menores de acuerdo con la presunción especial que les afecta por hechos de sus hijos, que puedan ser atribuidos a la mala educación o a los hábitos viciosos que les han dejado adquirir (artículo 2321); esta regla se

²⁸¹ Se ha fallado que "el fundamento de la responsabilidad del padre respecto del hecho del hijo menor emana principalmente de su deber de vigilancia hacia éste" (Corte Presidente Aguirre Cerda, 11.7.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4°, 173).

²⁸² Carbonnier 2000 430.

²⁸³ Alessandri 1943 327, 339.

aplica respecto de todos los hijos menores, incluso aquellos que son capaces a efectos de la responsabilidad civil (*supra* N° 108).

d) Los padres pueden excusarse del modo que genéricamente se establece para la responsabilidad por el hecho ajeno: probando que con la autoridad y el cuidado que su calidad de padres les confiere no han podido impedir el hecho (artículo 2320 V). La prueba de la diligencia es por lo general infructuosa, porque en el hecho culpable se suele mostrar que los padres no han ejercido el cuidado y la autoridad que podría haber evitado el daño.²⁸⁴

En verdad, la suma de las presunciones de los artículos 2320 y 2321 explica la dificultad para encontrar fallos que admitan la excusa de diligencia de los padres.

111. Presunción de culpa de los guardadores por el hecho de los pupilos que viven bajo su dependencia y cuidado. La regla debe entenderse referida a la guarda que tiene por objeto el cuidado personal del pupilo, que corresponde a los tutores y curadores generales (artículo 340). Se excluyen, en consecuencia, los guardadores limitados a la administración de bienes. La presunción surge del deber legal de cuidado, y no sólo de la común habitación, por las razones expuestas a propósito de la responsabilidad de los padres (*supra* N° 110).

112. Presunción de culpa de los jefes de colegios y escuelas por el hecho de los discípulos y de los artesanos por el hecho de los aprendices. a) Esta regla se refiere a los jefes de colegios y escuelas y no a los profesores. Cuando corresponda, sin embargo, éstos pueden quedar sujetos a la presunción general del inciso primero del artículo 2320.²⁸⁵

La presunción está limitada al tiempo en que los alumnos están bajo el cuidado del colegio o escuela,²⁸⁶ pero se extiende a los daños producidos

²⁸⁴ En el derecho francés, en una evolución que resulta característica en ese ordenamiento, la jurisprudencia a partir del caso *Batrand* (1997) sólo acepta la excusa de fuerza mayor o culpa de la víctima (Carbonnier 2000 431, Chabas 2000 b N° 61). En el derecho alemán, los jueces son más bien estrictos con los padres, especialmente al no aceptar la excusa de que el menor actuó en desobediencia de los padres; sin embargo, tienden a aceptar una cierta libertad en los criterios educativos, en especial respecto de menores que se acercan a la mayoría de edad (Medicus 2003 b 407, MünchKomm/Mertens § 832 20); en España la jurisprudencia es también muy severa al momento de justificar la excusa, de modo que "prácticamente, la responsabilidad es objetiva" (Lacruz *et al.* 1995 523).

²⁸⁵ Alessandri 1943 353.

²⁸⁶ Resolviendo un recurso de protección interpuesto en contra de los dueños y administradores de un colegio, por daños ocasionados por algunos alumnos en un jardín del recurrente, se ha fallado que "el artículo 2320 del Código Civil que se invoca en el libelo, relativo a la vinculatoriedad para los jefes de colegios respecto de los hechos de los discípulos, mientras están bajo su cuidado (...) no resulta aplicable, toda vez que tal cuidado cesa cuando el estudiante abandona el recinto escolar" (CS, 25.11.1992, F. del M. 408, 814). Sobre daños corporales en riña de estudiantes, se ha resuelto que son de responsabilidad de los padres y de los jefes del colegio (Corte de San Miguel, 14.4.2003, CJ 274, 140).

cuando escapan al control del establecimiento mientras estaban sujetos a su guarda.

Atendidas las restricciones que la Constitución, la ley y las costumbres imponen a la potestad correccional de las escuelas y colegios, pareciera que la autoridad de que están dotados para cuidar de sus alumnos debe ser medida en atención a las circunstancias.²⁸⁷

b) La responsabilidad de los artesanos por los *aprendices*, según el antiguo modelo de formación en los oficios, está sujeta a las mismas reglas que la de los jefes de colegios y escuelas.

113. Responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes. Bajo esta denominación doctrinaria se comprende propiamente la responsabilidad del empresario por los hechos de quienes trabajan bajo su dependencia (artículo 2320 IV) y la de los amos por la conducta de sus criados o sirvientes (artículo 2322). Este conjunto de reglas, que son formuladas de un modo que hoy resulta arcaico, establece la más importante presunción de culpabilidad por el hecho ajeno en el derecho moderno, por lo que será materia de un estudio especial (*infra* § 18).

b. *Requisitos y efectos de la presunción general de culpabilidad por el hecho ajeno*

114. Requisitos para que opere la presunción general de culpabilidad por el hecho ajeno. a) La presunción de culpabilidad por el hecho ajeno establecida por el artículo 2320 I exige la concurrencia de dos requisitos: que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito civil; y que exista una relación de autoridad o cuidado entre el autor del daño y el tercero que resulta responsable.²⁸⁸

b) Ante todo, la presunción de culpabilidad por el hecho ajeno tiene por antecedente un hecho culpable del autor del daño. En otras palabras, para que un tercero pueda ser hecho responsable del acto del agente, este último debe ser responsable de un delito o cuasidelito civil según las reglas generales.²⁸⁹ En consecuencia, la víctima debe acreditar la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad civil (esto es, la existencia

²⁸⁷ Prosser/Keeton *et al.* 1984 158.

²⁸⁸ Sobre los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que surja la responsabilidad por el hecho ajeno establecida en el artículo 2320 del Código Civil, véanse, entre otras, CS, 28.1.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1°, 1; y CS, 29.9.1998, RDJ, t. XCV, sec. 1°, 157.

²⁸⁹ Así se ha fallado que "la falta de adopción de las medidas de seguridad en la operación descrita importa una conducta culpable de parte de empleados de la demandada que intervinieron en los hechos, por la cual la empresa demandada debe responder civilmente" (Corte de Santiago, 7.8.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 96); inversamente, pero en el mismo sentido, se ha fallado que "descartada la responsabilidad de los demandados, dependientes de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, también cabe descartar la responsabilidad de ésta por el hecho de aquéllos" (CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, también publicada en F. del M. 503, 3477).

de un hecho voluntario y culpable del dependiente, el daño y la relación causal).²⁹⁰ Desde luego que nada impide, si se presentan las condiciones de aplicación, que respecto del hecho del dependiente pueda operar la presunción general de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329 (*supra* N° 94 y siguientes).²⁹¹

c) Bajo el supuesto anterior, para que el tercero pueda ser hecho presuntivamente responsable del daño, debe haber una relación de cuidado respecto de quien incurrió en la culpa.²⁹² La relación de dependencia o cuidado puede estar dada por un deber que tiene el tercero (como el que los padres tienen respecto de los hijos que la ley confiere a su cuidado) o, como se ha visto, puede ser una cuestión de hecho, que se presenta incluso en ausencia de un vínculo formal (*supra* N° 109). Lo que importa es que el principal haya estado en una posición de autoridad (cualquiera sea la fuente) para impedir la ocurrencia del ilícito. La relación de cuidado se muestra en la circunstancia de que esa autoridad pudo ser usada como medio de prevención del daño. Cumplida esta segunda condición, que atiene a la naturaleza de la relación, con independencia de su calificación jurídica, puede darse por establecida la presunción.²⁹³

²⁹⁰ *Supra* N° 26.

²⁹¹ La aplicación conjunta de ambas normas puede verse en los casos de choques de trenes, resueltos por la jurisprudencia chilena durante la primera mitad del siglo XX. En ellos la naturaleza del hecho usualmente hacía presumir la culpabilidad de los empleados de la empresa de ferrocarriles y ésta quedaba sujeta, además, a la presunción de culpabilidad del artículo 2320 IV (Corte de Santiago, 12.10.1909, RDJ, t. IX, sec. 2°, 25; Corte de Santiago, 1.8.1923, confirmada por la CS [cas. fondo], 11.1.1924, RDJ, t. XXII, sec. 1°, 912; Corte de Santiago, 9.1.1928, confirmada por la CS [cas. fondo], 10.4.1929, RDJ, t. XXXVII, sec. 1°, 240; y CS, 11.8.1932, RDJ, t. XXIX, sec. 1°, 570).

²⁹² En tal sentido, se ha fallado que "tratándose de la responsabilidad indirecta establecida para los patrones en los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, correspondía al que-rellante probar la situación de dependencia del causante de los hechos ocurridos" (CS, 21.9.1966, RDJ, t. LXIII, sec. 4°, 251). También se ha rechazado un recurso de casación en el fondo por infracción al artículo 2320 del Código Civil, fundándose en que tal norma no puede estimarse transgredida si los jueces del fondo, valorando la prueba rendida, estiman que no se ha configurado la exención de responsabilidad contemplada en el inciso final de dicho artículo (CS, 13.5.1971, RDJ, t. LXVIII, sec. 1°, 128).

²⁹³ Por eso resulta discutible, en mi opinión, la argumentación que llevó a eximir de responsabilidad al Arzobispado de Santiago por los abusos cometidos por un sacerdote diocesano, atendiendo a la relación de derecho canónico, puramente espiritual, existente entre el Arzobispado y el clérigo, a pesar de que la autoridad eclesiástica tiene autoridad (de hecho, desde el punto de vista del derecho civil) sobre los clérigos, y, en conocimiento de la conducta de este último, procedió a trasladarlo, poniendo en peligro a niñas que accedían a él en su calidad de religioso (CS, 5.1.2005, rol N° 3.640-2004); la relación de dependencia debe ser apreciada en concreto, esto es, más allá de las potestades que el derecho canónico confiere a los obispos y superiores, porque es distinto tener una facultad de acuerdo con un ordenamiento que tener el deber de ejercerla (véase, análogamente, la diferencia entre potestad y deber en materia de responsabilidad por falta de servicio en *infra* N° 351). Para un detallado análisis crítico de la sentencia a la luz de la relación de dependencia de los religiosos de conformidad con el propio derecho canónico, véase Varas en Varas/Turner 2005 680.

115. Cúmulo de responsabilidades. Contribución a la deuda. a) Cumplidas las condiciones para que surja la responsabilidad por el hecho ajeno, la víctima puede dirigir su acción indemnizatoria en contra del autor del daño o del guardián, cada uno de los cuales es responsable por su propio acto.²⁹⁴ Se trata de dos responsabilidades autónomas, de modo que no es necesario demandar al autor del daño en el juicio en que se persigue la responsabilidad del guardián.²⁹⁵

b) Técnicamente no existe solidaridad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2317, porque si bien concurren dos responsables, no se trata propiamente de un daño proveniente del mismo hecho.²⁹⁶ Sin embargo, hay acuerdo en que tratándose de obligaciones independientes, la víctima puede demandar la totalidad del daño respecto de cualquier responsable.²⁹⁷ En tales circunstancias, parece conveniente una interpretación extensiva del artículo 2317, aceptando la solidaridad.²⁹⁸ A lo menos, debiera reconocerse efectos análogos a la solidaridad, en la forma que la doctrina francesa ha denominado *obligaciones in solidum* (*infra* N° 278). Lo decisivo es que se cautelén las ventajas de demandar en el mismo juicio por el total a ambos responsables, sin perjuicio de luego dirimir la contribución a la deuda que cada cual debe soportar (*infra* N° 279).

c) En verdad, si el daño se debe a la culpa del dependiente y del guardián, nada justifica que la repetición sea por el total de lo pagado, como parece seguirse de la sola norma del artículo 2325.²⁹⁹ Como se verá al tratar la responsabilidad del empresario, la tendencia del derecho compa-

²⁹⁴ CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1°, 68, también publicada en GJ 226, 56.

²⁹⁵ Con todo, desde la perspectiva de la defensa del guardián, no es indiferente que se demande separada o conjuntamente al dependiente. La demanda dirigida exclusivamente en contra del dependiente puede derivar en una indefensión relativa del guardián, ya que una vez establecida por sentencia judicial firme la responsabilidad del dependiente, ésta no podrá ser desvirtuada en un juicio posterior dirigido en contra del guardián. En ese juicio posterior el guardián sólo podrá eximirse de responsabilidad haciendo valer la descarga de la presunción. Por el contrario, si el guardián interviene en el juicio seguido contra el dependiente, podrá defenderse además mostrando que el dependiente no ha incurrido en un cuasidelito o delito civil, argumentado, por ejemplo, que no ha incurrido en culpa o que no hay relación de causalidad.

²⁹⁶ Alessandri 1943 323, Meza 1988 288.

²⁹⁷ Así, Alessandri 1943 323; en la jurisprudencia, véanse Corte de Punta Arenas, 26.10.1989, RDJ, t. LXXXVI, sec. 2°, 113, y CS, 27.4.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1°, 68.

²⁹⁸ Así, Zelaya 1993 128. En el mismo sentido, Corte de La Serena, 3.5.1978, RDJ, t. LXXV, sec. 4°, 343; Corte de Santiago, 23.8.1983, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 4.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4°, 206, y Corte de Valdivia, 30.3.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 7.6.2000, RDJ, t. XCVII, sec. 5°, 105, también publicada en F. del M. 499, 1429.

²⁹⁹ Un crítica por inconsistencia a la interpretación del artículo 2325 como una regla que autoriza para repetir el total de lo pagado por el tercero, en Zelaya 1993 115: si el tercero responde por su propia culpa al elegir, vigilar u organizar, no se explica que se le pueda reconocer una acción para recuperar el total de lo pagado (así, sin embargo, Alessandri 1943 323 y P. Rodríguez 1999 232). Es sintomático del desuso de la norma que en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia no aparezca referido fallo alguno que haga aplicación del artículo 2325.

rado es establecer crecientemente una responsabilidad exclusiva del tercero civilmente responsable, dificultando la acción de reembolso contra el sujeto de cuidado o dependencia (*infra* N° 125).

116. Descarga de la presunción. a) La presunción de culpabilidad por el hecho ajeno es simplemente legal y, en consecuencia, puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Con todo, la excusa del guardián se encuentra definida en términos restrictivos en el mismo artículo 2320 inciso final, al disponer que "cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".

b) La jurisprudencia nacional se ha mostrado particularmente exigente al juzgar la procedencia de esta excusa, interpretando la noción de imposibilidad o impedimento en forma rigurosa. Así, se ha entendido que para desvirtuar la presunción el tercero debe probar que aun actuando con la diligencia debida le habría sido imposible impedir el hecho, lo que en la práctica puede exigirle probar la intervención de un caso fortuito o fuerza mayor.³⁰⁰ Así, tratándose de la presunción de culpabilidad de los padres y guardadores por el hecho de los menores que se encuentran bajo su cuidado, se ha estimado que para desvirtuarla es necesario acreditar la existencia de hechos que denoten un cuidado permanente de dichos menores, limitación que en la práctica conduce a que la responsabilidad sea inexcusable, pues el accidente se produce precisamente porque en el momento de su ejecución los padres no ejercen vigilancia.³⁰¹ Un criterio aná-

³⁰⁰ Un ejemplo de argumentación que conduce a ese resultado es el siguiente: "si bien puede darse por establecido, de un modo general (...) que la parte demandada tomaba algunas medidas de prudencia para evitar hechos dañinos de su dependiente o del micro que guiaba, en ningún caso se ha establecido que ellas fueran de tal naturaleza como para evitar el hecho" (CS, 14.11.1950, RDJ, t. XLVII, sec. 1°, 482). Tempranamente también se falló que "la empresa demandada no ha justificado que el suceso se debiese a un caso fortuito ni de los antecedentes que obran en autos puede deducirse la existencia de dicho caso fortuito" y que en consecuencia responde "de los daños y perjuicios procedentes de los actos u omisiones relativos al servicio causados por los administradores i demás empleados en la explotación" (Corte de Santiago, 17.6.1901, G. de los T., 1901, 2° sem, N° 2789, 925). En el derecho francés se ha pasado a aceptar sólo la excusa de caso fortuito (Chabas 2000 b N° 61).

³⁰¹ En ese sentido se ha fallado que "para aceptar la excusa contemplada en el inciso final, en orden a que no obstante la autoridad y cuidado empleado, no pudo evitar el hecho, el demandado debió probar que se encontró en una verdadera y real imposibilidad de impedir el daño, no bastando la sola prueba de que los hijos han recibido una buena educación" (CS, 11.7.1978, F. del M. 236, 175); que el padre no queda relevado de responsabilidad por el hecho de probar que no autorizó a su hijo para conducir su automóvil y que tal acto se verificó en su ausencia, si no acredita además que "siempre y en todo momento ha ejercido sobre el reo una vigilancia acuciosa y constante" (Corte de Santiago, 25.3.1958, RDJ, t. LVI, sec. 4°, 195); que "el cuidado personal de la crianza y educación del hijo se manifiesta no sólo cuando el padre se encuentra presente sino que también, y en mayor medida, en su ausencia, pues deriva de esa obligación que es anterior al hecho ilícito" (Corte Presidente Aguirre Cerda, 2.12.1988, RDJ, t. LXXXV, sec. 4°, 191).



logo se ha seguido en materia de responsabilidad del empresario por la negligencia de sus dependientes (*infra* N° 124).

c) Se ha entendido que la procedencia de la excusa es una cuestión de hecho, no susceptible de ser revisada por la Corte Suprema por la vía del recurso de casación en el fondo.³⁰² Sin embargo, en atención a que la vigilancia empleada adquiere sentido práctico a la luz de un juicio normativo acerca de la vigilancia debida, la pregunta tiene una connotación propiamente jurídica, como ocurre, en general, con el juicio de culpabilidad (*supra* N° 90).

TÍTULO III

ESTATUTO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO

§ 18. RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO³⁰³

117. Estatutos jurídicos aplicables a la responsabilidad del empresario.

a) Aunque usualmente su responsabilidad es analizada a la luz de las presunciones de culpa por el hecho ajeno, el empresario responde tanto por su hecho propio, como por la culpa que le cabe por el hecho de sus dependientes. Si con ocasión de un proceso de fabricación de alimentos el empresario omite establecer un mecanismo de control de calidad, para impedir que sea ofrecido al público un producto que pueda dañar la salud, la culpa no reside en la negligencia de un dependiente, sino en la organización industrial que la dirección ha dado a la empresa, de modo que se trata de un caso de responsabilidad por el hecho propio. Por el contrario, si el alimento ha resultado contaminado porque el empleado responsable, en infracción a las reglas internas de operación de la planta, se ausentó de su lugar de trabajo, lo que hizo posible la actuación de un agente infeccioso, el empresario se ve expuesto a responder bajo la presunción de culpabilidad por el hecho del dependiente.³⁰⁴

Esta división resulta esencial a efectos de una adecuada comprensión de la responsabilidad del empresario en el derecho civil chileno. La responsabilidad por el hecho propio se funda en las normas generales de los artículo-

³⁰² CS, 14.II.1950, RDJ, t. XLVII, sec. 1°, 482; CS, 28.6.1966, RDJ, t. LXIII, sec. 1°, 234.

³⁰³ La materia ha sido exhaustivamente analizada desde un punto de vista doctrinario y jurisprudencial en el derecho chileno y comparado por P. Zelaya en su tesis de doctorado (Zelaya 1995) y en diversas publicaciones esenciales para el estudio de la materia (véanse especialmente Zelaya 1986 a, 1986 b, 1993, 1996, 1998 y 1999).

³⁰⁴ En la práctica es frecuente que los demandantes aleguen conjuntamente, una en subsidio de la otra, la responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno del empresario, con el objeto de aumentar las probabilidades de una sentencia favorable; un ejemplo de acción rechazada por ambos conceptos en CS, 16.10.2000, GJ 244, 61, publicada también en F. del M. 503, 3477.

los 2314, que establece el principio general de responsabilidad por culpa probada, y 2329, que establece una presunción general de culpa por el hecho propio. La responsabilidad por el hecho ajeno se funda en el artículo 2320, comentado en general en el título precedente, y en el artículo 2322.

b) En circunstancias que la doctrina se ha concentrado en el estudio de la presunción de culpabilidad, se seguirá en la exposición un orden inverso al estrictamente lógico: primero se analizará la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes (*sección a*); luego será estudiada la responsabilidad por el hecho propio (*sección b*); y, finalmente, se revisará la responsabilidad en el caso de grupos de empresas (*sección c*).

a. Culpa presunta del empresario por el hecho de sus dependientes

118. Antecedentes legales. a) En el derecho chileno, la presunción de culpabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes tiene fundamento legal en normas de distinta generalidad. Ante todo, la regla general del artículo 2320 I, que se refiere a cualquiera que se encuentra en una posición de autoridad o cuidado respecto de otra persona. Además, se basa en las normas especiales de los artículos 2320 IV y 2322, que establecen reglas sobre la relación del principal con sus dependientes. En este capítulo se analizará el estatuto especial establecido por estas dos últimas disposiciones.

b) A pesar de que nada justifica que la responsabilidad del empresario o del empleador por el hecho de sus dependientes esté regulada en dos normas diferentes,³⁰⁵ conviene detenerse en las diferencias entre los artículos 2320 IV y V y 2322. Ante todo, es necesario tener presente que si bien el artículo 2322 se refiere a la relación de amos y criados, la jurisprudencia ha extendido su aplicación a toda relación de dependencia laboral, de modo que, en la práctica, el ámbito personal de aplicación de las reglas de los artículos 2320 IV y 2322 es muy semejante.³⁰⁶

El artículo 2322 I se refiere a la conducta del dependiente en el ejercicio de sus funciones, mientras el artículo 2320 IV atiende a los ilícitos

³⁰⁵ Zelaya 1993 110.

³⁰⁶ Así, se ha señalado que "las palabras 'amo' y 'criado' no sólo se aplican en el sentido especial y restringido de cabeza de familia la primera, de sirviente doméstico la segunda, sino que también entre otras acepciones incluye el concepto más general de dueño o señor de alguna cosa, así como el de mayoral o capataz, y en la denominación de criado se comprende a las personas que sirven por salario" (CS, 13.9.1909, RDJ, t. VII, sec. 1°, 146). Más tempranamente se hizo responsable a una casa de comercio por el hecho de un empleado a sueldo fijo o capataz (Corte de Tacna, 31.12.1904, RDJ, t. III, sec. 2°, 109); también se ha resuelto expresamente que "la Empresa demandada, por medio de sus representantes y personal dirigente, debe responder de la conducta de sus sirvientes en el ejercicio de sus funciones" (Corte de Santiago, 30.8.1929, confirmado por la CS [cas. fondo], 4.6.1930, RDJ, t. XXVIII, sec. 1°, 66). Véanse también, CS, 17.4.1937, RDJ, t. XXXIV, sec. 1°, 223; CS, 14.7.1937, RDJ, t. XXXIV, sec. 1°, 389; CS, 15.11.1941, RDJ, t. XXXIX, sec. 1°, 343; CS, 19.7.1948, RDJ, t. XLV, sec. 1°, 640; Corte de Santiago, 29.3.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4°, 32; y CS, 13.9.1968, RDJ, t. LKV, sec. 4°, 220.



cometidos por quienes están bajo el cuidado del empresario. Alguna jurisprudencia y doctrina entendieron que la norma del artículo 2322 I limitaba la responsabilidad del empresario al correcto ejercicio de las funciones, porque sólo entonces el dependiente estaría genuinamente ejerciendo la tarea encomendada,³⁰⁷ mientras el artículo 2320 IV se aplicaría en general a cualquier relación de dependencia o cuidado. Las excusas están asimismo formuladas de manera diferente: el artículo 2322 II exige probar que los criados o sirvientes han ejercido sus funciones "de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente",³⁰⁸ mientras en el artículo 2320 V la excusa se funda en la imposibilidad de evitar el resultado empleando el cuidado y autoridad que su calidad confiere al empresario.

c) En el pasado se suscitaron discusiones acerca del alcance diferente que tendrían estas disposiciones,³⁰⁹ pero tanto conceptualmente, como en la práctica, no hace mucho sentido escarbar en las diferencias semánticas

³⁰⁷ En verdad "el ejercicio impropio de las funciones" ha sido interpretado en dos sentidos opuestos: como limitación a la responsabilidad del empresario y, en un sentido contrario, como limitación a la descarga de responsabilidad. En el primer sentido, se ha fallado que "el patrón no responde de todos los actos de su empleado por el solo hecho de serlo y es preciso que se trate de un acto del servicio (...) porque sólo entonces es patrón" (Corte de Santiago, 8.1.1924, confirmada por la CS [cas. fondo], 9.9.1924, RDJ, t. XXIV, sec. 1^a, 670). A la inversa, por lo general se ha exigido, como condición de exculpación, que se acredite que el empleado ejerció sus funciones de un "modo impropio" (Corte de Santiago, 6.9.1929, confirmada por la CS [cas. fondo], 13.10.1930, RDJ, t. XXVIII, sec. 1^a, 295 y Corte de Valparaíso, 14.11.1927, confirmada por la CS [cas. fondo], 7.1.1931, RDJ, t. XXVIII, sec. 1^a, 461). Finalmente, hay fallos en que la conducta impropia del dependiente es precisamente invocada como antecedente de la culpa del empresario; así, CS, 1.6.1935, RDJ, t. XXXII, sec. 1^a, 382, donde se hace responsable a una empresa salitrera por una tronadura efectuada de modo impropio por sus obreros que causa la muerte de otros trabajadores.

³⁰⁸ No obstante la mayor precisión de la norma legal, la jurisprudencia ha sido particularmente exigente con esta excusa. Así, en el caso de la tronadura efectuada por empleados de una empresa salitrera, sin ninguna precaución y transgrediendo las normas de seguridad establecidas por la propia empresa, a consecuencia de la cual resultó muerto un habitante de un campamento cercano, se sostuvo que "los patronos pudieron prever o impedir el daño causado por el modo impropio de efectuar sus obreros el trabajo a que se ha hecho referencia, y no emplearon todo el cuidado y autoridad necesarios al efecto" (CS, 1.6.1935, RDJ, t. XXXII, sec. 1^a, 382). Precizando el objeto de la prueba destinada a configurar esta excusa, se ha dicho que "debe recaer en hechos que tengan relieve y fuerza para convencer de que existió una real imposibilidad de prever o impedir la infracción; la ley habla de 'no tener medio de prever e impedir'" (CS, 13.9.1968, RDJ, t. LXV, sec. 4^a, 220); véase también, Corte de Santiago, 29.3.1951, RDJ, t. XLVIII, sec. 4^a, 32.

³⁰⁹ Así, Alessandri 1943 378 entiende que "mientras éste [el artículo 2322] hace responsable al amo por la conducta de sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, lo que excluye su responsabilidad en caso de abuso de las mismas o de delito o cuasidelito cometido con ocasión de ellas, el art. 2320 hace responsable al patrón o empleador por todo hecho ejecutado mientras el subalterno o dependiente esté a su cuidado, aunque sea ajeno a las funciones que desempeña o constituya un abuso de las mismas". En este sentido se ha pronunciado la Corte de Santiago, al señalar que el amo es responsable

entre ellas. Ambas disposiciones establecen una presunción de culpabilidad por el hecho ajeno, para cuya procedencia exigen que el daño haya sido producido en el marco de una relación que permite inferir la responsabilidad del empresario (cuidado, dependencia, atribución de funciones a un empleado). Asimismo, ambas establecen requisitos fuertes para la excusa de diligencia del empresario, en la medida que sólo resulta admisible si le ha sido imposible evitar el daño ejerciendo el cuidado y autoridad debidos. A lo largo del siglo pasado se comprueba que la jurisprudencia no se ha hecho grandes problemas con el concurso de normas, entendiendo que la pretensión se puede fundar en una u otra o en ambas a la vez, sin entrar en sutiles diferenciaciones semánticas entre ambos preceptos, que, en verdad, son expresivos de un mismo principio.³¹⁰

119. Evaluación crítica del estatuto de responsabilidad por culpa presumida. a) La tendencia generalizada del derecho comparado es hacia la responsabilidad vicaria de los empresarios por el hecho de sus dependientes.³¹¹ Diversas razones, desde la perspectiva de la justicia y de la eficiencia, permiten justificar un estatuto de este tipo.

"aun de aquellos actos ejecutados por el criado, sin embargo de no estar en el momento de la ejecución al alcance de su vista, pues en cierto modo el amo está en situación de modelar la conducta de su criado" y que, en cambio, el empresario es responsable sólo de "aquellos actos que ejecuta el dependiente mientras está a su cuidado -vale decir- en el ejercicio de su empleo y siempre todavía que haya estado en condiciones de impedirlo" (Corte de Santiago, 8.9.1953, RDJ, t. LI, sec. 4^a, 82).

³¹⁰ Aplicando ambas reglas, Corte de Santiago, G. de los T., 1902, 1^{er} sem., N° 258, 275; CS, 21.10.1911, RDJ, t. X, sec. 1^a, 47; CS, 14.7.1937, RDJ, t. XXXIV, sec. 1^a, 389; CS, 8.5.1945, RDJ, t. XLIII, sec. 1^a, 10; CS, 7.11.1949, RDJ, t. XLVI, sec. 1^a, 842; Corte de Santiago, 22.7.1957, RDJ, t. LIV, sec. 2^a, 43; CS, 28.6.1966, RDJ, t. LXIII, sec. 1^a, 234; CS, 21.9.1966, RDJ, t. LXIII, sec. 4^a, 251; CS, 8.5.1968, RDJ, t. LXV, sec. 4^a, 88; CS, 29.8.1974, RDJ, t. LXXI, sec. 4^a, 261; Corte de Concepción, 7.11.1985, RDJ, t. LXXXII, sec. 4^a, 288; Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38, y Corte de Valdivia, 15.5.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.9.2002 y 24.7.2003, GJ 277, 99.

³¹¹ La responsabilidad estricta del empresario por hechos ilícitos de los dependientes (responsabilidad vicaria) se ha extendido en los principales sistemas jurídicos, sea por disposición legal, sea por desarrollos jurisprudenciales, con excepción del derecho alemán, donde sigue vigente una regla de culpa presumida, análoga a la de nuestro Código Civil (BGB, § 831). En el *common law* la responsabilidad vicaria es el régimen ordinario de responsabilidad por el hecho de los trabajadores (Fleming 1985 162, Abraham 2002 182). Un análisis comparado de los estatutos de responsabilidad vicaria en el *common law* y en el derecho francés e italiano y de responsabilidad por culpa presumida en el derecho alemán, en Zweigert/Kötz 1996 639. El derecho español ha devenido en la práctica en una responsabilidad vicaria sobre la base de la fórmula de estilo: "cuando las garantías adoptadas (...) para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de los mismos y que faltaba algo por prevenir" (Lacruz *et al.* 1995 525, citando ejemplarmente una sentencia del Tribunal Supremo de 1986).



Ante todo, parece justo que quien goza de los beneficios de la actividad de sus dependientes asuma también los riesgos de errores o faltas en el proceso de producción o de prestación del servicio. El dependiente puede ser concebido por el derecho civil como un agente en la acción del principal, de modo que todos los efectos de lo que haga se radican en este último. En otras palabras, desde el punto de vista de la justicia correctiva, es el principal y no la víctima quien debe soportar los riesgos del comportamiento negligente del dependiente.

Desde la perspectiva de las expectativas de reparación de la víctima del daño injusto, la responsabilidad estricta del empresario es una garantía que permite superar la insolencia del dependiente, evitándose así que, en la mayoría de los casos, resulte teórica la responsabilidad. La empresa actúa de este modo como garante de los daños atribuibles a negligencia incurrida en su ámbito de actividad y riesgo.

Finalmente, en pocos casos se muestran con más nitidez los argumentos de eficacia preventiva para justificar un estatuto de responsabilidad estricta. Es el empresario quien está en mejores condiciones para definir los niveles óptimos de actividad y de cuidado en la selección y adiestramiento del personal, así como para definir los procedimientos y realizar las inversiones racionalmente necesarias para prevenir los riesgos de negligencias al interior de su organización. Decisiones empresariales de este tipo son difícilmente mensurables bajo un estatuto de mera diligencia (sobre la justificación de un estatuto de responsabilidad vicaria, *infra* N° 308 b).⁵¹²

La responsabilidad vicaria es, en consecuencia, un complemento razonable al régimen de responsabilidad por negligencia: si bien la responsabilidad tiene por antecedente la culpa, se responde de los hechos de los dependientes como propios. En verdad, muchos de los argumentos que la justifican son también aplicables al paso siguiente, cual es establecer ámbitos de responsabilidad estricta para ciertos riesgos empresariales, como es usual con la responsabilidad por productos defectuosos en el derecho comparado (*infra* § 53).

b) En el derecho nacional, la jurisprudencia ha seguido la tendencia de interpretar extensivamente los criterios de procedencia de la presunción y restrictivamente las reglas que regulan la excusa de diligencia (*infra* N°s 120 a 124), lo que en la práctica ha situado al empresario en el límite de la responsabilidad vicaria por el hecho de sus dependientes, aunque formalmente siga respondiendo bajo un estatuto de culpa presumida.

Por otra parte, conviene finalmente tener presente que la responsabilidad del empresario suele ser construida en la forma de una presunción de culpabilidad por el hecho propio, cada vez que la jurisprudencia, a veces

⁵¹² Un juicio crítico de la responsabilidad por culpa presumida en Zelaya 1993 113; una crítica de su justificación histórica en Zelaya 1998. Argumentos económicos por una responsabilidad vicaria en Kötz 1991 114, Zweigert/Kötz 1996 632, Fleming 1985 162, Abraham 2002 182 y Cooter/Ulen 1997 427; con énfasis en la inexistencia de una relación necesaria entre responsabilidad civil y juicio personal de reproche, Honoré 1999 126 y Honoré en Owen 1995 85.

con excesiva liberalidad, atribuye presuntivamente el daño a deficiencias en la organización empresarial (*infra* N°s 128 y 129).

120. Requisitos para que opere la presunción. Enumeración. La presunción de culpabilidad del empresario es un caso de aplicación de la presunción de culpabilidad por el hecho de quienes están bajo la dependencia o cuidado del demandado (artículo 2320 I). Sin embargo, plantea preguntas específicas en cada uno de sus elementos: i) que exista una relación de cuidado o dependencia entre el autor del daño y el empresario; ii) que el daño sea ocasionado en el ámbito de la dependencia o del ejercicio de las funciones del dependiente; y iii) que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito civil. En los próximos párrafos serán analizados por separado estos requisitos.

121. Relación de cuidado o dependencia. Subcontratistas. a) El criterio de dependencia que más frecuentemente acepta la jurisprudencia se refiere a la capacidad de impartir órdenes o instrucciones a otro.⁵¹³ Por eso, la situación típica de dependencia está dada por el contrato de trabajo, que por su naturaleza supone dependencia y subordinación (Código del Trabajo, artículo 3 I a y b). Sin embargo, basta una cierta relación de hecho que autorice a uno para controlar la conducta de otro mediante instrucciones para que haya al menos un indicio de dependencia.⁵¹⁴

De acuerdo con ese principio, un abogado o un ingeniero que forman parte de la administración de una empresa son dependientes aunque por naturaleza sus funciones sean las de un experto. Por el contrario, el abogado a quien se encarga un juicio o se le contrata para que asesore en un negocio, así como el ingeniero a quien se le encarga una opinión técnica o se le contrata para que realice los cálculos de una obra, actúan como

⁵¹³ Se ha considerado reiteradamente como criterio calificante de la dependencia la capacidad para dictar órdenes. Así, se ha fallado que "la dependencia existe, en cuanto el uno está sujeto en sus labores a las órdenes del otro" (CS, 19.6.1954, RDJ, t. LI, sec. 1°, 216). También se ha expresado que la palabra empresario según su sentido natural y obvio "lleva envuelta la idea de persona que ejecuta una obra" y que el vocablo 'dependiente' la de aquel que "sirva bajo sus órdenes" (CS, 11.12.1958, RDJ, t. LV, sec. 4°, 209). Véanse también Corte de La Serena, 3.5.1978, RDJ, t. LXXV, sec. 4°, 343 y Corte de Santiago, 22.6.1987, GJ 84, 78. La misma idea en Alessandri 1948 864: "Lo que caracteriza al dependiente es el hecho de ser subalterno de otra persona, de prestar sus servicios bajo la autoridad o las órdenes de otro".

⁵¹⁴ La Corte de Santiago ha fallado que para ser calificado como dependiente basta que el responsable de una piscina municipal esté al servicio de la corporación, resultando suficiente al efecto que el principal se allane o tolere admitirle a su servicio, cualquiera sea la forma de designación y el tiempo de sus funciones, con la consecuencia de que la calidad de dependiente es más bien una cuestión de hecho que de derecho (Corte de Santiago, 14.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 7.1.2003, GJ 271, 96). En el derecho alemán, donde se conserva la presunción de culpabilidad por el hecho del colaborador (*Verrichtungsgeldhilfe*), la jurisprudencia también ha entendido por tal a "quien es dependiente de las instrucciones del principal", a cuyo efecto no es necesario acto efectivo de control, sino que éste pertenezca a la naturaleza de la relación (Kötz 1991 102).



profesionales independientes, que no reciben instrucciones del empresario que les hace el encargo.³¹⁵

b) La pregunta por los límites de la dependencia se presenta con particular intensidad cuando interviene en la producción del daño un *contratista*, que asume un grado significativo de autonomía en la ejecución de una obra. El caso más sencillo se presenta en el ámbito doméstico: cuando se contrata a un prestador de servicios independiente, que trabaja para muchos clientes, no existe relación de dependencia.³¹⁶ Así, si alguien contrata a un electricista para que haga una reparación en su departamento, no puede darse por establecida una relación de dependencia. Lo mismo vale, en principio, para la responsabilidad del empresario: si subcontrata con un tercero experto, la regla general es que entre el empresario que hace el encargo y el que lo ejecuta no hay una relación de dependencia, que haga al primero presuntivamente responsable de los actos del segundo.³¹⁷

Con todo, nada obsta para dar por establecida la responsabilidad por el hecho ajeno si el subcontratista es un encargado que actúa bajo las órdenes e instrucciones, directas y permanentes, o, de algún modo análogo, no es un sujeto autónomo, sino está inserto en la organización del empresario principal.³¹⁸ Es también lo que ocurre con el mandatario y con

³¹⁵ Alessandri 1948 368.

³¹⁶ Abraham 2002 182.

³¹⁷ Se ha fallado que la presunción de culpa no se aplica a los hechos de subcontratistas que realizan una obra por precio alzado, pues éstos actúan con independencia respecto del empresario (CS, 9.8.1954, RDJ, t. LI, sec. 4°, 169); a estos efectos, todo indica que lo determinante no es la forma como se determina la remuneración del contratista, sino su independencia funcional. También se ha fallado que no hay responsabilidad de quien encarga la construcción de un edificio a un constructor o contratista, por los daños que ocasiona el derrumbe de un muro, si dicho contratista ha tomado a su cargo las responsabilidades correspondientes, obligándose a asegurar a su personal y obreros (CS, 1.8.1992, RDJ, t. XXIX, sec. 1°, 542); tampoco en este caso la razón parece ser la apropiada, porque la exclusión de responsabilidad del principal frente a terceros no tiene por antecedente el contrato, sino la autonomía con que actúa el contratista.

³¹⁸ Sobre las calificaciones para entender al subcontratista bajo el ámbito de responsabilidad del principal, Zelaya 2002 105. Así, en el caso de una persona que resbaló en un supermercado debido a que un miembro de la empresa subcontratada para la ejecución de la limpieza omitió la colocación de letreros u otras advertencias respecto de las labores de aseó y en que se demandó al supermercado, se resolvió que la naturaleza de la relación contractual permitía "presumir la existencia de una subordinación funcional de la contratista respecto de la demandada y concluir—como lo hicieron los jueces del grado—que ello necesariamente implicaba una mayor presencia del empresario en las faenas de aseó realizadas por su cuenta. Por consiguiente, el proceder descuidado del demandado, en cuanto a la obligación de control y vigilancia conforma el requisito de la acción resarcitoria intentada, esto es, acción u omisión culpable, pues es evidente que el contratista forma parte de la organización empresarial de la demandada y está funcionalmente subordinado a ella" (CS, 6.11.2008, rol N° 3.258-2008); para estimar que se daba la relación de dependencia, el fallo consideró especialmente la circunstancia de que la empresa se obligaba a aportar al contratista las máquinas, equipos, herramientas, elementos y materiales para que éste cumpliera lo establecido en el contrato, incluidos los letreros de advertencia de peligro al público.

los profesionales: la apreciación de la dependencia cabe hacerla en concreto y es una cuestión de hecho, de modo que puede darse por establecida aunque, por su naturaleza, el contrato dé lugar a obligaciones que se ejecutan con independencia de quien hace el encargo.³¹⁹

Por lo demás, nada impide que el empresario pueda ser demandado por su culpa personal por haber elegido un contratista independiente, que no estaba a la altura de los riesgos que se le encargaba administrar,³²⁰ o si el accidente es atribuible a la negligencia personal del principal, aunque haya ocurrido con ocasión de una actividad desarrollada por el subcontratista.³²¹ En estos casos, existe una culpa por el hecho propio que está sujeta a las reglas probatorias generales.

122. Daño ocasionado en el ámbito material de la dependencia o en ejercicio de las funciones. a) El segundo requisito para que opere la presunción consiste en que el hecho ilícito sea cometido mientras su autor se encuentra bajo el cuidado, vigilancia o dirección del empresario (artículo 2320 IV y V) o en ejercicio de las funciones que éste le haya encomendado (artículo 2322).

La jurisprudencia nacional ha entendido esta exigencia de conexión entre el hecho ilícito y la función en términos amplios y ha estimado suficiente que el hecho se cometa *con ocasión* del desempeño de esas funciones. Así, tempranamente, se falló que el empresario es responsable de los hurtos efectuados por el dependiente a terceros visitantes del establecimiento, porque son hechos ocurridos con ocasión de la prestación de su servicio.³²² El

³¹⁹ Desde el punto de vista económico, es interesante tener presente que es indiferente la organización de los negocios como una firma o sobre la base de un conjunto de contratos con contratistas independientes (Klein/Coffee 2002 19). El derecho del trabajo ha asumido esta indiferencia al establecer la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o empresa por las obligaciones laborales y previsionales de los subcontratistas (Código del Trabajo, artículo 64). En materia civil es condición de responsabilidad algún tipo de dependencia entre el principal y el empresario subcontratado, a menos que se den excepcionalmente las condiciones para descorrer el velo de la separación de personalidades jurídicas (*infra* N° 134 c).

³²⁰ Kötz 1991 103.

³²¹ Así CS, 28.12.1998, rol N° 2.077-1998, donde se estimó que era responsable el dueño de la obra por el accidente sufrido por un trabajador del contratista atribuible a que aquél no mantuvo cerrada una celda de alta tensión energizada (fallo citado por Zelaya 2005 121, sosteniendo en materia de responsabilidad por hecho de contratistas la misma doctrina que se ha planteado en este párrafo).

³²² De este modo, se ha fallado que un empresario es civilmente responsable por el robo de planchas de zinc de una casa vecina, cometido por obreros que trabajan bajo su dependencia en la construcción de un edificio, y que también hay responsabilidad civil por los hurtos que se cometen en contra de los visitantes de una fábrica por parte de los obreros de la misma (ambos casos referidos por Zelaya 1993); asimismo, se ha resuelto que el empresario es responsable de los daños ocasionados por uno de sus dependientes que con ocasión y en su lugar de trabajo agrede físicamente a un cliente luego de una discusión con violencia verbal (CS, 6.5.1998, F. del M. 474, 600); de manera más general, se ha fallado que existe responsabilidad del empresario si "el personal de la demandada que realizó la conducta dañosa, estaba bajo el cuidado o vigilancia de la empresa demandada, la cual



límite negativo de la presunción está dado por los daños ocasionados por el dependiente mientras se dirige a su trabajo, o cuando realiza actividades inconexas respecto de su relación de trabajo o dependencia, de todos los cuales no se presume culpa del empresario.³²³

Descartadas estas situaciones, en que no existe conexión funcional, sino simplemente circunstancial, entre el ilícito realizado y la relación de dependencia, queda abierto un amplio conjunto de preguntas relativas al ámbito de las funciones. En efecto, si no se le precisa, el concepto 'con ocasión de las funciones' puede conducir a resultados absurdos, porque una cosa es desviarse de la función y otra distinta es que el dependiente emprenda una acción por su cuenta, fuera del control posible y del encargo del empleador.³²⁴

b) La cuestión se ha presentado en todos los sistemas jurídicos. Un buen punto de partida es asumir que al empresario sólo se le presume la culpabilidad en la medida que haya una *relación interna de sentido* entre el ilícito del dependiente y su actividad como empresario.³²⁵ La Corte de Casación francesa, corrigiendo una jurisprudencia muy extensiva de algunas de sus salas, declaró que no existe esa mínima relación causal en-

no probó en la instancia, que hubiera tomado las debidas precauciones para que no ocurriera el daño que se produjo" (CS, 29.1.2002, F. del M. 498, 676); y que el empleador debe responder de los hechos "ejecutados por el dependiente dentro del marco de sus respectivas funciones, aunque el hecho del que se trata no se haya ejecutado a su vista, salvo que acredite que estas funciones se han ejercido de un modo impropio que el empleador no tenía medio de impedir" (Corte de Valdivia, 15.5.2002, confirmada por la CS [cas. fondo], 4.9.2002 y 24.7.2003, CJ 277, 99).

³²³ Corte de Santiago, 8.9.1953, RDJ, t. LI, sec. 4.º, 82. En el trayecto al trabajo el trabajador está sujeto al ordenamiento protector de accidentes del trabajo, porque realiza un acto necesario para desempeñar sus funciones (*infra* N° 498); por el contrario, los ilícitos que cometa respecto de terceros en esas circunstancias carecen de relación con el empresario, porque el trabajador está fuera de su ámbito de autoridad y cuidado.

³²⁴ Es lo que ocurrió en el derecho francés, antes de la jurisprudencia que se cita en seguida, donde se estimó que era provocado 'con ocasión de sus funciones' el daño corporal que un dependiente, furtivamente escapado del trabajo, había causado a un tabernero con quien se enfrascó en una riña, ¡con el argumento de que el vino estaba destinado a ser bebido en el lugar de trabajo! (cass. civ., 1974, citado por Chabas 2000 b N° 65).

³²⁵ Así, el Tribunal Supremo alemán (BGH 49, 19, 23, citado por Kötz 1991 103 y Deutsch/Ahrens 2002 147). Un ilustrativo caso de aplicación se refiere a la responsabilidad del conductor de un vehículo perteneciente a una firma, el cual se dirigió a un destino diferente al prescrito, en compañía de una persona amiga; la corte estimó que los daños sufridos por un tercero, provocados por el choque producido en esas circunstancias, cumplían con la condición de una conexión interna de sentido con la tarea encomendada, a diferencia de lo ocurrido con los daños personales sufridos por el acompañante (BGH, citado por Palandt/Thomas § 831 10). En un sentido análogo debe entenderse la exigencia de una conexión o relación de causalidad entre la función y el ilícito, planteada por la jurisprudencia francesa (cass., 1954, citado por Mazeaud/Chabas 1998 523).

tre la dependencia y el ilícito, cuando éste es cometido por el dependiente sin autorización del empresario y con fines extraños a sus atribuciones, colocándose fuera de las funciones para las cuales había sido empleado.³²⁶

Se puede comprobar que criterios de este tipo no excluyen que la presunción se aplique en casos de ejercicio anormal o impropio de la función, pero se exige que ese ejercicio incorrecto pertenezca al curso y al ámbito del trabajo que realiza el dependiente.³²⁷ De este modo, si el dependiente comete un hecho ilícito, incluso voluntario, en el tiempo, lugar y circunstancias de su servicio, compromete con ello presuntivamente la responsabilidad del empresario.³²⁸

123. Delito o cuasidelito civil del dependiente. a) El hecho del dependiente se juzga según las reglas generales y, en consecuencia, la víctima deberá acreditar la existencia del hecho culpable, del daño y de la relación causal.

Con todo, las exigencias probatorias típicas de la responsabilidad por culpa pueden enfrentar a la víctima a la difícil tarea de individualizar al dependiente que ocasionó el daño. La dificultad puede plantearse incluso para el propio empresario, en el marco de sistemas productivos cada vez más complejos. Por esta razón, la doctrina y la jurisprudencia han introducido los conceptos de *culpa anónima* y de *culpa organizacional* que permiten evadir la extrema dificultad que puede significar la identificación del dependiente o del hecho preciso que ocasionaron el daño.

b) En virtud del concepto de *culpa organizacional* no es necesario determinar al agente concreto que motivó el accidente, y el juicio de valor acerca de la conducta que supone la culpa se realiza respecto de la manera como ha funcionado la organización empresarial en su conjunto. Sin embargo, las hipótesis de culpa organizacional son más bien un medio argumental para dar por establecida la responsabilidad por el hecho propio de la entidad empresarial, usualmente estructurada como persona jurídica. Por el contrario, la responsabilidad por el hecho ajeno supone la individualización del agente del daño, porque la culpa difusa u organizacional expresa un defecto de conducta que es atribuido directamente al empresario.³²⁹

c) Distinta a la *culpa organizacional*, que pertenece al ámbito del hecho propio del empresario, es la *culpa anónima*, caracterizada porque inequívocamente hubo un dependiente que incurrió en negligencia, aunque al demandante resulte imposible individualizarlo.³³⁰ En este caso, existe inequívocamente responsabilidad por el hecho ajeno y la jurisprudencia,

³²⁶ Cass. plen., 1983, citado por Mazeaud/Chabas 1998 526.

³²⁷ Véanse Lacruz *et al.* 1995 527, Weir 2002 100.

³²⁸ Zelaya 1993 135.

³²⁹ Así, Corte de Santiago, 17.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2.º, 48.

³³⁰ Zelaya 1993 122.

con razón, no exige que sea determinado el dependiente que ha causado el daño.³³¹

124. Descarga de la presunción. a) Cumplidas las condiciones referidas en los párrafos anteriores, se presume la culpa del empresario. Para desvirtuar la presunción éste deberá probar que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe, no ha podido impedir el hecho, según disponen los artículos 2320 V y 2322 II.

La ley establece un requisito fuerte para la descarga de la presunción de culpa: el empresario debe mostrar las precauciones que habría emprendido un empresario diligente y de qué manera, aun emprendiéndolas, no le habría sido posible evitar el accidente. La inevitabilidad del accidente, aun empleando el cuidado debido, pasa a ser el elemento determinante de la excusa.³³²

La descarga de la presunción supone hacerse cargo de todos los aspectos de la diligencia. Ante todo, la presunción se refiere a la falta de una diligencia proporcional al riesgo comprometido en la selección, entrenamiento y supervisión del personal.³³³ La prueba tiene que estar dirigida a demostrar que la culpa del dependiente no resulta atribuible a la culpa del empresario, quien le ha asig-

³³¹ Sobre el concepto de culpa anónima, véase el comentario de C. Pizarro a CS, 5.8.2003, rol N° 2.578-2002, en Rev. Furey I, 2004, 254, sentencia que confirma Corte de Santiago, 17.4.2002, GJ 262, 81. Se ha fallado que "no puede admitirse que la acción establecida en el inciso 5° del artículo 2320 citado esté sujeta a la condición de que se designen de un modo preciso, por sus nombres a los empleados o dependientes que hayan sido los causantes del daño" (CS, 11.1.1924, RDJ, t. XXII, sec. 1°, 912). También se ha expresado que "no es de rigor que la sentencia determine quién o quiénes han sido los autores del daño, ni el demandante tiene para qué indicarlo, pudiendo hasta ignorar quiénes hayan sido, desde que, persiguiendo sólo la responsabilidad civil, lo único que tiene que patentizar es la existencia del daño mismo y que éste no se habría producido sin negligencia o culpa de alguien" (CS, 30.11.1923, RDJ, t. XXII, sec. 1°, 681); y que no es necesario que "se determine quién o quiénes han sido los causantes inmediatos del daño, desde que persiguiéndose en la demanda sólo la responsabilidad civil, lo que ha debido establecerse es su existencia y que se habría producido por negligencia o culpa" (CS, 25.7.1930, RDJ, t. XXVIII, sec. 1°, 184); en el mismo sentido, CS, 11.12.1958, RDJ, t. LV, sec. 4°, 209. En contra de esta opinión, CS, 30.12.1953, RDJ, t. L, sec. 1°, 511.

³³² L. Díez-Picazo 1999 363.

³³³ Tempranamente se falló respecto de la culpa *in eligendo* e *in vigilando* que "fundada la responsabilidad de los empresarios por los hechos de sus dependientes en la natural obligación que pesa sobre los primeros de elegir empleados idóneos para las diligencias que se les encomiendan, i cuidadosos en el cumplimiento de sus deberes, sólo pueden exonerarse de esa responsabilidad acreditando que han puesto el cuidado de un buen padre de familia en la elección de sus dependientes o empleados subalternos, indagando su conducta anterior i sus aptitudes para el servicio, instruyéndolos en los deberes de su oficio i vigilándoles convenientemente" (Corte de Valparaíso, 6.12.1901, G. de los T., 1901, 2° sem., N° 3025, 1174); también se ha fallado que el empresario responde por designar y mantener en funciones a un individuo que por su estado de salud "no pudo desempeñarse con la eficiencia y competencia técnicas necesarias" (Corte de Santiago, 22.7.1957, RDJ, t. LIV, sec. 2°, 49); y que la falta de diligencia de un servicio de salud se expresa en "el hecho indubitado de encomendar a un estudiante de quinto año de medicina la atención exclusiva de procesos

nado una responsabilidad para la que estaba preparado y lo ha sometido a la vigilancia debida. Además, se debe mostrar que los *medios técnicos* que se han puesto a disposición de los dependientes, y que razonablemente pueden evitar accidentes, son los adecuados a las tareas y riesgos asumidos. Finalmente, se debe mostrar que la *dirección* de la operación donde se ha causado el accidente también observa el estándar de cuidado debido.³³⁴

b) En casos difíciles, donde todos estos factores presentan alguna complejidad, la prueba de la diligencia puede ser en extremo difícil, porque debe mostrarse el cumplimiento de cada uno de esos deberes de cuidado.³³⁵ A ello se agrega la tendencia jurisprudencial a juzgar con rigor la procedencia de la excusa. En general se ha fallado que es necesario acreditar que el empresario ha efectuado actos "positivos y concretos" dirigidos a impedir el hecho culpable del dependiente,³³⁶ y que dichos actos han debido estar orientados a evitar errores en todos los ámbitos relevantes de la actividad empresarial.

Por otro lado, la descarga de la presunción exige que se muestre que aun empleándose el cuidado debido no se habría podido impedir el accidente, esto es, que aun con diligencia el daño atribuible al hecho del dependiente se habría producido.³³⁷ En la práctica, la jurisprudencia exige que se acredite que al empresario le ha sido imposible impedir el hecho, lo que resulta análo-

anestésicos múltiples" (CS, 4.10.1984, RDJ, t. LXXXI, sec. 4°, 206); sobre la incompetencia de dependientes encargados de reparar una fuga de gas, con resultados mortales, Corte de Concepción, 4.11.1997, confirmada por la CS [cas. fondo], 3.11.1998, F. del M. 481, 2600.

³³⁴ Respecto de los conceptos que comprende la prueba de la diligencia del empresario, Deusch/Ahrens 2002 148, Palandt/Thomas § 881 12 y siguientes. La falta de vigilancia y control del empresario en su actividad compromete su responsabilidad por accidentes no sólo respecto de terceros, sino que también respecto del propio trabajador accidentado. Así, se ha fallado que si la empresa "no ha podido acreditar que la maniobra riesgosa del actor [el dependiente] haya sido debidamente supervisada o controlada por una persona a cargo de la misma y esta omisión comprometió la seguridad de la operación" este solo dato "es suficiente para establecer la responsabilidad de la empresa" (Corte de Santiago, 29.8.2003, GJ 278, 282); sobre la responsabilidad del empresario por accidentes del trabajo, *infra* § 51 c; sobre el alcance específico de sus deberes de cuidado, *infra* N° 506.

³³⁵ Así, por ejemplo, la diligencia en la instrucción no muestra diligencia en la vigilancia (CS, 6.5.1998, F. del M. 474, 600).

³³⁶ CS, 29.9.1942, RDJ, t. XL, sec. 1°, 212.

³³⁷ La jurisprudencia exige a veces una prueba imposible. Así, se ha fallado que no basta mostrar que el empresario tomaba algunas medidas de prudencia para evitar hechos dañosos de su dependiente, pues "en ningún caso se ha establecido que ellas fueran de tal naturaleza como para evitar el hecho" (CS, 14.11.1950, RDJ, t. XLVII, sec. 1°, 482); también se ha expresado que para dar por probada la diligencia del empresario "sería necesario que hubiera demostrado que tomó toda clase de precauciones y cuidados especiales, lo que no ha establecido" (CS, 24.3.1958, RDJ, t. LV, sec. 1°, 27); finalmente se ha fallado que "si bien ha probado que instruye y vigila al personal, ello no obsta a la responsabilidad legal que pesa sobre ella [el empresario] por el hecho negligente o culpable de sus empleados", porque "si a pesar de esa instrucción y vigilancia incurrir en hechos que causan daños significa que ellas son insuficientes o desobedecidas y no concurren, por tanto, al propósito de evitarlos que indudablemente tiene la Empresa" (Corte de Valparaíso, 14.11.1927, confirmada por la CS [cas. fondo],



go a exigir la prueba de un caso fortuito.³⁵⁸ Al llevar la excusa de diligencia a extremos imposibles de satisfacer, la jurisprudencia chilena, sin aceptarlo expresamente, ha adoptado en la práctica una doctrina que asume que entre el empresario y el dependiente se produce una especie de "representación en la acción",³⁵⁹ que, en verdad, transforma la responsabilidad por el hecho del dependiente en una especie de responsabilidad vicaria.

125. Cúmulo de responsabilidades. Contribución a la deuda. a) Como se ha mostrado, la responsabilidad por el hecho ajeno da lugar a dos responsabilidades, que tienen por antecedente la propia culpa: la responsabilidad del dependiente que ha provocado el daño por su culpa y la del empresario que responde por su culpa presumida (*supra* N° 115). Lo expresado se aplica por extensión a la responsabilidad del empresario, de modo que aquí sólo se analizan ciertas peculiaridades de esta última.

b) Aunque, en principio, la víctima puede demandar al empresario, al dependiente o a ambos, usualmente le será suficiente iniciar una acción indemnizatoria contra el empresario. Pero también son imaginables situaciones en que sólo tenga sentido práctico el ejercicio de la acción contra el dependiente que causó el daño (como ocurrirá, por ejemplo, en caso de insolvencia sobreviniente del empresario). Sin embargo, no siempre se dispondrá de esa acción, porque puede ocurrir que el accidente se deba a que el dependiente, sin su propia culpa, haya sido puesto por el empresario en una posición que excedía sus capacidades (en cuyo caso existe, en verdad, sólo un hecho culpable: el del empresario). Es cierto que en virtud del principio de la objetividad de la culpa, podrá decirse que el dependiente infringió un deber de cuidado, pero si el empresario no estableció los controles adecuados para evitar o impedir el error, ello es imputable causalmente a la culpa del empresario y no a la del dependiente. En otras palabras, la culpa del empresario suele ser causalmente excluyente de la culpa del dependiente (*infra* N° 129). En tal caso, la responsabilidad del empresario no es por el hecho ajeno, sino por el propio, y ninguna acción puede haber contra el dependiente.³⁴⁰

7.1.1931, RDJ, t. XXVIII, sec. 1°, 461). Se comprueba en estos razonamientos que la prueba de la diligencia suele transformarse en una *prueba diabólica*, que es en la práctica inabordable, porque, cualquiera sea el cuidado empleado, el accidente por sí solo mostraría que éste no fue suficiente. Para un caso en que se asume que el empresario ha probado haber vigilado suficientemente a su dependiente, deviniendo el ilícito por éste cometido en imposible de prever, véase Corte de Copiapó, 15.12.2004, rol N° 543-2004.

³⁵⁸ Zelaya 1993 118.

³⁵⁹ Sobre la idea de representación en la acción desarrollada por la doctrina francesa, Flour/Aubert 2001 197.

³⁴⁰ En el derecho francés se ha llegado al extremo de rechazar de plano y en todo evento la acción contra el dependiente, incluso si el dependiente ha actuado con dolo, en la medida que éste lo haya hecho dentro de los límites de su función (cass. plen., 25.2.2000, referido críticamente desde el punto de vista civil y con dudas acerca de su constitucionalidad, en Chabas 2000 b N° 64; referencias de M. Tapia a fallos recientes que moderan en parte esa doctrina, en ídem nota 214).

c) En esas circunstancias, tampoco puede tener aplicación la norma del artículo 2325, que regula la *contribución a la deuda*, atribuyendo el costo final de la reparación a la persona que está bajo el cuidado de otra. Esta norma parte del supuesto de que la culpa radica en el dependiente y que el tercero civilmente responsable sólo es un garante frente a la víctima. En verdad, eso puede ocurrir en la situación inversa a la analizada, esto es, cuando la culpa del dependiente excluye causalmente la del empresario. Ese será el caso, por ejemplo, si el dependiente defrauda a un tercero en ejercicio de una función: el empresario, que debe responder frente a la víctima, tendrá en tal caso una acción de restitución total de lo pagado en contra el autor del daño. Pero también puede ocurrir que cada cual responda en parte proporcional a su participación, como cuando el accidente se debe a la efectiva concurrencia de culpas. Para ello, basta aplicar extensivamente los principios de la solidaridad, que dirimen la cuestión de la contribución a la deuda cuando hay varios responsables (*infra* N° 279).

b. Culpa por el hecho propio del empresario

126. Principio. La culpa del empresario está también sujeta a las reglas generales que rigen la responsabilidad por el hecho propio (Título I). En este caso, la responsabilidad se funda en los artículos 2314 y 2329 y no en los artículos 2320 y 2322, relativos a la responsabilidad por el hecho de dependientes.

127. Responsabilidad civil y penal del empresario organizado como persona jurídica. a) En circunstancias que el empresario actúa usualmente bajo la forma de una sociedad o de una corporación, la pregunta por la responsabilidad por su hecho propio usualmente pasa por indagar bajo qué condiciones la persona jurídica responde de sus actos propios.

b) Está fuera de discusión en el derecho chileno que la persona jurídica responde civilmente no sólo por el hecho ajeno, sino también por el hecho propio. La responsabilidad por el hecho propio se funda en una atribución que el derecho hace de los actos de sus órganos, agentes y representantes encargados de adoptar decisiones y realizar las actividades de su giro (*supra* N° 34).

c) El Código Procesal Penal establece que "la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en contra de las personas naturales" y que "por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare" (Código Procesal Penal, artículo 58 II).³⁴¹ De este modo la ley chilena establece una distinción entre la capacidad civil y la penal de las personas jurídicas.

³⁴¹ La norma es esencialmente análoga al artículo 39 II del antiguo Código de Procedimiento Penal.



Sin embargo, en la frontera del derecho penal no es inusual que la empresa organizada como persona jurídica esté sujeta a sanciones que tienen, al menos, analogía penal. Tal es el caso de la sanción de disolución de una sociedad o corporación por atentados contra la libre competencia (DL 211/1973, artículo 26 letra b) y las sanciones de multas que establecen diversas legislaciones para ilícitos infraccionales de normas de orden público económico.³⁴² Tales ilícitos pueden tener efectos en la configuración de la culpa civil, en la medida que las sanciones del derecho infraccional producen cosa juzgada en materia civil (*infra* N° 765).³⁴³

128. Responsabilidad por actos de órganos y representantes. a) El dependiente actúa por cuenta de la persona jurídica, pero su hecho no es tenido por acto de la sociedad o corporación, de modo que ésta responde por el hecho ajeno. Sin embargo, la persona jurídica también responde por el hecho propio.³⁴⁴ En circunstancias que el acuerdo asociativo establece reglas acerca del gobierno y administración, que señalan las personas naturales que actúan por la persona moral, se ha sostenido que la persona jurídica responde como hecho propio del ilícito que ha sido cometido por un órgano en ejercicio de sus funciones.³⁴⁵

b) El concepto jurídico de *órgano de una persona jurídica* tiene por función otorgarle forma a su actuación como sujeto de derecho. La persona jurídica actúa por medio de sus órganos, compuestos de personas naturales que son la cabeza y las manos de una sociedad o corporación; en consecuencia, su actuación lícita e ilícita debe ser tenida por hecho de la persona jurídica.³⁴⁶

Los órganos sociales no sólo son aquellos que reúnen la máxima potestad: la asamblea de socios en una corporación (artículo 550 II); la junta de accionistas en una sociedad anónima. Así, son inequívocamente órganos de una persona jurídica todas las personas naturales que actuando en forma individual o colectiva, están dotadas por la ley o los estatutos de poder de decisión, como ocurre, por ejemplo, con la junta de accionistas, el directorio y el gerente en una sociedad anónima.³⁴⁷ El principio que rige en

³⁴² Así, por ejemplo, Ley de seguros, artículo 44; Ley SVS, artículos 27 y 28; Ley del Banco Central, artículos 58 y 65; y DL 211/1973, artículo 26 letra c. Una tendencia del derecho penal económico a transformar a la persona jurídica en sujeto de sanciones penales presenta dificultades constitucionales, a diferencia del derecho civil, y no parece consistente con la naturaleza del juicio atributivo de responsabilidad penal (un interesante desarrollo en Schönemann 1995 581).

³⁴³ Así, DL 211/1973, artículo 3 II.

³⁴⁴ Así se explica que a la persona jurídica se le pueda hacer civilmente responsable incluso por dolo (CS, 4.1.1996, F. del M. 446, 1899).

³⁴⁵ Alessandri 1943 153.

³⁴⁶ Von Bar 1996 I 182, con referencia al origen doctrinario de la teoría del órgano en O. von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlín, 1886.

³⁴⁷ Ley de sociedades anónimas, artículos 31, 49 y 55. La ley califica de órganos a la junta de accionistas, al directorio y al gerente, poniendo término a la antigua discusión acerca de la naturaleza de órgano o de representante del directorio de una sociedad anónima (al respecto puede verse Sitchkin 1989 71 y una nota de J. Philippo a CS, 20.10.1941, RDJ, t. XXXIX, sec. 1°, 292).

la materia expresa que la persona jurídica resulta obligada y es responsable por la actuación de sus órganos, incluso con prescindencia de si éstos han actuado en el marco del objeto social o de sus atribuciones.³⁴⁸

Sin embargo, en organizaciones complejas, ese concepto puede resultar muy estrecho, limitando injustamente la responsabilidad por el hecho propio del empresario organizado como sociedad o corporación. Por eso, la doctrina tiende a extender la noción de órgano a todas aquellas personas dotadas permanente o determinadamente de poder de representación, es decir, facultadas para expresar la voluntad de la persona jurídica.³⁴⁹ No es diferente el camino adoptado por la jurisprudencia chilena, aunque rara vez el razonamiento se haga explícito.³⁵⁰ Lo determinante es un poder autónomo de decisión tal que comprometa a la persona jurídica. De hecho se sigue que la pregunta no se agota en la organización técnico-jurídica de los poderes, sino se trata de una cuestión de hecho que debe ser analizada en concreto.³⁵¹

c) La responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus órganos directivos y representantes tiene su fundamento formal en la identidad de voluntad que existe entre quienes ejercen funciones de dirección, por un lado, y la entidad empresarial en que actúan, por el otro. Desde un punto de vista funcional, esta identificación es especialmente importante en los sistemas jurídicos que no reconocen responsabilidad vicaria por el hecho de los dependientes: la responsabilidad por el hecho propio del empresario es una manera de evitar las dificultades de la responsabilidad por el hecho del dependiente; especialmente cuando la realización de la actividad tiene cierta complejidad y resulta difícil determinar al responsa-

³⁴⁸ Un desarrollo de la idea de responsabilidad de la persona jurídica por la actuación, incluso *ultra vires*, de sus órganos en Lyon 2003 145, 159; la responsabilidad de la persona jurídica por hechos ilícitos de quienes conforman sus órganos tiene aceptación general en el derecho comparado de origen romanista (Von Bar 1996 I 182, notas 1027 y siguientes).

³⁴⁹ Viney/Jourdain 1993 947, Von Bar 1996 I 184 con referencias a la aceptación de este concepto funcional de órgano a efectos de la responsabilidad extracontractual en el derecho comparado.

³⁵⁰ En un fallo especialmente explícito en la materia se declaró "que entre los responsables civiles por delito o cuasidelito, se encuentran las personas jurídicas que —mediante el actuar de sus representantes— pueden incurrir en hechos ilícitos que acarreen daño a otra persona, y del que deben responder en forma indemnizatoria, como garantes de aquel comportamiento" (CS, 29.8.1974, RDJ, t. LXXI, sec. 4°, 261); igualmente explícito es un caso en que se condenó a una persona jurídica debido a que "a través de su gerente (...) y mandatario judicial (...) atribuyó al actor hechos constitutivos de delito y empleó en su contra expresiones que atentan contra su honra" (Corte de Taica, 18.4.2002, confirmado por la CS [cas. fondo], 24.7.2003, GJ 277, 245); véanse también, CS, 29.8.1974, F. del M. 190, 181; CS, 18.11.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1°, 192; y CS, 21.8.2002, F. del M. 501, 1890.

³⁵¹ Por eso, la jurisprudencia alemana ha entendido que es representante de la persona jurídica quien carece de poderes formales de representación, pero que "de acuerdo con la regulación y manejos internos de la operación, desempeña funciones esenciales de la persona jurídica que cumple con autonomía y propia responsabilidad" (BGH, 49, 19, 21, citado por Kötz 1991 108).



ble (*supra* N° 123 c). A esos efectos, sin embargo, usualmente es más correcto construir la responsabilidad como una conducta negligente de la organización en su conjunto, como se verá en el párrafo siguiente.

129. **Culpa en la organización.** a) Los órganos y representantes de la persona jurídica pueden causar daño a terceros por dos vías: mediante acuerdos o decisiones, como se ha visto en el párrafo precedente, o en razón de la deficiente adopción de medidas organizativas requeridas para evitar los riesgos de accidentes. Las formas más frecuentes que adopta la responsabilidad del empresario son precisamente de este segundo tipo. Desde un punto de vista económico la empresa es una firma (usualmente un establecimiento de comercio), que constituye una comunidad de esfuerzo conjunto más que un concepto jerárquico.³⁵² En tal sentido, aunque la falta de cuidado no sea específicamente atribuible a personas determinadas, la negligencia se muestra, en un sentido más amplio, en los procesos y en los mecanismos de control al interior de la organización empresarial.³⁵³

b) La culpa en la organización supone que la conducta empresarial, valorada como un proceso, infringe inequívocamente un deber de cuidado, aunque no sea posible determinar cuál elemento concreto de ese proceso fue determinante en la ocurrencia del daño (*supra* N° 123 b). La culpa se muestra en que la dirección de la empresa haya omitido establecer los dispositivos organizacionales que la diligencia exige para evitar daños a terceros.³⁵⁴

Por otro lado, referir la culpa al proceso o actividad empresarial tiene la ventaja de valorar el conjunto de la actividad del empresario, a efectos de comprobar si observa el estándar de debido cuidado. Por eso, la culpa organizacional, a diferencia de la derivada del hecho del dependiente, no requiere ser localizada en un agente específico, sino directamente en la función.³⁵⁵ La empresa, no sólo para fines laborales, sino también de responsabilidad civil, es una organización de medios personales, materiales e inmateriales (Código del Trabajo, artículo 3 III), que exige de procedimientos idóneos para evitar accidentes en el desarrollo de su actividad. Lo peculiar de la responsabilidad civil por culpa en la organización reside en la condición de que la conducta de la empresa debe haber infringido un deber de cuidado, establecido por la ley, los usos normativos o por el juez, en consideración de la conducta que se puede esperar de la organización empresarial, atendidas las circunstancias. En otras palabras, la culpa radica en el incumplimiento de una expectativa de comportamiento, cual es, la *conducta de la organización empresarial* que la víctima tenía derecho a esperar.³⁵⁶

³⁵² Klein/Coffe 2002 20.

³⁵³ Kötz/Wagner 2006 117.

³⁵⁴ Esser/Weyers 1980 184, Kötz/Wagner 2006 118.

³⁵⁵ Steindorff 1970 112.

³⁵⁶ Es útil a este respecto comparar la culpa del empresario con la responsabilidad por falta de servicio en la responsabilidad de la Administración del Estado (*infra* N° 349).

c) Casos típicos de culpa organizacional se muestran en los daños que se producen en materias ambientales, por productos defectuosos, por descoordinación en el funcionamiento de hospitales y clínicas, donde a menudo resulta claro que se ha omitido una precaución, cuya determinación precisa, sin embargo, resulta imposible.³⁵⁷ Este tipo de defectos de conducta ponen en evidencia que la dirección y administración de la empresa no ha puesto en operación los instrumentos que la diligencia exige para evitar el daño. Los deberes de cuidado, en estos casos, deben ser sopesados del modo que el funcionamiento de la organización empresarial sea valorado en su conjunto, a la luz del estándar de la firma diligente, prudente y razonable. La jurisprudencia chilena tiende a construir la responsabilidad del empresario por el hecho propio empleando (por lo general implícitamente) estos criterios.³⁵⁸

d) Conviene delimitar la culpa en la organización con la presunción de culpa por el hecho ajeno y con la responsabilidad estricta. Ante todo, el concepto de culpa en la organización debe ser por completo separado de la *presunción de culpa por el hecho de dependientes*. A diferencia de ésta, que supone probar determinadamente la negligencia de un trabajador, la culpa en la organización invoca la culpa personal del empresario, por el mal funcionamiento del servicio o de la instalación que ha generado el daño (industrial, minera, agrícola o de cualquier otro tipo).

Tampoco debe ser confundida la culpa en la organización con la *responsabilidad estricta u objetiva*.³⁵⁹ Mientras esta última se basa en la mera relación causal entre el hecho del demandado y el daño, la culpa en la organización requiere un juicio de valor acerca de procesos empresariales debidamente individualizados. La carga de probar que la organización no

³⁵⁷ Para un caso en que una infección intrahospitalaria es atribuida a culpa en la organización, Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por la CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38; para un caso en que la muerte de un recién nacido que se asfixió en su propio vómito es atribuida a la misma deficiencia, Corte de Santiago, 10.7.2002, RDJ, t. XCIX, sec. 2°, 83; de manera más general, se ha resuelto que hay responsabilidad si la demandada "como institución hospitalaria mostró pocos recursos humanos en calidad y cantidad para evitar el suceso que dio lugar a la formación de este proceso" (CS, 24.6.2004, GJ 288, 117). Para España, Gómez en Reglero 2002 a 423. Sobre la responsabilidad médica en general, *infra* § 50.

³⁵⁸ Así se ha fallado que hay culpa por el hecho propio si una empresa mantiene imprudentemente material inflamable cerca del cerro con casas vecinas, sin incurrir en los cuidados necesarios para evitar un incendio, a pesar de que se había producido un amago en días anteriores (Corte de Santiago, 17.7.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2°, 48); también se ha fallado que hay culpa en el hecho propio de una empresa constructora cuyos trabajos penetraron en la edificación contigua (Corte de Santiago, 13.11.1998, RDJ, t. XCV, sec. 2°, 78); y en la responsabilidad de un hospital donde una paciente sufrió graves quemaduras a consecuencia del mal funcionamiento de un equipo de electrobisturri utilizado en una operación de amígdalas (Corte de Iquique, 9.1.2002, confirmada por la CS [cas. fondo] 2.4.2003, GJ 274, 194).

³⁵⁹ Así, sin embargo, Corte de Concepción, 10.8.2000, GJ 259, 38.



ha cumplido debidamente su función corresponde muy generalmente al demandante, a menos que opere una presunción por el hecho propio según el artículo 2329 (*supra* § 14). La culpa en la organización no es una forma de responsabilidad estricta u objetiva, sino una manera de atender a los deberes de cuidado que el empresario tiene para con la víctima, de acuerdo con los criterios generales de una responsabilidad fundada en la infracción de deberes de diligencia, sólo que éstos se refieren, en este caso, a la organización de recursos humanos, técnicos y físicos que el empresario pone en funcionamiento. Por eso, el defecto de conducta, que es característico de juicio relativo a la culpa y que surge de comparar el comportamiento efectivo con el estándar de conducta debida, es condición para dar por establecida, precisamente, una *culpa* en la organización.³⁶⁰

130. Prueba. a) La culpa de la persona jurídica por el hecho propio, sea por el hecho positivo de alguno de sus órganos o por una culpa en la organización, está sujeta a las reglas probatorias generales. En verdad, uno de los mayores riesgos que tiene la construcción de la responsabilidad sobre la base del hecho propio del empresario es precisamente que se realice un mero salto lógico desde el resultado dañoso hacia la culpa. En el juicio deben probarse los hechos que son determinantes para calificar como culpable o diligente la conducta y es tarea del juzgador, según los principios de la responsabilidad por culpa, calificar normativamente esos hechos. La primera es una cuestión de hecho, mientras la segunda es de derecho (*supra* N° 90).

b) Por cierto que si se dan las circunstancias de su aplicación, corresponde aplicar la presunción de culpabilidad por el hecho propio. Con todo, la presunción supone un debido discernimiento de sus supuestos, porque la inversión de la carga de la prueba debe ser justificada sobre la base de los supuestos normativos del artículo 2329; en tal caso, corresponderá al empresario desvirtuar los indicios de culpabilidad que muestran las circunstancias del accidente (*supra* N° 97). Esta es especialmente la situación en los casos en que el empresario tenga control del riesgo y el daño, de modo que según la experiencia deba estimarse *prima facie* que el daño se debió a negligencia de la organización; así ocurrirá, por ejemplo, si se prueba que una infección postoperatoria se debió a la esterilización defectuosa del instrumental quirúrgico proporcionado por la clínica u hospital (*infra* N° 481).

131. Responsabilidad personal de quienes actúan como órganos o representantes.³⁶¹ a) A pesar de que la responsabilidad de la persona jurí-

³⁶⁰ Sobre los riesgos de que la *culpa* en la organización sea impropriamente un medio para transformar la responsabilidad civil en un brazo de la seguridad social, Bydinski 2004 353.

³⁶¹ En este párrafo sólo se analizan las consecuencias que tiene para las personas naturales que actúan como órganos o representantes, la responsabilidad civil en que puede incurrir la sociedad o corporación respectiva. La responsabilidad de directores y gerentes de sociedades es analizada en *infra* § 56.

dica por el hecho de sus órganos da lugar a una responsabilidad por el hecho propio, nada obsta para que el tercero afectado por la decisión pueda actuar contra quienes tomaron la decisión dañosa. Con todo, esta responsabilidad está sujeta a requisitos más fuertes que la responsabilidad de la persona jurídica frente a terceros, porque el gobierno y administración de una empresa supone necesariamente el ejercicio de facultades potestativas, que exigen un ámbito más o menos amplio de discrecionalidad (*infra* N° 609). Por eso, es natural que los efectos de los actos de gobierno y administración de la sociedad o corporación se radiquen en la persona jurídica y no en los patrimonios de quienes actúan como sus órganos o representantes. Por otro lado, los administradores y, en general, quienes conforman los órganos de una persona jurídica tienen deberes para con la corporación o sociedad y para con los socios o accionistas (Ley de sociedades anónimas, artículos 41, 48 IV y 50); pero esos deberes de cuidado no necesariamente se extienden hacia terceros (*infra* § 56 b 1).

En consecuencia, la responsabilidad frente a terceros por el hecho propio de la persona jurídica no se transmite, por lo general, a quienes conforman sus órganos de gobierno y administración,³⁶² salvo que les sea imputable personalmente un ilícito. Esta responsabilidad personal se podrá hacer valer cuando se pueda imputar a los directivos una infracción de deberes que protegen el interés de terceros (como, por ejemplo, los que tienen por objeto cautelar la integridad del patrimonio o la publicidad de los balances de la sociedad)³⁶³ o cuando hayan incurrido en abuso en el ejercicio de potestades de gobierno y administración. Y aún en tal caso, quienes conforman el órgano de gobierno o administración pueden tener acción de reembolso contra la sociedad o corporación, con fundamento

³⁶² En un fallo de 1999 el Tribunal Supremo español, cuya doctrina es extensible al derecho chileno, declaró que un acuerdo del directorio (consejo) de una sociedad que comprometía la responsabilidad de esta última "no es bastante para calificar de culposa o negligente la conducta de los administradores demandados y no debe olvidarse que dichos acuerdos fueron tomados por el Consejo [directorio] dentro de sus facultades de representación, obrando, por tanto, en nombre de esa sociedad y no en nombre propio, con lo que la responsabilidad que pudiera derivarse de esa resolución unilateral (...) es directamente imputable a ésta y no a los miembros del Consejo de Administración" (citado por Parra en Reglero 2002 a 1319).

³⁶³ Así, por ejemplo, los deberes de llevar registros contables, de no repartir dividendos provisórios habiendo pérdidas acumuladas y de no ocultar bienes, reconocer deudas supuestas o simular enajenaciones (Ley de sociedades anónimas, artículo 45); y las responsabilidades que se siguen de los deberes y responsabilidades que establece la ley N° 18.175, como son el deber de solicitar la quiebra si la empresa no paga una obligación mercantil y las responsabilidades personales por haber intervenido en una quiebra culpable o fraudulenta (ley N° 18.175, artículos 41 y 232, respectivamente). En España se ha fallado que hay responsabilidad personal de los administradores de sociedades en caso de insolvencia cuando no se respeta el principio de igualdad de los acreedores, sea mediante pagos o garantías reales, cuando la insolvencia era inevitable o de otra manera se ha actuado con mala fe o negligencia grave en perjuicio de los acreedores (Parra en Reglero 2002 a 1320).



en que actuaron ilícitamente respecto de terceros, pero en el mejor interés social (*infra* N° 601 c).³⁶⁴

b) Desde el punto de vista de las relaciones internas de los directores y gerentes con la sociedad rigen las reglas generales de la responsabilidad de quienes tienen esas posiciones (*infra* § 56). Los directivos responden de los daños causados por su culpa o dolo, pero de ello no se sigue que cada vez que la sociedad sea responsable frente a terceros, los directores y gerentes vean expuesta su responsabilidad personal.³⁶⁵

c. Responsabilidad en grupos de sociedades

132. Responsabilidad civil del controlador de una sociedad. En organizaciones empresariales complejas se plantea la pregunta por la responsabilidad extracontractual que puede surgir en razón de las relaciones de propiedad y de poder de decisión que suelen existir *entre* sociedades. La Ley de valores define el control como la suma de dos factores: ante todo, la participación en la propiedad, con poder de decisión en las juntas de accionistas, y, además, la aptitud para influir decisivamente en la administración de la respectiva sociedad (artículo 97). Las definiciones legales son extremadamente reglamentarias, de modo que aquí sólo serán analizadas en la medida que sean relevantes en materia de responsabilidad civil. Para efectos prácticos, también en este caso, conviene distinguir entre las relaciones internas del controlador con la sociedad controlada y las relaciones externas de un grupo de empresas con terceros, especialmente con acreedores.³⁶⁶

³⁶⁴ En el derecho alemán, por ejemplo, se acepta que si el tercero hace valer la responsabilidad del directivo y éste muestra que ha incurrido en el ilícito sin traicionar el interés de la empresa, el directivo tiene una acción restitutoria contra la sociedad que se funda en las reglas del mandato (BGB, §§ 257 y 670; sobre las acciones de reembolso y de restitución de expensas, Thümmel 2003 159, 162). Esas normas son esencialmente semejantes al artículo 2158 N° 5, en el entendido que esa norma limita la restitución de las pérdidas sufridas por el mandatario cuando ha actuado con culpa en su relación interna con el mandante y no en su actuación para con terceros en interés del mandante.

³⁶⁵ Sobre el principio de intransmisibilidad de la responsabilidad de la sociedad a los directores y gerentes, *infra* N° 601.

³⁶⁶ Sobre el concepto de grupo de empresas y de controlador, Ley de valores, artículos 96 y siguientes. En este libro los conceptos son usados en el sentido atribuido por esas disposiciones. Conviene tener presente que la Ley de valores establece, esencialmente, deberes de información y otros específicos de protección de accionistas minoritarios, como la obligación de hacer una oferta preferente de compra de acciones (OPAS) en ciertos casos; por el contrario, no establece propiamente deberes de conducta en materia de gobierno y conflictos de interés. La Ley de sociedades anónimas establece deberes para los directores y gerentes (*infra* N° 605); sólo por extensión analógica estos deberes pueden entenderse aplicados en materia de responsabilidad civil a los controladores finales, en virtud del principio de derecho privado de que los jueces pueden definir deberes de conducta que no están tipificados por la ley (*supra* N° 58).

133. Relaciones internas del controlador con la sociedad. Las relaciones internas del controlador con la sociedad se producen esencialmente en su calidad de accionista de la sociedad controlada y en la influencia que puede ejercer en los administradores en cuya designación participa.³⁶⁷ En el derecho de sociedades y de mercado de valores se cruzan dos tipos de normas: por un lado, se establece el deber de los administradores de sociedades de atender exclusivamente al interés de la sociedad, con prescindencia de quienes los hayan elegido (Ley de sociedades anónimas, artículo 39 III);³⁶⁸ por otro, se adoptan medidas preventivas que incentivan que se hagan públicos los conflictos de interés susceptibles de provocar que esa norma sea puramente teórica, exigiendo que los contratos en que exista tal conflicto de interés observen ciertos requisitos procedimentales y de equidad (artículo 44).

En este conflicto entre el deber y el interés, la propia ley asume que los integrantes de un grupo empresarial guían su actuación económica y financiera por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos (Ley de valores, artículo 96 I). Ese poder se muestra en la junta de accionistas y en las relaciones contractuales de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial. Estos dos grupos de hipótesis son analizados en este párrafo.

a) **Potestad jurídica del controlador como accionista: límites a su ejercicio abusivo.** El controlador de una sociedad anónima tiene los derechos potestativos que le concede su calidad de accionista. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos está sujeto a deberes básicos de lealtad con los demás accionistas, que comparten un interés en la sociedad.³⁶⁹ Estos deberes no surgen de una relación fiduciaria, como ocurre con los directores y gerentes, sino que tienen su fundamento en el contrato de sociedad, que obliga de buena fe a no confundir el propio interés con el de la sociedad controlada. Las normas de la legislación sobre sociedades anónimas³⁷⁰ y sobre mercado de valores³⁷¹ que regulan las relaciones de control e influencia en la administración, y las reglas administrativas que obligan a

³⁶⁷ Un desarrollo del concepto de controlador a la luz del derecho comercial, con referencias a la temprana doctrina legal chilena en la materia, formulada con ocasión de la crisis de 1983, en Vial 1985 3.2.

³⁶⁸ Los controladores también pueden participar del ilícito de los administradores desde el punto de vista de la responsabilidad civil, en la medida que se les pueda atribuir autoría o complicidad en dicho ilícito, según las reglas generales (*infra* N°s 277 b, 615 c y 724).

³⁶⁹ Zegers/Arteaga 2004 253; el mismo principio se aplica al socio administrador de una sociedad de personas; para construir en su caso el deber de lealtad se puede recurrir a las normas de la sociedad de personas (artículo 2072 II y 2081 regla 2ª del Código Civil y 404 del Código de Comercio) y analógicamente a los deberes que la ley ha tipificado respecto de administradores y controladores de sociedades anónimas (*infra* N° 597 c); ello es consecuencia de un principio de aplicación general en el derecho privado: quien ejerce deberes fiduciarios debe neutralizar los conflictos de intereses (Alessandri 1931 60).

³⁷⁰ Ley de sociedades anónimas, artículos 86 y siguientes.

³⁷¹ Ley de valores, artículos 96 y siguientes.

informar esas relaciones,³⁷² tienen por principal finalidad garantizar la publicidad de eventuales conflictos de interés y proveer a que el poder en las sociedades anónimas sea ejercido en interés de la propia sociedad.³⁷³

En circunstancias que es de la naturaleza de los actos potestativos que no sea necesario justificarlos, la acción que pretende hacer valer la responsabilidad civil sólo podrá prosperar si se prueba que el conflicto de interés ha sido resuelto de modo torcido. En consecuencia, el *voto en junta de accionistas* es un derecho potestativo, cuyo ejercicio no está sometido a control jurídico de mérito, a menos que se pruebe una actuación contraria al interés social, en razón de un conflicto de intereses que el accionista resuelva en perjuicio de la sociedad; no es el mérito de la decisión de voto lo que puede dar lugar a responsabilidad, sino la actuación de mala fe, desviando maliciosamente a favor de intereses propios el poder de decisión que se tiene en el principal órgano político de la sociedad. En estas circunstancias, el ejercicio del derecho potestativo podrá ser tenido por abusivo, según las reglas generales (*infra* N° 450).³⁷⁴

Esta responsabilidad del controlador con los accionistas es refleja de la que soportan los directores de una sociedad anónima que infrinjan la prohibición de proponer modificaciones de estatutos, acordar emisiones de valores mobiliarios, adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados (Ley de sociedades anónimas, artículo 42 N° 1) y de la responsabilidad que tienen esos mismos directores si infringen la prohibición de apropiarse de oportunidades de negocios de la sociedad para sí o para sus personas relacionadas (Ley de sociedades anónimas, artículo 42 N°s 1 y 6).³⁷⁵

b) Limitaciones a la celebración de contratos inequitativos en beneficio propio o de sus personas relacionadas. El controlador también puede oponer el interés de la sociedad si ejerce influencia para que ésta celebre contratos que le resultan convenientes. Desde un punto de vista económico, el riesgo se presenta cada vez que el interés del controlador en la sociedad

³⁷² Circular 1246/1995 de la Superintendencia de Valores y Seguros.

³⁷³ Es conveniente distinguir dos niveles de protección de los accionistas que se ven afectados por una decisión de la mayoría. Si ésta actúa abusivamente, en el sentido de adoptar decisiones que favorezcan su propio interés en perjuicio de la sociedad, habrá lugar a una pretensión indemnizatoria, según las reglas generales de la responsabilidad civil; por el contrario, hay decisiones políticas que son perfectamente lícitas, pero que alteran de tal modo la naturaleza de la inversión, que la ley concede un derecho a retiro a los accionistas disidentes (Ley de sociedades anónimas, artículo 69). Fuera de estas hipótesis, se extiende el amplio campo de discreción de los accionistas mayoritarios para decidir las políticas de la compañía, con los límites que la ley impone en ciertas materias de quórum calificado (artículo 67 II); es sintomático, en este sentido, que se haya introducido una regla legal que ordena hacer una oferta de adquisición de acciones si el contralor sobrepasa el umbral de dos tercios que le permite adoptar decisiones en junta de accionistas que modifican aspectos esenciales del pacto social (Ley de valores, artículo 199 I letra b).

³⁷⁴ Ley 2002 76.

³⁷⁵ *Infra* N° 628.

respectiva es inferior al que posea en la contraparte del contrato respectivo. La propia ley, al definir el *grupo empresarial*, asume que en su interior existen vínculos de tal naturaleza en su propiedad y administración que la actuación económica de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinadas a éstos (Ley de valores, 96 I).³⁷⁶

En lo que se refiere a estas relaciones internas del controlador con la sociedad, el derecho comercial muestra un desarrollo inequívoco: el gobierno y la administración de una sociedad deben estar dirigidos a cautelar sus intereses, de modo que es ilícito aprovechar la posición de control para el propio beneficio de los controladores y en perjuicio de la sociedad. El principio es de validez general, no sólo en el derecho de sociedades, sino se extiende a cualesquiera relaciones fiduciarias (como las que nacen del mandato).³⁷⁷

En definitiva, no se puede usar una posición de poder, un encargo de tercero o una función atribuida por la ley o la convención, para obtener beneficios a costa del mandante, del tercero cuyos intereses se administran y, específicamente, de la sociedad controlada. La responsabilidad se extiende a quienes no siendo controladores actúan como directores o gerentes sin informar y resolver correctamente el conflicto de intereses. El principio rige respecto de directores y gerentes (Ley de sociedades anónimas, artículos 39 III, 42 N°s 5 y 6, 44), y específicamente respecto de sociedades que tengan cualquier vínculo relevante de propiedad (Ley de sociedades anónimas, artículo 89).³⁷⁸ La responsabilidad de directores y gerentes por actuar en perjuicio de la sociedad en contratos en conflicto de interés será analizada en la sección respectiva (*infra* § 56 d).

Además de estos resguardos frente a conflictos de interés que se manifiestan en los órganos de administración de la sociedad, la ley también se refiere a los que pueden surgir de las relaciones de propiedad y de control (Ley de sociedades anónimas, artículo 89 I). Esta norma es muy comprensiva al definir el conflicto de interés, pues no sólo se refiere a las relaciones del controlador con la sociedad controlada (en particular, a las existentes entre la matriz y una filial), sino también a las operaciones que una sociedad anónima abierta haga directamente o mediante otras sociedades del mismo grupo empresarial o con sus empresas relacionadas (según la

³⁷⁶ De la norma referida se infiere que las normas sobre grupos empresariales presentan claramente dos finalidades: la primera es la referida a eventuales conflictos de interés, según lo referido; la segunda es atender a la solvencia del grupo en su conjunto, bajo el supuesto de que existen riesgos financieros entrecruzados. Aquí sólo se atiende a la primera finalidad.

³⁷⁷ Estas normas constituyen un desarrollo extensivo del principio de que la autocontratación está aceptada en principio por el derecho privado, a condición de que no haya norma legal o contractual que la prohíba ni exista un conflicto de interés entre quien tiene el deber fiduciario y el beneficiario; absolutamente actual en la materia sigue siendo el magnífico artículo de Alessandri 1931 *passim*, especialmente 12 y 29.

³⁷⁸ Por lo demás, estos principios ya estaban formulados en el título de las sociedades colectivas comerciales en el Código de Comercio, artículo 404 N°s 2 y 4.

amplia definición del artículo 100 de la Ley de valores); y, además, a los contratos que celebren las sociedades coligadas y filiales entre sí. Esta especie de parentesco societario resulta relevante, entonces, tanto en la línea recta (relaciones matriz-filial o coligante-coligada o entre sociedades de un mismo grupo empresarial) como en línea colateral (entre filiales o coligadas). La regla también se aplica si la contraparte no es una sociedad anónima (artículo 89 II).

Como en el caso del artículo 44, referido a los actos de la administración, puede entenderse que es ilegítimo todo beneficio que no se habría obtenido en una negociación con terceros independientes bajo condiciones como las que habitualmente prevalecen en el mercado (artículo 89 I). Pero, a diferencia de lo que ocurre con los conflictos de interés de los directores y gerentes, la ley no establece requisitos de procedimiento para que el acto o contrato pueda ser perfeccionado. En verdad, las hipótesis de aplicación de la regla son tan diversas que un control preventivo sería costoso e ineficaz. Por eso, la norma del artículo 89 se limita a exigir que la operación se celebre en condiciones de equidad, similares a las que prevalecen en el mercado.³⁷⁹

En circunstancias que el daño producido por un contrato inequitativo, negociado en conflicto de interés, consiste en la diferencia entre lo efectivamente pagado y lo que debió ser pagado en condiciones de mercado, la indemnización corresponde precisamente a esa diferencia de valor. Otros daños que haya sufrido la sociedad usualmente no estarán en conexión con el ilícito cometido por el controlador (*infra* § 29).³⁸⁰

La misma norma del artículo 89 establece que el perjuicio que de estos actos se siga para la sociedad debe ser reparado por los directores y gerentes que aprobaron o decidieron la operación contraria a los intereses de la sociedad; pero tras esa regla de responsabilidad está la protección contra conflictos de interés en el plano de la propiedad de la compañía, que se muestran en las actividades de la administración. Por lo mismo, el acto del controlador de influir en la celebración de un contrato en conflicto de interés que perjudica a la sociedad controlada debe ser tenido por ilícito en sí mismo, por el fraude que lleva envuelto. En definitiva, si se prueba que los controladores han tenido una participación en la realización del ilícito (por ejemplo, mediante la inducción a que sea cometido), asumen personalmente una responsabilidad civil solidaria, de conformidad con las reglas generales (*infra* N° 724).

³⁷⁹ Sobre la forma de operación de esta regla en el caso de los directores y gerentes, *infra* N° 621; en circunstancias que los conceptos empleados por los artículos 44 I y 89 I son idénticos, debe entenderse que la apreciación de lo que se tiene por valor equitativo sigue las mismas reglas.

³⁸⁰ En circunstancias que el daño es esencial para la responsabilidad civil, la omisión de formalidades de publicidad y de la declaración de conflicto de interés constituye un ilícito definido, que puede dar lugar a sanciones administrativas (Ley SVS, artículo 27); pero sólo dará lugar a acciones indemnizatorias en la medida que se logre probar daño, según las reglas generales (Ley de sociedades anónimas, artículo 133).

A ello se agrega que el controlador puede ser sujeto pasivo de una acción restitutoria de los beneficios obtenidos a consecuencia del ilícito de administradores de sociedades controladas, si a éstos se les puede imputar dolo o culpa grave al aprobar operaciones inequitativas en conflicto de interés con la sociedad respectiva o por haberse aprovechado de oportunidades de negocios que pertenecían a ésta (*infra* N°s 615 c y 628 g).

c) Potestad para vender las acciones de control de la sociedad. En ejercicio del poder de disposición que les confiere la propiedad, los accionistas mayoritarios tienen libertad para vender acciones que otorgan control sobre la sociedad. En consecuencia, salvo que la venta sea en infracción de un contrato de opción o de promesa, la enajenación es un acto potestativo que no puede dar lugar a responsabilidad civil.

En términos estrictamente de mercado, el control de una sociedad tiene un premio (lo que muestra que el poder tiene valor económico). Uno de los más arduos puntos de discusión en la doctrina económica de las sociedades es precisamente si está o no justificado que los controladores se apropien de ese premio que los adquirentes están dispuestos a pagar por tomar el control de la sociedad.³⁸¹ Desde el punto de vista del derecho privado, no existe impedimento para que el mayoritario se 'apropie' del premio de control. Existe, sin embargo, una tendencia regulatoria en el sentido inverso. La ley chilena ha tomado este camino, asumiendo que el premio no es apropiable por los controladores de sociedades anónimas abiertas. El cambio de control y la adquisición de una mayoría de dos tercios de las acciones con derecho voto en una sociedad anónima abierta, dan lugar a la estricta exigencia de ofrecer a los accionistas minoritarios la adquisición preferente de sus acciones (Ley de valores, artículos 198 y siguientes; Ley de sociedades anónimas, artículo 69 ter). La infracción de estas reglas puede dar lugar a responsabilidad extracontractual si de la infracción se sigue daño, porque se trata de un deber que establece la ley.

La regla no se extiende a las sociedades anónimas cerradas; sin embargo, cuando dos o más personas deciden participar en conjunto o alguna adquiere acciones de una sociedad de este tipo, existe la posibilidad de convenir *ab initio* pactos de accionistas, que regulen entre las partes los efectos de la venta de acciones de control a terceros (conviniendo, por ejemplo, cláusulas de *tag along*, que dan al minoritario una opción de venta si el mayoritario vende su participación, con un efecto análogo al perseguido por las reglas que establecen el deber de hacer una OPA en las sociedades abiertas). A falta de pactos de este tipo, cuya infracción da lugar a responsabilidad contractual, los accionistas minoritarios en una sociedad anónima cerrada carecen de acción para obligar al controlador a negociar en conjunto la venta de sus propias acciones y las de los demás accionistas.

³⁸¹ Klein/Coffee 2002 171, con referencia a que el premio de control puede ser concebido como un incentivo para que el controlador venda a quien cree ser capaz, desde una posición de control, de aumentar el valor de la compañía.

134. **Responsabilidad contractual del controlador por la insolvencia de una sociedad.** a) La responsabilidad del controlador hacia los acreedores de la sociedad controlada que cae en insolvencia está sujeta a severas condiciones de admisibilidad que aquí sólo serán reseñadas. La pregunta se presenta con diferentes características en materia extracontractual que en materia contractual. En este párrafo se hace referencia a esta última y en el próximo a la responsabilidad extracontractual por hechos atribuibles *prima facie* a la sociedad controlada.

b) Según un principio asentado en materia *contractual*, es lícita la separación de sociedades jurídicamente autónomas al interior de un grupo empresarial. Con ello se cumple el fin de favorecer emprendimientos con un riesgo limitado a los aportes. Una característica esencial de las sociedades anónimas es que su capital es suministrado por accionistas que sólo son responsables por sus respectivos aportes (artículo 2061 IV);³⁸² con posterioridad al reconocimiento de la sociedad anónima, la ley ha aceptado sociedades y empresas individuales de responsabilidad limitada. La limitación de responsabilidad al monto de los aportes hace radicar en los terceros que contratan con la sociedad, y no en sus socios o accionistas, el riesgo de insolvencia. Si el patrimonio social les parece riesgoso, esos terceros pueden condicionar la celebración del contrato al otorgamiento de garantías personales o reales. A falta de garantías personales, los terceros contratan en plena consideración de que la limitación de responsabilidad les impide accionar contra los socios, accionistas o administradores de la sociedad obligada.

c) Aunque la regla de limitación de responsabilidad es muy fuerte, los sistemas jurídicos han desarrollado correctivos si el controlador incurre en *abuso de la forma societaria*. Como ocurre en la generalidad de los casos de abuso de derecho, se requieren razones especialmente calificadas para que los acreedores puedan exigir el *levantamiento del velo de la persona jurídica*, esto es, para que acreedores contractuales puedan hacer valer sus pretensiones contra los controladores de una persona jurídica.³⁸³ Ese es el caso si aquéllos han actuado fraudulentamente o en abuso de la personalidad jurídica, sea para burlar la ley, quebrantar obligaciones contractuales o para perjudicar fraudulentamente a terceros (en especial acreedores).³⁸⁴

³⁸² El Código Civil de 1855 reconoció la sociedad anónima como una especie de sociedad y la entendió, precisamente, como aquella en que el fondo social es suministrado por accionistas que sólo son responsables por el valor de sus acciones (artículo 2061 IV, que, en esta parte, se ha mantenido luego de la reforma de la ley N° 18.046, que agregó que la administración está a cargo de un directorio integrado por miembros esencialmente revocables).

³⁸³ El concepto de controladores de la Ley de valores (artículo 97) ha sido definido para efectos de los fines perseguidos por ese ordenamiento; aquí es extendido a efectos de la responsabilidad contractual en caso de insolvencia de la sociedad o empresa unipersonal de responsabilidad limitada.

³⁸⁴ Estas son las tres hipótesis centrales de abuso de personalidad jurídica, que permiten ignorar la separación de personalidades en el clásico estudio de Serick 1955 137, 242; muy cercana a la tipología de Serick es la caracterización de los grupos de casos de levantamiento del velo en el derecho español, según la excelente recopilación y comentario jurisprudencial de Ángel 1990, capítulo I; en igual sentido, Hurtado 2000 64.

Así ocurre si el acto que modifica la organización empresarial ha tenido por finalidad evadir una norma legal de orden público, eludir la responsabilidad impuesta por un contrato,³⁸⁵ o, mediante transferencias injustificadas u operaciones fuera de mercado, se ha provocado la insolvencia de la sociedad que se ha obligado.³⁸⁶

La acción de abuso de la personalidad jurídica es oscura en sus contornos, por lo que plantea el desafío doctrinal de identificar más precisamente las condiciones para que pueda resultar exitosa.³⁸⁷ En materia de responsabilidad contractual, parece razonable agrupar las hipótesis en dos grupos principales: ante todo, el uso de la empresa o sociedad con *propósitos fraudulentos* (como cuando la sociedad es conducida a la insolvencia a consecuencia de un reparto de dividendos incompatibles con el estado de negocios de la sociedad controlada o de contratos en favor de sus socios o accionistas); y, en segundo lugar, la *desconsideración por los propios controladores del carácter separado de la entidad social* (por ejemplo, si la sociedad no observa las formalidades mínimas de contabilidad o administración efectiva o si se confunden los fondos personales y sociales).³⁸⁸ Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, el levantamiento del velo societario es un ámbito de aplicación de la doctrina del abuso del derecho potestativo a separar actividades empresariales en sociedades o empresas unipersonales que limitan la responsabilidad a los agentes afectados (*infra* N° 450). Sus supuestos esenciales son la intención o ánimo fraudulento,³⁸⁹ o la inobservancia por los propios socios o accionistas del principio de separación de patrimonios.

d) Con o sin levantamiento del velo societario se puede reconocer lugar a la responsabilidad del controlador en hipótesis en que éste despertó la

³⁸⁵ No deben confundirse estas hipótesis de fraude contractual (como ocurre si alguien sujeto a una prohibición de competir constituye una sociedad que inicia el giro que le está prohibido contractualmente ejercer por sí mismo), con las situaciones en que la ley atende a la realidad de la relación a efectos de establecer el ámbito personal y material de la responsabilidad contractual, como ocurre con el *principio de realidad* en el derecho laboral, que permite a los jueces desentrañar el contenido de la relación jurídica en los términos en que ésta efectivamente se ha planteado (CS, 9.5.1999, RDJ, t. LXXXIX, sec. 3°, 21; CS, 23.1.1996, RDJ, t. XCIII, sec. 3°, 7; CS, 25.9.1997, RDJ, t. XCIV, sec. 3°, 145, citadas y analizadas por P. López 2003 463); en estos casos la pregunta es de interpretación del contrato, para lo cual resultan de interés, además de las normas especiales del derecho laboral, las reglas de los artículos 1546 y 1564 III del Código Civil.

³⁸⁶ En el derecho inglés esta última situación es tratada como una forma de interferencia en el contrato ajeno: el controlador del deudor retira los fondos disponibles y pone a la sociedad en situación de insolvencia para cumplir sus obligaciones contractuales (*Stoczna Gdanska SA v. Latvian Shipping Co*, 2002, 2 Lloyd's Rep. 436, en Markesinis/Deakin *et al.* 2003 515).

³⁸⁷ Cheffins 1997 333.

³⁸⁸ Klein/Coffee 2002 142.

³⁸⁹ Lyon 2003 69; ejemplar en este sentido es la norma del artículo 478 II del Código de Trabajo, que sanciona a quien "utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga por objeto eludir el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales que establece esta ley o la convención".



confianza de que era el grupo empresarial quien resultaba obligado, como sería el caso si durante la negociación la matriz ha despertado en la contraparte la certeza de que respondería de cualquiera obligación de la filial. Como podrá comprenderse, la dificultad radica en las condiciones de aplicación de esta doctrina, que ha tenido su origen en la jurisprudencia suiza y que luego tímidamente se ha expandido a otros ordenamientos.³⁹⁰ En efecto, en circunstancias que la garantía personal de la matriz fue o pudo ser parte de la negociación contractual, deben haber razones muy calificadas para que la mera apariencia pueda dar lugar a un efecto obligatorio respecto de la matriz (que no es parte del contrato, a pesar de que pudo serlo, si así se hubiere convenido). Ese podría ser el caso, por ejemplo, si la negociación ha sido conducida por la matriz, quien ha proporcionado la documentación y ha argumentado razones exclusivamente fiscales para operar por medio de una empresa separada; si la sociedad que suscribe el contrato es puramente instrumental y carece de un patrimonio proporcionado a las obligaciones que contrae; o concurren otras circunstancias semejantes. Pareciera que los tópicos argumentativos relevantes son que el controlador no asuma las obligaciones de fidelidad conexas a sus propios actos creadores de confianza; y, además, que atendidas las circunstancias no se pueda atribuir indolencia al acreedor. Prescindiendo de los casos que operan en el límite, aceptar el abuso de la personalidad jurídica en casos donde no existe fraude o extrema abusividad parece ser una aventura temeraria (como lo entienden los tribunales de las jurisdicciones donde la doctrina es aceptada).

135. Responsabilidad extracontractual por hechos de la sociedad controlada. a) En el ámbito extracontractual no existe para la víctima del daño la posibilidad de negociar *ex ante* una garantía de cumplimiento de la obligación indemnizatoria, ni existe acuerdo en obligarse con pleno conocimiento del límite de la responsabilidad del eventual responsable. Aun así, la responsabilidad personal de los socios y accionistas queda limitada a sus aportes, salvo que se tenga por configurado un ilícito personal, que les sea funcionalmente atribuible.³⁹¹ En este caso, no existe, como en materia contractual, un descorrimiento del velo de la personalidad jurídica, porque no se intenta hacer responsable al controlador de obligaciones ajenas, sino que se trata de una responsabilidad extracontractual de carácter personal de la matriz o de los controladores, a quienes se puede imputar directamente la comisión de un ilícito.

Las hipótesis de responsabilidad extracontractual por un hecho de la filial se presentan si el grupo empresarial artificiosemente separa las activi-

³⁹⁰ Emmerich/Sonnenschein/Habersack 2001 288, con referencia a la reticencia y excepcionalidad de la recepción de la doctrina en el derecho alemán y austríaco.

³⁹¹ En estas situaciones también se podrá plantear la pregunta por la responsabilidad de los directores, gerentes y ejecutivos principales, cuyo ilícito personal actuando en interés de la compañía provocó el daño; con todo, también esta responsabilidad personal, independiente de la que corresponde a la sociedad, debe ser tenida por excepcional (*infra* N° 601).

dades peligrosas del giro en una sociedad que carece de la solvencia necesaria para hacer frente a la responsabilidad extracontractual resultante (caso en que se puede constituir una forma de fraude a la ley que impone la responsabilidad extracontractual); o cuando mediante repartos de capital o de dividendos, o por contratos ruinosos para la deudora, pero beneficiosos para otras empresas del grupo de sociedades, se deja a aquélla en estado de insolvencia (que son casos típicos de fraude a los acreedores).

Aunque no está previsto en el antiguo derecho civil, no hay razón que impida radicar la responsabilidad en el centro de decisión empresarial, según las reglas generales de la responsabilidad por el hecho propio. La sociedad matriz responde en estos casos por su ilícito personal en la dirección de hecho de la sociedad controlada, que, a su vez, ha provocado el daño: la sociedad controlada actúa como el medio abusivo utilizado por los controladores para desarrollar actividades productivas riesgosas para terceros (sin suficiente financiamiento, ni seguros adecuados al riesgo) o en franco fraude de sus acreedores.

b) Mayores dificultades plantean los casos en que se alega simplemente que la *dirección efectiva de los negocios* (y, por tanto, la fuente de responsabilidad civil) permanece radicada en el controlador.³⁹² La estructura de gobierno y administración de las sociedades anónimas pone una distancia, por lo general insuperable, para que las víctimas de un ilícito de la sociedad controlada puedan accionar directamente contra los controladores. En general, ello sólo es posible si la filial posee una administración puramente nominal o si su administración es ejercida de hecho por la organización empresarial de la matriz. La empresa controlada no tiene en esos casos una autonomía real que justifique considerarla independientemente, en términos que excluyan la responsabilidad extracontractual por el hecho propio de la matriz. El caso más extremo está dado por la filial que carece de contabilidad independiente y de órganos de administración que funcionen efectivamente.

c) Pero también se ha estimado que el control puede ser antecedente de responsabilidad extracontractual si la sociedad controlada es un mero instrumento técnico para los propósitos empresariales del controlador, en cuyo caso la culpa extracontractual es en verdad atribuible a este último. La prueba tiene que residir en este caso en que la sociedad en que está formalmente radicada la actividad que causó el daño es de hecho dependiente y sigue instrucciones de su matriz.³⁹³ Aunque esta situación presenta cercanía con la presunción de culpa por el hecho del dependiente (*supra* § 17) y con la responsabilidad por culpa en la organización (*supra* N° 129), superar el obstáculo de la separación de personalidades supone mostrar que la filial carece de autonomía efectiva en las funciones que dieron lugar al daño. Los hechos relevantes pueden referirse a aspectos formales o

³⁹² En la materia, aún tienen vigencia los casos desarrollados por Vial 1985 4.4.

³⁹³ Sobre la doctrina de la *agencia* como fundamento de responsabilidad, que no requiere recurrir en este ámbito a la doctrina del levantamiento del velo societario, Clark 1986 84.

de fondo. En el primer sentido, se podrá mostrar que la administración efectiva de la filial está a cargo de la matriz o, al menos, que no está separada de esta última; en el segundo, que los administradores de la filial, en infracción de sus deberes legales, son ejecutores de instrucciones provenientes de la matriz, en cuyo interés han actuado.³⁹⁴ Por eso, como se ha adelantado, en materia extracontractual no es necesario recorrer el *velo de la personalidad jurídica*, porque no se trata de pasar por sobre el principio de relatividad del contrato, haciendo responsable al controlador de obligaciones contractuales de la sociedad controlada, sino de una responsabilidad extracontractual por el hecho propio del controlador.

TÍTULO IV

PRESUNCIÓN DE CULPA Y RESPONSABILIDAD Estricta POR EL HECHO DE LAS COSAS

§ 19. LA CULPA EN EL HECHO DE LAS COSAS

a. El régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas

136. Culpa por el hecho de las cosas. a) A diferencia de la responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno, en que existen presunciones generales de culpabilidad (artículos 2329 y 2320 del Código Civil, respectivamente), en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas la ley sólo contempla presunciones específicas, referidas a los daños causados por el hecho de animales, por la ruina de edificios y por la caída de objetos desde la parte superior de un edificio. A ello se agregan algunas hipótesis, también específicas, de responsabilidad estricta.

b) El Código Civil se aparta en materia de responsabilidad por el hecho de las cosas del Código francés, cuyo artículo 1384 establece la regla general de que se responde por el hecho de las cosas que se tienen bajo custodia (*garde*). Esta norma fue entendida originalmente como un caso de aplicación del principio de responsabilidad por culpa. Luego, fue objeto de sucesivos cambios interpretativos que se tradujeron en una evolución bastante dramática del sistema de responsabilidad en ese ordenamiento jurídico.³⁹⁵ A partir del caso de la muerte de un trabajador debido a la explosión de una caldera defectuosa (1896), y a falta de una legislación especial de accidentes del trabajo, se desarrolló una jurisprudencia que culminó estableciendo una responsabilidad estricta de quien tiene una cosa

³⁹⁴ Sobre la responsabilidad que puede corresponder en este caso a la matriz por su propio hecho, *supra* N° 133 b).

³⁹⁵ Sobre el espíritu originario del Código francés y el desarrollo posterior, Planiol/Ripert 1926 N° 328.

bajo su custodia (1930). En consecuencia, interviniendo causalmente una cosa en un accidente, sea o no puesta en movimiento por el que la tiene bajo su custodia, éste no puede excusarse alegando diligencia y sólo es admitida la prueba de una causa ajena al custodio (caso fortuito o fuerza mayor o el hecho de la víctima). De este modo, la jurisprudencia francesa ha dado lugar a un amplio ámbito de responsabilidad estricta, que comprende todos los accidentes en que ha intervenido activamente una cosa que se encuentra bajo custodia ajena (accidentes del tránsito, daños causados por el mal estado de inmuebles, instrumentos quirúrgicos contaminados, caída de árboles, motores industriales que escapan al control de quien lo opera, entre otras innumerables aplicaciones).³⁹⁶

c) En el derecho chileno, como ocurre en general en el derecho comparado, no se conoce una presunción genérica de culpa por el hecho de las cosas.³⁹⁷ Por eso, sólo es posible acudir a la presunción general de culpabilidad por el hecho propio del artículo 2329 del Código Civil, siempre que se trate de daños provocados por cosas peligrosas o que razonablemente y de acuerdo a la experiencia puedan atribuirse a negligencia.³⁹⁸ De hecho, los casos más notorios en que operará un indicio *prima facie* de culpa tienen lugar precisamente cuando una cosa interviene causalmente en el accidente (el arma de fuego, la cañería descubierta y el camino en mal estado, en los ejemplos del artículo 2329).

137. Responsabilidad estricta por el hecho de las cosas. Las presunciones específicas de culpabilidad por el hecho de las cosas pueden desvirtuarse por el dueño o custodio de la cosa, probando su propia diligencia. Por el contrario, en las hipótesis de responsabilidad estricta el dueño o custodio es civilmente responsable por el solo hecho de haber intervenido la cosa en la ocurrencia del daño. En el derecho chileno existen diversos riesgos relativos a cosas que están sujetas a un régimen de responsabilidad estricta. Algunos están referidos en el Código Civil en medio de las reglas que establecen presunciones. Así, se establece la responsabilidad estricta por daños provocados por animales fieros (artículo 2327) y por las cosas que caen o son arrojadas de la parte superior de un edificio (artículo 2328). La mayoría, sin embargo, está tratada en leyes especiales y se hará referencia a ellos al tratar de la responsabilidad estricta (*infra* § 37).

b. Casos en que se presume la culpa por el hecho de las cosas en el Código Civil

138. Presunción de culpa por el hecho de animales. a) El artículo 2326 presume la culpabilidad del dueño por los daños causados por un animal,

³⁹⁶ Mazeaud/Chabas 1998 553.

³⁹⁷ La doctrina francesa en la materia sólo ha sido seguida en Bélgica y Luxemburgo (Von Bar 1996 I 122).

³⁹⁸ *Supra* § 14 b.



aun después que se haya soltado o extraviado. El dueño podrá exculparse probando que el daño, la soltura o el extravío del animal no se deben a su culpa, ni a la del dependiente encargado de su guarda o cuidado. El cuidado debido depende, según las reglas generales, del riesgo que el animal supone para terceros.

La misma presunción se aplica a toda persona que se sirve de un animal ajeno, quien será responsable en los mismos términos que el dueño frente a terceros, pero tendrá acción de reembolso contra este último si el daño causado se debió a un vicio del animal que el dueño debió conocer e informarle.³⁹⁹ La víctima del daño podrá dirigir su acción de responsabilidad tanto contra el dueño como contra aquel que se sirve del animal, pues ambos responden solidariamente a su respecto, sin perjuicio de la acción de reembolso que pueda corresponder a quien solventa la indemnización (*infra* N° 278).

b) Tratándose de animales fieros, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, el artículo 2327 del Código Civil establece una regla de responsabilidad estricta de la persona *que lo tenga*, por los daños que dicho animal ocasione. La responsabilidad se funda en la tenencia y no en el dominio. Para que el demandado sea obligado a indemnizar los daños que haya provocado, la víctima únicamente deberá probar que se trata de un animal fiero que no presta utilidad para la guarda o servicio de un predio y que el demandado lo tenía bajo su poder, resultando inadmisibles las excusas de éste de haber actuado diligentemente. Este es un caso típico de una responsabilidad agravada por la conjunción de los factores del riesgo (representado por la naturaleza fiera del animal) y de carencia de utilidad de esa fuente de riesgo (*infra* N° 308 a y c).

139. Responsabilidad por ruina de edificios. Referencia. El título de los delitos y cuasidelitos del Código Civil contiene normas sobre responsabilidad por la ruina de edificios (artículos 2323 y siguientes). Estas son completadas con las acciones posesorias dirigidas contra la obra ruinoso y con la acción de responsabilidad del constructor (artículo 2003 regla 3ª, referido, en materia extracontractual, por el artículo 2324). A su vez, la responsabilidad de los profesionales y del primer vendedor está reglada en la Ley de urbanismo y construcciones (artículo 18) y la de las municipalidades está establecida en esa ley y en el ordenamiento que las rige (Ley de municipalidades, artículo 141). Atendida la complejidad del ordenamiento legal aplicable, la materia será objeto de un análisis especial (*infra* § 54).

140. Responsabilidad por caída de objetos desde la parte superior de un edificio. a) Como en materia de ruina de edificios, el Código Civil otorga una acción *preventiva* y otra *reparatoria*.

³⁹⁹ Alessandri 1943 403, propone el ejemplo del propietario de un caballo que "no obstante saber que tiene el hábito de patear y de morder, no lo da a conocer al arrendatario o comodatario del mismo: si éste es obligado a reparar el daño que el caballo causó a un tercero, puede repetir por el monto de la indemnización en contra del dueño".

b) Ante todo, se contempla una *acción pública preventiva* para que se remuevan de la parte superior de un edificio u otro paraje elevado objetos que amenacen caída y daño. La acción es análoga a la querrela posesoria de denuncia de obra ruinoso, pero se dirige no sólo contra el dueño, sino, indistintamente, contra éste, o el arrendatario o la persona a quien pertenezca la cosa o se sirva de ella (artículo 2328 II).

c) El mismo artículo 2328 I establece la responsabilidad por daños causados por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, respecto de todas las personas que habitan la misma parte. Si los candidatos a responsables son varios, porque no es posible individualizar el lugar desde el cual el objeto ha caído, la indemnización se dividirá entre todos ellos. Esta regla constituye una excepción al principio de la solidaridad establecido en el artículo 2317 del Código Civil.

La excusa exige la prueba de que la caída del objeto se debe a culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso sólo ésta será responsable. En otras palabras, sólo se pueden liberar los candidatos a causantes del daño identificando el lugar preciso desde donde cayó o fue arrojado el objeto (esto es, probando que ellos no intervinieron en el curso causal); en consecuencia, se trata de una responsabilidad estricta.⁴⁰⁰

d) Una vez probado que el objeto cayó o fue arrojado desde algún lugar específico, se entiende que el daño es atribuible a malicia o negligencia de quien allí habita. Queda la duda, en tal evento, cuál es la prueba de diligencia que le puede servir de excusa suficiente; por eso, en la práctica, la responsabilidad es estricta y sólo admite la excusa de fuerza mayor (véase también *infra* N° 315).

⁴⁰⁰ En contra, Alessandri 1943 442 y 447, quien estima que la responsabilidad es por culpa presumida; en igual sentido, Corral 2003 249.

CAPÍTULO VI
RESPONSABILIDAD ESTRICTA O POR RIESGO

§ 35. LA RESPONSABILIDAD ESTRICTA EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO

a. *Nociones generales*

297. **Noción de responsabilidad estricta.** a) La responsabilidad por culpa es atribuida al demandado a condición de que su conducta haya infringido un deber de cuidado (*supra* N° 42). La responsabilidad estricta tiene lugar en el ámbito del riesgo que la ley atribuye a quien desarrolla una cierta actividad. El criterio de imputación de responsabilidad puede ser manejar un cierto tipo de instalación, usar una cosa o realizar una actividad que la ley somete a un estatuto de responsabilidad por riesgo. Lo determinante es que el daño cuya reparación se demanda sea una materialización de ese riesgo, que ha justificado el establecimiento de un régimen de responsabilidad estricta.¹

b) La responsabilidad por culpa tiene un elemento objetivo que la aleja del reproche personal; pero esa objetividad es radicalizada en el caso de la responsabilidad estricta, porque ésta ni siquiera requiere que la conducta sea objetivamente reprochable. Lo determinante es que se materialice un *riesgo que está bajo el control del responsable*.

c) Desde el punto de vista lógico son claras las diferencias entre los regímenes (puros) de responsabilidad estricta y por culpa. Sin embargo, conviene tener presente, desde luego, que el paso de uno a otro está marcado en la práctica por una transición más que por un salto discreto (*infra* N° 300).

298. **Denominación: responsabilidad objetiva, estricta o por riesgo.** En nuestro derecho, este régimen de responsabilidad ha sido tradicionalmente denominado *responsabilidad objetiva*, en oposición a la responsabilidad subjetiva basada en la culpa. Sin embargo, como se ha discutido al tratar de la culpa (*infra* N° 43), esta última denominación resulta inapropiada, pues, si bien toda responsabilidad tiene un presupuesto de imputación subjetiva en la capacidad y la libertad del responsable (*Capítulo II*), en materia civil

¹ Kötz 1991 124.

los elementos constitutivos del juicio de culpabilidad propiamente tal son objetivos (*Capítulo III*).

Para evitar una asociación impropia con un concepto subjetivo de la culpa, en este libro se prefiere hablar de *responsabilidad estricta*.² El término evoca los requisitos más limitados de este tipo de responsabilidad, que no exige juicio de valor alguno respecto de la conducta del demandado, sin perjuicio de los demás requisitos que señale el estatuto legal aplicable.

Otra denominación generalizada, proveniente del derecho alemán (*Gefährdungshaftung*) y frecuentemente empleada en el derecho francés, es la de *responsabilidad por riesgo*. Esta calificación tiene la ventaja de atender a la estructura interna de este tipo de responsabilidad, que cubre precisamente los daños provocados en un cierto ámbito de riesgos definido por la ley; además, atiende adecuadamente a la función de los estatutos de responsabilidad sin culpa, como es que quien desarrolla una actividad o detenta una cosa, asuma los riesgos asociados a ella.

299. La ley como fuente de la responsabilidad estricta en el derecho chileno. a) Los estatutos de responsabilidad estricta son establecidos por el legislador. No existe en el derecho chileno una norma que establezca una categoría general, que comprenda distintos grupos de casos sujetos a este régimen de responsabilidad. En consecuencia, es de derecho estricto, porque constituye una excepción al régimen general y supletorio de responsabilidad por culpa (*supra* N° 99).³

b) A pesar de los esfuerzos de la doctrina por generalizar sus caracteres fundamentales, se debe asumir que la regulación en concreto de la responsabilidad estricta no responde a directivas generales, sino a una legislación fragmentada, que no siempre sigue criterios uniformes.⁴ A su

² La denominación de *responsabilidad estricta* está generalizada en el derecho anglosajón y es usualmente empleada en la literatura comparada.

³ Su carácter supletorio es común en la mayoría de los sistemas jurídicos de la tradición del derecho civil, aunque no es inusual que la jurisprudencia expanda su ámbito de aplicación mediante una interpretación extensiva (Von Bar 1996 II 378). En el derecho francés la jurisprudencia "descubrió" una regla de responsabilidad estricta en el artículo 1384 del Código francés que dispone: "Se es responsable no sólo del daño que se causa por su propio hecho, sino también del que es causado por el hecho de las personas por las cuales se debe responder, o de las cosas que se encuentran bajo su cuidado (*garde*)"; esta norma, que tiene sus orígenes en las presunciones de culpabilidad reconocidas por la doctrina anterior, ha sido interpretada como un estatuto general de responsabilidad estricta en los dos órdenes de materias a que se refiere (*supra* N° 136 b). En el derecho alemán e inglés parece consolidada la práctica jurisprudencial de que los casos de responsabilidad estricta establecidos por la ley no pueden extenderse analógicamente a otras materias (Kötz/Wagner 2006 197). En Chile, la Corte Suprema ha señalado, aludiendo a la responsabilidad por culpa como responsabilidad subjetiva, que "en nuestra legislación el sistema de responsabilidad por daños causados, es subjetivo y deriva del dolo o culpa. La responsabilidad objetiva o por el resultado dañoso, requiere de disposición legal expresa que la contemple" (CS, 5.9.2002, F. del M. 502, 2520).

⁴ Larenz/Canaris 1994 600, Deutsch/Ahrens 2002 166.

vez, en circunstancias que los estatutos que la establecen se refieren a riesgos específicos, no es admisible su aplicación por analogía, de modo que su establecimiento está sujeto al principio de *enumeración* legal de las hipótesis de riesgo en que resulta aplicable.⁵

300. Responsabilidad estricta y presunciones de culpa. a) A falta de un principio general que establezca una responsabilidad estricta por actividades que suponen un riesgo inusual, la técnica de las presunciones de culpa ha llevado, en nuestro país y en el derecho comparado, a un resultado práctico que no difiere sustancialmente de la atribución de responsabilidad estricta respecto de actividades excesivamente riesgosas o de la responsabilidad por el hecho de los dependientes. En el derecho chileno, estas hipótesis dan lugar a presunciones de culpa por el hecho propio y ajeno; una vez establecida la presunción, la prueba de la diligencia suele ser dificultosa para el demandado, de modo que la responsabilidad se acerca en el resultado a la estricta calificada (*infra* N° 302), aunque tenga por fundamento el principio de responsabilidad por culpa.⁶

b) Sin embargo, la diferencia estructural subsiste. En un régimen de culpa presunta, si falta un indicio suficiente de la culpa del autor del daño, no podrá inferirse su responsabilidad y, aunque haya antecedentes para dar por establecida esa presunción, ante la prueba de que el accidente no se debió a la culpa del demandado, es la víctima quien corre con el riesgo del daño.⁷ En estas hipótesis reside la diferencia efectiva con un sistema de responsabilidad estricta. Por eso, todo indica, por razones de justicia y prevención, que es preferible una regla general de responsabilidad estricta para actividades excesivamente peligrosas, especialmente cuando el riesgo proviene de instalaciones industriales o del empleo de tecnologías de efectos impredecibles.⁸

⁵ Larenz/Canaris 1994 601.

⁶ *Supra* §§ 14 y 17.

⁷ Es el caso de los accidentes ferroviarios, que en el derecho comparado están usualmente sujetos a estatutos de responsabilidad estricta. En Chile, por el contrario, se ha fallado que si un peatón es atropellado por cruzar la línea férrea, sin que haya razón para imputar culpa a la empresa ferroviaria, no hay lugar a responsabilidad, en aplicación de las reglas generales de la responsabilidad por culpa (CS, 16.10.2000, CJ 244, 61).

⁸ En un sistema jurídico como el alemán, que presenta la misma estructura normativa del chileno, se reconocen más numerosos estatutos especiales de responsabilidad estricta, (Deutsch/Ahrens 2002 167). Sobre el establecimiento de reglas generales de responsabilidad estricta, véase *infra* N° 308, con referencias comparadas. Con todo, el peligro suele ser un criterio equivocado al momento de juzgar el establecimiento de estatutos de responsabilidad estricta; de hecho, estadísticamente es más riesgoso un automóvil que una planta nuclear; por eso, se ha propuesto como criterio más general el hecho de que el daño sea serio y unilateral, esto es, que sólo sea soportado por la víctima (Banfi 2003 40, con referencia a Shavell 1987 21 y 26).

b. Estructura y tipos de responsabilidad estricta

301. La causalidad como elemento fundamental de la responsabilidad.

a) Al prescindir de la culpa como criterio de atribución de la obligación reparatoria, la causalidad es el elemento determinante de la responsabilidad estricta (*supra* N° 260). Sin embargo, es usual que los estatutos legales que la establecen exijan condiciones adicionales, como se verá en esta sección.

b) En su forma más simple, la responsabilidad estricta tiene por antecedente el hecho del demandado y el daño que es causado o inferido al demandante, como ocurre en el Código Civil con la caída de objetos desde la parte superior de un edificio (artículo 2328) y con el daño causado por animales fieros (artículo 2327). Otras veces, sin embargo, la responsabilidad supone requisitos adicionales a la mera causalidad, como es el caso de la responsabilidad del propietario de un vehículo motorizado, quien sólo responde de los daños causados por culpa del conductor y, además, puede excusarse alegando que el vehículo ha sido tomado contra su voluntad (*infra* § 52 c).

302. Responsabilidad estricta calificada. a) Se ha visto que el régimen más simple de responsabilidad estricta sólo exige la relación causal entre el daño y el riesgo que ha desplegado la acción del demandado. Por el contrario, la responsabilidad estricta calificada exige que el daño provenga de un vicio, defecto o falla de la cosa o servicio que provoca el accidente.

Esta segunda hipótesis no debe confundirse con la responsabilidad por culpa, porque, como es común a toda responsabilidad estricta, no admite la excusa de haber actuado el demandado con diligencia. Pero en este caso la diferencia es más sutil que en el caso de la responsabilidad estricta pura. En efecto, para que haya lugar a esta responsabilidad se exige, como en el caso de la culpa, un juicio negativo de valor (el producto o servicio debe ser 'defectuoso'). La diferencia radica en que mientras la culpabilidad supone una valoración de la conducta, la responsabilidad estricta calificada exige una valoración objetiva de la calidad de una cosa o de un servicio, de conformidad con el estándar de calidad que el público tiene derecho a esperar. Esta diferencia se muestra en que mientras la culpa se refiere a una falta en el proceso que llevó a que el producto fuera dañino o el servicio no fuese prestado adecuadamente (la conducta defectuosa), la responsabilidad estricta calificada atiende al defecto de la unidad que resulta de la actividad (la cosa defectuosa).⁹

En consecuencia, la prueba para dar por establecida esta responsabilidad estricta calificada recae en la existencia de un defecto, con prescindencia de la acción u omisión de la que ese defecto es resultante. Los jueces no deben realizar un dificultoso análisis de las circunstancias que hicieron que el producto puesto en el mercado fuese defectuoso, como exige la responsabilidad por culpa (a menos que opere una presunción de

⁹ Shavell 1987 59.

culpa por el hecho propio). Por el contrario, les basta constatar, por ejemplo, que el automóvil tenía un defecto de fabricación que provocó el accidente, o el alimento no estaba debidamente inmunizado. Acreditado el defecto, es indiferente la manera cómo éste llegó a producirse, esto es, la eventual negligencia en el proceso de fabricación (*infra* N° 556).

b) Más difícil es la distinción entre la responsabilidad estricta calificada y la responsabilidad por culpa en el caso de la responsabilidad estatal y municipal por falta de servicio (*infra* N° 334 c y 349). Entretanto, conviene adelantar que la falta de servicio alude a un defecto de funcionamiento del municipio o del órgano de la Administración del Estado, más que a un mero resultado. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado con la idea de productos defectuosos, en este caso no existe diferencia entre la cosa (servicio) y el proceso (actividad del órgano público al que el daño es atribuido). Lo relevante reside en que la idea de falta de servicio no atiende a la acción incorrecta de un funcionario, sino que considera objetivamente si se debió prestar un servicio de una calidad tal que evitara el accidente. En verdad, se trata de una falta al deber de cuidado que la ley establece para el servicio público, de modo que atiende a la organización del mismo. Por eso, la idea de falta de servicio guarda estrecha relación con la culpa en la organización, que, en el derecho privado, es característica de la responsabilidad del empresario (*supra* N° 129).

c. La responsabilidad estricta en el sistema de responsabilidad civil

303. El lugar de la responsabilidad estricta en el actual derecho de la responsabilidad civil. a) En su formulación más arcaica, la responsabilidad civil obedeció a una noción cercana a la idea moderna de responsabilidad estricta; sin embargo, ello se debió más bien a que en una sociedad simple los daños eran generalmente voluntarios (*supra* N° 22).

Muchos factores influyeron en el largo desarrollo hacia un estatuto general de responsabilidad por culpa, como el recogido en los artículos 1437, 2284, 2314 y 2329. La evolución del derecho romano a partir de la *lex Aquilia*, la influencia de la idea de justicia correctiva o conmutativa en la escolástica, el trasfondo de responsabilidad personal en el derecho natural racionalista y el progresivo protagonismo de la idea de libertad, con su efecto correlativo en la responsabilidad por desconsideración del interés ajeno, contribuyeron al establecimiento de un principio general y abstracto de responsabilidad por culpa en la tradición jurídica del derecho civil, como se recoge universalmente en la codificación (*supra* N° 23).¹⁰

¹⁰ Bajo la acción por *trespass* el *common law* conoció desde el medioevo tipos de responsabilidad estricta para los injustos más obvios y peligrosos, que se distinguían del *case*, donde el ilícito no era tan evidente. El vacío dejado por la multiplicidad de *torts* específicos fue llenado en el siglo XIX con la introducción de un ilícito general por negligencia, que luego se transformó en derecho común y supletorio de responsabilidad (Zimmermann 1990 908).

b) Durante todo el siglo XX se formularon las más diversas apreciaciones críticas acerca de la responsabilidad por culpa y se afirmó su inminente decadencia. En el derecho francés se desarrolló la llamada doctrina del riesgo, que pretendía transformarse en doctrina común de la responsabilidad civil. Aunque la responsabilidad estricta asumió un amplio campo de aplicación, gracias a una creación jurisprudencial relativa al hecho de las cosas (*supra* N° 136 b), el régimen general de responsabilidad aun hoy sigue fundado en la negligencia.¹¹ A su vez, en el derecho anglosajón se desató a partir de los años 60 del siglo XX una fuerte opinión doctrinaria a favor de la responsabilidad estricta, con fundamento en argumentos económicos y de justicia correctiva y distributiva;¹² sin embargo, varias décadas después de iniciada una revolución que se tuvo por inevitable, la responsabilidad por negligencia sigue siendo la doctrina general de la responsabilidad en los más diversos sistemas jurídicos.¹³

c) En definitiva, *la responsabilidad por culpa es el régimen general y supletorio de responsabilidad* (*supra* N° 39). Sin embargo, todos los sistemas jurídicos conocen ámbitos de responsabilidad estricta que hacen excepción al principio *casum sentit dominus*. Estos estatutos de responsabilidad estricta dejan sin aplicación el régimen supletorio en ámbitos específicos de actividad o de riesgo.

d) En el apartado siguiente se intentará mostrar sintéticamente los regímenes básicos de responsabilidad a la luz de los fines de la responsabilidad civil; enseguida se volverá sobre el régimen general de responsabilidad.

§ 36. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA Y LA RESPONSABILIDAD ESTRICTA A LA LUZ DE LOS FINES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

304. Planteamiento. Desde la época del derecho natural racionalista no se conocía una reflexión tan intensa como en el último tercio del siglo XX acerca de los fines del derecho civil y, en especial, de la responsabilidad civil. La discusión ha estado centrada en dos órdenes de cuestiones, que son diferentes, pero conexos entre sí.

La discusión se ha referido a los fines que permiten la debida comprensión del derecho privado (*supra* § 3). Mientras los partidarios del análisis

¹¹ Los orígenes coinciden con el retardo de establecer en Francia una legislación sobre accidentes del trabajo y con el postulado correlativo de una responsabilidad estricta por el hecho de las cosas inanimadas, propuesta como interpretación del artículo 1384 del Código francés (Josserand 1897). Esta doctrina fue acogida por la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa con una generalidad que no conoce paralelo en el derecho comparado: la responsabilidad estricta se extiende a todo daño en cuya producción haya intervenido una cosa, aunque haya sido accionada por la mano del hombre (caso *Jand'heur*, referido por Viney/Jourdain 1998 608). Una reseña de la temprana crítica doctrinaria a la generalización de la doctrina del riesgo en Collin/Capitant 1921 367, Planiol/Ripert 1926 N° 863 ter.

¹² *Ibid.* N° 307 y 310.

¹³ Zweigert/Kötz 1996 598.

lisis económico del derecho tienden a subsumir todas las preguntas del derecho privado bajo un criterio de eficiencia (¿cuál es la regla que produce el resultado social más beneficioso?),¹⁴ una corriente contraria ha procurado rescatar la tradición que entiende el derecho civil como un ordenamiento provisto de su propia lógica interna, cuyas instituciones no pueden ser correctamente comprendidas como instrumentos técnicos para procurar fines públicos, porque su fin se agota en definir en términos justos la relación concreta entre las partes (¿cuál es la regla que constituye la solución correcta del conflicto entre el autor del daño y la víctima a la luz de los principios de justicia correctiva?).¹⁵

Una vez analizada la responsabilidad por culpa y reseñadas las características básicas de la responsabilidad estricta, en esta sección serán analizados ambos estatutos de responsabilidad en la dimensión de esos fines de justicia y de prevención. Para ello se asume que el derecho civil es un ordenamiento que debe dar soluciones justas para conflictos privados y que, dentro del marco de posibilidades que abre ese principio de justicia, debe procurar que las reglas cumplan una función que se acerque al óptimo de prevención de los accidentes.

a. Los estatutos de responsabilidad a la luz de la justicia correctiva

305. La idea de justicia correctiva como criterio de responsabilidad. a) La justicia correctiva atiende a la relación entre el autor del daño y la víctima. Su objeto es restablecer el orden alterado por el hecho que genera la responsabilidad. Por eso, la ventaja del principio regulador de la justicia correctiva radica en que adopta la dimensión de la relación jurídica de derecho privado.¹⁶ No se pregunta por fines que son ajenos a la particular relación entre las partes, como ocurre con las diversas versiones del enfoque utilitarista, incluida la perspectiva del análisis económico del derecho. La pregunta no es por la regla social más eficiente, sino por la regla que establece la correcta ordenación de los intereses de las partes.

Desde el derecho romano la justicia correctiva refleja la perspectiva moral dominante en el modo de pensar del derecho privado. Expresa la actitud que con naturalidad adopta el juez al momento de resolver un conflicto, porque responde al razonamiento práctico por excelencia, como

¹⁴ *Supra* § 3 b.

¹⁵ *Supra* § 3 a.

¹⁶ La *justicia correctiva* es un concepto desarrollado por Aristóteles al tratar de la justicia como virtud (Aristóteles *Ética Nicomachea* 5.4.1131 b). El concepto es adoptado por Tomás de Aquino, con expresa referencia a Aristóteles, pero traducido como *justicia conmutativa* (*Suma de Teología* II-II n. 61 q. 1). En este libro se ha optado, en materia de responsabilidad extrcontractual, por la denominación 'justicia correctiva' (que se ha hecho común en el renacimiento contemporáneo de la tradición aristotélica), asumiendo que el término 'justicia conmutativa' se adapta preferentemente a las relaciones contractuales.

es declarar si una persona es responsable frente a otra por los daños atribuibles a su hecho. Por eso, la perspectiva de la justicia correctiva ayuda a comprender el derecho de la responsabilidad civil *desde dentro*, como un orden que aspira a resolver conflictos entre personas que interactúan en sociedad. La justicia correctiva expresa la moral básica del deber, que es propia del derecho privado.¹⁷

b) Sin embargo, la comprensión de la responsabilidad civil a la luz de la justicia correctiva *también* cumple funciones sociales importantes.¹⁸ Un derecho privado orientado a resolver conflictos entre partes, sobre la base de considerar si es injusta la conducta del demandado, constituye la estructura básica que dinamiza un orden social espontáneo, basado en las ideas regulativas de la libertad y de la responsabilidad personal (*supra* N° 20).¹⁹

En este libro se asume que el derecho de la responsabilidad civil adopta, en la práctica, la perspectiva justificatoria de la justicia correctiva, porque ésta responde a su naturaleza de derecho *privado* y, además, porque su función social de mantener un orden que garantice el bienestar es cumplida en la medida en que asuma ese principio normativo, que es diferente al característico de la técnica social típica de las regulaciones.²⁰

c) Asumido que la justicia correctiva tiene un papel significativo en la comprensión y desarrollo del derecho de la responsabilidad civil, aún no está dicho de qué manera los regímenes de responsabilidad por culpa y de responsabilidad estricta responden a ese criterio normativo. En su forma más pura, la idea de justicia correctiva expresa la estructura del juicio de responsabilidad, pero no proporciona criterios sustantivos para atribuirla (*supra* N° 14). En los próximos párrafos se hará una breve referencia a la discusión respecto a los fundamentos de cada tipo de responsabilidad.

306. La responsabilidad por culpa a la luz del principio de justicia correctiva. a) La persistencia de la responsabilidad por culpa como régimen general y supletorio se explica por la sencillez de su justificación.

La negligencia supone poner en riesgo a los demás más allá de lo que resulta razonable, atendidas las circunstancias de la acción. Aunque no se actúe con intención de dañar, la culpa supone utilizar voluntariamente a los demás como medios disponibles para los propios fines. Así se explica que la negligencia seguida de daño desencadene en los sistemas jurídicos

¹⁷ La idea de moral del deber, en oposición a una moral de aspiración, fue desarrollada en Fuller 1969 3; véase también Hayek 1973/79 II 33.

¹⁸ Para esta distinción entre lo que es una práctica normativa y aquello para lo cual es *funcional*, Coleman 2001 14.

¹⁹ Hayek 1973/79 I 31.

²⁰ Barros 2001 19. Como se muestra en ese texto, este postulado no pretende afirmar que el derecho *no puede* ser instrumento de fines concurrentes con principios de justicia correctiva (de justicia distributiva o de eficacia preventiva, por ejemplo); sólo afirma que el enfoque de la justicia correctiva subyace desde el derecho romano a la *práctica* del derecho privado, entendido como orden de las relaciones entre personas (en el caso de la responsabilidad civil, entre el autor del daño y la víctima).

más diversos el juicio de responsabilidad. Y aunque rijan en ciertos ámbitos de actividad estatutos de responsabilidad estricta que se superponen al de responsabilidad por culpa, ocurre que la culpa, a diferencia del mero riesgo, es un criterio de responsabilidad que puede cubrir todos los ámbitos de la acción humana.

En verdad, el desarrollo del derecho de la responsabilidad civil puede ser entendido como una práctica que ha dado forma progresiva a postulados de justicia correctiva.²¹ Y en esa práctica judicial y argumental, que se ha extendido por más de dos milenios, la comisión de un acto injusto que causa daño a otro ha sido siempre *justificación suficiente* para imponer responsabilidad.²²

La doctrina jurídica ha refinado las condiciones de aplicación del principio, precisando los requisitos de la responsabilidad por negligencia (voluntariedad del hecho, culpa, daño y causalidad). Pero se ha conservado la estructura básica del sistema general y supletorio de responsabilidad, que responde a ese criterio de justicia correctiva, donde el papel del juez es restablecer la igualdad que ha sido rota por el hecho injusto que ha provocado el daño.²³

En suma, aunque la culpa no sea el único criterio de atribución de responsabilidad, la circunstancia de que el daño pueda ser atribuido a la infracción de un deber de cuidado es razón suficiente para imponerla.²⁴

b) Se ha mostrado, sin embargo, que existen límites a la identidad del juicio moral con el jurídico en materia de responsabilidad civil. Esa diferencia se muestra especialmente en que el derecho no considera la culpa del mismo modo que la moral. Mientras el juicio moral de culpabilidad admite la excusa referida a las particulares debilidades del autor del daño, se ha visto que ella no es admisible, por lo general, en el juicio de responsabilidad civil. El derecho privado exige que se sacrifique lo individual a efectos de que pueda existir un orden conocido que dé forma a nuestras expectativas (*supra* N° 47). En cierto sentido, la responsabilidad por culpa también es estricta, porque puede ser impuesta aunque el demandado no haya estado en condiciones de actuar del modo exigido.²⁵

Ese compromiso entre objetividad y reproche a la conducta puede explicarse como una concesión a la necesaria generalidad de las reglas que ordenan la vida social. Por lo mismo, a diferencia de la moral, el juicio jurídico de responsabilidad no constituye un reproche subjetivo a la persona, sino uno objetivo referido a su conducta.

²¹ La idea de la justicia correctiva como correlato a una práctica de resolución de conflictos puede consultarse en Coleman 2001, especialmente 375.

²² Kaser 1971 I 504, Zimmermann 1990 1027.

²³ Aristóteles *Ética Nicomaquea* 5.4.1132 a.

²⁴ Von Jhering 1879 40, con la agudeza que lo caracterizaba, planteó el lugar prevalente de la culpa como fundamento de la responsabilidad en la tradición del derecho romano, afirmando que se es responsable en razón de haber actuado culpablemente y no del daño.

²⁵ Honoré 1999 18.

307. ¿Puede justificarse la responsabilidad estricta por consideraciones de justicia correctiva? a) Todos los sistemas jurídicos conocen ámbitos regidos por regímenes de responsabilidad estricta. En algunos casos, puede ocurrir que la responsabilidad estricta sea un camino para satisfacer *finés públicos* distintos a la justicia correctiva.²⁹ Dentro de los límites establecidos por la Constitución, el legislador siempre tiene la posibilidad de establecer reglas especiales de responsabilidad que sigan la lógica de las regulaciones (como propone esencialmente el análisis económico del derecho y como resulta, en general, de la ejecución de políticas públicas de fundamento pragmático).

b) Sin embargo, la responsabilidad estricta también puede resultar de una exigencia interna de justicia correctiva. Mientras en la responsabilidad por culpa la justificación de la responsabilidad se encuentra en el injusto de la conducta, en la responsabilidad estricta hay que encontrarlo en el injusto de que sea la víctima quien soporte el riesgo del daño.³⁰ En ciertos grupos de casos, es la *lesión objetivamente injustificada de intereses ajenos*, con independencia de todo juicio sobre la conducta del autor del daño, lo que permite fundar la responsabilidad estricta.

c) Desde una perspectiva radicalmente individualista, se ha argumentado que la responsabilidad estricta tiene su fundamento en la *mera lesión de un derecho*. Cada persona es titular del goce exclusivo de sus derechos, de modo que toda intrusión dañina en ese goce, al menos presuntamente, debería ser fuente de responsabilidad.³¹ Desde esta perspectiva, toda lesión al derecho ajeno debe ser indemnizada; a menos que exista una razón que la justifique. La argumentación puede ir más allá de un enfoque radicalmente individualista, porque incluso desde el punto de vista de la relación entre las partes, se puede asumir que todo daño que alguien causa a otro supone, alternativamente, atribuir la 'responsabilidad' al autor o a la víctima, porque la pregunta se refiere a quién habrá de soportar en definitiva ese daño: "En la medida que el comportamiento de ninguna de

²⁹ Es interesante que la justificación de la responsabilidad estricta en razones opuestas, de orientación individualista y distribucionista devenga en el mismo resultado. Si se asume un individualismo radical (que en el pensamiento norteamericano es denominado *libertarianism*), los derechos son concebidos como una forma de propiedad, cuya interferencia debe dar lugar a acciones reparatorias de derecho estricto, sin consideración a si se actuó con culpa (el argumento fue desarrollado de modo especialmente brillante por Epstein 1973); por razones encontradas, desde un punto de vista social, la responsabilidad estricta es valorada como un sistema de distribución de los costos de los accidentes (Calabresi 1970 55). En *supra* § 3 se han analizado las diferencias entre estos criterios y la justicia correctiva.

³⁰ Esta distinción entre injusto de la acción (*wrongdoing*) y del acto (*wrong*) proviene de Coleman 2001 332; desde el punto de vista de los bienes que protege el derecho, el conflicto aparece entre libertad (del autor del daño) y seguridad (de la víctima); agradezco esta observación a C. Banti.

³¹ Así, por ejemplo, Epstein 1987 1 (a propósito de la interferencia en contrato ajeno como ilícito de intervención en un bien económico poseído por un tercero, como es el crédito contractual).

las partes es objeto de reproche moral, ¿por qué usar ese criterio moral para atribuir responsabilidad?''³² Y, en tal caso, ¿no es más justo atribuir la responsabilidad al autor del daño y no a la víctima?

El argumento es discutible desde diversas perspectivas.³³ Lo más decisivo es que una doctrina radical de responsabilidad estricta no se puede sostener como una práctica generalizada: el derecho de la responsabilidad civil necesariamente debe establecer criterios adicionales a la mera causalidad, porque no es imaginable una sociedad donde debamos responder de todas las consecuencias dañinas que se sigan de nuestras acciones y omisiones (*supra* N° 7). Ese es el fundamento, incluso pragmático, del principio de negligencia, que asume que los daños se radican donde caen, a menos de haber alguna razón para atribuir responsabilidad a un tercero.³⁴

d) El enfoque justificatorio más generalizado de la responsabilidad estricta prescinde de todo juicio de valor acerca de la conducta del agente. En tal sentido, supone agregar un grado adicional de objetividad en comparación con la responsabilidad por culpa, porque la responsabilidad estricta es indiferente de todo juicio de valor acerca de la conducta del demandado. Atendidas las circunstancias, *el hecho puede ser tenido per se por injusto*, con prescindencia de si el demandado obró con culpa.³⁵

La historia del pensamiento jurídico conoce innumerables argumentos de justicia para establecer estatutos de responsabilidad estricta. El más frecuente se refiere a la imposición unilateral de riesgos: si alguien desarrolla una actividad en su solo provecho, del mismo modo como se aprovecha de sus ventajas, debe hacerse cargo de las consecuencias dañosas que de ella se siguen para terceros.³⁶ El problema del argumento reside en

²⁹ Epstein 1999 87.

³⁰ Críticos del argumento de una responsabilidad estricta como criterio general de responsabilidad, Coleman 2001 315, con el argumento de que la idea relacional de justicia correctiva no autoriza para confundir injustos (*wrongs*) con daños; Weinrib 1995 176, quien, asumiendo una posición kantiana, afirma que si bien la propiedad puede ser entendida como una materialización de la libertad del titular en el mundo exterior, ello también vale para quien causa el daño, de modo que su responsabilidad sólo nace cuando su conducta es inconsistente con la idea de libertad en la acción; Gordley en Owen 1995 142, señala que la tesis de Epstein requiere de calificaciones, porque no es imaginable un orden en que respondamos de todos los daños que se siguen de la acción, de modo que al final del día termina con resultados análogos a la responsabilidad por culpa, sólo que por un camino más tortuoso.

³¹ Holmes 1923 95.

³² Esta línea argumental proviene de la distinción antes referida de Coleman 2001 331, entre 'actuar injusto' e 'injusto'.

³³ El argumento aparece en Pufendorf, *De Iure Naturae et Gentium Libri Octo* (1668), y fue tomado por Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1713), ambos citados por Gordley en Owen 1995 132; más recientemente ha sido refinado por Fletcher 1972 *passim*, sobre la base de distinguir situaciones de reciprocidad en la atribución de riesgos y situaciones de unilateralidad, en que sólo el autor del daño impone el riesgo sobre las víctimas. Un desarrollo contemporáneo de esta idea a la luz de los casos típicos de responsabilidad estricta en Bälz 1992 *passim*.

que todos atribuimos riesgos y nos beneficiamos en nuestras interacciones recíprocas, de modo que no se puede justificar la responsabilidad estricta en un criterio tan general.³⁴

En el párrafo siguiente, en conciencia de las dificultades de toda generalización, se intentará identificar los principales grupos de casos para los cuales la doctrina y el derecho comparados coinciden en estimar que es justo y debe aplicarse un régimen de responsabilidad estricta.

308. Grupos de casos en que se estima justo que la responsabilidad sea estricta. Si se atiende a la práctica comparada, se comprueban ciertas constantes que muestran razones típicas de justicia correctiva para que ciertos riesgos queden sometidos a un estatuto de responsabilidad estricta. Es el caso *i)* de las actividades especialmente peligrosas, *ii)* de la responsabilidad por el hecho de los dependientes, *iii)* de situaciones en que las partes no pueden ser tenidas por iguales frente al riesgo y *iv)* de bienes especialmente valiosos o vulnerables, que no pueden ser suficientemente cautelados mediante la responsabilidad por negligencia.

a) Actividades especialmente peligrosas. Ya en el derecho romano se conocían casos de responsabilidad estricta basados en la peligrosidad de la conducta, referidos a la caída de objetos desde la parte superior de edificios y a los daños causados por animales peligrosos.³⁵

Los ámbitos modernos de responsabilidad estricta se asocian preferentemente a riesgos creados por la tecnología. Así ocurrió tempranamente en el siglo XIX con los ferrocarriles, a partir de la ley prusiana de 1838 (cuyo texto tiene su origen en Von Savigny).³⁶ Es usual que cuando una tecnología es introducida no se tenga noción acerca de la intensidad y de las capacidades de prevención de los riesgos asociados; a menudo la legislación efectúa una composición de intereses, autorizando la actividad que se tiene por riesgosa a condición de que quede sometida a un régimen de responsabilidad estricta.³⁷ Por eso, no es extraño que estén regidas por estatutos de responsabilidad estricta actividades que en su momento causaron alarma acerca de los riesgos conexos (ferrocarriles, aeronavegación, energía nuclear y, más recientemente, ingeniería genética).

Desde el punto de vista de la justicia correctiva, la atribución de responsabilidad estricta para actividades inherentemente riesgosas tiene una justificación análoga a la culpa.³⁸ Si alguien impone un riesgo excesivo a

³⁴ Gordley en Owen 1995 159.

³⁵ Kaser 1971 I 628 y 633.

³⁶ Laufs 1994 27.

³⁷ Es interesante, con todo, que una vez introducido un estatuto de responsabilidad estricta en razón de riesgos incalculables, no se regrese jamás al régimen de responsabilidad por negligencia luego que el riesgo se muestra controlable, como ha ocurrido en el derecho comparado con los ferrocarriles y, especialmente, con la navegación aérea (Von Bar 1996 II 343).

³⁸ Así la temprana intuición de Planiol 1906 292. Fuller 1969 75, analizando la moral que hace posible el derecho, expresa que en estos casos la responsabilidad se explica "porque los riesgos asociados [al uso de explosivos] son tales que ningún nivel de cuidado o previsión puede evitar ocasionales daños no intencionales en la propiedad o las personas".

los demás, debe asumir los costos de los daños, aunque haya actuado con diligencia. Esta idea se remonta a Luis de Molina, el gran civilista de la escolástica española, quien sostenía que uno debe ser responsable, con prescindencia de la culpa, si emprende una actividad tan peligrosa que sólo puede ejecutarse si se tiene la intención de pagar los daños que de ella resulten.³⁹ En esencia, este argumento es reiterado hasta nuestros días desde las más diversas perspectivas,⁴⁰ y sirve de fundamento para la introducción de leyes que establecen regímenes de responsabilidad estricta respecto de actividades específicas; pero, en algunos sistemas jurídicos, también ha servido para establecer un principio de derecho común, que establece responsabilidad estricta respecto de los daños provocados por actividades que suponen un especial riesgo.⁴¹ El mismo argumento de la peligrosidad de la acción también permite construir la más indiscutible de las hipótesis de presunción de culpabilidad por el hecho propio en nuestro derecho (*supra* N° 95).

b) Responsabilidad vicaria. La responsabilidad vicaria, esto es, la responsabilidad estricta por las negligencias incurridas por los dependientes, tiende a ser una regla en el derecho contemporáneo⁴² (*supra*

³⁹ *De Justitia et Iure Tractatus* (1614), citado por Gordley en Owen 1995 152.

⁴⁰ Weinrib 1995 188 (en la dimensión de la justicia correctiva), Posner 1992 171 (desde la perspectiva de la eficiencia preventiva) y Larenz/Canaris 1994 605 (desde un punto de vista jurídico dogmático).

⁴¹ Von Bar 1996 I 372. Así ocurre liberalmente en el derecho francés con el instituto de la responsabilidad por el "hecho de las cosas", que ha devenido en una responsabilidad estricta que es independiente de su peligrosidad, como consecuencia de una interpretación literal del artículo 1384 del Código Civil francés (Flour/Aubert 2003 237). Más precisamente, en el derecho norteamericano el riesgo excesivo da lugar a una regla general de responsabilidad estricta por actividades anormalmente peligrosas; Restatement/Torts II 519, establece el siguiente principio: "(1) Quien lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa es responsable por los daños a la persona, a los inmuebles y demás bienes de otro, y que resulten de esa actividad, aunque haya ejercido el mayor cuidado en prevenir el daño; (2) Esta responsabilidad estricta está limitada al tipo de daño cuya posibilidad hace que la actividad sea anormalmente peligrosa". Restatement/Torts II 520 define las circunstancias que hacen una actividad excesivamente peligrosa: "alto riesgo de causar algún daño en la persona, inmuebles o demás bienes de otro; probabilidad de que el daño resultante sea significativo; imposibilidad de eliminar el riesgo con un razonable cuidado; que la actividad no sea de ejercicio general; impropiedad del lugar donde la actividad es ejecutada; y extensión en que el bienestar de la comunidad es superado por los peligros de la actividad". La peligrosidad anormal ha sido incorporada también como criterio general para dar lugar a una responsabilidad estricta en los *Principles of European Tort Law*; se entiende que es anormal la peligrosidad si "(a) crea un riesgo de daño previsible y significativo aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad de uso común" (Principles/Torts, artículo 3.101). El mejor desarrollo de la idea de riesgo excesivo como criterio general de responsabilidad estricta me parece que se encuentra en el nuevo Código holandés (Cód. hol., §§ 6.173 a 6.177).

⁴² Zweigert/Rötz 1996 639; y donde no lo es, como en el caso del derecho alemán, la jurisprudencia ha encontrado caminos para que en la práctica lo sea, de manera análoga a la responsabilidad vicaria (idem 633). Ese es también el caso de la responsabilidad de los dependientes en el derecho chileno (*supra* N° 119). Un completo desarrollo de la idea de responsabilidad vicaria en Zelaya 1995 y en sus otros escritos sobre responsabilidad de empresarios (Zelaya 1993, 1997, 1998 y 2004).

Nº 104). Ya en el derecho romano, la responsabilidad por el hecho culpable de los dependientes era estricta.⁴³ Por otro lado, la responsabilidad vicaria no es un caso puro de responsabilidad estricta, porque presupone que el dependiente por cuyo acto se responde haya actuado negligentemente. En materia de responsabilidad del Estado, la responsabilidad vicaria del mismo se extiende a situaciones en que un servicio ha sido entregado en concesión a un tercero, en la medida que haya envuelto un deber de servicio por parte de la Administración Pública frente a la comunidad (*infra* Nº 368).

La responsabilidad vicaria asume que el hecho del dependiente es indisoluble de la actividad que lleva a cabo el principal, porque la empresa debe ser considerada como una unidad.⁴⁴ En parte, este criterio explica que en el derecho chileno la responsabilidad del empresario haya sido progresivamente calificada por la jurisprudencia como una responsabilidad por el hecho propio, referida a la organización empresarial en su conjunto, más que como responsabilidad por el hecho del dependiente (*supra* Nº 129).

Con todo, el argumento a favor del establecimiento de una responsabilidad vicaria parece ser más complejo, pues ésta inequívocamente comprende aspectos correctivos y distributivos: por un lado, el control de la actividad es ejercido por el principal, de modo que los actos de los dependientes son en cierto sentido también los suyos; por el otro, es el empresario quien gana provecho de esa actividad, por cuya cuenta actúa el dependiente, de modo que no parece equitativo que conserve las utilidades y no se haga cargo de indemnizar a las víctimas de los daños provocados por el desarrollo impropio de su actividad rentable.⁴⁵ Finalmente, no es justo para con las víctimas que el dependiente, que generalmente carece de medios, pueda resultar siendo el único responsable de los daños (si el principal tiene éxito en su excusa de diligencia), en circunstancias que es el empresario quien le ha delegado esas tareas.⁴⁶

c) Regímenes de protección de víctimas que se encuentran en una posición estratégica de desventaja respecto del autor del daño. Al menos en dos grandes grupos de casos la responsabilidad estricta persigue corregir asimetrías en la posición de las partes, que dificultan juzgar sus posiciones relativas a la luz de un principio formal de igualdad: los trabajadores en relación con sus empleadores y los consumidores en relación con los productores. La asimetría no debe entenderse en términos distributivos (el

⁴³ Kaser 1971 I 161, con referencia a que esta responsabilidad *noxal* se remonta a la solidaridad del clan en el derecho primitivo; también Zimmermann 1990 1118. En el derecho moderno se introdujo la idea de la responsabilidad por culpa presunta como una concesión al principio de culpabilidad y en razón de una equivocada lectura de las fuentes romanas (Zweigert/Kötz 1996 633).

⁴⁴ Weintib 1995 186, Müller 2001 195.

⁴⁵ Honoré en Owen 1995 85.

⁴⁶ Savatier 1951 356.

rico también desempeña el rol social de consumidor),⁴⁷ sino de control de la información relevante y del riesgo.⁴⁸ Aunque el derecho privado asume el principio de la igualdad abstracta entre las personas,⁴⁹ esta idea debe ser corregida para hacerse cargo de las situaciones de asimetría estratégica, en que deja de ser justo asumir que las partes son iguales. La función de la responsabilidad estricta es análoga en estos casos al principio de buena fe en el derecho de los contratos: hay situaciones típicas en que la justicia de la relación exige adecuarse pragmáticamente a la realidad, modificándose el supuesto de que las partes son iguales.

La responsabilidad estricta por *accidentes del trabajo* pertenece a la primera legislación social del siglo XIX. La indefensión y la asimetría de posición entre el trabajador y sus empleadores era evidente. El primero debía mostrar la culpa de los segundos para tener derecho a reparación por los daños corporales sufridos en el manejo de una máquina. Esto provocó incluso que, donde no fue introducida una legislación especial, los jueces tendieran a torcerle la nariz al principio de la responsabilidad por culpa. En Chile, la materia no está sujeta a un estatuto de responsabilidad estricta, sino regulada en la forma de una ley de seguro obligatorio, que garantiza prestaciones básicas, y que puede concurrir con las normas de derecho común sobre responsabilidad en el evento que el empleador haya actuado culpablemente⁵⁰ (*infra* § 51).

Un segundo grupo de casos, a cuyo respecto la generalidad del derecho comparado suele introducir un estatuto calificado de responsabilidad estricta, es en materia de *responsabilidad por productos defectuosos*. También en estos casos las ventajas estratégicas en materia de medios de prueba y de control del riesgo por parte del productor justifican un correctivo al régimen supletorio de responsabilidad. Es interesante que la responsabilidad estricta no se funda en este caso en la mera causalidad, sino en el defecto del producto. Como se ha visto, este es un caso de responsabilidad estricta calificada, que, en la práctica, se encuentra en la frontera de la responsabilidad por culpa presunta, que rige en el derecho chileno, en la medida que puede asumirse que la negligencia en el proceso de fabricación se muestra en el defecto (*infra* § 53).

d) Protección de ciertos bienes públicos. El derecho civil es un instrumento descentralizado de control social. La culpa es el criterio que permite discriminar, por lo general, entre la conducta correcta y la abu-

⁴⁷ La función distributiva de la responsabilidad civil suele ser planteada por la doctrina económica como una cuestión de internalización de los costos de una actividad. En la doctrina civil es interesante el desarrollo efectuado por J. Esser enue responsabilidad por injusto y por suerte (*Glück*), donde la responsabilidad estricta aparece como un mecanismo para distribuir esta última (Esser/Weyers 1980 230).

⁴⁸ Sobre la influencia de la idea de control de riesgo en la doctrina francesa de la responsabilidad estricta, Millet 2001 190; una justificación general de la responsabilidad estricta desde la perspectiva del control exclusivo del riesgo en Larenz/Canaris 1994 605.

⁴⁹ Owen en Owen 1995 208.

⁵⁰ Ley Nº 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, artículo 69.

siva y, al entregarse a la víctima del daño la acción para reclamar sus perjuicios, el bien general se cautela mediante la acción privada. Por otra parte, el análisis personalista de la justicia correctiva propende a la reparación del injusto en la medida que se hayan afectado intereses privados relevantes.

Distinto es el caso de la lesión de bienes que no pueden ser atribuidos individualmente a una persona determinada, sino que afectan en porciones a veces infinitesimales a todos los miembros de la comunidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el *daño ambiental*: es una lesión a un bien valioso, que, sin embargo, generalmente no pertenece a nadie en particular. En atención al valor que se atribuye al bien lesionado y a la frecuente ausencia de un derecho subjetivo personalizado, el derecho comparado tiende a establecer una titularidad pública de las acciones reparatorias y somete a un estatuto de responsabilidad estricta la reparación en naturaleza de daños resultantes de instalaciones especialmente peligrosas (*infra* § 55).

b. Los estatutos de responsabilidad a la luz del análisis económico del derecho

309. Indiferencia en abstracto entre ambos regímenes desde un punto de vista preventivo. a) El análisis económico de la responsabilidad civil procura discernir la regla que otorga los incentivos adecuados para obtener un resultado óptimo desde el punto de vista del bienestar general. Asumido este supuesto, en general se coincide en que la estructura de incentivos de la responsabilidad por negligencia y estricta son equivalentes respecto a este fin.⁵¹

b) Según la fórmula que se ha mostrado en el capítulo sobre la culpa, la ecuación económica de la negligencia está dada por el costo de los accidentes, que es función de la intensidad y probabilidad del daño, y por los costos de prevención (*supra* N° 66).

Así, las variables más evidentes que debe considerar el análisis a efectos de encontrar la solución normativa óptima de prevención son i) el costo que suponen los accidentes, ii) el costo de prevenir que ellos lleguen a ocurrir y iii) los beneficios que se siguen de la respectiva actividad. Para efectos analíticos, supongamos la siguiente matriz para estos costos.

⁵¹ Shavell 1987 8, Epstein 1999 94, Abraham 2002 159. La demostración inicial de la indiferencia de las reglas de responsabilidad, a falta de costos de transacción, en Coase 1960 *passim*.

CUADRO N° 1

Utilidad de la actividad	Gasto de prevención	Costo accidentes ⁵²	Utilidad social neta
60	0	50	10
60	10	20	30
60	15	10	35
60	20	8	32
60	25	7	28

De este cuadro se sigue que el óptimo de gastos de cuidado es (aproximadamente) 15, porque si se invierte menos en precauciones preventivas los costos de los accidentes serán de tal modo elevados, que el beneficio neto será inferior al óptimo; el mismo razonamiento se puede hacer en la dimensión inversa: si se gasta demasiado en prevención, los gastos de cuidado adicionales no son compensados por los menores costos de accidentes debidos a esas precauciones preventivas marginales.

c) Bajo un régimen de responsabilidad por culpa se puede asumir que el umbral de cuidado debido está definido por los costos de prevención, por un lado, y por las indemnizaciones que deben pagarse a las víctimas si no se ha ejercido el debido cuidado, por el otro. Por consiguiente, de acuerdo con este esquema explicativo, podría asumirse que quien desarrolla la actividad responderá de los daños y perjuicios que de ella se siguen si las prevenciones empleadas se encuentran en un nivel inferior a 15.

En consecuencia, desde un punto de vista teórico, el sistema es autoadaptativo: la regla de negligencia establece el incentivo correcto para emplear el nivel óptimo de cuidado, porque si se invierte menos en precauciones, los costos marginales en indemnizaciones serán superiores a los ahorros en costos de prevención; a la inversa, no hay incentivo para invertir en exceso, porque ello no se ve compensado con una disminución equivalente de los costos que quien desarrolla la actividad debe asumir por las indemnizaciones por los daños que se siguen de los accidentes.

d) Pero exactamente el mismo resultado se obtiene bajo un régimen de responsabilidad estricta. Quien desarrolla la actividad va a tener que indemnizar a todas las víctimas de accidentes, de modo que tendrá incentivos para invertir en precauciones hasta el punto en que el gasto marginal en prevención deje de estar compensado por un ahorro en el pago de indemnizaciones.⁵³

⁵² Siguiendo la fórmula de L. Hand, se asume que el costo de los accidentes está dado por la intensidad y por la probabilidad del daño (*supra* N° 66). El cuadro asume un rendimiento decreciente de las medidas marginales de prevención, lo que explica que el costo de accidentes no evolucione en la misma proporción que los gastos de prevención.

⁵³ Posner 1992 168; por otro lado, como lo ha mostrado Coase 1960 87, descontado el costo de transacción que supone llegar a acuerdo entre las víctimas y los autores de los daños, es indiferente cual sea la regla de responsabilidad a efectos de saber cuánto está dis-

Y ese punto es precisamente el que fija el debido cuidado de acuerdo con una regla de negligencia, como se comprueba del cuadro N° 1.

310. Razones que modifican en favor de la responsabilidad estricta la equivalencia en abstracto entre ambos estatutos de responsabilidad. Con el correr del tiempo, se han agregado calificaciones al modelo abstracto de incentivos referido en el párrafo anterior. Éstas tienden a modificar a favor de la responsabilidad estricta la balanza de razones para optar por este régimen de responsabilidad.

a) **Nivel de actividad.** La primera objeción pone a prueba el supuesto de la equivalencia funcional en materia preventiva entre ambos tipos de responsabilidad. El análisis que se ha efectuado en el párrafo precedente asume que la utilidad que se sigue del desarrollo de una cierta actividad es constante. Lo usual, sin embargo, es que toda actividad entre en una fase de utilidad marginal decreciente, de modo que aumentando el *nivel de actividad* el beneficio asociado disminuye, como se muestra en el siguiente cuadro.⁵⁴

CUADRO N° 2⁵⁵

Nivel de la actividad	Utilidad total de la actividad	Costos totales	Costos de accidentes	Beneficio social neto
1	40	10	10	20
2	60	15	15	30
3	70	23	23	24
4	73	35	35	3
5	75	50	50	-25

Del cuadro N° 2 se sigue que si se incorpora el nivel de actividad a la ecuación de costos y beneficios, puede ocurrir que la regla de negligencia resulte ineficiente. Ello es consecuencia de la dificultad para incorporar en la regla de debido cuidado los niveles de actividad que resultan apropiados. Si bien las actividades que presentan escasa utilidad y generan riesgos desproporcionados están sujetas a reglas especialmente fuertes de

puesto a pagar quien realiza la actividad riesgosa a quien soporta el riesgo, y cuánto está dispuesto éste a aceptar contractualmente para que aquel sea autorizado; en otras palabras, a falta de esos costos de transacción, el contrato es un sustituto funcional perfecto de la responsabilidad extracontractual.

⁵⁴ El cuadro ha sido adaptado de Shavell 1987 24.

⁵⁵ Adaptado de Shavell 1987 23 (véase la observación de la nota siguiente). Por razones de simplicidad, los cuadros asumen en el límite el criterio económico de diligencia de L. Hand (*supra* N° 66), en la medida que en todas las hipótesis los costos de prevención son iguales a los costos provocados por los accidentes. El esquema es puramente analítico, de modo que tampoco incorpora las economías (o deseconomías) de escala de los costos de prevención a medida que aumentan los niveles de actividad.

cuidado,⁵⁶ es difícil determinar, respecto de una actividad que *per se* no presenta esa característica, cuándo es ejercida de un modo excesivo (¿es excesivo haber tomado el auto para ir a comprar un paquete de cigarrillos?). En definitiva, la regla de negligencia no puede incorporar las variaciones que tiene el factor de la utilidad.

Por el contrario, bajo un régimen de responsabilidad estricta, a medida que baja la utilidad marginal, sólo resultará conveniente desarrollar la respectiva actividad hasta el punto en que esa utilidad pase a ser menor al costo esperado de las indemnizaciones (en el cuadro N° 2, ese punto es el nivel de actividad 2). De este modo, habrá una relación óptima que incluye la variable adicional, esto es, que la utilidad que se sigue de aumentos de actividad no es estática, sino decreciente. Por el contrario, la responsabilidad por negligencia no puede capturar esta variable: el debido cuidado es función de los costos de prevención y del riesgo de accidentes y asume que la utilidad de la actividad es constante, cualquiera sea el nivel de actividad. En consecuencia, el cuidado que excluye la responsabilidad es proporcional al nivel de actividad, cualquiera sea la utilidad que la unidad marginal de actividad produce para quien la realiza.⁵⁷

b) **Costos administrativos.** Para calcular la diligencia debida se consideran los costos de prevención y los costos que acarrea el accidente. Sin embargo, esos no son los únicos costos relevantes al momento de calcular las ventajas de cada régimen de responsabilidad. El sistema de responsabilidad estricta aumenta el número de casos en que se debe responder, pero disminuyen significativamente los *costos de llevar adelante un juicio de responsabilidad* (costos administrativos).⁵⁸

Los juicios, en casos de responsabilidad estricta, tienen un desenlace conocido en cuanto a la condena (salvo los casos, más bien inusuales, en que se discuten cuestiones de causalidad), de modo que la única pregunta abierta es la referida al monto de los daños. En tales circunstancias, son

⁵⁶ La utilidad de la actividad como criterio de determinación del nivel de diligencia en *supra* N° 61. El ejemplo legal más clásico es la regla que establece una responsabilidad estricta por la tenencia de animales fieros que no prestan utilidad para la guarda o servicio de un predio (artículo 2327).

⁵⁷ El nivel de actividad como criterio para valorar los regímenes de responsabilidad fue introducido por Shavell 1980 1 (véase también Shavell 1987 21 y Shavell 2004 197); la idea ha sido acogida por Posner, quien a pesar de sostener la ventaja económica de un régimen de responsabilidad por culpa, acepta que el argumento habla a favor de la responsabilidad estricta en casos en que la autorregulación de los niveles de actividad de los potenciales causantes de daño es la mejor forma de prevenir los accidentes (Posner 1992 170). Distinta, pero análoga al *nivel* de actividad, es la pregunta por el *tipo* de actividad que puede prevenir mejor los accidentes: la responsabilidad por negligencia considera cuál es el cuidado debido para transportar en camiones una carga peligrosa, pero usualmente no provee el instrumento analítico que permita preguntarse si no era socialmente más beneficioso que el transporte se efectuara por ferrocarril (Epstein 1999 96, Abraham 2002 163).

⁵⁸ La incorporación de los costos terciarios o administrativos al análisis económico de la responsabilidad civil es uno de los aportes fundamentales de G. Calabresi (su conclusión en Calabresi 1970 288); un desarrollo analítico especialmente lúcido en Shavell 1987 262.

fuerzas los incentivos para que disminuya el número de pleitos, evitándose los costos asociados a la litigación (abogados, medios probatorios, tiempo invertido). Por otro lado, en el evento que se llegue a juicio, el demandante no debe enfrentar la prueba de la culpa (o el demandado la prueba de la diligencia, si ha operado una presunción de culpa), lo que supone un ahorro adicional de costos procesales, especialmente si la apreciación de la diligencia requiere de la participación de expertos.

c) **Riesgos del error.** También se ha señalado que la responsabilidad estricta tiene la ventaja de que elimina el *costo del error*.⁵⁹ Esta es una sutil consideración respecto de lo que ocurre en realidad con los incentivos para litigar: la equivalencia preventiva entre la responsabilidad por culpa y la estricta asume una relación perfecta entre el número de casos en que se incurre en negligencia y las condenas judiciales (esto es, que en todos los casos en que se ha causado un daño por negligencia, la víctima obtendrá indemnización).

Lo cierto, sin embargo, es que si impera un régimen de responsabilidad por culpa, existe un porcentaje mayor de casos en que la víctima de un acto injusto no llega a ser indemnizada. Ante todo, porque los costos del proceso pueden resultar intimidatorios, de modo que la víctima no quiere correr el riesgo de incurrirlos; y, si quiere evitar ese riesgo, debe convenir pactos de *quota litis*, que transfieren parte de la indemnización al abogado que la patrocinara. Además, el juicio de responsabilidad tiene un desenlace imprevisible, sea por la dificultad de hacerse de pruebas, sea simplemente por error judicial en la apreciación del cuidado debido; en circunstancias que las reglas probatorias hacen recaer ese riesgo por regla general en el demandante, la probabilidad de que sea efectivamente condenado quien incurrió en negligencia suele ser de manera significativa inferior a 1.

La responsabilidad estricta tiene la ventaja de que radica los *costos de los accidentes en quien está en la mejor posición para evitarlos*, eliminando las dificultades asociadas a la determinación del responsable.⁶⁰

d) **Incorporación en el precio de los costos de accidentes.** En la medida que quien desarrolla una actividad tiene que responder por todos los daños que de ella se siguen, se hace transparente el costo efectivo de esa actividad. Por el contrario, si algunos daños quedan sin ser reparados, los efectos negativos de su ejercicio son soportados por terceros que no participan en la creación del riesgo. De este modo, la responsabilidad estricta favorece la *internalización* de las externalidades negativas (esto es, de los costos indirectos o externos) de cada tipo de actividad, permitiendo un discernimiento descentralizado de los niveles óptimos de actividad y de cuidado. La consecuencia bastante obvia es que la responsabilidad estricta desincentiva en mayor grado que la responsabilidad por negligencia la realización de ciertas actividades, pero ello ocurre sólo hasta el umbral en que llevar a cabo esa actividad es socialmente ineficiente.⁶¹

⁵⁹ Epstein 1999 97.

⁶⁰ Este es un argumento fundamental en G. Calabresi (para un desarrollo contextual del argumento, véase Calabresi 1970 145).

⁶¹ Coleman 2001 241.

La internalización de los costos de los accidentes asociados a una actividad tiene además un *efecto distributivo*, porque evita que el daño caiga de manera aleatoria en una víctima que sólo estadísticamente es identificable. La responsabilidad estricta cumple, desde esta perspectiva, la función de un seguro de accidentes, porque garantiza indemnización a toda víctima de accidentes, soportando el costo el conjunto de las víctimas potenciales, por medio de incrementos marginales en el precio (*supra* N° 21).

c. Fronteras entre la responsabilidad por negligencia y la responsabilidad estricta

311. Aspectos que acercan la responsabilidad por negligencia a la responsabilidad estricta. a) La mayor dificultad de la responsabilidad por negligencia no es conceptual, sino estratégica. En principio, en el juicio de responsabilidad extracontractual *todo* el riesgo pertenece al demandante. Por lo mismo, a falta de evidencia acerca de la responsabilidad de un tercero, es la víctima quien soporta el costo del accidente. De este modo, en principio, los riesgos judiciales también pertenecen a la víctima, porque es ella quien soporta la carga argumental y probatoria.

La asimetría de riesgos entre las partes se muestra en los *costos administrativos* en que se debe incurrir para probar la culpa del demandado, según la regla general de que la prueba de la culpa es condición para hacer valer la responsabilidad. En el análisis económico, estos costos administrativos son mirados desde la perspectiva de la pérdida neta de recursos que ello envuelve, sin atender a *quien* los soporta. Pero la situación suele ser más grave si el problema se analiza pragmáticamente en la dimensión de la justicia correctiva: los gastos administrativos suelen ser mucho más gravosos para la víctima que para el autor del daño (que maneja la información sobre sus propios hechos); el resultado suele ser que resulte ilusorio o extremadamente arriesgado para la víctima hacer valer su derecho. Por el contrario, el demandado tiene usualmente el control de toda la prueba relevante (como ocurre con el defecto de fabricación de un producto industrial, cuyo origen en concreto puede ser difícilmente detectable por la víctima, aún recurriendo al testimonio de expertos).

b) La responsabilidad por culpa conoce desde antiguo el correctivo de las presunciones de culpabilidad del autor del daño, cuyo efecto es invertir la posición estratégica de las partes en beneficio de la víctima (*supra* § 14). En la medida que bajo presunciones de culpa o de causalidad es el autor del daño quien asume la carga y el riesgo probatorio, el efecto suele no ser muy diferente al de la responsabilidad estricta. En efecto, especialmente cuando se trata de procesos complejos (como la fabricación de un producto defectuoso), la excusa de diligencia suele ser tan difícil como la prueba de la negligencia, porque los tribunales usualmente exigen que se muestre con precisión cómo el accidente llegó a ocurrir a pesar de haberse empleado el debido cuidado. En el fondo, la carga de la prueba de la diligencia suele devenir en mostrar que el daño se produjo a consecuencia de un hecho que no guarda relación alguna con el ámbito de cuidado del presuntamente responsa-

ble. La diferencia con la responsabilidad estricta radica, sin embargo, en que esta excusa, por difícil que sea su prueba, es admisible en el caso de la presunción de culpa.

312. Aspectos valorativos en la responsabilidad estricta: responsabilidad estricta simple y calificada. Se ha visto que no siempre la responsabilidad estricta se funda en la mera causalidad. Muchas de las más importantes situaciones regidas por estatutos de responsabilidad estricta en el derecho chileno y comparado exigen algún juicio de valor, en la forma de una *responsabilidad estricta calificada*, cuyas diferencias con la responsabilidad por culpa son más bien sutiles (*supra* N° 302).

313. Subsistencia de la responsabilidad por culpa como régimen general y supletorio. En esta sección se ha visto que el establecimiento de estatutos de responsabilidad estricta puede ser justificado desde las perspectivas de la justicia correctiva, de la prevención y de la justicia distributiva.⁶² ¿Cómo se explica, entonces, que la responsabilidad por culpa siga siendo el régimen de derecho común en materia de responsabilidad civil?

a) Ante todo, la culpa, entendida como falta a un deber de cuidado, tiende a un equilibrio entre la libertad de cada cual para desenvolverse creativamente en la vida y la exigencia de respeto a los intereses de los demás. Por el contrario, nuestras interacciones diarias muestran que no es coherente con la libertad que tengamos que responder de todo daño que podamos provocar en razón de nuestras acciones y omisiones. Como se ha visto, el tráfico humano supone necesariamente que a veces causemos heridas y otras veces seamos heridos. Es lo que ocurre cuando alguien desplaza a otro en el amor de otra persona, cuando un cronista escribe una crítica negativa respecto de un personaje público o un estudiante logra el lugar que otro deseaba. Si la regla general fuese que se respondiera de todo daño, la vida en sociedad estaría sujeta a limitaciones incompatibles con el libre despliegue de la personalidad. En efecto, bajo un régimen generalizado de responsabilidad estricta, el principio sería que se incurriría en responsabilidad a menos que uno pueda justificar la conducta.⁶³

b) En seguida, la cercanía a los usos sociales más arraigados es significativa en las relaciones de derecho privado, porque, por su naturaleza, éste es un orden cercano a las percepciones de lo que tenemos por correcto.⁶⁴ Precisamente porque la negligencia es tenida de manera convencio-

⁶² Una síntesis en Honoré 1999 14.

⁶³ Así, sin embargo, el argumento de Honoré en Owen 1995 83; una limpia ilustración acerca de la imposibilidad de que la responsabilidad estricta sea el estatuto general de responsabilidad en Fuller 1969 76.

⁶⁴ Ello no supone alegar que el legislador, dentro de los límites de la Constitución, está limitado para establecer reglas de responsabilidad estricta en atención a otras consideraciones. Sin embargo, es interesante que Hart 1961 173 haga precisamente referencia a la responsabilidad estricta para mostrar que el derecho tiene una relación contingente (en oposición a necesaria) con las percepciones morales espontáneas.

nal por criterio suficiente para la atribución de responsabilidad, tiene la ventaja de que su estructura de alegaciones y excusas refleja las expectativas normativas que espontáneamente tenemos acerca de nuestro comportamiento recíproco.

c) En tercer lugar, a pesar de las reservas formuladas desde un punto de vista económico, todo indica que la negligencia cumple razonablemente una función preventiva; más allá de las limitaciones antes referidas (*supra* N° 310), el cuidado que la responsabilidad por culpa exige como umbral para la responsabilidad es también sostenible como el óptimo desde el punto de vista de la racionalidad económica.⁶⁵

d) Finalmente, en la medida que hay acuerdo en que un sistema de responsabilidad civil debe combinar diversas técnicas (responsabilidad por culpa probada, por culpa presunta, estricta calificada y puramente estricta), la pregunta ha perdido su sesgo ideológico y más bien se refiere al régimen que mejor funciona como estatuto de derecho común. La culpa se ha mostrado como un buen estatuto general y supletorio, porque puede establecer correctivos internos para corregir asimetrías estratégicas entre las partes (como ocurre con la presunción de culpabilidad por el hecho propio) y no impide el establecimiento de estatutos especiales más o menos amplios de responsabilidad estricta; a la inversa, si el régimen de responsabilidad estricta fuese general y supletorio, sería en extremo difícil cubrir todos los vacíos en que resulta justo y eficiente que sólo se responda por el comportamiento ilícito.

§ 37. RESPONSABILIDAD ESTRICTA EN EL CÓDIGO CIVIL Y LEYES ESPECIALES

a. Estatutos de responsabilidad estricta

314. Daño causado por animales fieros. El artículo 2327 del Código Civil establece una regla de responsabilidad estricta bajo la forma de una presunción de derecho, aplicable a todo aquel que tenga un animal fiero de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, por los daños que éste haya ocasionado. La norma, que proviene del derecho romano,⁶⁶ es perfectamente explicable desde el punto de vista de la justicia correctiva y de la racionalidad económica. En el primer sentido, no es justo exponer a un tercero a un daño sin otro fundamento que un capricho estético; en un sentido económico, lo que califica la responsabilidad como estricta no es la sola ferocidad del animal, sino su carencia de utilidad, de modo que el balance de bienestar es necesariamente negativo (porque el riesgo es por definición superior al beneficio, *supra* N° 138 b).

315. Daño ocasionado por las cosas que se arrojan o caen desde la parte superior de un edificio. a) Según la regla del artículo 2328, que también

⁶⁵ Posner 1992 156.

⁶⁶ Digesto 9.1.1.

tiene origen romano,⁶⁷ el daño causado por una cosa que cae o se arroja desde 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 sólo ella (*supra* N° 140 c).

Se advierte que en el primer caso se trata de una responsabilidad sin culpa o estricta, que se distribuye entre todos quienes pudieron provocar el daño. A falta de prueba de la culpa de alguien en particular, la responsabilidad tiene por único requisito la relación causal entre el riesgo de que alguna cosa caiga y el daño provocado. A la inversa, probado por cualquiera de los propietarios (o por la víctima) que la cosa ha caído desde algún lugar del edificio, todo indica que la responsabilidad del ocupante está dada por una presunción de culpa, esto es, por el juicio de reproche que se hace a quien habita el lugar desde donde cayó el objeto.⁶⁸ En tal caso, se plantea la pregunta por las excusas que serán admisibles a quien habita el lugar desde donde cayó o fue arrojada la cosa. Todo indica que sólo podrá invocar eficazmente como excusa el caso fortuito o fuerza mayor, de modo que por mucho que la ley funde la responsabilidad en la culpa o intención, en la práctica, también en este caso, opera como estricta (*supra* N° 140).⁶⁹

b) La regla de distribución de la indemnización entre todos los candidatos a autores del daño es una excepción a la solidaridad establecida por el artículo 2317; el mismo criterio es empleado por el artículo 2323 II para los daños causados por la ruina de un edificio (pero en este caso rige siempre el principio de responsabilidad por culpa). Se trata de casos de causalidad difusa que justifican una regla de excepción (*supra* N° 280).

316. Daños ocasionados por el conductor de un vehículo motorizado. En el derecho chileno la responsabilidad por accidentes provocados por vehículos motorizados está sujeta al estatuto general de responsabilidad por culpa (Ley del tránsito, artículo 170).⁷⁰ El sistema se asienta en un conjunto de reglas establecidas por la propia Ley del tránsito, cuya infracción da lugar a presunciones de responsabilidad (artículo 172), que corresponden a hipótesis de culpa infraccional, que, en general, sólo admiten como excusa la fuerza mayor (*infra* N° 516). Lo anterior es sin perjuicio del cuidado exigido al conductor en razón del deber general de diligencia (*infra* N° 517).

⁶⁷ Digesto 9.3.5.

⁶⁸ Por esta razón resulta equívoca la excusa admisible a quien habita en la misma parte del edificio en orden a que para liberarse se debe probar que el hecho se debe a culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente; debe entenderse que la excusa se refiere a la causalidad más que a la culpa o dolo de otro de los habitantes del edificio.

⁶⁹ Para Alessandri 1943 442 el artículo 2328 no constituye excepción a la responsabilidad por culpa; acepta, sin embargo, que existe una presunción de negligencia (*idem* 4-17).

⁷⁰ El derecho comparado conoce los más diferentes sistemas en la materia; en general, mientras en el derecho europeo se tiende al establecimiento de estatutos de responsabilidad estricta, en el norteamericano rige un régimen de responsabilidad por negligencia (Shavell 1987 31, Von Bar 1996 I 367).

La ley contempla dos instrumentos adicionales para proteger a las víctimas de los accidentes. Ante todo, se establece un régimen de *responsabilidad estricta del propietario y del tenedor del vehículo* por los daños ocasionados por la negligencia del conductor (artículo 174). Esta regla contiene una hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno, en cuya virtud el propietario y el tenedor del vehículo responden solidariamente con el conductor, y sólo pueden eximirse probando que el vehículo fue usado contra su voluntad. Técnicamente se trata de una garantía legal por el accidente provocado por un tercero (*infra* § 52 c).

Además, la ley establece un *sistema de seguro obligatorio*, análogo al existente en materia de accidentes del trabajo, para accidentes personales causados por la circulación de vehículos motorizados (ley N° 18.490, sobre seguro obligatorio de accidentes causados por la circulación de vehículos motorizados).

En atención a la importancia práctica de esta legislación, así como de la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad a los accidentes del tránsito, la materia será objeto de un análisis por separado en *infra* § 52.

317. Responsabilidad del explotador de aeronaves por daños ocasionados en caso de accidente aéreo. El Código Aeronáutico (ley N° 18.916) establece dos ámbitos de responsabilidad sin culpa respecto del explotador de una aeronave,⁷¹ a cuyo efecto entiende por explotador a la persona que utiliza la aeronave por su cuenta y está a cargo de su inspección técnica.⁷²

a) El primer ámbito de responsabilidad es el contractual, que comprende los daños corporales de lesiones o muerte ocasionados a los pasajeros durante su permanencia a bordo de la nave o durante las operaciones de embarque o desembarque (artículo 143), con un límite de 4.000 unidades de fomento por muerte o lesión de cada pasajero.⁷³ Se trata de una obligación de garantía, que opera por la sola presencia de daño.⁷⁴

⁷¹ Las normas sobre accidentes aéreos tienen por antecedente el Tratado de Varsovia de 1929 y el Protocolo de La Haya de 1955, que constituyen los acuerdos de derecho privado uniforme en la materia y que recogen el criterio del riesgo de la empresa para establecer un régimen de responsabilidad estricta (Rinaldi 1989 309).

⁷² Se presume que las calidades de propietario y explotador coinciden en la misma persona (Código Aeronáutico, artículo 99). El propietario tiene responsabilidad solidaria por el uso que un tercero haga de la aeronave, a menos que muestre que con la diligencia debida le fue imposible impedir su uso. El Código establece que hay responsabilidad solidaria entre el explotador y el propietario cuando son personas diferentes, a menos que éste haya cedido la explotación de la manera que establece la ley (artículo 100). Asimismo, hay responsabilidad solidaria entre el explotador y el transportador, si son personas diferentes (artículo 174 II).

⁷³ Asimismo, se establecen límites a la indemnización por el retardo en la ejecución del transporte, en cuyo caso rige una mera presunción de culpa (artículo 147), por la destrucción, pérdida, avería o retraso en la entrega de equipaje (artículo 148) o de mercaderías transportadas como carga (artículo 149).

⁷⁴ Sobre la responsabilidad contractual por transporte de mercaderías, Riesco 1999 953.

b) El segundo ámbito pertenece propiamente a la responsabilidad extracontractual. Se refiere a los daños ocasionados a terceros en la superficie, a consecuencia de la acción de una aeronave en vuelo, o por aquello que de ella caiga o se desprenda (artículo 155). Esta responsabilidad se basa en la mera causalidad y sólo admite como excusas los eventos de fuerza mayor definidos en la misma ley.⁷⁵ La responsabilidad alcanza solidariamente al usuario de la nave y a quien la explota, pero al explotador le resulta admisible la excusa de diligencia (artículo 157).

El monto de las indemnizaciones está sujeto a un límite determinado según el peso de la aeronave (artículo 158). La propia ley establece la forma de distribuir la indemnización en caso que los daños efectivos excedan los límites legales (artículos 159 y 160). Sin embargo, la ley autoriza expresamente para demandar el total de los perjuicios si se probare que el transportador o explotador, o sus dependientes,⁷⁶ han actuado con dolo o culpa (artículo 172). De este modo, la responsabilidad estricta es un estatuto mínimo de garantía, que está completado por el régimen general de responsabilidad por culpa, que cubre la totalidad de los daños sufridos en razón del accidente.

c) Las acciones indemnizatorias que concede el Código Aeronáutico prescriben en un año (artículo 175). Debe entenderse que este plazo no resulta aplicable si la acción tiene por fundamento las reglas generales de la responsabilidad extracontractual.

318. Daños ocasionados por aplicación de plaguicidas. a) La aplicación de plaguicidas está sujeta a responsabilidad estricta, según dispone el artículo 36 de la Ley sobre protección agrícola.⁷⁷ Esta norma dispone que "si al aplicar plaguicidas se causaren daños a terceros, ya sea en forma accidental o como consecuencia inevitable de la aplicación, éstos podrán demandar judicialmente la indemnización de perjuicios correspondiente dentro del plazo de un año contado desde que se detecten los daños. En todo caso, no podrán ejercerse estas acciones una vez que hayan transcurrido dos años desde la aplicación del plaguicida".

Quien utiliza un plaguicida está sujeto a responsabilidad por todos los daños que se sigan de su aplicación, aunque sean causados en forma accidental. Es un caso de responsabilidad estricta pura, que no tiene otro requisito que el daño se haya producido en el ámbito de riesgo que la ley atribuye a quien desarrolla la actividad.

⁷⁵ La ley acepta como excusas de fuerza mayor: i) que el explotador de la aeronave haya sido privado de su uso por la autoridad; ii) que los daños sean consecuencia directa de acto de guerra o conflicto armado; iii) que hayan sido causados por sabotaje; y iv) que ocurran con ocasión del apoderamiento ilícito de la aeronave (artículo 156).

⁷⁶ Atendido el texto de la ley, debe entenderse que esta responsabilidad es vicaria (y no por culpa presunta del empleador).

⁷⁷ DL N° 3.557/1980, del Ministerio de Agricultura, que establece disposiciones sobre protección agrícola (DO 9.2.1981).

La responsabilidad estricta prescribe en un año desde que se detecten los daños o en dos años desde la aplicación del plaguicida; se entiende que este plazo especial de prescripción no se aplica a la acción de responsabilidad civil basada en culpa o negligencia, de conformidad con las reglas generales.

b) Esta responsabilidad alcanza incluso al Servicio Agrícola y Ganadero por los daños ocasionados en la erradicación de plagas. Debe entenderse que en este caso se hace aplicación del principio de responsabilidad del Estado por sometimiento a cargas desproporcionadas en beneficio público (*infra* § 40 f).

319. Daño ambiental. a) La ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, establece acciones reparatorias del daño ambiental producido y acciones indemnizatorias de los perjuicios que provocan los daños al medio ambiente (*infra* § 55). La ley establece el principio de responsabilidad por culpa (artículo 51). El mismo régimen debe estimarse aplicable a la acción de reparación en naturaleza del daño ambiental (artículo 53). En consecuencia, aunque en el derecho comparado la acción ambiental por actividades particularmente peligrosas suele estar sujeta a un estatuto de responsabilidad estricta, en el derecho chileno se rige por el estatuto general de responsabilidad por culpa.

b) Con anterioridad a la legislación general sobre medio ambiente, fue ratificado por Chile el tratado sobre daños provenientes de derrames contaminantes de hidrocarburos en el mar,⁷⁸ uno de los tratados internacionales de más extenso ámbito territorial de aplicación en materia de responsabilidad civil. Los principios de responsabilidad establecidos por ese tratado fueron recogidos por la Ley de navegación,⁷⁹ que establece una regla de responsabilidad estricta por el solo hecho del derrame (artículo 144).

Siguiendo una práctica generalizada en casos de responsabilidad estricta, la ley (siguiendo el convenio internacional) establece un límite al monto por el cual se responde; como también es usual, ese límite no rige si al propietario, armador u operador se le puede imputar culpa (artículo 145). Asimismo, la ley exige un seguro o garantía que caucione la responsabilidad estricta (artículo 146).

320. Responsabilidad por daños en construcciones. Los empresarios y profesionales que participan en la construcción de edificios están sujetos a la responsabilidad contractual que surge de sus relaciones con quienes les encargan las obras; y a la responsabilidad extracontractual que resulta de los daños a terceros provocados por su negligencia. El Código Civil contiene

⁷⁸ Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 29.11.1969, aprobado por el DL 1.808/1977, promulgado por DS 475/1977, del Ministerio de Relaciones Exteriores (DO 8.10.1977).

⁷⁹ El DL 2.222/1978, del Ministerio de Defensa (DO 31.3.1978).

ne reglas especiales en ambos tipos de responsabilidad (artículo 2003, en materia contractual; artículos 2323, 2324 y 932 y siguientes en materia de acciones extracontractuales indemnizatorias y preventivas).

A ello se agregan las reglas especiales de la Ley de urbanismo y construcciones. Éstas establecen al menos dos hipótesis de responsabilidad estricta. Ante todo, el primer propietario tiene una amplia responsabilidad personal por los defectos de construcción, esto es, se establece una responsabilidad estricta calificada por el resultado defectuoso de la construcción (artículo 18 I). Además, se establece una responsabilidad estricta (análoga a la vicaria) de los constructores por los hechos de los subcontratistas (artículo 18 III) y de personas naturales por las personas jurídicas relacionadas que hayan prestado servicios profesionales o actúen como propietarias (artículo 18 IV y VI).

Atendida la superposición de normas aplicables y la importancia práctica del ordenamiento, se hará una sucinta explicación de la materia en el capítulo que desarrolla algunos ordenamientos especiales de responsabilidad (*infra* § 54).

321. Daños provenientes del uso de instalaciones nucleares. a) La ley N° 18.302, sobre seguridad nuclear, señala expresamente que: "la responsabilidad civil por daños nucleares será objetiva y estará limitada en la forma que establece esta ley" (artículo 49). Esta responsabilidad se aplica a las personas que tengan la calidad de explotador de una instalación, planta, centro, laboratorio o establecimiento nuclear, por los daños ocasionados por un accidente nuclear que ocurra en esas instalaciones.

La responsabilidad del explotador alcanza incluso a los daños ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que el accidente nuclear se deba "directamente a hostilidades de conflicto armado exterior, insurrección o guerra civil" (artículo 56). De este modo, salvo esos eventos de fuerza mayor especialmente excluidos, la responsabilidad por instalaciones nucleares cubre todos los riesgos que se derivan de la actividad, con prescindencia de las causas en cuya virtud puedan concretamente materializarse. Con esas solas limitaciones, el estatuto de responsabilidad estricta se extiende a todos los riesgos asociados a la utilización de instalaciones nucleares.

b) Como es usual en el derecho comparado, en estos casos se ha establecido un límite máximo a la responsabilidad, fijado inicialmente en el equivalente a 75 millones de dólares, valor inicial que se reajusta automáticamente en la forma que señala la ley, entre la fecha de su dictación y la fecha del accidente nuclear (artículo 60). En lo que respecta a los daños a las personas, la indemnización debe ser a lo menos el doble de la cantidad que correspondiere por aplicación de las tablas del seguro de accidentes del trabajo (artículo 61).

El sistema de responsabilidad del explotador de instalaciones nucleares se complementa con un seguro obligatorio, por el límite máximo de indemnización a que se ha hecho referencia (artículo 62).

b. *Estatutos de garantía que no establecen responsabilidad estricta*

322. Accidentes del trabajo. Esta materia está regulada en la ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Siguiendo una larga tradición iniciada por la legislación social alemana del siglo XIX, cuya práctica se ha generalizado en el derecho comparado, los accidentes del trabajo no están sujetos a un régimen de responsabilidad estricta, sino a un contrato forzoso de *seguro de accidentes laborales*, que se perfecciona por el solo ministerio de la ley, por el hecho de la contratación del trabajador (artículos 1 y 4 I).

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, donde el seguro excluye la responsabilidad adicional del empresario de acuerdo al derecho común,⁸⁹ en el derecho chileno al seguro se puede agregar la responsabilidad civil, según dispone expresamente la ley sobre seguro de accidentes del trabajo, que hace responsable al empleador que ha incurrido en culpa o dolo de los perjuicios resultantes, incluido el daño moral (artículo 69).

En consecuencia, los accidentes del trabajo no están sujetos a un régimen de responsabilidad estricta en el derecho chileno. La ley combina un régimen general de seguro por daños a terceros con una responsabilidad por culpa o negligencia, sujeta a las reglas generales. En atención a la importancia de la materia y a la fuente legal de la responsabilidad del empleador, ésta será tratada sucintamente en *infra* § 51.

323. Servidumbres. Bajo ciertas circunstancias, el derecho autoriza el uso de bienes ajenos para fines de interés privado o público, que la ley estima de tal manera significativos que se justifica imponer a los propietarios las cargas necesarias para hacerlos efectivos. Ese gravamen es una servidumbre, que puede gravar un predio en beneficio del uso o cultivo de otro predio (servidumbres prediales según la denominación del Código Civil), o bien puede estar establecida para hacer posible la realización de una actividad o efectuar instalaciones en el predio sirviente (como ocurre con las servidumbres mineras⁹¹ y con

⁸⁹ Kötz 1991 212.

⁹¹ El Código de Minería reconoce a toda persona la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio (salvo las que queden comprendidas dentro de los límites de una concesión minera ajena) con el objeto de buscar sustancias minerales (artículo 14). Correlativo a esta facultad es el deber de indemnizar los daños que se causen con motivo de su ejercicio. A la misma regla queda sujeto el titular de una concesión de exploración, respecto de los daños que ocasione en las labores propias de dicha concesión (artículo 113). En verdad, estas disposiciones establecen servidumbres que gravan a los predios superficiales, y que dan lugar a la indemnización de los perjuicios resultantes, según las reglas generales de derecho privado (como, por ejemplo, el artículo 848 del Código Civil). El Código de Minería habla propiamente de servidumbres para las actividades que se realizan desde que se otorga una concesión de exploración o explotación minera, en cuyo caso se aplican precisamente esas mismas reglas. En definitiva, estas normas expresan el principio jurídico en cuya virtud cada vez que el derecho autoriza el uso de un bien ajeno para obtener cierto beneficio privado se trata de una servidumbre legal que da lugar a la indemnización de los daños resultantes.

las establecidas por las leyes sobre servicios eléctricos⁸² y telecomunicaciones).⁸³

La obligación indemnizatoria que resulta de las servidumbres presenta analogías con la responsabilidad estricta, en la medida que tiene por causa la sola presencia del daño. Por eso, la ley expresa que quien ejerce la servidumbre debe una indemnización al propietario (artículo 848). Sin embargo, la analogía más profunda parece ser con las restituciones provenientes del enriquecimiento sin causa: no existe propiamente un riesgo que la ley cubra con un estatuto de responsabilidad estricta, sino una restitución de lo que se ha tomado del propietario en beneficio de un tercero que desarrolla la actividad u obtiene el provecho amparado por la servidumbre respectiva.⁸⁴ Por eso, la reparación se calcula en razón de lo que pierde en valor la propiedad y no de otros daños que pueda sufrir el propietario.

324. Responsabilidad del Estado y de las municipalidades. La responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado está estructurada en el derecho chileno en la forma de una responsabilidad por falta de servicio.⁸⁵ Como se ha visto (*supra* N° 302), es discutible la calificación jurídica de ese tipo de responsabilidad, porque la falta de servicio puede ser entendida como una referencia implícita a la culpa en el cumplimiento del servicio debido. En circunstancias que la responsabilidad del Estado constituye un estatuto general de responsabilidad patrimonial, será desarrollada en un capítulo especial (*Capítulo VII*).

⁸² El artículo 14 de la Ley general de servicios eléctricos (DFL 1/1982, del Ministerio de Minería, DO 13.9.1982), establece que las concesiones eléctricas otorgan el derecho a imponer las servidumbres a que se refiere el número 4 de su artículo 2°. La constitución y ejercicio de esas servidumbres se rige por las normas especiales contenidas en el capítulo V, título II, de la misma ley, denominado "De las Servidumbres".

⁸³ Los titulares de servicios de telecomunicaciones tienen derecho a tender o cruzar líneas aéreas o subterráneas en calles, plazas, parques, caminos y otros bienes nacionales de uso público, sólo para los fines específicos del servicio respectivo: las servidumbres que recaen en propiedades privadas deben ser convenidas por las partes y se rigen por las normas generales del derecho común (ley N° 18.168, Ley general de telecomunicaciones, artículo 18). En el caso de servicios públicos de telecomunicaciones y siempre que los interesados no lleguen a un acuerdo directo, se entiende constituida de pleno derecho una servidumbre legal, siempre que el Subsecretario de Telecomunicaciones, por resolución fundada, declare imprescindible el servicio. En este caso, la indemnización que corresponda es fijada por los Tribunales de Justicia conforme al procedimiento sumario (artículo 19).

⁸⁴ Hay analogía entre la indemnización por una servidumbre y la obligación del Estado de reparar a quien es gravado con una carga excesiva en beneficio de la comunidad en general (*infra* § 40 f).

⁸⁵ Ley N° 18.575, Ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, artículo 42; ley N° 18.695, Ley orgánica constitucional de municipalidades, artículo 141.

§ 38. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD ESTRICTA

a. Daños cubiertos por el estatuto de responsabilidad estricta

325. El riesgo como criterio de la responsabilidad. a) El antecedente normativo de la responsabilidad estricta es la realización de una actividad o la tenencia de una cosa que genera el riesgo de daño. En circunstancias que la calificación de la conducta efectiva del autor del daño resulta indiferente, lo determinante es que el daño se produzca en el *ámbito de riesgo sujeto a responsabilidad estricta*.

En este sentido, la responsabilidad estricta presenta analogía con las obligaciones de garantía del derecho contractual, pues asegura a las eventuales víctimas que todo daño ocasionado en el ámbito de la respectiva actividad (instalaciones nucleares, aeronavegación, fumigación aérea) será indemnizado por quien la realiza.

b) El riesgo actúa como un elemento de control, evitando la extensión ilimitada del estatuto de responsabilidad estricta. Así, por ejemplo, en la responsabilidad por daños causados por plaguicidas, el estatuto de responsabilidad protege a la víctima de los daños, evitables o no, que se siguen precisamente de la aplicación de esos compuestos químicos; por el contrario, si al aplicar los insecticidas se destruye un cerco, el estatuto de responsabilidad aplicable es el de derecho común, porque el estatuto especial de responsabilidad estricta no cubre la materialización de ese riesgo.⁸⁶

b. Causalidad e imputación objetiva de los daños

326. Causalidad. a) En la medida que el criterio de atribución de responsabilidad estricta es el riesgo definido por la ley, el principio subyacente es que sólo deben ser reparadas las consecuencias dañosas que se sigan de ese preciso riesgo.

Por eso, la causalidad está especialmente determinada por el *fin protector de la norma* que establece el respectivo estatuto de responsabilidad estricta u objetiva (*supra* § 29). Así, en jurisdicciones donde rigen estatutos especiales de responsabilidad en materia ambiental, es el tipo de agente contaminante que provoca el daño o el tipo de daño lo que define el ámbito de aplicación del estatuto legal respectivo, porque el riesgo se define precisamente en función de la naturaleza de la fuente o de la naturaleza del perjuicio; en la responsabilidad del propietario o tenedor de vehículos motorizados, es el riesgo de accidentes del tránsito provocados por la culpa del conductor; en la responsabilidad nuclear, es el peligro asociado precisamente a la operación de esas instalaciones, de modo que el estatuto no se extiende al daño provocado por el choque de una camioneta perteneciente a la empresa, que es un riesgo normal, sujeto al estatuto general y supletorio de responsa-

⁸⁶ Deutsch/Alrens 2002 164, Larenz/Canaris 1994 439.

bilidad; y lo mismo ocurrirá si el daño se produce a consecuencia de un incendio, que en nada se relaciona en su origen y en cuanto a su intensidad con el riesgo nuclear cubierto por el estatuto legal.

b) La idea de riesgo es también determinante al momento de establecer la imputación objetiva de las consecuencias dañosas del accidente. El criterio de adecuación de esas consecuencias a la acción inicial no resulta relevante en materia de responsabilidad estricta, porque en ésta no es determinante el hecho del responsable, sino esencialmente el riesgo que se ha materializado⁸⁷ (*supra* N° 260). Por eso, en los ámbitos en que rigen estatutos de responsabilidad estricta, la pregunta pertinente para determinar si un daño es directo también se refiere a si el perjuicio resultante puede ser entendido como una materialización del preciso riesgo que persigue cubrir el estatuto legal respectivo (*supra* § 30 c).

327. Prueba de la relación causal. La prueba de la relación causal está sujeta en la responsabilidad estricta a las mismas reglas que en la responsabilidad por culpa, a menos que el propio estatuto legal establezca reglas diferentes (*supra* § 32). En el derecho comparado, la responsabilidad estricta por actividades que envuelven un particular peligro está sujeta con frecuencia a un régimen de presunciones de causalidad (ingeniería genética; medio ambiente).⁸⁸ La materia tiene particular importancia cuando se trata de daños masivos, que han sido provocados por uno o más agentes que no pueden ser identificados en concreto (*supra* N° 280).

328. Compensación de la culpa de la víctima. a) El régimen de responsabilidad estricta es independiente de la culpa del demandado, pero de ello no se sigue que también sea irrelevante la imprudencia de la víctima (artículo 2330). En verdad, las razones para imponer al demandado un régimen reforzado de responsabilidad no son transmisibles al demandante. En efecto, si es agravada la responsabilidad de quien desarrolla una actividad, no hay razón para concluir que la víctima, respecto de su propia conducta, carece de las cargas de cuidado que tendría bajo un régimen de responsabilidad por culpa.

b) Desde un punto de vista económico, se puede incluso afirmar que el instituto de la culpa concurrente de la víctima es condición para la correcta eficacia preventiva de un régimen de responsabilidad estricta, porque sólo así se compensan los menores incentivos que tienen las víctimas potenciales para ser cuidadosas, atendida la responsabilidad agravada del demandado.⁸⁹ Así se explica que en el derecho comparado se encuentren en retirada las doctrinas que sostenían la irrelevancia de toda culpa de la víctima bajo un régimen de responsabilidad estricta.⁹⁰

⁸⁷ Hart/Honoré 1985 286; en contra, Deutsch/Ahrens 2002 166.

⁸⁸ Deutsch/Ahrens 2002 164.

⁸⁹ Posner 170, Cooter/Ulen 391.

⁹⁰ Von Bar 1996 II 363. El principio de que la culpa de la víctima es determinante para establecer la extensión de la responsabilidad estricta del demandado ha sido recogida en Principles/Torres, artículo 3.101 (comentario 4 e).

c) Con todo, existen hipótesis en que el estatuto de responsabilidad estricta no está fundado en razones de justicia correctiva (que usualmente exigen considerar la culpa de la víctima), sino en razones de protección de ciertos grupos de personas expuestas a ciertos riesgos. Un ejemplo de lo que ocurre en un ordenamiento protector que no es de responsabilidad estricta en el derecho chileno puede ayudar a establecer una analogía. El derecho chileno establece en materia laboral un régimen de seguro obligatorio de daños por accidentes del trabajo (*infra* § 51 b), complementado por el régimen general de responsabilidad por culpa (*infra* § 51 c); en materia de seguro de accidentes, sólo queda excluida la cobertura en casos de culpa inexcusable o dolo del trabajador (*infra* N° 500); a su vez, en materia de responsabilidad por culpa, también deben calificarse las circunstancias en que la conducta de los trabajadores puede ser tenida por culpable a efectos de la disminución de la indemnización (*infra* N° 509). Las reservas aplicables a un régimen como el de accidentes del trabajo (que no es de responsabilidad estricta, sino de seguro de daños y de responsabilidad por culpa) son ilustrativas de la manera como se debe aplicar en materia de responsabilidad estricta la regla del artículo 2330: los estatutos legales que establecen responsabilidad estricta protegen a la víctima contra daños que ocurren con independencia de la culpa del agente, pero ese rol protector no excluye los deberes básicos de cuidado que la víctima debe tener respecto de sí misma, de modo que el cuidado empleado por la víctima es relevante a efectos de moderar o excluir la responsabilidad estricta del demandado.⁹¹

329. Excusa de fuerza mayor o caso fortuito en la responsabilidad estricta.

a) El caso fortuito o fuerza mayor son institutos que tienen una función predominante en la responsabilidad contractual.⁹² Su ámbito de aplicación es limitado en la responsabilidad extracontractual por culpa (*supra* N° 270). A su vez, las reglas de responsabilidad estricta suelen ser formuladas de modo que cubran todo daño que provenga del peligro creado por la actividad sujeta a ese régimen de responsabilidad, aunque haya intervenido una causa ajena. En la materia son determinantes las consideraciones generales respecto a la imputación objetiva de los daños, porque el demandado responde por los daños que están cubiertos por el fin cautelar de la norma y que se encuentran dentro de los riesgos definidos por el respectivo estatuto de responsabilidad estricta (*supra* N° 260).

⁹¹ Es interesante la evolución del derecho francés, donde en algún momento se estableció 'la desafortunada jurisprudencia' de que el hecho de la víctima, aunque culpable, no podía exonerar a quien estaba sujeto a responsabilidad estricta por el hecho de las cosas. Esa jurisprudencia ha sido desafiada por una modificación legal en materia de accidentes de tránsito y hoy se acepta que el hecho de la víctima puede tener un efecto de exoneración parcial cuando es atribuible a su culpa (Chabas 2000 20 y 23).

⁹² Millet 2001 122. En verdad, su importancia más precisa es como excusa de responsabilidad por incumplimiento en las obligaciones de resultado.

b) Por lo mismo, es difícil establecer una regla general referida a las excusas de fuerza mayor en materia de responsabilidad estricta. Cuando se trata de riesgos graves, es usual que el caso fortuito o fuerza mayor no excluya la responsabilidad, porque el interés del legislador es precisamente que quien desarrolla la actividad se haga cargo de cualquier riesgo asociado. Por el contrario, si el estatuto de responsabilidad estricta persigue simplemente distribuir los riesgos, la fuerza mayor es usualmente una excusa suficiente.

Por eso, es usual que los propios regímenes legales de responsabilidad estricta contengan una norma especial que señala las excusas de fuerza mayor que resultan aceptables (así ocurre en varios de los estatutos legales referidos en *supra* § 37).⁹² A falta de norma expresa en el estatuto legal respectivo, será necesario que el juez valore las circunstancias que han llevado al legislador a establecer un régimen de responsabilidad estricta, así como el tipo de fuerza mayor que ha intervenido. En general, debe entenderse que mientras mayor sea la intensidad del riesgo creado por la actividad respectiva, menor debe ser la tolerancia frente a la excusa de fuerza mayor.⁹⁴

c) La *intervención causal de un tercero* usualmente no interrumpe la imputación objetiva del daño al hecho que genera la responsabilidad (*supra* N° 268). Por eso, si un daño es causado con ocasión del desempeño de una actividad sujeta a responsabilidad estricta, usualmente no será excusa frente a la víctima alegar que en su producción también intervino causalmente la negligencia de un tercero. Ello no impide, sin embargo, que pueda haber acción en contra de este tercero,⁹⁵ sea por la víctima o por quien está sujeto a responsabilidad estricta (en este caso, a título de contribución a la deuda).

c. Efectos en cuanto al monto y alcance de la indemnización

330. Principio: el cálculo de la indemnización es indiferente del tipo de responsabilidad. En la medida que la indemnización de perjuicios es puramente reparatoria, no hay diferencias entre la responsabilidad por negligencia y la estricta en cuanto al alcance y monto de los perjuicios indemnizables. Por el contrario, si a la indemnización le son atribuidos fines retributivos o punitivos, la responsabilidad por culpa debiera dar lugar a un aumento de la indemnización en función de la gravedad del ilícito (*supra* N° 142).

⁹² *Larenz/Canaris* 1994 604. En el derecho chileno, véanse, por ejemplo, el artículo 144 de la Ley de navegación, sobre derrame de hidrocarburos en el mar; el artículo 56 de la Ley de seguridad nuclear, sobre daños provocados por instalaciones nucleares; en análogo sentido puede ser interpretada la excusa del propietario de un vehículo motorizado, en orden a que el conductor lo tomó contra su voluntad (artículo 174, Ley del tránsito).

⁹³ Exactamente en este sentido, *Principles/Torts*, artículo 7.102 (comentario 1), con expresa declaración de que el grupo de trabajo asumió la máxima "mientras mayor el riesgo, menor el grado de defensas posibles".

⁹⁴ *Viney/Jourdain* 1998 232.

En el derecho chileno no se reconoce el instituto de los daños punitivos (*supra* N° 198), ni se reconoce a la indemnización del daño moral otra función que la compensatoria. Por eso, en la materia tampoco se han planteado diferencias entre la responsabilidad por negligencia y la estricta, como ha ocurrido en otros sistemas jurídicos.⁹⁶ De ello se sigue que, en principio, no debiera influir en la indemnización el grado de culpa, ni la naturaleza de la responsabilidad.⁹⁷

Lo cierto, sin embargo, es que los jueces suelen considerar *de lege ferenda* la gravedad de la culpa al determinar el monto de la indemnización por concepto de daño moral (*supra* N° 198), lo que debiera conducir, en la práctica, a que no sea indiferente el tipo de responsabilidad al momento de valorar los perjuicios. Sin embargo, a falta de parámetros objetivos en la medición del daño moral (*supra* N°s 201 y 203), no es fácil comprobar empíricamente si en esa evaluación influye que la responsabilidad sea estricta o por negligencia.

331. Establecimiento de límites legales. En el derecho comparado, es muy usual que los propios estatutos legales que dan lugar a un régimen de responsabilidad estricta establezcan límites máximos al monto de la indemnización de los perjuicios.⁹⁸ La práctica ha sido recogida en Chile, especialmente en estatutos legales que tienen por antecedente convenciones internacionales⁹⁹ o que han tomado como modelo la legislación extranjera.¹⁰⁰ La lógica del establecimiento de límites es conciliar, por un lado, el interés por promover que la actividad sujeta a un régimen de responsabilidad por riesgo sea efectivamente desarrollada (lo que se logra con los límites, que permiten asumir un riesgo determinado y, en consecuencia, asegurable) y, por otro, de proteger a eventuales víctimas de la actividad peligrosa (lo que se logra con el estatuto de responsabilidad estricta). Depende de la interpretación del respectivo estatuto si el límite de responsabilidad rige aun en el evento que se haya incurrido en culpa; en principio, sin embargo, debe estimarse que la limitación sólo beneficia a quienes son responsables por el mero riesgo y no por su negligencia.

⁹⁶ Ese fue tradicionalmente el caso del derecho alemán, donde a la indemnización del daño moral se le reconoció una función compensatoria y satisfactoria, lo que llevaba a excluirla en ámbitos de responsabilidad estricta. La reforma al derecho de obligaciones, que entró en vigencia el año 2002, hace reparable el daño moral que se deriva de lesiones al cuerpo, a la salud, a la libertad o a la autodeterminación sexual, con independencia de si la responsabilidad es estricta o por culpa, lo que también debiera llevar a una revisión de la función y criterios de valoración del daño moral (BGB, § 253 II).

⁹⁷ Podría asumirse como excepción la regla del artículo 69 de la Ley sobre accidentes del trabajo, que reconoce la indemnización del daño moral sólo en el caso de culpa del empleador; esa ley no establece, sin embargo, un régimen de responsabilidad estricta sino que un régimen de seguro obligatorio.

⁹⁸ *Larenz/Canaris* II 194 603, *Von Bar* 1996 II 367.

⁹⁹ Como es el caso de la Ley de navegación, sobre derrame de hidrocarburos en el mar (artículo 145) y del Código Aeronáutico (artículos 144 y siguientes).

¹⁰⁰ Así ocurre en la Ley de seguridad nuclear (artículo 60).